

UNIVERSIDAD

ALBERTO

HURTADO

2005

Nº 2

ISSN 0717 - 7402

© Derechos Reservados

ESCUELA

DE

DERECHO

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**La Exclusión de la
Prueba Ilícita en el Nuevo
Proceso Penal Chileno**

Héctor Hernández Basualto

2ª Reimpresión



**COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

2005, N°2

**ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

Colección de Investigaciones Jurídicas

Publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Javier Arévalo

Rafael Blanco

Héctor Hernández

Maximiliano Prado

Dirección

Almirante Barroso 6, Santiago de Chile

www.uahurtado.cl

ISSN 0171-7402

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial
Todos los derechos reservados

2.000 ejemplares

Colaboraciones

Los académicos e investigadores interesados en enviar artículos, reseñas, traducciones o notas bibliográficas para su publicación en Colección de Investigaciones Jurídicas deben dirigirse a: Comité Editorial, Colección de Investigaciones Jurídicas, Almirante Barroso 6, Santiago de Chile. Los textos impresos a doble espacio deberán ser enviados en duplicado, en lo posible con diskette de computación incluido. Los artículos deben ser inéditos y serán sometidos a evaluación por parte de expertos independientes. En caso de traducciones, deben contar tanto con autorización del autor como de la editorial respectiva.

Diseño e impresión

Gráfica ISSA

LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*

I.	INTRODUCCIÓN	7
II.	LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA	9
1.	Sentido y limitaciones de una revisión del derecho comparado	9
2.	Estados Unidos de América	10
2.1	Pluralidad de reglas de exclusión, su fundamento y <i>status</i>	11
2.2	Límites de la regla de exclusión	15
2.2.1	Exclusión sólo para el juicio oral	15
2.2.2	Impugnación de la credibilidad del acusado	16
2.2.3	Legitimación para reclamar la exclusión de prueba (<i>standing</i>)	17
2.2.4	Actuaciones de buena fe	17
2.2.5	Actuaciones exclusivamente privadas	20
2.3	Alcances de la exclusión: doctrina de los frutos del árbol envenenado y sus límites	21
2.3.1	Doctrina de la fuente independiente	22
2.3.2	regla del descubrimiento inevitable	23

* Abogado, Legum Magister y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado. Una versión preliminar de este trabajo fue objeto de discusión en reunión de profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, reunión en la que participaron también como invitados los profesores *Jorge Bofill* y *Mauricio Duce*; a todos ellos, especialmente a los dos últimos, por sus críticas, sugerencias y comentarios que contribuyeron sustancialmente al perfeccionamiento del texto, el autor quiere expresar su mayor agradecimiento. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

2.3.3	Principio del vínculo atenuado	25
2.4	Oportunidad procesal para la exclusión. Referencia	26
3.	Alemania	27
3.1	Concepto y fundamento de las prohibiciones de prueba	27
3.2	Prohibiciones de producción y prohibiciones de valoración de prueba	28
3.2.1	Prohibiciones de valoración dependiente	29
3.2.1.1	La cuestión y su solución	29
3.2.1.2	La casuística	33
3.2.2	Prohibiciones de valoración independientes	37
3.3	Excepciones y limitaciones a la prohibición de valoración	39
3.3.1	Actuaciones exclusivamente privadas	39
3.3.2	"Cursos hipotéticos de la investigación"	39
3.4	Alcances de la prohibición de valoración (<i>Fernwirkung</i>)	40
3.5	Legitimación activa, actuación de oficio y oportunidad procesal	41
III.	LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE	43
1.	La formulación legal	43
1.1	Origen en actuaciones declaradas nulas	44
1.1.1	Actuaciones judiciales nulas como fuente de material probatorio	44
1.1.2	Límites materiales de la nulidad procesal: Exigencia de perjuicio y subsidiariedad	48
1.1.3	Límites formales de la nulidad procesal	50
1.2	Inobservancia de garantías fundamentales	51
1.2.1	Concepto y determinación de las garantías fundamentales	51
1.2.2	La situación especial de las garantías del debido proceso	54
1.2.3	La distinción metodológica entre ilicitud de base y procedencia de la exclusión	56
1.3	Las regulaciones particulares en la ley. Referencia	58

2.	Fundamento y alcances de la exclusión	59
2.1	Exclusión sólo respecto de la acusación, no de la defensa	64
2.2	Actuaciones exclusivamente privadas	65
2.3	Insuficiencia de la simple ilegalidad	68
2.4	Fin de protección de la norma y legitimación activa ...	69
2.5	¿Exclusión de oficio o a petición de parte?	72
2.6	Actuaciones de buena fe	73
2.7	Los frutos de la ilicitud: un falso dilema. Alcances	76
2.7.1	Ausencia de relación causal (concreta y determinada)	78
2.7.2	Cursos hipotéticos legítimos de la investigación	80
2.7.3	"Saneamiento" de la prueba ilícita	84
IV.	OPORTUNIDAD PROCESAL Y FORMADE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA	87
1.	Audiencia de preparación del juicio oral	87
2.	Omisión de valoración en el juicio	89
3.	Recurso de nulidad	93
4.	Prueba de la ilicitud de base	95
V.	CATASTRO DE POSIBLES CASOS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO CHILENO	97

I. INTRODUCCIÓN

La reforma procesal penal en marcha en el país 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 de las personas. Son innumerables las innovaciones que tienden decisivamente en esa dirección, siendo las más notorias, por cierto, la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, la cautela de garantías por parte de un órgano distinto del órgano investigador, el definitivo establecimiento de la presunción de inocencia y del derecho a no autoincriminarse, el establecimiento de un genuino juicio, etc. Pero hay también 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 penal chileno. Se trata de la norma de exclusión de prueba ilícita del inciso tercero del art. 276¹, según la cual:

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

El siguiente trabajo se ocupa de los alcances de esta norma trascendental, sobre la cual hasta ahora, más allá del generalizado reconocimiento de su importancia, no se ha producido mayor discusión entre nosotros. Se trata, sin embargo, de un trabajo eminentemente prospectivo y propositivo que no pretende resolver todas y cada una de las cuestiones problemáticas que plantea la exclusión de prueba ilícita, sino simplemente ofrecer un determinado esquema concreto de interpretación y aplicación de la norma de exclusión que al suscrito parece adecuado y consistente, todo ello con la esperanza que pueda servir de material de discusión y debate sobre un tema al que sólo el conjunto de la comunidad jurídica puede brindarle contornos nítidos y duraderos.

El trabajo comienza con una síntesis del estado de la cuestión en el derecho comparado como indispensable punto de referencia para una interpretación provechosa de la ley chilena (*infra* II), para abocarse luego al análisis del inciso tercero del art. 276 (*infra* III 1). Será a propósito de este análisis que se expondrá la propia opinión sobre el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y se tomará, sobre esa misma base, posición general sobre los principales aspectos dudosos presentes en la discusión comparada y sugeridos por la concreta formulación de la ley chilena (*infra* III 2). Se incluyen también reflexiones sobre la oportunidad procesal en que la exclusión se puede hacer efectiva (*infra* IV), para luego, por último, ofrecer un catastro tentativo de situaciones que típicamente habrían de dar lugar a la exclusión de prueba por ilicitud (*infra* V).

¹ Artículos sin otra mención son los del Código Procesal Penal.

II. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA

1. Sentido y limitaciones de una revisión del derecho comparado

La exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso penal es un principio que ha ido imponiéndose lenta pero decididamente en el derecho comparado², logrando con el tiempo constituirse en una de las piedras angulares de un debido proceso penal también desde una perspectiva internacional. Por lo mismo, a la hora de enfrentarse a la interpretación y aplicación de esta institución desconocida hasta ahora entre nosotros, resulta de la mayor utilidad aprender de la experiencia extranjera, que ya se ha enfrentado con mayor o menor acierto a situaciones dudosas que con seguridad se plantearán también en Chile.

Superaría, sin embargo, los propósitos y posibilidades de este trabajo pretender ofrecer un panorama exhaustivo del derecho comparado. Más razonable y a la vez más provechoso parece presentar el estado de la cuestión en algunos países representativos. Naturalmente debe atenderse a la situación en los Estados Unidos, donde se asiste al más significativo desarrollo en la materia. Como contrapunto se presenta el estado de la cuestión en Alemania, ejemplo temprano del desarrollo de la cuestión en el ámbito jurídico europeo continental. La pertenencia de estos modelos a distintas culturas jurídicas permite, además, apreciar con cierta nitidez la amplia gama de posibles distintos desarrollos que puede experimentar el tratamiento de la prueba ilícita³.

Asimismo, las diferencias que pueden apreciarse deben servir como advertencia contra la tentación de “importar” acríticamente y en bloque sistemas interpretativos que se desarrollan en contextos normativos diferentes y responden a convicciones y necesidades sociales específicas que no necesariamente tienen un correlato en Chile. Por eso, si bien no parece

² V. al respecto *López Barja de Quiroga*, Jacobo: Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid 1989, p. 88 y ss.

³ Sobre el desarrollo en la *Argentina*, país cuya ciencia procesal penal ha tenido gran influencia en la reforma procesal penal chilena, puede verse *Maier*, Julio: Derecho procesal penal, 2° Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires 1995, T. I., p. 695 y ss.; *Guariglia*, Fabricio: Las prohibiciones probatorias, en: AA. VV.: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, Editores del Puerto, Buenos Aires 1993, p. 15 y ss.; y especialmente *Carrió*, Alejandro: Justicia criminal, Lerner, Buenos Aires 1986, p. 74 y ss. Sobre la situación en *España* pueden verse las exposiciones de *Miranda Estrampes*, Manuel: El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1999; *López Barja de Quiroga*, cit., p. 135 y ss.; *Rodríguez Sol*, Luis: Registro domiciliario y prueba ilícita, Comares, Granada 1998, p. 55 y ss., 269 y ss.; y, especialmente para la revisión de la casuística jurisprudencial, el utilísimo trabajo de *De Urbano Castrillo*, Eduardo / *Torres Morato*, Miguel Ángel: La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, 2° Edición, Aranzadi, Elcano 2000.

razonable construir una interpretación de la exclusión de prueba ilícita *ex nihilo* y de espaldas al mundo -máxime cuando el derecho comparado y la incipiente práctica chilena demuestran que los problemas fundamentales suelen ser los mismos en toda latitud-, la exposición siguiente sólo pretende brindar un apretado panorama que sirva de contexto conceptual a la revisión del derecho nacional, revisión que constituye el verdadero objeto de este trabajo y sobre la cual, en definitiva, debe poder fundarse toda conclusión que aspire a cierta validez.

De ahí que en lo que sigue se haya optado por una presentación general y bastante neutral de la que parece ser la *opinión dominante* y del estado de la *práctica judicial* relativas a la prueba ilícita en los países escogidos, extrayendo una y otra preferentemente de obras generales (manuales y comentarios) a los que se ha tenido acceso y que al suscrito han parecido razonablemente representativas del estado de la cuestión en cada país. Se ha renunciado, en cambio, a seguir la discusión teórica más fina y se ha evitado tomar posición teórica o práctica respecto del panorama expuesto, tanto porque el proceder contrario supondría un verdadero estudio iuscomparativo que aquí no se está en condiciones de solventar seriamente, como porque, como se ha dicho, no es ése el objeto del trabajo.

2. Estados Unidos de América⁴

2.1 Pluralidad de reglas de exclusión, su fundamento y *status*

Probablemente sea el ordenamiento jurídico estadounidense aquél en el cual el principio de la prescindencia de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales ha alcanzado un reconocimiento más amplio -aunque no exento de polémicas y retrocesos- y un desarrollo jurisprudencial más fino.

Sin perjuicio de la existencia de regulaciones legislativas sobre la materia, tanto a nivel estadual como federal, el tema se discute fundamentalmente en el plano constitucional, siendo decisiva al respecto la jurisprudencia de la Suprema Corte. En ese contexto, sin embargo, no se conoce una única regla general de exclusión de prueba, sino que varias, generadas a partir de la interpretación de distintas garantías constitucionales. En ese contexto, pueden por ejemplo mencionarse las

⁴ En esta parte fundamentalmente se resumen las exposiciones de *Dressler*, Joshua: *Understanding criminal procedure*, 2nd ed., Matthew Bender & Co., San Francisco, Ca., 1997, especialmente p. 319 y ss.; *LaFave*, Wayne / *Israel*, Jerold: *Criminal procedure*, 2nd ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1992, p. 105 y ss. y p. 459 y ss.; y *Chiesa*, Ernesto: *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 1º reimpresión, Forum, Bogotá 1995, Vol. I, p. 181 y ss.; los fallos citados se pueden encontrar y consultar en el sitio <http://supct.law.cornell.edu/supct>.

reglas de exclusión de prueba derivadas de la vulneración de las Enmiendas Quinta y Sexta de la Constitución Federal⁵, la primera en cuanto al derecho a no autoincriminarse, la segunda en cuanto al derecho a la asistencia jurídica. Tales enmiendas rezan, en la parte pertinente:

Quinta Enmienda: "... tampoco podrá obligársele [a la persona] a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial".

Sexta Enmienda: "En todas las causas penales, el acusado... contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa".

Así, por ejemplo, la interpretación del privilegio de no autoincriminación y del derecho a la asistencia jurídica ha dado lugar, entre otros aspectos relevantes, a una formidable protección de los ciudadanos frente a interrogatorios por parte de los agentes del Estado, particularmente a través de las célebres reglas de *Miranda* (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1965])⁶, cuya infracción acarrea la exclusión de la evidencia así obtenida.

Pero la más importante de todas las reglas de exclusión de prueba parece ser aquélla derivada de infracciones a la Cuarta Enmienda⁷, según la cual:

"No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable⁸, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas".

Esta garantía contra detenciones, allanamientos e incautaciones arbitrarias no sólo ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre su

⁵ De la llamada Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), las diez primeras enmiendas, que fueron propuestas el 25 de septiembre 1789 y ratificadas el 15 de diciembre de 1791.

⁶ Sobre *Miranda* puede verse *Dressler*, cit., p. 387 y ss., y, entre nosotros, *Baytelman*, Andrés: 'Tiene derecho a guardar silencio...' La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial, Informe de Investigación N° 13, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago 2002, p. 7 y ss. En particular sobre la exclusión de prueba conforme a las Enmiendas Quinta y Sexta al margen de la doctrina *Miranda*, también puede verse *Dressler*, cit., p. 453 y ss. (Sexta), 481 y s. (Quinta).

⁷ En los manuales, la regla de exclusión emanada de la Cuarta Enmienda suele ser tratada en forma separada y con especial detalle, casi como si fuera "la" regla de exclusión, mientras que aquéllas derivadas de otras garantías representan un aspecto más bien puntual de las consecuencias de la respectiva garantía para el proceso penal. Compárese, por ejemplo, el capítulo destinado a aquélla por *Dressler*, cit., pp. 319-360, con la sección dedicada a la regla de exclusión derivada de la doctrina *Miranda*, pp. 429-431.

⁸ Con la expresión "causa probable" (*probable cause*) se designa el estándar de razonabilidad requerido para legitimar detenciones y entradas en lugares cerrados. Al respecto, con detalle, *Dressler*, cit. p. 123 y ss.

contenido obvio e inmediato, esto es, sobre los presupuestos de legitimidad de tal tipo de intervenciones en la esfera de derechos de los ciudadanos, sino que también sobre los efectos que ha de tener la inobservancia de tales presupuestos con miras a hacer realmente efectiva la protección constitucional, concretamente, ordenando que sea excluida como prueba toda aquélla que se ha obtenido con infracción de la garantía. La exposición siguiente se concentra precisamente en los aspectos más relevantes de esta regla.

La aplicación de la regla se retrotrae al año 1914. En *Weeks v. United States* (232 U.S. 383 [1914]) la Suprema Corte resolvió por primera vez que no podía emplearse como prueba de cargo en juicio evidencia material obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda. *Weeks*, sin embargo, sólo estaba referido a la jurisdicción federal, no así a la jurisdicción de los distintos estados de la Unión. El paso definitivo en este proceso inserto en la polémica por la extensión de las enmiendas a los estados⁹ se da con *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643 [1961]), cuando se declara que la regla de exclusión derivada de la Cuarta Enmienda obliga también a las jurisdicciones estatales. Desde entonces, la regla tiene

⁹ Debe recordarse, en efecto, que las diez enmiendas originales que constituyen la Declaración de Derechos de la Constitución Federal sólo establecen derechos de los ciudadanos frente a la Unión, no frente a los respectivos estados, que tienen sus propias constituciones con sus respectivos catálogos de derechos. Sólo a partir de la Décimocuarta Enmienda (“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en que residan. Ningún estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”), propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868, que tuvo por principal objeto convertir en ciudadanos a los antiguos esclavos, la Constitución Federal establece directamente derechos que pueden hacerse valer frente al estado respectivo. El alcance de la enmienda ha dado lugar a un apasionante debate, en el cual la cuestión principal ha sido si a través de ella se pueden hacer valer frente a los estados las garantías de la Declaración de Derechos. La tesis de la incorporación total de la Declaración por vía de la Décimocuarta Enmienda nunca ha fructificado, y más bien ha predominado la tesis de una incorporación selectiva. En cuanto a las garantías procesales en materia criminal, el debate ha girado en torno a lo que debe entenderse por debido proceso legal, concretamente, si en ese concepto están envueltas necesariamente las garantías procesal-penales de la Declaración de Derechos. Un buen resumen de la discusión se encuentra en *Dressler*, cit., p. 41 y ss.; y *Chiesa*, cit., p. 1 y ss. En cuanto a la Cuarta Enmienda, en general no se discutió si los términos generales de ésta hacían a la esencia del debido proceso legal, pero sí se discutió, en cambio, si la regla de exclusión derivada interpretativamente de la misma podía considerarse una exigencia del debido proceso legal. El derrotero de la discusión se explica principalmente por uno de los criterios principales al respecto, cual es si la garantía forma parte de un núcleo de garantía lo suficientemente consensuado como para poder ser considerado de la esencia del sistema norteamericano de justicia criminal, y como la discusión al respecto ha sido errática, también lo ha sido la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte. Así, en *Wolf v. Colorado* (338 U.S. 25 [1949]), la Corte todavía pudo argüir que la regla de exclusión no era un principio fundamental compartido por todos los estados de la Unión, porque efectivamente, en ese mo-

aplicación general en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos y constituye una de las principales fuentes de litigación del derecho norteamericano. Por su parte, en virtud de *Silverman v. United States* (365 U.S. 505 [1961]), debe también excluirse todo testimonio sobre informaciones adquiridas durante la actuación ilegítima¹⁰.

Con todo, la regla de exclusión no ha estado exenta de polémica en los Estados Unidos. Aun en el seno de la Corte Suprema norteamericana las voces disidentes se han hecho sentir, poniendo en duda principalmente que la exclusión de prueba tenga en realidad efecto disuasivo, ya que por regla general el funcionario que ha vulnerado la Constitución no recibe castigo ninguno en tanto que el criminal queda en la impunidad, con lo cual la sociedad sufre doblemente. También se ha argüido con el derecho comparado, haciendo notar que se trata de una institución sin parangón aun en el ámbito del *common law*, y que serían preferibles otras medidas más efectivas para cautelar el respeto de las garantías constitucionales y menos gravosas para los intereses sociales, como indemnizaciones por parte del Estado, entre otras¹¹.

Para entender debidamente los alcances de esta polémica y sus repercusiones en la aplicación concreta de la regla, debe tenerse presente su inserción en una larga y profunda pugna política en el seno de la sociedad norteamericana, entre corrientes de opinión que -más allá de su caracterización un tanto simplista como “conservadores” y “liberales”- se identifican con dos modelos distintos y antagónicos de configuración del sistema de justicia criminal estadounidense: “el modelo de ‘control del delito’ (*Crime Control model*), y el modelo del ‘debido proceso’ (*Due Process model*); el primero, administrativo y gerencial, el segundo, contradictorio y judicial”¹². Más específicamente, la polémica sobre la regla de exclusión es una más -si bien probablemente una de las más arduas- entre las muchas que caracterizan la reacción que ha seguido a la llamada “revolución de la justicia criminal”, esto es, al apogeo de la expansión de las garantías procesales por parte de la Suprema Corte en la

mento, sólo una minoría de estados había incorporado una regla de ese carácter en su ordenamiento interno. Esto no fue obstáculo, sin embargo, para que sí le diera carácter general a la exclusión tratándose de infracciones muy graves a derechos fundamentales: es lo que hace en *Rochin v. California* (342 U.S. 165 [1952]), donde se “bombea” el estómago del imputado para que vomite la evidencia que se ha tragado. Finalmente, con *Mapp* se revoca expresamente *Wolf* y se produce - en principio, cfr. *infra* - la incorporación. Cfr. *Dressler*, cit., p. 320 y ss.

¹⁰ Con todo, debe considerarse que la regla de exclusión obligatoria para los estados es sólo aquélla fundada en infracciones a la Cuarta Enmienda, no así en infracciones a derecho estadual, materia en la cual la exclusión de prueba es una facultad de cada estado, cfr. *California v. Greenwood* (108 S.Ct. 1625, 1631 [1988]).

¹¹ Un resumen esquemático de la polémica puede verse en *Dressler*, cit., p. 327 y ss.

¹² *Guariglia*, cit., p. 19, citando a Herbert L. *Packer*, de quien proviene la distinción. Más detalles al respecto en *Dressler*, cit., p. 21 y ss.

década del sesenta, bajo la presidencia de Earl Warren (la llamada “Corte Warren” [1953-1969])¹³. En efecto, los años posteriores se han caracterizado por un giro conservador en la Suprema Corte -coincidente en su inicio con las promesas de “ley y orden” de la administración Nixon- a través de las llamadas “Corte Burger” (por su presidente Warren Burger, 1969-1986) y “Corte Rehnquist” (por William Rehnquist, desde 1986)¹⁴, con una consistente reducción de lo que se consideraron excesos de la era Warren. Si bien prácticamente todas las grandes innovaciones de esa época se han mantenido en el tiempo y a pesar de todo se han convertido en ejes fundamentales de la justicia criminal norteamericana¹⁵, la reacción conservadora ciertamente ha tenido influencia en la interpretación de sus contornos más finos, en términos consistentemente restrictivos. Es lo que se puede apreciar especialmente a propósito de la regla de exclusión de prueba ilícita, ámbito en el cual, amén de muy claros desarrollos restrictivos a través de nuevas y numerosas excepciones (*infra* 2.2), incluso se ha visto afectado el *fundamento* y el *status* de la regla.

En cuanto a los *fundamentos* de la regla, se mencionan básicamente dos: por una parte, la disuación 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 la prueba ilícita en juicio, hacerse cómplices de los atentados contra la Constitución¹⁶. Éstos eran, al menos, los fundamentos que se daban en *Mapp*. Desde entonces, sin embargo, el argumento de la *integridad judicial* prácticamente se ha extinguido y no puede dudarse que el llamado efecto de *deterrence* de los funcionarios del orden público, fundamentalmente de los agentes de la policía, se ha convertido en la idea directriz en la aplicación de la regla de exclusión. Desde luego esto puede interpretarse como una simple manifestación del carácter marcadamente pragmático de la aproximación anglosajona a los problemas jurídicos, pero no puede descartarse que se trate de una consecuencia de la progresiva búsqueda de limitaciones a la regla, pues ciertamente una aproximación exclusivamente utilitarista puede ser más flexible y funcional

¹³ Sobre la “revolución de la justicia criminal” debe verse Bradley, Craig M.: *The failure of the criminal procedure revolution*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1993, *passim* y especialmente p. 18 y ss. De esta época provienen, precisamente, decisiones tan fundamentales como *Miranda*, *Katz*, *Gideon* y el citado *Mapp*.

¹⁴ Una noticia sobre la evolución en la composición de la Corte puede verse en *Dressler*, cit., p. 18 y ss.

¹⁵ Así Bradley, cit., p. 37, 82.

¹⁶ Como anota Chiesa, cit., p. 184, los fundamentos de la regla no son de carácter técnico-probatorio, como ocurre con otras reglas similares en el derecho probatorio norteamericano (v. gr. pruebas de referencia), sino estrictamente de *política pública*. A los dos fundamentos señalados se agrega a veces la preservación de la confianza en el Ejecutivo, la que se afectaría si éste pudiera aprovecharse de sus propios actos atentatorios contra la Constitución.

en la adaptación al nuevo contexto político¹⁷. No debería ser sorprendente, entonces, que la mayoría de las nuevas excepciones que soporta la regla guarden alguna relación con su fundamento en la *deterrence* (*infra* 2.2 y 2.3).

Pero también el *status* de la regla está en discusión. En un primer momento, implícitamente en *Weeks* y luego explícitamente en *Mapp*, se mantuvo que la regla era un componente esencial de la Cuarta Enmienda, esto es, que la propia Constitución también garantizaba que la evidencia obtenida con su infracción no podía ser utilizada en juicio criminal contra el afectado. Sin embargo, con posterioridad, en *United States v. Calandra* (414 U.S. 338 [1974]), la mayoría sostuvo que, más que un derecho personal de rango constitucional de la parte agraviada, la regla era “un remedio judicialmente creado, diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda, generalmente mediante su efecto disuasivo”. El punto no es menor, pues si la regla de exclusión no tiene rango constitucional no sólo la propia Corte tiene poder para abolirla o limitarla -como *de facto* ha hecho en los últimos años-, sino que también el Congreso tendría ese poder, esto sin contar con que queda en entredicho la facultad de la Corte para imponer a los estados la aplicación de una regla no derivada de la Constitución. Estos escenarios no se aprecian como especialmente probables, pero su sola posibilidad trae incertidumbre sobre el futuro de la regla¹⁸.

2.2 Límites de la regla de exclusión¹⁹

La regla de exclusión tiene un alcance considerablemente amplio, pero no se aplica en forma absoluta. A continuación se describen los principales límites a que está sujeta.

2.2.1 Exclusión sólo para el juicio oral

La Suprema Corte ha entendido que el efecto fundamental de la exclusión -el efecto de *deterrence*- queda suficientemente bien servido, como regla general, con su aplicación en el acto del juicio. No se aplica, en consecuencia, al procedimiento ante el Gran Jurado -audiencia preparatoria con carácter de antejuicio- (*United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 [1974]), ni en la

¹⁷ Este punto de vista ha sido sugerido al suscrito por Mauricio Duce; cfr. Dressler, cit., p. 324.

¹⁸ Al respecto Dressler, cit., p. 326 y ss.

¹⁹ Aquí sólo se consideran las limitaciones de la exclusión en materia *penal*. Cabe considerar que en el derecho norteamericano la regla de exclusión tendencialmente -no absolutamente- no se aplica en materias extrapenales. Esto es muy claro tratándose de causas civiles ordinarias o de causas tributarias y, en general, en todas aquellas materias en las que se considera pueden estar disponibles otros remedios más eficaces, pero el tema es bastante más difuso tratándose de materias “cuasi-criminales”. Al respecto puede verse Dressler, cit., p. 338; y Chiesa, cit., p. 189 y ss.

procedimientos de fianza, de determinación de penas o de revocación de libertad bajo palabra²⁰.

2.2.2 Impugnación de la credibilidad del acusado

En principio y de acuerdo con la regla de exclusión, la prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales no sólo no podría emplearse como prueba de las imputaciones, sino que tampoco debería poder aprovecharse para impugnar la credibilidad de determinados medios de prueba. Así se había sugerido nítidamente en *Agnello v. United States* (269 U.S. 20 [1925]). Sin embargo, en *Walder v. United States* (347 U.S. 62 [1954]), se resolvió que la regla no es obstáculo para usar la prueba excluida como medio de impugnación de la credibilidad de las declaraciones del acusado en su examen directo, arguyendo para ello que la finalidad de la regla no puede ser que se permita mentir libremente a un acusado que tiene derecho a no declarar en juicio y que si lo hace es por propia voluntad. Con todo, la excepción no se refiere a la simple negación de cargos por parte del acusado que contradice la evidencia excluida, sino que específicamente a todo lo “adicionalmente” declarado por aquél. Una excepción equivalente se ha admitido también respecto de la regla de exclusión de prueba basada en la Quinta Enmienda, concretamente en las infracciones a las advertencias de *Miranda* (*Harris v. New York*, 401 U.S. 222 [1971]), si bien en ese caso la justificación es menos evidente, pues dicha regla de exclusión no se basa sólo en razones de política pública, sino que también en la menor credibilidad de un testimonio obtenido sin respetar tales formas.

Posteriormente, en una decisión muy controvertida y por estrecha mayoría, la Suprema Corte amplió el alcance de la excepción a la impugnación de la credibilidad de lo declarado en el contrainterrogatorio del acusado por parte del fiscal (*United States v. Havens*, 446 U.S. 620 [1980]), aunque siempre únicamente respecto de “preguntas legítimas” vinculadas a lo que declaró el acusado en su interrogatorio directo.

Por el contrario, hasta ahora no se ha extendido la excepción a la impugnación de credibilidad de declaraciones de otros testigos de defensa o de otros medios de prueba de la defensa (cfr. *James v. Illinois*, 110 S.Ct. 648 [1990])²¹.

²⁰ Al respecto *Dressler*, cit., p. 339.

²¹ Al respecto *Chiesa*, cit., p. 192 y ss.; *Dressler*, cit., p. 340 y s.; *LaFave / Israel*, cit., p. 492 y ss.

2.2.3 Legitimación para reclamar la exclusión de prueba (*standing*)

Para la Suprema Corte 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. Es ésta circunstancia la que confiere la legitimación o *standing* para reclamar la exclusión de prueba. Así, en *Rakas v. Illinois* (439 U.S. 128 [1978]), la Corte mantiene que los derechos emanados de la Cuarta Enmienda son derechos personales que no pueden ser invocados por terceros.

Se comprenderá que sobre esta base relativamente sencilla lo verdaderamente debatido es la determinación de quién ha sido víctima de la vulneración constitucional. En ese sentido, probablemente el aspecto más significativo de *Rakas* y de los fallos que le siguen es la superación de los criterios que sobre el *standing* en materia de registros e incautaciones ilegítimas había establecido el fallo *Jones v. United States* (362 U.S. 257 [1960]). Según este precedente, 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; asimismo, establecía un *standing* automático tratándose de la incautación de objetos cuya posesión es precisamente materia de la imputación, pues exigir en esos casos prueba del interés para los efectos del *standing* implicaría al mismo tiempo una obligación de autoincriminarse. *Rakas* rompe con el primer criterio al considerar insuficiente como legitimación la simple circunstancia de encontrarse legítimamente en el lugar y, en cambio, declara como decisivo el criterio de la legítima expectativa de intimidad en el lugar invadido, ya sentado por *Katz v. United States* (389 U.S. 347 [1967]). Por su parte, *United States v. Salvucci* (448 U.S. 83 [1980]) niega el *standing* automático en materia de incautaciones fundándose en que la prueba del interés para los efectos del *standing* no puede emplearse como prueba de cargo en juicio en contra del interesado, conforme a lo resuelto ya en *Simmons v. United States* (390 U.S. 377 [1968]), con lo que se habría disipado el cruel dilema del acusado²².

2.2.4 Actuaciones de buena fe

Hasta ahora se han mencionado límites estrictamente formales a la regla de exclusión, que no afectan su fondo, cual es que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de una persona no pueden ser utilizados en su contra por el Estado. Aquí, en cambio, se trata de una excepción de fondo tremendamente significativa: no está prohibido el uso

²² Sobre el tema del *standing* en general *Dressler*, cit., p. 301 y ss.; *Chiesa*, cit., p. 202 y ss.; y especialmente *LaFave / Israel*, cit., p. 459 y ss.

de prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda cuando los funcionarios que la han obtenido han obrado de *buena fe*. Ésta es la doctrina sentada, en fallo dividido, en *United States v. Leon* (468 U.S. 897 [1984]), en un caso en que funcionarios policiales entran y registran un lugar cerrado -donde encuentran e incautan una determinada cantidad de droga- en virtud de una orden judicial aparentemente válida, pero que posteriormente se demuestra viciada por no haber estado fundada en verdadera causa probable.

Específicamente, según *Leon*, la exclusión no rige cuando un oficial de policía razonablemente bien entrenado ha podido creer que la orden judicial era válida, de donde se desprende que la excepción de buena fe ("*Good faith*" exception) no atiende a la creencia concreta del oficial involucrado, sino que se funda en un examen "objetivo" (normativo) a partir de la figura ideal de un "oficial razonablemente bien entrenado"²³. Sobre esa base, la propia Corte se encarga de señalar casos en los que no sería admisible la excepción, precisamente porque en ellos un oficial razonablemente bien entrenado no debería confiar en la orden. Estos casos son, entre otros (el fallo los menciona sólo a título ejemplar) los siguientes:

- a) Cuando el magistrado ha sido engañado por información falsa en la declaración jurada y la falsedad le ha constado al solicitante o debía haberle constado y sólo no le constó por su craso desprecio por la verdad;
- b) Cuando el magistrado ha abandonado su rol judicial, de suerte que ningún agente responsable y bien entrenado debía confiar en la validez de la orden;
- c) Cuando la declaración jurada es tan patentemente insuficiente para fundar causa probable, que no puede estimarse razonable la confianza del agente en la validez de la orden;
- d) Cuando la orden es tan insuficiente en cuanto a la especificación del lugar a registrar o a las cosas por incautar, que no es razonable la confianza del agente en su validez (criterio que, sin embargo, se resiente cuando casi simultáneamente la Corte resuelve que el agente policial puede confiar en la orden insuficiente cuando al solicitarla él sí ha señalado con suficiente precisión esos extremos, *Massachusetts v. Shepard*, 468 U.S. 981 [1984])²⁴.

²³ Si bien considerando los conocimientos especiales con que cuenta el agente, cfr. *Dressler*, cit., p. 342 y s.

²⁴ Al respecto *Dressler*, cit., p. 343 y s.

El fundamento de la excepción es plenamente funcional al fundamento principal de la regla de exclusión de prueba en el derecho norteamericano, esto es, como se ha dicho (*supra* 2.1), disuadir a los agentes estatales de vulnerar las garantías constitucionales. En hipótesis como la de *Leon* 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. Ahora bien, esto es indiscutible tratándose de los oficiales de policía que ejecutan las órdenes inválidas, pero no puede decirse lo mismo respecto de los magistrados que expiden tales órdenes. Sin embargo, *Leon* deja en claro que el único efecto disuasivo invocable para aplicar la regla de exclusión es aquél relativo a los agentes policiales, no a los magistrados. En efecto, según la justificación de tres niveles propuesta por el Juez *White* en el fallo, las razones para limitar la regla de exclusión serían las siguientes: Primero, la regla de exclusión ha sido diseñada para evitar conductas policiales indebidas y no para sancionar errores judiciales; segundo, no existe evidencia que sugiera que jueces o magistrados estén inclinados a ignorar o subvertir la Cuarta Enmienda o que el desorden entre estos actores requiera la aplicación de la sanción extrema de la exclusión; tercero, “y lo más importante”, no se ve base para creer que la exclusión de evidencia obtenida en virtud de una orden vaya a tener un efecto disuasivo significativo sobre jueces o magistrados²⁵.

Este razonamiento ciertamente no es pacífico y ha dado lugar a controversia, pues, como se ha mantenido, *Leon* puede entenderse como una señal permisiva para jueces poco cuidadosos y con tendencia a identificarse con la persecución penal²⁶. En rigor, aquí se manifiesta con especial virulencia la tensión entre modelos de enjuiciamiento criminal esbozada *supra* 2.1, como se desprende nítidamente de las consideraciones generales del fallo respecto de los “sustanciales costos sociales” de la regla de exclusión, esto es, la obstaculización de la función de búsqueda de la verdad por parte del jurado y del tribunal, con la objetable consecuencia colateral de una liberación o la imposición de penas reducidas a personas culpables. Para la Corte, particularmente cuando los agentes de la persecución penal han actuado de buena fe (objetiva) o sus trasgresiones han sido menores, la magnitud del beneficio concedido a tales acusados culpables ofende conceptos básicos del sistema de justicia criminal, con el resultado que la regla de exclusión puede “generar el desprestigio del derecho y de la administración de justicia”.

²⁵ Al respecto, con detalles sobre la controversia originada por este razonamiento, *Dressler*, cit., p. 346 y ss.

²⁶ Como informa *Dressler*, cit., p. 341, nota al pie N° 124, la excepción ha sido rechazada por varios Estados.

Con todo, explícitamente la doctrina de *Leon* se aplica sólo a actuaciones policiales *con orden judicial* de respaldo, con lo cual, en principio, la excepción de buena fe no se extiende a actuaciones sin ese respaldo. Pero incluso esto ha sido controvertido en los últimos años, pues muchos de los razonamientos del fallo tienen validez también respecto de actuaciones sin orden. Una extensión de la excepción hacia hipótesis sin orden, si bien todavía en una zona intermedia, porque el defecto sigue en la esfera judicial, pero no en la decisión del juez, se ha realizado en *Arizona v. Evans* (514 U.S. 1 [1995]), donde se detuvo al imputado -y se le incautó evidencia- en virtud de una orden dejada sin efecto pero que se mantenía indebidamente en el sistema computacional por error del empleado judicial responsable de la actualización de los registros²⁷.

Por último, el mismo fundamento de *Leon* referido a la razonable y legítima confianza de los agentes policiales en órdenes judiciales aparentemente válidas se ha aplicado también tratándose de actuaciones policiales ejecutadas bajo el amparo de una legislación que posteriormente ha sido declarada inconstitucional. Ésta es la extensión de *Leon* operada por *Illinois v. Krull* (480 U.S. 340 [1987]). En todo caso, se ha aclarado que los agentes no pueden asilarse en una simple interpretación legal que luego se demuestre inconstitucional sino que sólo en normas que los faculden expresamente (*People v. Madison*, 520 N.E. 2d 374 [1988])²⁸.

2.2.5 Actuaciones exclusivamente privadas

Nítidamente anclada en la *deterrence* como propósito fundamental de la regla de exclusión se encuentra la inequívoca aplicación de ésta exclusivamente frente a actuaciones de agentes estatales (al menos desde *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 [1921]), sin incidencia en el ámbito estrictamente privado. Si bien el punto no es del todo pacífico, en cuanto también se ha invocado que los tribunales no deben mezclarse con o, más aún, no deben amparar atentados privados contra la Constitución, puede decirse que es un aspecto consolidado del modelo de justicia criminal norteamericano, al punto que algunos ni siquiera lo ven como una verdadera excepción, sencillamente porque la Cuarta Enmienda sólo limitaría la acción estatal y no la de los particulares²⁹.

La excepción termina cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal, concretamente cuando aquélla se produce a instancias o en cooperación con agentes estatales,

²⁷ Al respecto *Dressler*, cit., p. 350 y ss.; la referencia a *Arizona vs. Evans* se encuentra también en *Hendler*, Edmundo: Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Ad-Hoc, Buenos Aires 1996, p. 201.

²⁸ Al respecto *Chiesa*, cit., p. 200 y s.

²⁹ Al respecto *Dressler*, cit., p. 74.

siendo decisivo en el último supuesto si la actuación estatal añade algo a la conducta privada en términos de descubrimiento. Es lo que se desprende de *Walter v. United States* (447 U.S. 649 [1980]): personas privadas reciben paquetes postales por error y al abrirlos advierten que se trata de películas cuyas imágenes externas sugieren material obsceno, razón por la cual las entregan a agentes del FBI, siendo éstos los primeros en ver el contenido de las películas y determinar que efectivamente se trataba de material obsceno. En este caso la intervención estatal agrega mucho al registro privado original, de modo que debe activarse la protección constitucional; distinto hubiera sido el caso si las personas privadas hubieran procedido a descubrir también el contenido de las películas (en términos similares también *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 [1984]). En cuanto a si la conducta privada se realiza a instancias del Estado, se ha resuelto que tal es el caso cuando se trata de conductas amparadas en reglamentación estatal, por ejemplo, cuando las compañías de ferrocarriles toman muestras de sangre u orina a empleados involucrados en accidentes ferroviarios conforme a la reglamentación federal (*Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602, 109 S.Ct. 1402 [1989]). Apparently la protección constitucional se aplica también a la llamada “seguridad privada” compuesta por guardias privados de seguridad, en cuanto ejercen una función pública estrechamente relacionada con el procedimiento criminal (se invoca analógicamente *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 [1946])³⁰.

2.3 Alcances de la exclusión: doctrina de los frutos del árbol envenenado y sus límites

Uno de los aspectos más relevantes de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda es que ésta 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. Éste es un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba en el derecho norteamericano, cuyo origen más claro sería el fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 [1920]) -caso en el cual se impidió forzar el interrogatorio “legal” de un testigo cuya existencia había sido descubierta gracias a documentación que con anterioridad había sido ilegalmente incautada-, y que se ha hecho célebre bajo el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*). El fundamento de esta doctrina no puede ser otro que la efectiva vigencia práctica de los propósitos de la regla de exclusión, los que se

³⁰ Al respecto, en general, *Chiesa*, cit., p. 346 y ss.; *Dressler*, cit., p. 74 y s.

eludirían fácilmente si su efecto no se extendiera a los resultados mediatos de la vulneración constitucional (así, expresamente, la Suprema Corte en *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 [1939]³¹).

Sin embargo, la jurisprudencia ha ido reconociendo ciertos límites al principio, sobre todo 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, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse “purgado”. Las excepciones suelen presentarse en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*) y el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principle*).

2.3.1 Doctrina de la fuente independiente

Desde antiguo se ha reconocido que no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, por la sencilla razón que en estos casos simplemente dicha prueba no es un “fruto” de la ilicitud. Esto ya lo reconocía el citado *Silverthorne* cuando aclaraba que el fundamento de la exclusión de prueba y sus amplios efectos no volvía los hechos investigados sagrados o inaccesibles, pues si se adquiría conocimiento de tales hechos mediante una fuente independiente, éstos podrían ser probados como cualesquiera otros hechos.

Ejemplos claros de evidencia obtenida a través de una fuente independiente son todos aquéllos en los cuales la prueba se ha obtenido ya *con anterioridad* al acto ilegal, como sería el siguiente: en un allanamiento debidamente autorizado en la casa del imputado la policía descubre un diario donde se menciona a un testigo presencial del delito; posteriormente, la policía vuelve a entrar a la casa del imputado pero ahora en forma ilegal, y encuentra otros documentos que también dan cuenta de la existencia del mismo testigo. El testigo no podría considerarse un “fruto” del allanamiento irregular, porque su nombre ya había sido obtenido legalmente en el primer allanamiento³². Sería también el caso en *State v. O'Bremski* (70 Wash. 2d 425, 423 P. 2d 530 [1967])³³, en el cual, durante el allanamiento ilegal del departamento del imputado, se encuentra a una niña cuyo testimonio sobre las relaciones sexuales que el imputado

³¹ Es precisamente en este fallo en el cual el juez *Frankfurter* acuña la expresión “frutos del árbol envenenado”.

³² Ejemplo tomado de *Dressler*, cit., p. 354.

³³ Citado por *LaFave / Israel*, cit., p. 473.

mantuvo con ella se consideran aprovechables por tener una fuente independiente y aun anterior a la entrada y registro ilegal, puesto que sus padres ya habían dado noticia de su desaparición y un informante de la policía ya la había ubicado en el departamento del imputado.

Mucho más problemático resulta, desde luego, admitir la existencia de una fuente realmente independiente cuando ésta aparece *con posterioridad* a la actuación ilegal, pues siempre resultará plausible sostener que cualquier información posteriormente obtenida se debe a la influencia que en la investigación ha ejercido el primer hallazgo. Sin embargo, en la jurisprudencia parece haberse decantado que un hallazgo ilegal que simplemente “focaliza” la investigación en un determinado sujeto no puede *per se* otorgarle una suerte de inmunidad total frente a la persecución penal. Es lo que ha primado en *United States v. Bacall* (443 F. 2d 1050 [9th Cir. 1971])³⁴, donde agentes del servicio de aduanas de los Estados Unidos, después de haber incautado ilegalmente inventarios del imputado, solicitan a sus colegas franceses que también lo investiguen, en cumplimiento de lo cual los agentes franceses incautan -legalmente- cartas y cheques del imputado que lo implican en determinados delitos. El tribunal no duda que el encargo a las autoridades francesas tiene su origen en el hallazgo ilegal, pero considera que la pregunta esencial es si el hallazgo inicial tiende significativamente o no a dirigir la investigación extranjera hacia los objetos específicos que fueron luego incautados, concluyendo que tal no fue el caso. Algo parecido ocurre en *New York v. Harris* (495 U.S. 14 [1990]), donde se razona a partir de los propósitos de cada garantía involucrada. En este caso el imputado es detenido en su departamento sin la debida orden judicial -según *Payton v. New York* (445 U.S. 573 [1980]) la Cuarta Enmienda impide entrar sin orden y sin consentimiento al hogar del sospechoso para detenerlo aunque exista causa probable para tal detención- para luego ser conducido a la estación de policía, donde se le leyeron sus derechos, en conocimiento de los cuales presta declaración. La Corte considera que dicha declaración es admisible porque no es fruto del aspecto de la conducta policial que fue ilegal. Si bien la entrada y la práctica de la detención en el hogar del imputado fueron ilegales, no lo fueron la detención misma (más bien, la custodia fuera del hogar) ni las condiciones de la declaración, que constituirían la verdadera fuente de las declaraciones, de modo que éstas, aunque precedidas de una ilegalidad, no serían fruto de la misma³⁵. Como se ve, en estas situaciones no puede, en rigor, negarse el vínculo causal ni, consecuentemente, afirmarse la independencia de la fuente, pero sí es posible encontrar criterios que permitirían -ya en la línea de un *vínculo atenuado*, ver *infra* 2.3.3- negarle relevancia.

³⁴ Citado por *LaFave / Israel*, cit., p. 474.

³⁵ Al respecto *Dressler*, cit., p. 355 y s.

Pero sin duda el desarrollo más polémico de la doctrina de la fuente independiente es el inaugurado por *Murray v. United States* (487 U.S. 533 [1988]), en el cual unos agentes policiales tenían información suficiente como para obtener una orden de entrada y registro en un almacén, pero en vez de solicitarla ingresan sin orden al lugar y verifican la presencia de droga; sin tocar nada solicitan luego la orden respectiva -sin mencionar el ingreso previo- y al ejecutarla encuentran y decomisan una importante cantidad de droga. Se solicitó la exclusión de la droga decomisada como prueba, pero la Corte optó por devolver la causa a una corte inferior para que se determinara si los agentes hubieran solicitado de todos modos la orden si no hubiesen entrado previamente al lugar, y estableció que en caso afirmativo habría lugar a la aplicación del criterio de la fuente independiente. Los disidentes mantuvieron que la doctrina de *Murray* estimularía que los agentes verifiquen previa e ilegalmente la existencia de la evidencia buscada antes de solicitar las órdenes que corresponden. La mayoría, en cambio, observa que un agente con causa probable para obtener una orden de registro actuaría tontamente si entra primero al lugar sin orden, porque si así actuara pondría en riesgo la admisibilidad de toda la evidencia en el lugar³⁶.

2.3.2 Regla del descubrimiento inevitable

Tampoco se excluye aquella prueba que si bien en concreto no se obtuvo de forma independiente de la obtenida ilegalmente, en todo caso iba a ser descubierta por medios legales. El caso principal en esta materia es *Nix v. Williams* (467 U.S. 431 [1984]): 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 cadáver³⁷. También aquí, como se puede ver, el nexo causal entre la ilegalidad y el hallazgo de determinada evidencia es innegable, pero una consideración hipotética permitiría restarle relevancia.

³⁶ Al respecto *Dressler*, cit., p. 354 y s.; *LaFave / Israel*, cit., p. 474; *Chiesa*, cit., p. 209 y s.

³⁷ Al respecto *Dressler*, cit., p. 356 y s.; *LaFave / Israel*, cit., p. 475 y ss.; *Chiesa*, cit., p. 210 y s.

2.3.3 Principio del vínculo atenuado

La idea de un vínculo causal entre ilegalidad y obtención de determinada evidencia que puede encontrarse tan atenuado que llega a “disipar” el vicio está ya enunciada en *Nardone v. United States* (308 U.S. 338 [1939]). El caso paradigmático de aplicación de esta idea es *Wong Sun v. United States* (371 U.S. 471 [1963]): agentes policiales detienen ilegalmente a una persona, quien involucra a otra y ésta a su vez implica a una tercera (*Wong Sun*) que también es detenida ilegalmente. Con posterioridad, sin embargo, esta persona ya libre y en espera del juicio, debidamente advertida de sus derechos, confiesa voluntariamente. La Suprema Corte declara admisible esta confesión, a pesar que resulta indudable que no se hubiera llegado a ella de no ser por la ilegalidad originaria, esto es, a pesar de ser innegable el vínculo causal entre ilegalidad y prueba, por entender que en la especie dicho vínculo quedó lo suficientemente atenuado como para no aplicar la regla de exclusión. Ahí se introduce como criterio central la pregunta sobre si, en el caso concreto, la prueba se ha obtenido con *aprovechamiento* (*exploitation*) de la ilicitud previa o bien por medios lo suficientemente distinguibles de ésta como para tenerla por saneada.

También en esta materia se ha tratado de reconducir las razones para no aplicar la regla de exclusión al déficit de efecto disuasivo que ésta tendría en este caso: cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada cuya exclusión se discute es muy atenuado, no puede decirse que dicha prueba derivada haya estado en la perspectiva de los agentes al momento en que realizan el acto ilegal, de suerte que la amenaza de su exclusión no podría tener efecto disuasivo. Asimismo juega un papel relevante la consideración de los costos sociales asociados a la exclusión de prueba, pues, como se ha dicho en el ya citado *Leon*, “el concepto de ‘disipación del vicio’ intenta marcar el punto en el cual las consecuencias perjudiciales de la acción policial ilegal llegan a ser tan atenuadas que el efecto disuasivo de la regla de exclusión no justifica más su costo”. En esa perspectiva, en la literatura se han mencionado distintos criterios que servirían para establecer si se está frente a un vínculo atenuado. Con todo, no puede desconocerse que se trata sólo de criterios orientadores generales que no eximen de un concienzudo examen del caso concreto en toda su complejidad. Aquí se mencionan algunos de estos criterios³⁸:

- a) Proximidad temporal. Mientras más breve sea el tiempo que media entre la ilegalidad y la obtención de la prueba, mayores posibilidades existen de que ésta sea declarada viciada.

³⁸ Aquí se sigue la exposición de *Dressler*, cit., p. 358 y ss. Cfr. también *Israel / LaFave*, cit., p. 473; y *Chiesa*, cit., p. 209, nota al pie 84.

- b) Extensión de la cadena causal. Mientras más factores intervengan entre la ilegalidad inicial y la incautación de la evidencia, más posibilidades existen de la admisibilidad de la evidencia. Mientras más alejada de la ilicitud se encuentre la evidencia, es menos probable que la policía la entienda como un fruto de aquélla, con lo que se reduce el efecto disuasivo de la exclusión.
- c) Acto libre de voluntad. La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio, debiendo tenerse sí presente que las advertencias de *Miranda* no bastan por sí solas para evaluar la voluntariedad en estos casos.
- d) Gravedad e intencionalidad (*flagrancy*) de la ofensa. A mayor gravedad de la ofensa y a menos accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y mayor el alcance de la regla de exclusión.
- e) Naturaleza de la evidencia derivada. Según la Suprema Corte, cierto tipo de evidencia es, por su propia naturaleza, más susceptible de saneamiento que otra. Particularmente, como se desprende de *United States v. Ceccolini* (435 U.S. 268 [1978]), sería más fácil sanear la prueba testimonial que la prueba material, por dos razones: primero, porque los testigos suelen aparecer por su propia voluntad, en tanto que los objetos inanimados deben ser descubiertos por otros; y segundo, porque las probabilidades de obtener prueba testimonial por medios legales son mayores, razón por la cual la policía tiene menos incentivos para violar la Constitución en orden a obtener su testimonio³⁹.

2.4 Oportunidad procesal para la exclusión. Referencia

En lo que concierne a la oportunidad procesal para solicitar la exclusión de la prueba ilícita, la situación difiere de estado en estado. Algunos estados siguen el sistema de la *objeción simultánea* (*contemporaneous objection rule*), en el cual la objeción puede hacerse en el juicio mismo, en el momento en el cual la acusación pretende introducir la evidencia obtenida ilícitamente. Sin embargo, la gran mayoría de las jurisdicciones ha abandonado ese sistema en beneficio de otro de *moción previa* de supresión de prueba. Las ventajas de este último sistema serían básicamente las siguientes: se elimina para el juicio una serie de disputas sobre la conducta policial que son irrelevantes para el fondo, se evitan interrupciones innecesarias de un juicio en curso, se previene la posible anulación del juicio con mérito en la exposición del jurado a evidencia inconstitucional y se permite a las partes conocer de antemano qué evidencia no será

³⁹ Al respecto *Dressler*, cit., p. 359 y s. La referencia a *Ceccolini* se encuentra también en *Carrió*, cit., p. 105, 101, quien describe cómo la Corte Suprema argentina se habría hecho eco de esta distinción en el caso *Rayford*, sobre el cual se expone en p. 97 y ss.

admitida, permitiendo abandonar una acción o modificar convenientemente la propia “teoría del caso”⁴⁰.

3. Alemania⁴¹

3.1 Concepto y fundamento de las prohibiciones de prueba

No obstante que el proceso penal alemán se orienta claramente al establecimiento de la verdad material, no constituye un principio de la Ordenanza Procesal Penal (StPO) que dicha verdad deba ser investigada a cualquier precio (así la ya célebre sentencia BGHSt. 14, 358 [1960]). Más bien al contrario, incluso un interés general tan relevante como es el del esclarecimiento y castigo de los delitos debe ser puesto en relación con los demás intereses en juego, especialmente con la preservación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (BGHSt. 19, 325 [1964]). Precisamente al resguardo de estos intereses superiores sirven las llamadas *prohibiciones de prueba* (*Beweisverbote*), de acuerdo con la terminología acuñada por Ernst von *Beling*⁴² a comienzos del siglo XX. Terminológicamente, entonces, prohibiciones de prueba es el nombre genérico con que se designan los límites a la libertad de prueba en el derecho alemán⁴³.

⁴⁰ Al respecto, con mucho detalle adicional, *LaFave / Israel*, cit., p. 499 y ss.

⁴¹ En esta parte fundamentalmente se resumen las exposiciones de *Gössel*, Karl Heinz: Einleitung K – Beweisverbote, en: *Löwe / Rosenberg*: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 25. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin – New York 1999, 1. Bd.; *Roxin*, Claus: Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., Beck, München 1998, § 24 C (hay versión castellana: Derecho Procesal Penal [trad. *Córdoba / Pastor*, rev. *Maier*], Editores del Puerto, Buenos Aires 2000); *Senge*, en: *Pfeffer*, Gerd (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (KK), 4. Aufl., Beck, München 1999, Vor § 48 StPO; *Lesch*, Heiko, en: *Bockemühl*, Jan (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts – Strafrecht, 2. Aufl., Luchterhand 2002, Kap. 1, Teil G, VII-IX; *Rogall*, en: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK), Luchterhand (Loseblattausgabe), § 136 a StPO; *Paulus*, en: KMR – Kommentar zur Strafprozeßordnung, Luchterhand (Loseblattausgabe), § 244 StPO; *Eisenberg*, Ulrich: Beweisrecht der StPO, 4. Aufl., Beck, München 2002. La perspectiva casuística de la práctica ha sido tomada también de *Hamm*, Rainer / *Lohberger*, Ingram (Hrsg.): Beck’sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 4. Aufl., Beck, München 2002, p. 296 y ss. La mayoría de los fallos citados del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) pueden consultarse en la recopilación oficial de los mismos en materia penal (BGHSt.), disponible en la Biblioteca del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁴² El texto fundacional de *Beling* es Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß (Las prohibiciones de prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal), del año 1903.

⁴³ Por todos, *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 20; *Eisenberg* Rdn. 329 y ss.

Antes de abordar la clasificación y el desarrollo particular de las prohibiciones de prueba, conviene destacar ya que el fundamento de las mismas es uno marcadamente *ético*, en el sentido de basarse en la supremacía de ciertos valores ideales por sobre las necesidades prácticas de la persecución penal. Como se podrá advertir en la exposición siguiente, esto no implica una concepción rígida de una materia que, por lo demás, dista de ofrecer un panorama de tratamiento uniforme y plenamente coherente. Però sí puede asegurarse que la argumentación utilitarista tan propia del derecho norteamericano prácticamente no tiene cabida en la discusión alemana. No obstante esto, todo parece indicar que el sustrato fáctico de la discusión es muy similar en ambos países y está igualmente signado por la tensión entre eficiencia y legitimidad, de suerte que las diferencias, amén de evidentes distancias culturales y de estructura social, bien pueden limitarse a las provocadas por las distintas tradiciones discursivas. En el caso alemán, las necesidades de una persecución penal efectiva puede integrarse sin dificultades en un discurso de principios.

3.2 Prohibiciones de producción y prohibiciones de valoración de prueba

Las prohibiciones de prueba se clasifican tradicionalmente en dos grandes grupos. Por una parte la variopinta categoría de las prohibiciones de *producción* de prueba (*Beweiserhebungsverbote*) y por otra las llamadas prohibiciones de *valoración* o *aprovechamiento* de prueba (*Beweisverwertungsverbote*).

Las prohibiciones de *producción* de prueba se desprenden del conjunto de las normas que regulan la actividad probatoria de los intervinientes, esto es, que definen qué y de qué modo puede probarse en el proceso penal. De tal conjunto resultan impedimentos de diversa índole para la producción de prueba. Así, los impedimentos para probar determinados hechos, como, por ejemplo, los secretos de Estado, constituyen lo que se da en llamar prohibiciones del *tema* de la prueba (*Beweisthemaverbote*); existen también disposiciones que impiden la utilización de determinados *medios* de prueba, como por ejemplo el testimonio de personas que tienen derecho a negarse a declarar, dando lugar a las denominadas prohibiciones de *medios* de prueba (*Beweismittelverbote*), o que impiden el empleo de determinados *métodos* en la producción de la prueba, como, por ejemplo, los métodos coactivos en el interrogatorio de testigos, dando lugar a prohibiciones de *métodos* de prueba (*Beweismethodenverbote*). Por último, algunos llaman la atención sobre la existencia de normas que si bien no prohíben en términos absolutos la producción de la prueba, la hacen depender de la orden o de la intervención de determinadas personas, como la que manda que los exámenes corporales sean por lo general ordenados por un juez

y efectuados por un médico, lo que se conoce como prohibiciones *relativas* de prueba (*relative Beweisverbote*)⁴⁴.

Verdaderamente relevantes, sin embargo, para los fines del presente análisis son las llamadas prohibiciones de *valoración* o *aprovechamiento* de prueba, que impiden que determinadas pruebas puedan ser usadas como fundamento de una resolución judicial. Una cosa es decir que determinadas personas no pueden ser obligadas a prestar testimonio y otra es decidir si las declaraciones que no obstante prestaron forzosamente pueden ser utilizadas como medio de prueba. En esta materia se distingue entre prohibiciones *dependientes*, es decir, aquéllas que suponen la infracción de una prohibición de producción de prueba -como sería el caso recién propuesto-, y prohibiciones *independientes*, esto es, que no suponen una tal infracción previa, sino que derivan directamente de un principio general, habitualmente consagrado en la Constitución⁴⁵. Las páginas siguientes se dedican fundamentalmente al examen de estas prohibiciones.

3.2.1 Prohibiciones de valoración dependientes

3.2.1.1 La cuestión y su solución

El campo de debate más importante en materia de prohibiciones de valoración de prueba es el que ofrecen las infracciones a las prohibiciones de producción de la misma. En efecto, se discute acaloradamente si la infracción de tales prohibiciones, que no son más que las normas que regulan la forma de realizar legítimamente la investigación criminal, acarrea necesariamente la imposibilidad de valorar la prueba así obtenida. Como en el ejemplo arriba propuesto, se discute si la infracción de las normas que faculta a determinadas personas a no atestiguar (§§ 52 StPO y ss.) conlleva la prohibición de aprovechar sus declaraciones.

En parte el debate está condicionado por la circunstancia que el derecho alemán conoce sólo un par de prohibiciones *expresas* de valoración -como es el caso del § 136 a III StPO, donde luego de establecerse los métodos prohibidos de interrogatorio se expresa que las declaraciones producidas con infracción de la prohibición no pueden ser aprovechadas ni aun cuando el imputado consienta en su valoración⁴⁶-, más allá de lo cual la cuestión está completamente abierta. Con todo, es opinión ampliamente mayoritaria que no toda infracción a una prohibición de producción conlleva necesariamente una prohibición de valoración, sino

⁴⁴ Por todos *Roxin* Rdn. 14 y s. Con especial detalle *Eisenberg* Rdn. 336 y ss

⁴⁵ *Gossel* Rdn. 109; *Roxin*, cit., p. 23.

⁴⁶ Un panorama de las regulaciones expresas puede verse en *Eisenberg* Rdn. 357 y ss

que esto último requiere un fundamento adicional⁴⁷. Pero incluso la opinión minoritaria, que quiere ver identificados ambos tipos de prohibición, logra exhibir un análisis matizado, sea asilándose en la tradicional y ampliamente aceptada distinción entre prohibiciones de prueba y meras *regulaciones probatorias* (*Beweisregelungen*), esto es, reglas técnico-formales que simplemente ordenan la actividad probatoria sin afectar su fondo, como serían aquéllas que disciplinan las formalidades del interrogatorio de testigos (§§ 58, 59 StPO)⁴⁸, sea a través de una interpretación restrictiva del alcance de la respectiva prohibición de producción de prueba, de suerte que los resultados a que se arriba suelen ser muy similares y sólo difieren en aspectos o casos marginales.

A la hora de precisar cuándo la infracción de una prohibición de producción de prueba conlleva la prohibición de aprovechar la misma, el cuadro no es particularmente claro. La *literatura* ha ofrecido una serie de modelos de interpretación, pero ninguno de ellos ha logrado imponerse hasta ahora⁴⁹. Por lo mismo, conviene concentrarse en la forma de proceder de la *jurisprudencia*, la que puede sistematizarse en los siguientes términos⁵⁰:

En primer lugar, desde siempre la jurisprudencia alemana se ha aproximado al problema desde la óptica de la *revisibilidad vía casación* (*Revision*) de los vicios del procedimiento⁵¹. Consecuentemente, debe establecerse primero si se ha cometido una *infracción de ley* en la producción de la prueba, pasando la ley infringida a considerarse una prohibición de producción de prueba. En caso de afirmativo, debe resolverse la pregunta siguiente, cual es si a la infracción de la prohibición de producción corresponde también una prohibición de valoración, lo que en la práctica se reduce -en los términos de la casación (§ 337 StPO)- a la cuestión de si el fallo *se funda* o no en la infracción de ley. En caso afirmativo debería afirmarse también la prohibición de valoración.

Adicionalmente, sin embargo, la infracción de ley debe *afectar la esfera de derechos* del imputado. Ésta es la llamada “teoría de la esfera de derechos” (*Rechtskreisstheorie*) desarrollada por el Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 11, 213, fallo de Gran Senado), 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

⁴⁷ Por todos *Eisenberg* Rdn. 362.

⁴⁸ Por todos *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 491.

⁴⁹ Un panorama de la literatura puede verse en *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 505 y ss.; *Gössel* Rdn. 113 y ss.; *Eisenberg* Rdn. 367 a y ss.; cfr. también *Lisch* Rdn. 88 y ss.

⁵⁰ Se sigue aquí en general la exposición de *Gössel* Rdn. 17 y ss.

⁵¹ Aproximación bastante criticada en la literatura. Cfr. *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 501 y ss.

menor o ninguna importancia. En este examen deben considerarse sobre todo el fundamento de la disposición y la pregunta sobre en interés de quién ha sido establecida”⁵². Esta aproximación explica que infracciones al § 52 StPO, sobre facultad de no declarar por motivos personales, especialmente por parte de ciertos parientes, den lugar a una prohibición de valoración de las declaraciones rendidas, en tanto que no tienen ese efecto las infracciones equivalentes al § 54 StPO, que exige autorización previa del superior para las declaraciones de jueces y funcionarios, porque el fin de protección de esta última norma no forma parte de la esfera de derechos del imputado. Con todo, 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 casación⁵³, bien podría entenderse integrada en la “aproximación desde la casación” a la prohibición de valoración.

Ahora bien, la teoría de la esfera de derechos no sólo ha sido objeto de fuertes críticas, entre otros, por parte de quienes alegan que el acusado tiene derecho no sólo a que se respeten las normas establecidas para su protección sino que también a que se garantice la integridad de las formas del procedimiento⁵⁴. Además, claramente no constituye el único criterio de que ha hecho uso el BGH para resolver sobre la existencia de una prohibición de valoración. Más bien al contrario, la teoría de la esfera de derechos parece haber visto limitado su efecto a los casos de infracción de deberes de advertencia respecto de ciertas personas llamadas a declarar, más allá de lo cual sólo operaría como punto de partida, siendo *otros los criterios* decisivos. Así, por ejemplo, *Lesch* extrae de la jurisprudencia el siguiente cuadro de tales criterios, ordenándolos según si obran a favor o en contra de la prohibición de valoración⁵⁵:

A favor:

- Si el vicio es especialmente grave, particularmente cuando frustra el fin de la disposición infringida.
- Si la infracción tiene un especial significado para la esfera jurídicamente protegida del afectado.

⁵² En términos muy similares se expresa la llamada “doctrina del fin de protección” (*Schutzzwecklehre*) que algunos han opuesto a la teoría de la esfera de derechos y conforme a la cual sería decisivo el fin de protección de la norma vulnerada. Cfr. *Eisenberg* Rdn. 366.

⁵³ Así lo sugieren *Gössel* Rdn. 21 y *Kleinknecht*, Theodor / *Meyer-Goßner*, Lutz: *Strafprozeßordnung*, 44. Aufl., Beck, München 1999, § 337 Rdn. 19.

⁵⁴ Al respecto *Roxin* Rdn. 20; una crítica general a la teoría en *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 504.

⁵⁵ *Lesch* Rdn. 87, con referencias detalladas a la jurisprudencia.

- Si se ha intervenido en las bases del *status* procesal del imputado.
- Si el delito es de menor gravedad.
- Si el medio de prueba no se hubiera podido obtener por medios lícitos.
- Si la infracción fue consciente o incluso intencional⁵⁶.

En contra:

- Si se afecta la capacidad de funcionamiento de la persecución penal para el esclarecimiento y el castigo de los delitos.
- Si se impide el descubrimiento de la verdad.
- Si el delito es grave.
- Si el valor (utilidad) probatorio no se ve afectado por la infracción.
- Si el medio de prueba hubiera podido también obtenerse por vías legales.
- Si el investigador ha actuado de buena fe.
- Si el medio de prueba puede también favorecer al imputado.

La búsqueda de equilibrios entre esta pléyade de criterios contrapuestos ha conducido a que se hable de una “doctrina de la ponderación” (*Abwägungslehre*)⁵⁷, al punto que desde 1990 el propio BGH se ha pronunciado en términos generales en el mismo sentido. Así, luego de reiterar que no toda prohibición de producción de prueba conduce sin más a una prohibición de valoración de la misma, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio (BGHSt. 38, 214, 220; 38, 372, 373), pero en la cual, además y entre otros, debe considerarse especialmente un criterio ya empleado con anterioridad (BGHSt. 19, 325, 329 [1964]), cual es el de los *intereses de una efectiva persecución penal* (BGHSt. 38, 214, 219; 42, 139, 157).

Cuál de los intereses en juego habrá de imponerse en el caso concreto es algo que, como se puede adivinar, no puede definirse *a priori*

⁵⁶ Este criterio no se encuentra en *Lesch*, sino en *Eisenberg* Rdn. 363. Cfr. también *Roxin* Rdn. 21 y *Rogall* SK § 136 a StPO Rdn. 103, quienes aducen “razones preventivas”.

⁵⁷ Emplean la expresión *Gössel* Rdn. 25 y ss.; *Lesch* Rdn. 88 y *Eisenberg* Rdn. 367.

en términos generales. De ahí las críticas ante lo que se considera una doctrina poco compatible con el Estado de Derecho, en cuanto la imprecisión de los criterios de ponderación y el consiguiente arbitrio subjetivo valorativo del aplicador del derecho no garantizarían resultados suficientemente previsibles⁵⁸, no obstante que la experiencia de la jurisprudencia alemana con la aplicación del *principio de proporcionalidad* y su corolario de ponderaciones debería tender a reducir las inseguridades también en esta materia⁵⁹. Como sea, sólo una visión general de la casuística judicial puede transmitir una idea válida del estado práctico de la cuestión en Alemania.

3.2.1.2 La casuística

En particular, los grupos de casos más importantes -desde luego, no los únicos- problematizados por la jurisprudencia alemana son los siguientes:

A. Derechos del imputado

- a) Después de muchas reticencias y progresos sólo parciales (BGHSt. 22, 170; 25, 325; 31, 395) que fueron objeto de la ácida crítica de toda la literatura, finalmente desde BGHSt. 38, 214 se admite sin discusión que la omisión de las advertencias previstas en el § 136 StPO sobre el derecho de no declarar del imputado, aun en sede policial, conduce inevitablemente a una prohibición de valoración del resultado de lo declarado bajo esas condiciones. La valoración sólo es posible cuando consta fehacientemente que el imputado conocía su derecho de no declarar o cuando el acusado con defensor acepta expresamente la valoración en el juicio oral o no se opone a ella antes del término de la declaración. Lo mismo rige para el acusado sin defensor a quien el presidente del tribunal le advierte de su derecho de oponerse a la valoración⁶⁰.
- b) También da lugar a una prohibición de valoración la omisión de las advertencias al imputado sobre su derecho a consultar a un defensor (BGHSt. 38, 374), así como el caso en que, haciéndose tales advertencias, luego no se le permite que el defensor lo asista (BGHSt. 38, 372) o incluso cuando la policía no lo ayuda suficientemente en la búsqueda de un defensor, ocultándole la existencia de un servicio de abogados de urgencia (BGHSt. 42, 15). En cambio, se ha fallado que sí se pueden valorar las

⁵⁸ Así *Lesch* Rdn. 88; *Eisenberg* Rdn. 367; crítico del carácter muchas veces contradictorio de la jurisprudencia, *Gössel* Rdn. 27.

⁵⁹ *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 512 y ss. propone un desarrollo del tema fundado precisamente en el principio de proporcionalidad

⁶⁰ Al respecto *Gössel* Rdn. 43 y ss.; *Roxin* Rdn. 24 y ss.; *Eisenberg* Rdn. 373.

declaraciones de un imputado que en principio desea declarar en presencia de un defensor, pero que ante la imposibilidad de contar con él atendida la hora acepta declarar sin esa asistencia (BGHSt. 42, 170)⁶¹.

- c) No se ha aceptado, en cambio, una prohibición de valoración respecto de las llamadas “trampas de escucha” (*Hörfalle*) mediante las cuales se eluden los deberes que pesan sobre los agentes estatales al tomar declaraciones. El caso más importante fue resuelto por el Gran Senado Penal del Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 42, 139): se convence a un compatriota del imputado para que telefonee a este último desde dependencias policiales con la presencia de un intérprete y lo induzca a confesar, naturalmente sin mencionar estas circunstancias; se produce la confesión y el imputado es condenado en virtud del testimonio del intérprete. El Gran Senado declara admisible la prueba arguyendo que los deberes del § 136 StPO sólo persiguen contrarrestar la posible creencia errónea del imputado de estar obligado a declarar cuando lo interroga un agente oficial, pero que no protegen la “libertad de error”. Parte importante de la doctrina discrepa de este predicamento y entiende que el § 136 StPO no sólo está llamado a proteger al imputado frente a supuesta coacción, sino que también frente a autoincriminación fundada en error y propiciada por el Estado⁶².
- d) También se origina una prohibición de valoración cuando se vulnera el derecho del imputado a estar presente durante actuaciones probatorias anteriores al juicio oral (§§ 168 y ss. StPO; se trata de prueba anticipada, testimonial o material), pues de esta forma se afecta su derecho a ser legalmente oído (Art. 103 I de la Ley Fundamental [GG]), ya que pierde la posibilidad de influir en el resultado de la prueba (BGHSt. 26, 332)⁶³.

B. Derecho de testigos a no declarar

- a) Se origina una prohibición de valoración cuando se omite advertir a los parientes del imputado de su derecho a no declarar por motivos personales conforme al § 52 StPO, como lo exige la protección de la familia del acusado perseguida por dicha disposición (BGHSt. 11, 216); se ha fallado, sin embargo, que esta prohibición no rige una vez que el testigo ha muerto (BGHSt. 22,

⁶¹ Al respecto *Roxin* Rdn. 29; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 34; *Eisenberg* Rdn. 374.

⁶² Al respecto *Roxin* Rdn. 30.

⁶³ Al respecto *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 35; *Roxin* Rdn. 31; *Eisenberg* Rdn. 383.

35), a lo que la literatura ha replicado que el citado § 52 StPO no sólo persigue evitar un conflicto de deberes al testigo, sino que también sirve a la protección del acusado⁶⁴.

- b) Respecto del derecho a no declarar que asiste a determinados profesionales por razones de secreto profesional (§§ 53, 53a StPO), no se contemplan deberes de advertencia, y en cuanto al profesional que en conocimiento de su derecho declara infringiendo el deber de guardar secreto (conducta punible de acuerdo con el § 203 StGB), la opinión dominante estima que dichas declaraciones son valorables porque esa decisión se encuentra íntegramente en el ámbito de responsabilidad del testigo (BGHSt. 9, 59; 15, 200; 18, 146)⁶⁵.
- c) Complementando la protección en esta materia, debe considerarse también la prohibición de incautación de objetos pertenecientes a quienes tienen derecho a no declarar del § 97 StPO, sin la cual tales derechos a no declarar podrían ser fácilmente eludidos. Infracciones a esta prohibición también dan lugar a una prohibición de valoración (BGHSt. 18, 229)⁶⁶.
- d) En cuanto al funcionario público que, contra lo previsto en el § 54 StPO, declara sin contar con la debida autorización de su superior, se ha fallado, en cambio, que la declaración es valorable, porque la prohibición serviría únicamente a la conservación de secretos oficiales y no a los intereses de la defensa del acusado (BGH MDR 1951, 275; NJW 1952, 151)⁶⁷.
- e) Finalmente, en cuanto a la obligada advertencia al testigo sobre su derecho a no contestar preguntas que puedan incriminarlo (§ 55 StPO), se ha resuelto que su omisión no acarrea una prohibición de valoración, porque dicho deber estaría establecido en favor de los intereses del testigo y no del acusado, cuya “esfera de derechos” no se vería afectada (BGHSt. 11, 213, origen de la teoría de la esfera de derechos), a lo que se ha replicado que la norma del § 55 StPO también persigue proteger al acusado frente a declaraciones inculpatorias cuya credibilidad está afectada por la tendencia del testigo a favorecerse⁶⁸.

⁶⁴ Al respecto *Lesch* Rdn. 96 y ss.; *Roxin* Rdn. 32; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 29; *Eisenberg* Rdn. 376.

⁶⁵ Al respecto *Roxin* Rdn. 33; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 30; *Eisenberg* Rdn. 377.

⁶⁶ *Lesch* Rdn. 123 y ss.; *Roxin* Rdn. 34; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 33; *Eisenberg* Rdn. 380.

⁶⁷ Al respecto *Roxin* Rdn. 35; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 31.

⁶⁸ Al respecto *Roxin* Rdn. 36; *Eisenberg* Rdn. 378.

C. Medidas coercitivas e intrusivas

- a) La casuística más relevante en esta materia se ha producido en el ámbito de la *extracción irregular de muestras de sangre*, esto es, practicada sin la competente orden o por personal no calificado, en infracción del § 81 a StPO. Hasta ahora se ha resuelto contra una prohibición de valoración en esta materia (BGHSt. 24, 125), en parte porque a diferencia de los que ocurre con los ya citados §§ 52, 55, 136 StPO, dicha disposición no da derecho a impedir la producción de la prueba ni tampoco protege la credibilidad de la misma, sino que sólo la condiciona, y la razón de esas condiciones se agotaría en la protección de la persona examinada frente a restricciones de su libertad o a posibles lesiones a consecuencia de una inadecuada extracción de sangre⁶⁹.
- b) En materia de *escuchas telefónicas* conforme a los §§ 100 StPO y ss., la opinión dominante está por admitir una prohibición de valoración cuando faltan los requisitos materiales de la intervención telefónica, especialmente cuando falta la sospecha de la comisión de uno de los delitos graves que taxativamente permiten la medida (BGHSt. 41, 34 restringe, sin embargo, la prohibición a los casos de arbitrariedad y error grave), pero no cuando se falta a los requisitos de forma (salvo la ausencia de orden del juez o, en subsidio, del fiscal conforme al § 100 b StPO, así BGHSt. 31, 308)⁷⁰.
- c) También respecto de los requisitos para la actuación de un *agente encubierto* se distingue entre requisitos materiales y formales⁷¹.
- d) En materia de entrada y registro de lugares cerrados (y consiguientes incautaciones), la elusión consciente de la autorización del juez competente, alegando injustificadamente peligro en caso de demora (*Gefahr im Verzug*)⁷², acarrea la prohibición de valoración de los objetos incautados en la diligencia (LG Darmstadt StV 1993, 573; LG Osnabrück StV 1991, 152; AG Offenbach StV 1993, 406)⁷³.

⁶⁹ Al respecto Gössel Rdn. 51 y s.; Roxin Rdn. 37 y s.; Lesch Rdn. 121; Eisenberg Rdn. 381 y s. Incluso alguno califican el § 81 a StPO como una simple “regulación probatoria”, cfr. Senge KK Vor § 48 StPO Rdn. 26; Paulus KMR § 244 StPO Rdn. 491.

⁷⁰ Al respecto Lesch Rdn. 127 y ss.; Roxin Rdn. 39; Senge KK Vor § 48 StPO Rdn. 39 y ss.; Paulus KMR § 244 StPO Rdn. 578 y ss.

⁷¹ Al respecto Roxin Rdn. 40; Lesch Rdn. 146 y ss.

⁷² Este “peligro en caso de demora” permite la actuación sin orden previa en una serie de materias, tales como detenciones o la entrada y registro en lugares cerrados.

⁷³ Al respecto Lesch Rdn. 122.

3.2.2 Prohibiciones de valoración independientes

La práctica procesal penal revela cotidianamente tensiones entre la persecución penal y los principios y derechos consagrados en la Constitución Política, de suerte que no debe extrañar la aplicación directa de tales principios y derechos por parte de los tribunales en casos concretos. En materia de prohibiciones de prueba, esto tiene como efecto el reconocimiento de prohibiciones que no necesitan fundarse en la infracción previa de una norma de procedimiento, sino que emanan directamente de la Constitución. Si con ello metodológicamente se trata en rigor de la aplicación directa de la Constitución o más bien de la interpretación o integración del texto legal en conformidad con la Constitución es una cuestión que puede quedar aquí abierta; lo cierto es que en la práctica de la jurisprudencia alemana estas prohibiciones *independientes* han jugado un papel que no ha sido despreciable⁷⁴.

Así, con fundamento en el *principio del Estado de Derecho*, el BGH ha declarado expresamente la posibilidad de una prohibición de valoración de la prueba obtenida vulnerando el mandato constitucional de darle en todo momento al imputado la posibilidad de una ordenada y efectiva defensa o bien cuando las actividades de investigación *carecen de base legal*, por ejemplo medidas de escucha en el ámbito de una vivienda protegida por el Art. 13 GG, o la administración forzada sin base legal de vomitivos o la vigilancia del tránsito a través de empresas privadas sin facultad legal para transmisión de funciones públicas a privados⁷⁵. Con todo, en esta materia no ha bastado con la sola ausencia de base legal, sino que se ha procedido a una ponderación de los intereses en juego, en términos similares a los expuestos *supra* 3.2.1.1. Asimismo, el mandato constitucional de *respeto y protección de la dignidad humana* (Art. 1 I GG)⁷⁶ ha permitido declarar prohibiciones de valoración cuando se atenta contra el derecho del imputado a no autoincriminarse, aun más allá de los límites ya codificados. Así, en principio, el imputado sólo está obligado a soportar -aun a la fuerza- *pasivamente* medidas de identificación conforme al § 81 b StPO, pero no puede ser obligado a intervenir en forma *activa* (reconstrucciones de escena, pruebas de voz o de escritura, etc). La posible prohibición de valoración por infracciones en esta materia, sin embargo, está sometida a una ponderación de los intereses en juego⁷⁷.

Pero probablemente el campo más fructífero para el desarrollo de prohibiciones independientes de valoración ha sido hasta ahora el de las

⁷⁴ En general al respecto *Gössel* Rdn. 60 y s.

⁷⁵ Referencias en *Gössel* Rdn. 62.

⁷⁶ “La dignidad del hombre es intocable. Respetarla y protegerla es deber de todo poder estatal”.

⁷⁷ Referencias y valoración en *Gössel* Rdn. 68 y s.

intrusiones en la *esfera de intimidad* de las personas. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha desarrollado la llamada “doctrina de los tres peldaños” (*3-Stufen-Theorie*, BVerfGE 34, 238 [1973]), según la cual deben distinguirse tres distintos niveles para la prohibición.

En un *primer nivel* debe excluirse absolutamente la valoración de prueba obtenida afectando el ámbito nuclear intocable de la personalidad y, con ello, afectando el principio de la dignidad del hombre, consagrado en el citado Art. 1 I GG. Éste sería el caso, por ejemplo, tratándose de notas íntimas sobre una relación sexual en un diario de vida (BGHSt. 19, 325). Sin embargo, el BGH ha mantenido un distinto criterio tratándose de notas escritas por un sospechoso de homicidio donde no se refiere al hecho investigado sino que sólo a sus conflictos internos y a su disposición a cometer un acto violento (BGHSt. 34, 397; no modificado por el BVerfG en fallo empatado a cuatro votos: BVerfGE 80, 367). En un *segundo nivel*, correspondiente al de la simple esfera privada, se debe atender primero a si el Estado ha arribado a las pruebas de modo ilícito o no; si no ha infringido ninguna prohibición de producción de prueba, esto es, si se mantiene completamente en el ámbito de discusión de una prohibición independiente, la jurisprudencia pondera los intereses en juego (los de la persecución penal y la protección de la personalidad) y admite la valoración de la prueba tratándose del esclarecimiento de delitos graves. Así, pueden valorarse notas contables sobre delitos graves o la filmación oculta de una conversación por parte de uno de los partícipes de la misma cuando el otro partícipe revela sus planes de cometer un incendio (BGHSt. 36, 167), pero distinto es si se trata del registro de una inducción a un delito menos grave, como el perjurio (BGHSt. 14, 358). Por último, en un *tercer nivel*, no existen obstáculos para valorar la prueba cuando en rigor no se ha afectado la esfera de privacidad del sujeto. Tal sería el caso de la grabación de la llamada pidiendo rescate del sustractor de un menor o las imágenes captadas por cámaras de vigilancia en locales públicos⁷⁸.

Como se puede apreciar, la distinción entre el primer nivel -intocable- y el segundo susceptible de ponderación, constituye el aspecto más complejo de la teoría y es, de hecho, aquél que más dificultades ha prologado a la práctica, al punto que algunos observadores no sólo se han limitado a consignar las inseguridades y contradicciones de la jurisprudencia, sino que además creen ver el abandono *de facto* de la teoría de los tres peldaños, para dar lugar sin más a un régimen general de ponderación de intereses⁷⁹.

⁷⁸ Al respecto en general *Roxin* Rdn. 41 y ss.; *Gössel* Rdn. 70 y ss.; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 37; *Eisenberg* Rdn. 386 y ss.

⁷⁹ Véase la detallada exposición de *Gössel* Rdn. 76 y ss.

3.3. Excepciones y limitaciones a la prohibición de valoración

3.3.1 Actuaciones exclusivamente privadas

Según opinión ampliamente mayoritaria sólo los órganos estatales de persecución penal son destinatarios de las prohibiciones de prueba -una “*Drittwirkung*” de los derechos fundamentales no vendría en consideración- de suerte que las actuaciones ilícitas de personas privadas no afectan en general el material probatorio así obtenido, el que puede en principio ser valorado por los tribunales (BGHSt. 27, 355, 357; 36, 167, 172)⁸⁰.

Algo distinto debería regir cuando los órganos de persecución penal intervienen 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 (por ejemplo, una vulneración grave de la esfera íntima)⁸¹.

En esta materia *Roxin*⁸² ofrece una visión diferenciada. Entiende que en general las normas de la StPO están dirigidas exclusivamente a los órganos estatales de la persecución penal, especialmente en lo que a las llamadas *prohibiciones de método de prueba* (*supra* 3.2) concierne, de modo que las pruebas obtenidas por privados con infracción de dichas normas serían en principio valorables, a menos que se trate de violaciones extremas a los derechos humanos. Algo distinto regiría respecto de la infracción de las denominadas *prohibiciones de medios de prueba* (*supra* 3.2), respecto de las cuales es indiferente quién obtiene el medio prohibido. Consistente con esta última consideración sería el fallo BGHSt. 14, 358, donde se discutía sobre la admisibilidad de una grabación oculta efectuada por un privado, aunque en ese caso el argumento del tribunal consistió en que la valoración de la grabación por parte de los órganos de persecución legal importaba una nueva e independiente violación de los derechos humanos.

3.3.2 “Cursos hipotéticos de la investigación”

Un aspecto muy debatido pero no resuelto por la jurisprudencia es el de los llamados “cursos hipotéticos de la investigación”, es decir, el de aquellos casos en los que la evidencia también hubiera podido obtenerse

⁸⁰ Así *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 532 y ss.; *Senge* KK Vor § 48 StPO Rdn. 52; indefinido *Gössel* Rdn. 99 y ss., y decididamente en contra Rdn. 156.

⁸¹ *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 534 y ss.

⁸² *Roxin* Rdn. 48.

legítimamente, sin infracción de una prohibición de producción de prueba. En un contexto tan profundamente marcado por la ponderación de los distintos intereses en juego, es dudoso que los “cursos hipotéticos” constituyan algo más que un criterio orientador en la ponderación de intereses⁸³; como sea, conviene darles un tratamiento especial.

Las opiniones al respecto están muy divididas, si bien hoy parece ser mayoritaria la opinión favorable a su reconocimiento⁸⁴. Se ha propuesto un tratamiento diferenciado: sólo debería permitirse la valoración de la prueba cuando su legítima obtención atendido el *concreto estado* de la investigación no sólo parece posible, sino que altamente probable y siempre que -por ineludibles razones preventivas- no se trate de una infracción procesal grave o consciente; así, por ejemplo, no deberían poder valorarse las escuchas telefónicas realizadas sin orden judicial por el sólo hecho que en el caso concreto esa orden hubiera podido obtenerse, pues de lo contrario la competencia judicial en la materia perdería todo sentido⁸⁵.

3.4 Alcances de la prohibición de valoración (*Fernwirkung*)

La problemática de los “frutos” de la prueba cuya valoración se prohíbe se trata en Alemania como la del efecto remoto de las prohibiciones de prueba (*Fernwirkung*), y tiene dividida tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, si bien en la jurisprudencia del BGH puede apreciarse una mayor tendencia hacia la negativa: así se ha fallado que los testigos mencionados por el imputado en declaración tomada con infracción del § 136 a StPO pueden declarar y sus declaraciones pueden ser valoradas (BGHSt. 34, 362), o que la actuación de un agente encubierto sin orden judicial sólo puede afectar sus declaraciones, pero no las confesiones así obtenidas del acusado (BGH NSTZ 1996, 48)⁸⁶.

⁸³ Recuérdese (*supra* 3.2.1.1) que se le ha mencionado como criterio a considerar en ese contexto; también Rogall SK § 136 a StPO Rdn. 101 destaca ese aspecto.

⁸⁴ Así Rogall SK § 136 a StPO Rdn. 100, con referencias. Al respecto debe considerarse también el trabajo de Jäger, Christian: El significado de los llamados ‘cursos de investigación hipotéticos’ en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba (trad. Salas), en Libro Homenaje a Claus Roxin, Córdoba 2001, p. 757 y ss.

⁸⁵ Así, muy similares entre sí los planteamientos de Roxin Rdn. 21 y Rogall SK § 136 a StPO Rdn. 102 y ss.

⁸⁶ Al respecto Rogall SK § 136 a StPO Rdn. 90 y ss., con referencias; Senge KK Vor § 48 StPO Rdn. 45 y ss.; Paulus KMR § 244 StPO Rdn. 542 y ss.; Roxin Rdn. 47; Gössel Rdn. 92 y ss.

3.5 Legitimación activa, actuación de oficio y oportunidad procesal

De la fuerte orientación hacia las reglas de la casación en el tratamiento de las prohibiciones de valoración, se desprende que sólo podrían alegarlas aquéllos que han sufrido *agravio* por su infracción⁸⁷. Es, por lo demás, lo que ya viene nítidamente sugerido por la teoría de la esfera de derechos y la del fin de protección de la norma (*supra* 3.2.1.1). Por lo mismo, en principio no procedería su declaración *de oficio* por parte del tribunal, pues en el campo de la casación ésta sólo procede en tales términos tratándose de la ausencia de “presupuestos procesales” o presencia de “impedimentos procesales”⁸⁸, cual aparentemente no sería el caso de las prohibiciones de prueba. Con todo, se ha planteado que al menos las infracciones al § 136 a StPO (métodos prohibidos de interrogatorio) serían sancionables de oficio⁸⁹.

En cuanto a la oportunidad procesal para que tengan efecto las prohibiciones de valoración, ésta no se encuentra especialmente reglada y se sugiere que, en cuanto dichas prohibiciones rigen para todas las etapas procesales, podrían hacerse valer en cualquier momento⁹⁰. Con todo, existen normas particulares de *preclusión*⁹¹, las que son también relevantes para la pregunta por el posible *saneamiento* de la ilicitud que funda la prohibición de valoración.

⁸⁷ Así implícitamente *Gossel* Rdn. 154 y ss.

⁸⁸ Al respecto *Dahs*, Hans / *Dahs*, Hans: *Die Revision im Strafprozeß*, 4. Aufl., Beck, München 1987, Rdn. 90 y ss.

⁸⁹ Así *Eisenberg* Rdn. 426.

⁹⁰ Así lo sugieren *Gossel* Rdn. 7 y *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 539; para el § 136 a StPO también *Eisenberg* Rdn. 426.

⁹¹ Al respecto *Eisenberg* Rdn. 427 y ss.

III. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE

1. La formulación legal

A diferencia de lo que ha ocurrido en los Estados Unidos o en Alemania, donde la exclusión de prueba es fundamentalmente una creación jurisprudencial, en Chile ha debido ser la ley la que establezca imperativamente este principio hasta ahora extraño a nuestras prácticas judiciales. Por añadidura, el nuevo código no se ha limitado a establecer disposiciones particulares, sino que ha consagrado una norma general que sorprende por la amplitud de sus términos⁹².

La cláusula general del inciso tercero del art. 276 no establece una sino dos hipótesis alternativas que definen la prueba que en razón de su ilicitud debe excluirse del proceso: por una parte que las pruebas provengan de “actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas” y, por otra, que “hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, sin que en la historia fidedigna del establecimiento de la ley procesal penal exista constancia sobre las razones tenidas en cuenta para adoptar tal formulación, ni sobre el alcance preciso que se pretendía dar a cada una de las alternativas⁹³.

Cualquiera que haya sido el propósito del legislador, quien muy probablemente no era consciente de los términos exactos que empleaba y no veía en ellos más que una fórmula que entendía adecuada para expresar la noción de prueba ilícita y consagrar su exclusión, ninguna aproximación práctica al problema de la exclusión de prueba puede prescindir de la concreta formulación legal. Ésta va a representar, si bien no el único, un factor decisivo en el arduo debate práctico que tarde o temprano habrá de producirse también en Chile sobre los alcances concretos de la exclusión, debate que ella misma alimenta cuando sugiere -consciente o inconscientemente- que en el proceso penal chileno no se excluye genéricamente cualquier prueba que pueda calificarse como “ilícita”, sino sólo una afectada por circunstancias más o menos precisas

⁹² Aunque también contiene algunas reglas particulares, las cuales se tratan *infra* 1.3.

⁹³ El tenor esencial del inciso tercero del art. 276 viene inalterado desde el proyecto presentado por el Ejecutivo, si bien originalmente formaba parte de un extenso inciso segundo del actual art. 277, que posteriormente fue desglosado por el Senado pasando a ser un artículo separado que debía preceder al artículo referido al auto de apertura de juicio oral, v. los antecedentes en Pfeffer, Emilio: Código procesal penal anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001, p. 283, 284 y s., pero ni el Mensaje ni la discusión parlamentaria dan luces sobre el alcance atribuido a los términos. Supuestamente el art. 277 propuesto tenía su fuente en el art. 274 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, pero dicha disposición sólo indica las menciones que debe contener el auto de apertura de juicio oral y no contiene norma sobre exclusión de prueba.

que esperan ser esclarecidas. Resulta imperativo, en consecuencia, desentrañar el alcance exacto de ambas hipótesis legales y la relación conceptual y práctica existente entre ellas.

La tarea se demuestra compleja cuando se advierte que si bien ambas alternativas se afincan en la *ilicitud* de la obtención de la prueba, lo hacen desde diversas perspectivas o niveles, una desde una perspectiva que podría calificarse de *material*, como es la exigencia no ya de una simple ilegalidad sino que de la vulneración de una garantía fundamental, en tanto que la otra tiene como presupuesto un acto esencialmente *formal*, como es la declaración de nulidad de la actuación de base. Esta diferencia de perspectivas o niveles permite solapamientos pero a la vez incongruencias entre ambas hipótesis e impide reconducirlas, al menos *prima facie*, a un denominador común. En efecto, a primera vista podría parecer que la hipótesis de vulneración de garantías fundamentales constituye un género del cual el origen en una actuación nula no es más que una especie⁹⁴, pero tal conclusión pasaría por alto que las reglas sobre nulidad procesal no son tan exigentes, y que es perfectamente posible una declaración de nulidad aun cuando no se esté en presencia de una garantía fundamental amagada (compárense los arts. 159 y 160). A la inversa, tampoco puede erigirse en género la cualidad de tener como antecedente una actuación nula, pues la nulidad procesal sólo procede respecto de actuaciones *judiciales* (art. 159), en tanto que lo habitual es que la ilicitud en la obtención de la prueba sea más bien predicable de actuaciones *materiales* de las policías o incluso del Ministerio Público, pero no de los tribunales de justicia. Como se ve, no es posible por ahora tratar de modo unitario las hipótesis de la ley. Sólo una vez efectuado el análisis particular de cada una de ellas podrá evaluarse su reconducción a un criterio común.

1.1 Origen en actuaciones declaradas nulas

1.1.1 Actuaciones judiciales nulas como fuente de material probatorio

La primera hipótesis legal hace depender la exclusión de la prueba ilícita de la *declaración de nulidad* de las actuaciones de que tal prueba proviene. 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

⁹⁴ Así lo entendió en un primer momento el suscrito, y así parecía entenderlo también Carocca, Alex: Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile, en *Ius et Praxis* 1998 N° 2, p. 306 s. (citado: *Primera aproximación*), cuando definía sin más prueba ilícita como aquella obtenida con infracción de garantías fundamentales. No puede descartarse *a priori* que esta comprensión sea correcta, pero en todo caso su aceptación requiere una fundamentación especial que está aún pendiente.

cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (art. 159).

A primera vista el ámbito de aplicación de la nulidad procesal como presupuesto de la exclusión de prueba resulta bastante *estrecho* si se considera que, como ya se ha dicho, la nulidad procesal procede sólo respecto de actuaciones o diligencias *judiciales* en tanto que lo habitual será que la ilicitud en la obtención de la prueba sea más bien predicable de actuaciones de las policías -v. gr. detenciones o allanamientos ilegales- o incluso del Ministerio Público, pero no de los jueces, a quienes la nueva distribución de competencias del proceso penal impide desplegar actividades de investigación y, consecuentemente, recabar material probatorio⁹⁵. Por lo mismo, aun cuando existan importantes actuaciones judiciales susceptibles de ser declaradas nulas, la vinculación entre ellas y la obtención de prueba -y, con ello, las posibilidades de una exclusión de prueba en esta sede-, será relativamente excepcional⁹⁶.

Esto es particularmente notorio tratándose de las *audiencias* judiciales, probablemente las actuaciones judiciales más relevantes en el nuevo sistema, pues éstas nítidamente no están concebidas como diligencias de investigación de las cuales sea razonable esperar la producción de material probatorio. Las únicas audiencias judiciales que se vienen a la mente como relevantes desde un punto de vista probatorio, susceptibles de ser declaradas nulas y de conducir consecuentemente a la exclusión de la prueba en ella producida son la audiencia de *prueba testimonial anticipada* (arts. 191 y 280) y -siendo dos o más los imputados- la audiencia de *declaración del imputado* como medio de defensa (art. 98), por cuanto las declaraciones en ellas prestadas pueden excepcionalmente ser incorporadas al juicio como prueba testimonial mediante su lectura, si se dan los presupuestos del art. 331 letras a) y d). Desde luego hay otros

⁹⁵) La improcedencia de la nulidad procesal respecto de actuaciones materiales del Ministerio Público o de las policías se desprende del propio tenor del art. 159 que habla expresa y exclusivamente de la nulidad de las actuaciones o diligencias *judiciales* defectuosas, precisión incorporada recién por el Senado precisamente con el propósito de reafirmar lo que ya antes se consideraba el alcance de la norma: “como fluye del propio concepto de nulidad, recogido en la segunda parte del artículo al aludir a la inobservancia de las formas procesales, ella sólo se aplica a las actuaciones judiciales, y no a las diligencias realizadas por el ministerio público, para las cuales la ley no contempla mayores formalidades, en razón de lo cual se prefirió consignarlo en forma expresa”, v. *Pfeffer*, cit., p. 182. Muy distinto es el caso, naturalmente, en los sistemas donde la investigación está en manos de jueces y ésta constituye un conjunto de actos jurisdiccionales respecto de los cuales sí tienen mucho sentido conceptual y práctico los términos validez y nulidad procesal. Es lo que ocurre, por ejemplo, en España, donde la nulidad procesal es el concepto clave en materia de prueba ilícita; v. al respecto, por todos, *Rodríguez Sol*, cit., p. 55 y ss.

⁹⁶) Parece no verlo así *Carocca*, La prueba, cit., p. 192.

casos imaginables, pero en los cuales la producción del material probatorio dependerá de una casualidad ajena al objeto preciso de la audiencia. Las principales razones que pueden dar lugar a la nulidad de la audiencia serán, por una parte, la ausencia de alguno de los intervinientes cuya presencia constituye requisito de validez de la audiencia y, por otra, un defecto de procedimiento en el desarrollo de la misma.

Mucho más interesantes desde el punto de vista de la exclusión de prueba son algunas resoluciones judiciales, particularmente las *autorizaciones u órdenes*⁹⁷ judiciales otorgadas en cumplimiento del mandato general del art. 9° (o de normas particulares como los arts. 197, 205 y ss., 217, 218 o 222, entre otros), esto es, las autorizaciones requeridas por el Ministerio Público para realizar o mandar realizar diligencias de investigación que priven a una persona del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o perturben. En cuanto la autorización judicial en estos casos es requisito de la práctica de diligencias decididamente orientadas a la obtención de material probatorio, la nulidad procesal a su respecto sí puede llegar a tener significativa importancia en materia de exclusión de prueba, toda vez que, si bien conceptualmente no acarrea la nulidad de la diligencia, sí da lugar por mandato expreso a la exclusión de todo el material probatorio obtenido en la misma.

Los posibles fundamentos de la declaración de nulidad de la autorización u orden se pueden agrupar básicamente de la siguiente manera⁹⁸:

- a) La autorización u orden es, en términos generales, legalmente improcedente, como sería el caso, por ejemplo, de la orden de incautación de algunos de los objetos o documentos a que se refiere el art. 220 o la autorización de una interceptación telefónica en una investigación por hurto o estafa, en circunstancias que

⁹⁷ Se emplean ambos términos por el uso promiscuo que de los mismos hace la ley, la que, por ejemplo respecto de la de entrada y registro en lugares cerrados, en algunos casos habla de *autorización* (arts. 205, 206, 212), en otros de *orden* (art. 213) y en otros, por último, de una *orden que autoriza* (art. 208).

⁹⁸ Nuestra doctrina procesal tradicional no ha avanzado mucho en la sistematización, desarrollo y solución de grupos concretos de casos, de suerte que aquí se sigue un esquema que no encuentra correlato nítido en dicha doctrina, aunque tampoco pueda considerarse en oposición a ella, cfr. por ejemplo *Colombo*, Juan: Los actos procesales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, p. 445 y ss., 466 y ss. Aquí se atiende especialmente a las hipótesis imaginables en la práctica y que indudablemente deben dar lugar a la ineficacia de las actuaciones, sea con apoyo en disposiciones procesales expresas, sea por aplicación de principios generales, tal como enseña *Tiedemann en Roxin, Claus / Arzt, Gunther / Tiedemann, Klaus*: Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal (trad. *Arroyo Zapatero / Gómez Colomer*), Ariel, Barcelona 1989, p. 196.

esa diligencia investigativa sólo procede respecto de hechos constitutivos de crimen (art. 222).

- b) La autorización u orden es en principio legalmente procedente, pero no se ha cumplido con algún trámite exigido por la ley para su otorgamiento, como es el caso de la autorización de la entrada y registro de un lugar que goza de inmunidad diplomática o de un local consular sin cumplir con el procedimiento previo dispuesto en los arts. 210 y 211, o si fuese recabada directamente por la policía y no por el fiscal.
- c) La autorización u orden concedida es inobjetable desde un punto de vista formal, pero la voluntad del juez está viciada por coacción o por error -imputable o no a engaño- sobre los antecedentes en que se funda la solicitud, es decir, en terminología civil, viciada por error, fuerza o dolo. Es lo que ocurriría paradigmáticamente si el fiscal funda su solicitud en antecedentes falsos u omite información esencial.
- d) Por último, la autorización u orden es formalmente inobjetable y el juez la ha otorgado con voluntad libre de todo vicio⁹⁹, pero no concurren los requisitos *materiales* que justifican otorgarla, esto es, se trata de una resolución que -*ex ante* considerada y a la luz de los antecedentes disponibles- carece de todo fundamento y es por ende arbitraria y abusiva. Sería el caso de la autorización de interceptación telefónica cuando a todas luces no hay sustento para las “fundadas sospechas, basadas en hechos determinados” exigidas por el art. 222 o no hay “motivos fundados” que hagan previsible, como exige el art. 218, la utilidad de la correspondencia retenida para la investigación o cuando de la práctica de determinados exámenes corporales al imputado conforme el art. 197 inequívocamente debe temerse menoscabo para su salud¹⁰⁰. La complejidad del caso viene dada sin duda por el necesario margen de ponderación y relativa discrecionalidad que debe acordarse a los jueces de garantía en estas materias, obligada por el carácter esencialmente opinable de las decisiones. No puede pretenderse que los jueces de garantía requieran un fundamento especialmente sólido y acabado para resolver solicitudes las más de las veces urgentes y avaladas por antecedentes provisorios y aún precarios. Por lo mismo, no toda decisión judicial más o menos desafortunada en este contexto puede ser impugnada con éxito por la vía de la nulidad procesal, sino sólo aquella que desde

⁹⁹ Si bien aquí puede hablarse, al menos en algunos casos, de un “error de apreciación”.

¹⁰⁰ Entre nosotros ha sugerido la importancia del punto *Bofill*, Jorge: El juicio oral. Preparación y desarrollo, en: AA.VV.: El nuevo proceso penal chileno, Universidad de Concepción, Concepción 2000, p. 210 (citado: *Juicio oral*).

una perspectiva *ex ante* y para un tercero imparcial que dispone de los mismos antecedentes de que dispone el juez aparezca como completamente injustificada y no razonable. Las autorizaciones u órdenes previstas determinadamente para el resguardo de las garantías de las personas no pueden carecer de todo fundamento ni hacer gala impunemente de irracionalidad. Para casos extremos necesariamente la nulidad procesal debe servir también de remedio.

1.1.2 Límites materiales de la nulidad procesal: Exigencia de perjuicio y subsidiariedad

Si bien, como se ha dicho, esta primera hipótesis legal de exclusión de prueba ilícita fundada en la nulidad procesal precedente tiene un marcado carácter formal -pues hace depender la exclusión de un acto eminentemente formal como es la declaración de dicha nulidad-, debe reconocerse que la nulidad procesal no está regulada en términos ritualistas, toda vez que su declaración exige efectivo *perjuicio* para uno de los intervinientes, con lo que indudablemente gana en sustrato material.

Conforme al art. 159 concurre un perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales *atenta contra las posibilidades de actuación* de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. Por otra parte, la ley presume de derecho “la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República” (art. 160). Por último, y en concordancia con la exigencia de perjuicio, la declaración de nulidad está llamada a tener un rol subsidiario, pues sólo procede cuando el perjuicio sea “reparable únicamente con la declaración de nulidad” (art. 159).

Son estas notas las que hacen poner en duda -desde una perspectiva distinta a la que se ha venido analizando- la aparente *extrema amplitud* de esta hipótesis de exclusión de prueba. En efecto, si bien la nulidad procesal tiene un objeto relativamente estrecho en cuanto éste se circunscribe a las actuaciones judiciales, dentro de ese margen no reconoce -al menos no a primera vista- el límite esencial que sí rige para la segunda hipótesis legal, cual es la vulneración de garantías fundamentales. Precisamente la consagración de una presunción (de derecho) de perjuicio con base en que se impida el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución demuestra que puede haber nulidad procesal más allá de esos supuestos. Más aun, la presunción ni siquiera se limita a los obstáculos puestos al ejercicio de los derechos constitucionales, sino que también a aquéllos que impiden, en general, el ejercicio de las garantías y derechos reconocidos “en las demás leyes de la República”. Así vista,

la nulidad procesal parece realmente poseer un potencial enorme de aplicación, pues aun la infracción de normas meramente formales de simple jerarquía legal podría en principio dar lugar a su declaración y, consecuentemente, dar lugar sin más a la exclusión de la prueba obtenida con fundamento en la actuación nula.

No es éste, sin embargo, el caso. La conjunción de perjuicio como limitación de legítimas posibilidades de actuación o, lo que es lo mismo en otras palabras, como imposibilidad de ejercer plenamente garantías o derechos en el proceso¹⁰¹, con la consagración de una aplicación subsidiaria, sólo cuando se haya ocasionado “un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”, conduce necesariamente a una comprensión bastante restrictiva de la nulidad procesal¹⁰². Al menos 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. Desde esta perspectiva, es altamente probable que la interpretación práctica del carácter subsidiario de la nulidad procesal tienda a emparentar el perjuicio que ésta exige con la inobservancia de las *garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*, garantías a cuyo establecimiento el legislador está obligado conforme al art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política. De esta forma, además, debería producirse una relativa identificación práctica entre esta hipótesis de exclusión de prueba y aquélla consistente, sin más, en la inobservancia de garantías fundamentales¹⁰³.

Por lo demás, si se considera que la principal fuente de casuística en materia de actuaciones judiciales susceptibles de ser anuladas y de las cuales puede emanar material probatorio vendrá dada por las autorizaciones u órdenes judiciales previas para diligencias investigativas que afectan garantías fundamentales (v. *supra* 1.1.1), resulta que en último término

¹⁰¹ En cuanto no se constriñe a la vulneración de garantías constitucionales, la presunción de derecho de perjuicio en el art. 160 parece no ser más que una reformulación de la regla general.

¹⁰² Esta perspectiva quedó nítidamente expresada en la tramitación de la ley, en la cual se hizo presente insistentemente que una concepción moderna de la nulidad exigía perjuicio, v. antecedentes en *Pfeffer*, cit., p. 181 y ss. En términos concordantes también *Otero*, Miguel: Código procesal penal, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2002, p. 108 y s.

¹⁰³ Sobre el particular v. *infra* 1.2.1 y especialmente 1.2.2. Implícitamente en ese sentido *Otero*, cit., p. 109: “el agravio debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, entrabe, limite o elimine su *derecho constitucional al ‘debido proceso’*”, énfasis agregado. Que el legislador tendía a identificar materialmente el perjuicio como requisito de la nulidad procesal y la inobservancia de garantías fundamentales se puede apreciar en sus reflexiones sobre la oportunidad procesal en que debe producirse la declaración de nulidad para dar lugar a la exclusión de la prueba derivada. En ese contexto se hizo presente que el art. 276 se refería a las actuaciones declaradas nulas con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, “pero también el juez puede declarar la nulidad en ese momento, porque el artículo dice *aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*”, en *Pfeffer*, cit., p. 284, énfasis en el original.

siempre se estará discutiendo sobre la exclusión de material probatorio obtenido con *inobservancia de garantías fundamentales*, con lo cual la primera hipótesis legal de exclusión tiende efectivamente a identificarse con la segunda.

Desde esta perspectiva, la función específica que cabría atribuirle a la declaración de la nulidad procesal consiste simplemente en destruir la aparente conformidad con las garantías fundamentales de la diligencia en la que se ha obtenido el material probatorio, apariencia que viene dada precisamente por la intervención judicial previa. En términos prácticos es indudablemente muy diferente el caso de un allanamiento sin orden judicial que el de uno precedido de una orden que adolece de un vicio de nulidad. En el segundo caso, en principio, la afectación de las garantías fundamentales parece debidamente legitimada, hasta que la declaración de la nulidad procesal destruye esa apariencia. La declaración de nulidad otorga además, en cuanto puede ser declarada formalmente con bastante anterioridad a la discusión sobre la exclusión de prueba, certeza anticipada respecto de dicha exclusión.

1.1.3 Límites formales de la nulidad procesal

La regulación de la nulidad procesal reconoce algunos límites formales. En cuanto a la *forma de solicitarla* “se deberá impetrar, en forma fundada y por escrito, incidentalmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiera, a menos que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, pues en tal caso deberá impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia” (art. 161). En cuanto a la *legitimación activa* sólo puede solicitar su declaración el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo (art. 162). En cuanto a la *oportunidad procesal* para impetrarla, ésta tiene como límite el paso de una etapa procesal a otra. En efecto, “no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisible” (art. 161).

Por regla general la nulidad sólo puede ser declarada a petición de parte. A lo más el juez debe poner en conocimiento del perjudicado los vicios que estime concurrentes “a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos”. Como única excepción se cuenta que se trate de una nulidad de las previstas en el artículo 160, esto es, cuando se presume de derecho el perjuicio por haberse impedido el pleno ejercicio de garantías o derechos reconocidos en la Constitución o las leyes, único caso en el cual la nulidad puede ser declarada de oficio (art. 163).

Asimismo, las nulidades son por regla general saneables, lo que ocurre cuando el perjudicado no impetra oportunamente su declaración, cuando acepta expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumple su finalidad respecto de todos los interesados. Los únicos casos en que no procede el saneamiento es, una vez más, el de los casos previstos en el artículo 160 (art. 164)¹⁰⁴.

En cuanto a la oportunidad procesal en que debe declararse la nulidad procesal para los efectos de la exclusión de prueba, una lectura excesivamente formalista del inciso tercero del art. 276 que enfatizara el uso del tiempo verbal “que *hubieren sido* declaradas nulas”, podría llevar a concluir que la exclusión de la prueba sólo procede cuando la nulidad ha sido declarada con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral. Esa opinión, sin embargo, debe ser desechada no sólo porque no la impone el texto legal -la exclusión siempre se fundará en una nulidad procesal previamente declarada- sino porque, además, el legislador hizo constar expresamente que en principio la nulidad de las pruebas rendidas efectivamente “se refiere a las que hubieren sido declaradas nulas con anterioridad, *pero también el juez puede declarar la nulidad en ese momento*”¹⁰⁵. Tampoco se ve afectada mayormente esta conclusión por el límite temporal indicado más arriba, consistente en el paso de una etapa procesal a otro, pues la situación normal será que en la propia audiencia de preparación de juicio oral se declare la nulidad de actuaciones realizadas durante la etapa de investigación, hipótesis que cabe aún expresamente en el margen establecido en el art. 161.

1.2 Inobservancia de garantías fundamentales

1.2.1 Concepto y determinación de las garantías fundamentales

Desde un punto de vista formal, la inobservancia de garantías fundamentales es predicable por igual y sin ningún tipo de restricciones tanto de actuaciones jurisdiccionales como de actos administrativos de los órganos del Estado y aun de cualquier actividad material de los mismos o de particulares. Desde un punto de vista material, sin embargo, y cualquiera que sea la amplitud que se le acuerde a los términos, resulta forzoso concluir 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 con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse

¹⁰⁴ Un análisis exegético de la regulación de la nulidad procesal puede verse en *Otero*, cit., p. 108 y ss.

¹⁰⁵ Cámara de Diputados, v. *Pfeffer*, cit., p. 284, énfasis agregado.

de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma (cfr. *infra* 2.3)¹⁰⁶.

Por *garantías fundamentales* debe entenderse entre nosotros al menos las garantías consagradas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile. No parece posible, no obstante la distinta redacción, atribuirle a los términos un alcance distinto al de los presupuestos de la obligada autorización judicial previa en el art. 9°, de la cautela de garantías conforme el art. 10°, de la presunción de perjuicio para los efectos de la nulidad procesal en el art. 160 o de la procedencia del recurso de nulidad de acuerdo con el art. 373 letra a)¹⁰⁷. En otras palabras, nada autoriza entre nosotros, como ocurre en cambio en el ordenamiento constitucional español, a atribuirle sólo a algunas garantías constitucionales el rango de garantía fundamental¹⁰⁸. Visto así, la determinación de las garantías fundamentales puede realizarse sin grandes dificultades de la mano del catálogo de derechos del art. 19 de la Constitución Política, muchos de los cuales, efectivamente, pueden verse conculcados mediante actuaciones propias de los órganos de la persecución penal, actuaciones de las cuales puede derivarse material probatorio que debe ser excluido.

- a) Así, el derecho a la *integridad física y psíquica* de la persona (art. 19 N° 1 CPR) es una garantía fundamental cuya conculcación con fines procesales evidentemente debe conducir a la exclusión de la prueba así obtenida. Es lo que ocurre cuando se aplica cualquier forma de apremio ilegítimo -físico o psíquico- para obtener información tendiente al esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación criminal.
- b) Lo mismo rige respecto del derecho de *defensa jurídica* cuando se ha impedido, restringido o perturbado la debida intervención del letrado (art. 19 N° 3 inciso segundo CPR), como sería el caso

¹⁰⁶ Así Carocca, Primera aproximación, cit., p. 306.

¹⁰⁷ El que sólo algunos de estos preceptos mencionen expresamente las garantías consagradas en los tratados internacionales no hace mayor diferencia si se entiende que el mismo efecto tiene la sola mención de la Constitución Política, a través de cuyo art. 5° se incorporan con rango constitucional tales garantías, tesis que si bien no es del todo pacífica tiende a hacerse dominante.

¹⁰⁸ Deja abierta en cambio esa posibilidad, precisamente con referencias al derecho español, Barrios, Juan Guillermo: Consideraciones sobre el derecho a la intimidad y la prueba ilícita en el nuevo proceso penal, en Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2002, p. 197. Las garantías fundamentales en el derecho español son aquellas comprendidas en la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I (arts. 15 a 29) de la Constitución española. Así, mientras la inviolabilidad del domicilio tiene ese carácter, no lo tiene el derecho de propiedad (art. 33). Sobre los posibles distintos efectos derivados del carácter fundamental o no de la garantía amagada para la exclusión de prueba en España, Rodríguez Sol, cit., p. 77 y ss.

si, no obstante lo prescrito en el art. 91, se negara el ingreso al abogado defensor mientras el imputado presta declaración voluntaria ante la policía.

- c) También el derecho al *respeto y protección de la vida privada* de las personas (art. 19 N° 4 inciso primero, primera parte CPR) puede verse afectado por los actos de la investigación, afectación que no necesariamente coincide con aquélla que puede sufrir la garantía tradicional de la *inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada* (art. 19 N° 5 CPR). Mientras esta última garantía se puede ver afectada mediante la entrada y registro irregular de lugares cerrados (cfr. arts. 205 y ss.), mediante la retención e incautación indebida de correspondencia (cfr. art. 218) o la interceptación de comunicaciones telefónicas (cfr. arts. 222 y ss.), los términos amplios de la primera¹⁰⁹ permiten hacerse cargo de otras formas de vulneración de la intimidad de las personas, que no necesariamente son subsumibles en las formas tradicionales de ataque, como es el caso, por ejemplo, de la captación de imágenes o sonidos desde fuera del hogar del afectado o accediendo, también desde fuera del hogar, a información contenida en soportes lógicos (por ejemplo, en el disco duro de su computador), cuando dicha información no pueda calificarse como comunicación, por sólo mencionar algunas hipótesis¹¹⁰.
- d) Un lugar prominente le corresponde, indudablemente, al derecho a la *libertad personal* (art. 19 N° 7 CPR). Ésta se ve conculcada en todo caso de privación o restricción ilegal, siendo especialmente relevantes para los efectos de la exclusión de prueba los casos de *detención ilegal*, esto es, de detención fuera de los términos previstos en los arts. 127 a 130, pues por lo general será sólo en estos casos en los que la afectación de la libertad personal puede al mismo tiempo aportar material probatorio, fundamentalmente a través de la incautación de las especies que el detenido porta consigo (cfr. art. 187 inciso segundo frase final). Asimismo, de enorme importancia desde el punto de vista probatorio y a pesar de los términos estrechos de su consagración constitucional, debe mencionarse la *prohibición constitucional de obligar al imputado en causa criminal a declarar bajo juramento sobre*

¹⁰⁹ De los alcances amplios que debía tener la garantía del art. 19 N° 4 inciso primero primera parte CPR, llamados a ir mucho más allá de los términos tradicionales de la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, quedó expresa constancia en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución correspondientes a su sesión 129.

¹¹⁰ La vinculación entre vulneración de la intimidad y exclusión de prueba viene planteada – si bien aún no desarrollada – entre nosotros por Barrios, cit., *passim*, especialmente p. 196 y ss.

hecho propio o a los parientes a declarar en su contra (art. 19 N° 7 inciso segundo letra f) CPR), prohibición que debe ser complementada por aquella más exacta y adecuada que se desprende del *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo* consagrado en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (art. 8 N° 2 letra g) del Pacto de San José de Costa Rica; art. 14 N° 3 letra g) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y recogida ahora en el art. 93 letra g).

- e) También el *derecho de propiedad* (art. 19 N° 24 CPR) se puede ver afectado por la persecución penal, concretamente mediante *incautaciones ilegales* (cfr. arts. 187 y 217)¹¹¹.

1.2.2 La situación especial de las garantías del debido proceso

Como es notorio, se ha dejado para el final la consideración del mandato constitucional de establecer legalmente las *garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*, consagrado en el art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política, mandato que se ha dado en llamar genéricamente la *garantía del debido proceso*. La consideración separada de esta garantía se justifica porque, en rigor, no se trata de una sino que de un *haz de garantías procesales*, cuyo contenido específico dista de ser pacífico¹¹², aspecto que precisamente abre un enorme frente de discusiones sobre la posible existencia y los alcances de principios o reglas procesales con mera consagración legal o aun de simple creación doctrinaria o jurisprudencial que eventualmente podrían formar parte del núcleo del cambiante y acumulativo concepto de debido proceso y que, por esa vía, gozarían de rango constitucional, de suerte que su vulneración debería conducir a la exclusión del material probatorio así obtenido.

No puede desconocerse que muchos de los principios o reglas a los que suele atribuirse el carácter de presupuestos de un debido proceso ya están consagrados de manera específica en el texto constitucional, como es el caso del principio del juez natural, de la necesidad de juicio previo o del derecho de defensa en el art. 19 N° 3 incisos segundo, cuarto y quinto CPR, del derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio o del derecho -mezquinamente consagrado- a la libertad durante el proceso, en

¹¹¹ Es curioso notar que las incautaciones de objetos con fines de investigación criminal carecen de una base constitucional nítida, pues la única privación legítima de la propiedad prevista por el art. 19 N° 24 CPR pasa por la expropiación, en tanto que el art. 19 N° 7 letra g) CPR sólo considera la posibilidad del comiso y excepcionalmente de la confiscación de bienes de la persona responsable del delito.

¹¹² Sobre el carácter y las dificultades interpretativas que ofrece la “garantía” del *debido proceso*, recientemente Horvitz, María Inés / López, Julián: Derecho Procesal Penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, T. I, p. 66 y ss.

el art. 19 N° 7 letras f] y e]) CPR, o bien en los tratados sobre Derechos Humanos, como ocurre, entre otras garantías, con la presunción de inocencia, el derecho a no declarar sobre hecho propio, el derecho a un juicio público, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a hallarse presente en el proceso y a examinar las pruebas de cargo, etc, principalmente consagradas en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en términos muy similares, en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica. Es por eso que algunos de ellos, en cuanto están vinculados a la obtención de material probatorio ya han sido objeto de mención expresa, y que el principal valor de la cláusula del debido proceso debe verse no en lo que ya suscita consenso y por lo mismo goza de algún grado de consagración normativa, sino que, más bien al contrario, en aquello que potencialmente puede ir siendo incorporado a ese núcleo.

La existencia de esta válvula constitucional expresa que permite el reconocimiento evolutivo de garantías procesales merece desde luego aprobación, especialmente en un contexto jurisprudencial poco dado *motu proprio* a la elaboración consistente de principios¹¹³. Al mismo tiempo, sin embargo, es evidente que crea un grado significativo de incertidumbre que repercute especialmente en el objeto del presente trabajo. Con todo, al menos debe ser cierto que el *status* de componente esencial del debido proceso no puede ser atribuible al conjunto de la legalidad procesal penal, sino sólo a principios o reglas que pueden considerarse requisito esencial de legitimidad del proceso penal, al punto de merecer la dignidad de garantía fundamental. Entender lo contrario importaría asignarle a la cláusula del art. 19 N° 3 inciso quinto CPR el poder de hacer *tabula rasa* con el concepto de garantía fundamental y su distinción con la legalidad ordinaria. Cuáles son en concreto esos principios o reglas inherentes al debido proceso es una materia que la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia deberán ir resolviendo.

Lo que puede profetizarse desde ahora es que la tarea práctica de determinación de garantías fundamentales *ex debito proceso* va a tender a solaparse con otra tarea del todo concordante pero conceptualmente diferente, como es el establecimiento de los alcances procesales concretos de las garantías fundamentales expresamente consagradas en la Constitución o en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, solapamiento que puede ejemplificarse con la siguiente pregunta: ¿Se vulnera una garantía fundamental cuando se toma declaración a un imputado sin advertirle previamente que tiene derecho a guardar silencio? La omisión de la advertencia es, en cuanto infracción del art. 93 letra a) en relación

¹¹³ La existencia de texto constitucional expreso no es, en cambio, mayormente relevante en tradiciones jurídicas más desarrolladas, como sugiere el repaso del derecho comparado.

con la letra g) del mismo artículo, reafirmado por los arts. 135 y 136, evidentemente ilegal, pero lo que debe resolverse ahora es si esa ilegalidad conlleva la vulneración de una garantía fundamental, con la consiguiente exclusión de todo el material probatorio derivado de la declaración¹¹⁴. La respuesta afirmativa puede fundarse tanto en la interpretación de los alcances concretos de una garantía fundamental expresamente consagrada como es el derecho del imputado a no declarar sobre hechos propios¹¹⁵, arguyendo, por ejemplo, que el deber del Estado de respeto de dicho derecho lo obliga a velar por el efectivo ejercicio del mismo, lo que supone informarle del mismo al imputado y no aprovecharse de su ignorancia. Pero también podría argumentarse que la adecuada información al imputado sobre sus derechos fundamentales y, especialmente, la advertencia previa cuando el desconocimiento de los mismos puede afectar seriamente su *status* procesal, constituye un presupuesto básico de un debido proceso, de suerte que su omisión representa *per se* la vulneración de la garantía fundamental del debido proceso. Como sea, al margen de la irritación dogmática que pueda producir la indefinición conceptual, ambos caminos parecen igualmente adecuados para arribar en Chile a la misma solución conocida en los principales modelos del derecho comparado¹¹⁶: la omisión de advertencia previa debe constituir, además de una infracción de ley, inobservancia de una garantía fundamental en los términos del art. 276 y debe conducir a la exclusión del material probatorio así obtenido.

1.2.3 La distinción metodológica entre ilicitud de base y procedencia de la exclusión

Establecido qué debe entenderse por garantía fundamental para los efectos de la exclusión de prueba, conviene volver atrás y aclarar un aspecto metodológico que suele ser olvidado en la consideración práctica de los casos de prueba ilícita, cual es la nítida distinción que debe hacerse entre la ilicitud que es presupuesto básico para la discusión sobre una eventual exclusión de prueba y los requisitos propios de la exclusión, requisitos a los que de modo principal se aboca este trabajo. La ilicitud de la obtención del material probatorio constituye una *cuestión previa* que no resuelve por sí misma la pregunta posterior por la exclusión como posible

¹¹⁴ Sobre la necesaria distinción metodológica que debe hacerse entre ilicitud de base y procedencia de la exclusión de la prueba ilícita, distinción que en este ejemplo se expresa nítidamente, v. *infra* 1.2.3.

¹¹⁵ Consagrado, como se ha dicho, en el art. 8 N° 2 letra g) del Pacto de San José de Costa Rica y en el art. 14 N° 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹¹⁶ Es lo que ocurre en los Estados Unidos, con especial fuerza desde *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1965], y en Alemania desde BGHSt. 38, 214. También es la situación en España, como se lee en *De Urbano Castrillo / Torres*, cit., p. 65 y s.

consecuencia, pero que tampoco puede ser resuelta con los criterios propios de la exclusión. Se trata de dos preguntas diferentes que deben ser resueltas por separado. Un ejemplo puede graficarlo.

Por datos de un informante la policía sabe de una plantación de marihuana en el patio de una casa, patio que colinda con un sitio eriazos a través de una pandereta de 2,5 metros de altura. Antes de dar aviso al fiscal para que solicite orden de entrada y registro, los funcionarios policiales trepan por la parte exterior de la pandereta para poder mirar al patio y comprobar la existencia de la plantación, pero sin entrar en él¹¹⁷. Con este antecedente avisan al fiscal, se obtiene la orden judicial y se procede al allanamiento del cual, como era previsible, se obtiene importante material probatorio. Aquí se aprecia con cierta claridad que lo primero que debe resolverse antes de plantear siquiera la pregunta por una posible exclusión de prueba es si el actuar policial se ajusta o no a derecho. Sólo una respuesta negativa a esta pregunta previa abre la discusión sobre si tal ilicitud debe dar lugar a la exclusión de la prueba así obtenida. Y para esa cuestión previa los criterios que se desarrollarán aquí no son decisivos. En efecto, la licitud o ilicitud de la conducta policial va a depender del alcance que se le dé al concepto de entrada y registro. ¿Constituye ya entrada en los términos del art. 205 la actividad desplegada para *mirar* al interior de un patio, sin acceder físicamente a él? En caso negativo, dependerá también del alcance que se dé al art. 9º, en términos de decidir si una tal actividad afecta una garantía constitucional distinta a la de la inviolabilidad del hogar, por ejemplo, la del respeto y protección de la vida privada de las personas (art. 19 N° 4 CPR) y por lo tanto requiere autorización judicial previa, lo que a su vez conduce a la dilucidación del alcance de la citada garantía constitucional, en términos del resguardo mínimo con que el titular de un lugar debe dotar al mismo para obtener protección constitucional y, consecuentemente, del tipo de actividad que se considera atentatoria contra la intimidad, etc.¹¹⁸. Como se puede ver esta discusión no es la discusión que se aborda en el presente trabajo, sino una cuestión previa que debe acometerse separadamente. Algo similar cabría decir de la valoración jurídica de la recogida y examen de la basura de una empresa depositada en bolsas cerradas sobre la vereda o del

¹¹⁷ Las posibles variantes son infinitas: la pandereta es lo suficientemente baja como para que un funcionario alto empujado pueda ver el interior, o la pandereta presenta intersticios que permiten ver el interior, o la visión se obtiene con ayuda de otro funcionario sin tocar la pandereta o desde el segundo piso o el techo de una casa contigua, etc. Estas variantes no son necesariamente relevantes desde un punto de vista normativo.

¹¹⁸ El ejemplo muestra, además, que el establecimiento de la licitud o ilicitud de la actuación no puede basarse exclusivamente en su confrontación con normas específicas expresas, sino que debe considerar todas las reglas generales, o más bien principios, de rango legal y constitucional; al respecto v. *Tiedemann*, cit., p. 196.

discreto seguimiento policial de una persona o, en fin, de una enorme cantidad de hipótesis dudosas que la práctica irá proponiendo¹¹⁹.

A la inversa, hay situaciones donde la respuesta a esta cuestión previa aparece tan nítida que ni siquiera merece ser discutida, y todo el debate se centra, afirmada la ilicitud de base, en la pregunta específica por la procedencia de la exclusión de la prueba. Tal es el caso, por ejemplo, de una entrada y registro en lugar cerrado fuera de los horarios previstos por la ley o sin el cumplimiento de las debidas formalidades en su práctica.

No se escapa que en muchos casos la dilucidación de la cuestión previa puede en la práctica resolver al mismo tiempo la exclusión de la prueba. Es lo que casi con seguridad debería suceder cuando se establece que una determinada diligencia de investigación afecta una garantía fundamental, no obstante lo cual se verifica sin autorización judicial previa, pues en estos casos, según se mantiene *infra*, la exclusión parece a primera vista obligada. Sin embargo, la eventual coincidencia o confusión práctica de ambas cuestiones no autoriza a desconocer su respectiva especificidad, máxime si tal coincidencia no se da en todos los casos.

1.3 Las regulaciones particulares en la ley. Referencia

Si bien la regulación legal fundamental en materia de exclusión de prueba se encuentra indudablemente en la cláusula del art. 276 inciso tercero, no es ésta la única disposición del nuevo código que aborda el tratamiento que debe darse al material probatorio obtenido con infracción de garantías fundamentales. A propósito de varias materias particulares la ley contiene soluciones expresas a cuestiones que en ausencia de tales soluciones podrían dar pie a importantes dudas interpretativas, siendo notorio que corresponden a problemas que en el derecho comparado han dado precisamente lugar a discusión.

No es el objeto de este trabajo abordar en detalle todas esas regulaciones particulares, pero en cuanto suelen dar pistas sobre ciertas decisiones o criterios seguidos por el legislador chileno, su consideración puede ser de gran utilidad para desentrañar los alcances de la cláusula general de exclusión, de suerte que no puede prescindirse de su examen al menos somero. A continuación se presentan las principales de estas regulaciones particulares, para luego, en el examen de las probables cuestiones controvertidas que suscitará la regulación general, llamar la atención sobre cómo pueden sugerir una solución en un sentido determinado.

Deben mencionarse en primer lugar los arts. 215 y 223, en cuanto se hacen cargo espresamente de los llamados “hallazgos casuales”, es

¹¹⁹ Sobre la complejidad del asunto v. *Duce / Riego*, cit., p. 169 y s.

decir, del descubrimiento de material probatorio respecto de un determinado delito gracias a una autorización extendida en el contexto de la investigación de *otro* delito. El art. 215 dispone que si en la práctica de la diligencia de registro se descubren objetos o documentos que permitan sospechar la existencia de un delito distinto del que constituye la materia del procedimiento en que la orden respectiva se ha librado, podrá procederse a su incautación previa orden judicial, en tanto que el inciso quinto del art. 223, sobre registro de interceptaciones telefónicas o de otro tipo de telecomunicaciones¹²⁰, luego que el inciso cuarto ordena la posterior entrega a las personas afectadas y la destrucción de toda transcripción o copia de las comunicaciones irrelevantes para el procedimiento, dispone que esto no rige “respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes”. Estas dos normas permiten suponer que el derecho chileno considera en general legítimo el aprovechamiento de material probatorio sobre un hecho determinado cuando, no obstante la ausencia de autorización a su respecto, su descubrimiento ha ocurrido a propósito de una actuación legítima en el marco de la investigación de otro hecho.

En cuanto a la oportunidad para la exclusión de prueba resulta interesante lo dispuesto en el inciso final del art. 220, referido a los objetos que no son susceptibles de incautación en razón de la facultad de no declarar por razones personales o de secreto profesional, en cuanto dispone que “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”, lo que parece indicar que la exclusión no precluye. Es lo mismo que sugiere el inciso segundo del art. 334, en el contexto del juicio oral, cuando prohíbe la incorporación como medio de prueba o la lectura de actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales. Sobre esto se volverá *infra* IV 2.

2. Fundamento y alcances de la exclusión

Es probable que el camino legislativo haya sido la única forma de introducir un concepto tan fundamental como es la exclusión de la prueba ilícita en el contexto de una jurisprudencia poco dada al desarrollo de

¹²⁰ El art. 225 se limita a consagrar la prohibición de utilización como medios de prueba de los resultados de la medida “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”.

principios y de un ambiente jurídico que simplemente ignoró la existencia del tema¹²¹. Por lo mismo, la decisión del legislador tiene al mismo tiempo el efecto de despejar cualquier discusión sobre la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita en el derecho chileno, aun antes que dicha discusión hubiera alcanzado a producirse. La solución puede parecer más o menos feliz, pero no puede ser puesta en duda: el derecho chileno no permite emplear como prueba en juicio aquella proveniente de diligencias que hayan sido declaradas nulas ni aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Sin embargo, como se ha dicho *supra* 1, si bien la concreta formulación de la ley es evidentemente un factor decisivo para la definición de los alcances de la exclusión de la prueba ilícita, no es el único, pues, como es natural, la ley no ha podido resolver de modo expreso todas y cada una de las cuestiones interpretativas que necesariamente habrán de suscitarse también en Chile. En efecto, la ley no ofrece puntos de apoyo unívocos para resolver cuestiones como las del posible efecto remoto de la exclusión, la legitimación activa para reclamarla o el tratamiento de las actuaciones de buena fe, de modo que necesariamente la respuesta a esas cuestiones deberá basarse en un esfuerzo de construcción dogmática que si bien tiene el texto legal como punto de partida, se ve obligado a integrar también otros elementos que lo trascienden.

Por lo mismo y aunque a primera vista podría haber parecido ocioso reflexionar sobre el fundamento de una norma que ha sido impuesta de una manera inequívoca y con un apoyo considerable¹²², tal reflexión resulta indispensable desde un doble punto de vista. Por una parte porque la vigencia plena de la norma de exclusión supone adhesión a la misma por parte de los operadores del sistema, adhesión que sólo puede fundarse en la cabal comprensión de las razones y propósitos de la norma. Por la otra, porque del fundamento que se le asigne a la norma dependerá la solución que haya de darse en situaciones dudosas, tal como lo ha mostrado la revisión del derecho comparado.

A juicio del suscrito el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal es uno esencialmente ético, antes que utilitario,

¹²¹ Hasta donde se puede ver, antes del inicio del proceso reformista en los años noventa sólo se trata el tema en Bofill, Jorge: Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII 1988, 225 (citado: *Prohibiciones de prueba*) y, más extensamente, en *el mismo*: Die Beweisverbote im chilenischen Strafprozeß (Tesis doctoral), Erlangen-Nürnberg 1988 (citado: *Beweisverbote*).

¹²² Hasta donde se alcanza a apreciar, la única oposición formal durante el trámite legislativo al establecimiento de una norma de exclusión de prueba ilícita se encuentra en una indicación presentada por los senadores Stange y Cordero, la que no obtuvo mayor adhesión, cfr. los antecedentes legislativos en Pfeffer, cit., p. 285 con nota al pie 342.

y está referido a la legitimidad de la acción estatal¹²³. El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos; en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación. A nadie escapa que no es posible un proceso penal sin afectación de los derechos del imputado: el derecho procesal penal no es más que un permanente ejercicio de equilibrio entre el legítimo e ineludible interés social en la represión de los delitos y los derechos fundamentales de los ciudadanos, de suerte que su saldo es siempre un compromiso sobre la medida en que tales derechos fundamentales pueden todavía afectarse legítimamente; ese compromiso se expresa en el alcance concreto de las garantías procesales, lo que a su vez define los requisitos de legitimidad del proceso y, consecuentemente, de la posible imposición de una pena. En esta perspectiva, el efecto que en principio debe producirse para evitar la degradación de la acción punitiva estatal cuando se comprueba la producción de material probatorio vulnerando las garantías fundamentales, es la supresión de dicho material, pues de esa forma se asegura que el acto ilegítimo no pueda contribuir a la eventual imposición de una pena que cargaría con la misma nota de ilegitimidad. Cualquier otro tipo de remedios, como los muchos sugeridos en la discusión comparada, esto es, sanciones de todo tipo a los agentes infractores, indemnizaciones por parte del Estado, etc, pueden servir de complemento adecuado, pero por sí mismos no preservan la legitimidad de la acción estatal.

En este contexto vale la pena enfatizar algo obvio pero a menudo olvidado, como es que los reproches contra la norma de exclusión como obstáculo de la acción policial y de la persecución penal en general disparan contra el blanco equivocado, pues el obstáculo no lo pone la norma de exclusión sino las propias garantías fundamentales, de las cuales la norma no es más que corolario. Es indudable que las garantías fundamentales entraban de modo más o menos significativo la persecución penal, pero no es menos indudable que éstas son las condiciones elementales del Estado de Derecho y que por debajo de eso no hay debate jurídico posible¹²⁴. La aceptación de este planteamiento supone entre otras cosas admitir que las garantías fundamentales no son garantías de los “delincuentes” sino que de cada uno de los ciudadanos y que la seguridad de su verdadera vigencia pasa por reafirmarlas aun y en especial en los casos puntuales en que resultan particularmente odiosas. En otras palabras, se trata de decidir

¹²³ También por un fundamento ético *Carrío*, cit., p. 82, quien ve una clara presencia de ese fundamento en la jurisprudencia argentina, p. 77

¹²⁴ Así también *Carocca*, Alex: La prueba en el nuevo proceso penal, en. AA.VV.: El nuevo proceso penal, Cuadernos de trabajo N° 2, Universidad Diego Portales, Santiago 2000, p. 192 y s. (citado: *La prueba*)

si los catálogos de derechos de la Constitución Política y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos incorporados en Chile son algo más que declaraciones retóricas, pues no serían más que eso si se tratara de mandatos que se respetan sólo a veces, incluso generalmente, pero no cuando realmente importa, esto es, cuando respetarlos implica un verdadero sacrificio para el Estado. También supone no confundirse con un peculiar concepto de “justicia” que no advierte que dicho valor sólo puede alcanzarse en el respeto de las garantías fundamentales: no es justo el castigo a cualquier precio; más bien al contrario, “si la realización de la justicia material sólo es posible lograrla dejando de lado los fundamentos básicos del proceso, ello bien puede importar, precisamente, la pérdida del sentido de justicia”¹²⁵. Supone, por último, dejar de lado la caricatura y admitir que en la práctica evidentemente es posible investigar, esclarecer y castigar los delitos sin necesidad de allanamientos irregulares, detenciones ilegales o apremios ilegítimos.

Este fundamento ético no se opone a las consideraciones utilitaristas que también se han invocado como fundamento de la exclusión de prueba. Al contrario, tales consideraciones pueden ser motivos adicionales para adherir a la norma, pero en cuanto no son necesariamente convergentes, no pueden ocupar su lugar como fundamento principal. Desde luego es un buen argumento en favor de la exclusión de prueba el efecto disuasivo o de *deterrence* que ésta podría tener en agentes policiales eventualmente propensos a no respetar las reglas de la investigación legítima. Pero no puede perderse de vista que la norma debe mantener vigencia aun cuando tal efecto disuasivo está descartado. La importancia de esta precisión se apreciará a propósito de los alcances concretos de la norma.

Ahora bien, tal como el alcance concreto de las garantías fundamentales en materia procesal penal, específicamente en materia probatoria, viene dado por el punto de equilibrio entre el enunciado general y abstracto de éstas y los intereses de la persecución penal, también los alcances concretos de la exclusión de la prueba ilícita, como corolario de esta discusión previa, deben venir señalados por un equilibrio semejante, que podría en principio describirse como un equilibrio entre *eficiencia* y *legitimidad*, aunque debe reconocerse que un nivel mínimamente aceptable de eficiencia es al mismo tiempo un requisito de la legitimidad de un sistema que debe procurar dar satisfacción racional -que no siempre significa igualitaria- a todas las necesidades de protección manifestadas en su seno¹²⁶.

¹²⁵ Bofill, Prohibiciones de prueba, cit., 240.

¹²⁶ Han llamado recientemente la atención sobre la relación entre garantías y eficiencia en el proceso penal Duce, Mauricio / Riego, Cristián: Introducción al nuevo sistema procesal penal, Universidad Diego Portales, Santiago 2002, Vol. I, p. 37 y s.

Ya por esta razón las garantías procesales carecen de alcance absoluto y siempre son susceptibles de modulación, siendo de destacar que la particular problemática de la exclusión de la prueba ilícita representa un ejemplo extremo de esa modulación, como muestra el derecho comparado en la materia, con su derrotero poco seguro y la constante consideración y aceptación de límites y transacciones. Probablemente no haya otro tema dogmático del nuevo proceso penal en el cual se imponga mayor equilibrio en el juicio. Si a eso se suma el desfavorable ambiente cultural en el cual se inserta la reforma procesal penal chilena, donde aún en el mundo jurídico se pueden escuchar reservas frente a la reforma fundadas en una supuesta incapacidad idiosincrática de la sociedad chilena para comportarse a la altura de un Estado de Derecho democrático, se puede advertir con claridad que los maximalismos no afianzan, sino que más bien constituyen un formidable enemigo para la efectiva realización de las garantías procesales mínimas a las que la reforma procesal penal aspira.

No existe contradicción alguna entre el reconocimiento de esta necesidad de modulación con el fundamento ético asignado a la exclusión de la prueba ilícita. Un fundamento ético o valorativo no supone, como es evidente, que lo así fundado tenga un carácter absoluto y no susceptible de modulaciones, sino que al contrario sugiere la necesidad de ponderar los valores en juego. Más aún, todo indica que 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*, es decir, de una norma que manda que algo, en este caso la exclusión de la prueba ilícita, se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pudiendo consecuentemente ser cumplido en distintos *grados*¹²⁷, de suerte que aun con independencia de cuál sea el fundamento que se le asigne -aun tratándose de uno ético- la ponderación de intereses resulta ineludible¹²⁸. La única relevancia del carácter ético de la fundamentación de la exclusión de prueba ilícita en este contexto, viene dada porque, para usar ahora la terminología de *Dworkin*, permite afirmar que ésta se trata de un principio genuino y no de una simple directriz política, esto es, que se trata de “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social

¹²⁷ *Alexy*, Robert: *Theorie der Grundrechte* (1985), Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, p. 75 y s (hay versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales* [trad. *Garzón Valdés*, rev. *Zimmerling*], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993). Las reglas, en cambio, pueden ser sólo cumplidas o no cumplidas, sin admitir un cumplimiento por grados.

¹²⁸ Esto es lo que aparentemente no ve la práctica norteamericana cuando prefiere apartarse de un posible fundamento de la regla de exclusión en la preservación de la integridad judicial (*supra* II 2.1), en la creencia que tal imperativo moral sería totalmente incompatible con un análisis costo-beneficio. Al respecto *Dressler*, cit., p. 324 y s.

que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹²⁹.

Es por todo esto que las líneas siguientes procuran un equilibrio entre eficiencia y legitimidad que sea susceptible de ciertos grados de consenso a la vez que respetuoso de los términos concretos de la legislación chilena. La experiencia comparada arriba sintetizada ha servido ciertamente de orientación, pero no ha sustituido el análisis y el esfuerzo de construir soluciones a partir del nuevo código. Algunos compromisos exhibidos por el derecho comparado se adoptan sólo en cuanto parecen impuestos o al menos sugeridos por la propia arquitectura y por las palabras de nuestro texto legal y cuando, además, resultan conceptualmente admisibles.

En particular, no debe perderse de vista la inusual fuerza con que se ha expresado -consciente o inconscientemente- la decisión del legislador chileno en orden a asegurar mediante el expediente extremo de la exclusión de prueba el respeto de las garantías fundamentales en el marco de la persecución penal. 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, como ocurre por ejemplo en el derecho alemán (cfr. *supra* II 3.2.1.1). Al contrario, la ley 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. Al análisis de esos posibles grupos de casos, propuestos a partir de una serie de situaciones dudosas que se perfilaron con bastante claridad en el examen tanto del derecho comparado como de los términos legales, se dedican las páginas siguientes.

2.1 Exclusión sólo respecto de la acusación, no de la defensa

Fundándose la exclusión de la prueba ilícita en la preservación de las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal, no es conceptualmente necesario que ésta alcance a las actuaciones ilegítimas favorables a la defensa. Tal es la situación dominante en el derecho comparado¹³⁰ y viene también sugerida nítidamente en la ley chilena por

¹²⁹ Dworkin, Ronald: Los derechos en serio (trad. Guastavino), Ariel, Barcelona 1989, p. 72. Esto marca una diferencia relevante frente a la fundamentación tendencialmente utilitaria de la exclusión de prueba en el sistema norteamericano. Naturalmente la pretensión de inhibir conductas contrarias a las garantías fundamentales por parte de los agentes estatales encierra también un valor ético innegable, no es sin embargo eso lo que fundamenta la exclusión.

¹³⁰ Así en Estados Unidos (*supra* II 2.2.5) y en Alemania (*supra* II 3.3.1), como consecuencia de la limitación de la exclusión a la actividad estatal. Sin embargo, aun cuando se discuta este punto, al menos queda claro que el material probatorio exculpatorio no puede ser excluido; al respecto

el art. 277 inciso final, cuando al establecer 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.

Desde luego esto no significa que las garantías fundamentales no deban también ser escrupulosamente respetadas por quienes actúan a favor del imputado, pero las consecuencias de la infracción pueden -y deben- ser diferentes, porque en el caso en cuestión sólo está en juego la garantía vulnerada pero no -adicionalmente- la legitimidad del *ius puniendi*, toda vez que el ejercicio de éste no va a fundarse en la infracción; más bien al contrario, es probable que dicho ejercicio no vaya a tener lugar, precisamente a consecuencia de la obtención ilícita del material probatorio. La vulneración de garantías debe ser reprimida de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero no es necesario ni justo que además se excluya 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 exculpatório. Ver en esta solución diferenciada un menoscabo de la igualdad de armas en el proceso penal importaría sencillamente no comprender el sentido de la delicada función pública encargada a los órganos de persecución penal.

2.2 Actuaciones exclusivamente privadas

Tratándose ahora de actuaciones ilícitas favorables a la acusación, no se aprecian razones en la ley chilena para no aplicar la exclusión de la prueba ilícita frente a actuaciones estrictamente privadas¹³¹, no ya simplemente porque el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto

en Alemania Gössel Rdn. 154, con matices; otra opinión mantiene Paulus KMR § 244 Rdn. 547. Sobre la ardua discusión en España v. *Miranda Estrampes*, cit., p. 101 y ss.

¹³¹ Ya respecto del CPP 1906 Bofill, Beweisverbote, cit., p. 146 y ss., mantenía que las prohibiciones de prueba regían al menos parcialmente también para los particulares.

respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, sino porque de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales (respecto de particulares sólo es relevante la segunda variante de la regla de exclusión) el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional¹³².

Como se ha dicho en el debate comparado: al admitir como prueba el fruto de la vulneración de una garantía fundamental aunque realizada por un particular, esto es, al amparar procesalmente la vulneración, es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso (BGHSt. 14, 358). También en el derecho norteamericano se ha alegado que los tribunales no deben mezclarse con o, más aún, no deben amparar atentados privados contra la Constitución, invocando al efecto la doctrina de *Shelley v. Kraemer* (334 U.S. 1 [1948]), según la cual si bien un convenio privado de uso y ocupación de viviendas en un determinado sector que discrimina a las personas en razón de su raza no constituye un atentado contra la Décimocuarta Enmienda de la Constitución Federal, sí vulnera la igual protección de la ley la actuación de los tribunales que ponen en vigor tales convenios discriminatorios. Los argumentos contrarios de *Chiesa*¹³³, fundados en que habría una diferencia esencial entre ambas hipótesis, pues en *Shelley* sería el acto estatal el que da vida a la ilegalidad -son recién los tribunales los que impiden la toma de posesión de la vivienda en virtud del convenio discriminatorio-, mientras que en la admisión de la prueba ilícita producida por particulares la ilegalidad precedería a la actuación estatal, suenan simplemente a sofisma, porque es recién la tolerancia del tribunal la que hace del simple producto de una ilegalidad una *prueba* que puede servir de fundamento a una sentencia judicial. En ambos casos es únicamente el tribunal el que confiere *efectos jurídicos* a la actuación ilegal de los privados.

Desde esta perspectiva debería carecer de importancia entre nosotros la cuestión esencial en el derecho comparado, tanto en el derecho norteamericano (*supra* II 2.2.5) como alemán (*supra* II 3.3.1), de si la actuación privada puede o no imputarse de un modo significativo al Estado, pues la situación es en cualquier caso la misma. Con todo, precisamente porque la opinión dominante en los modelos extranjeros estudiados es contraria a la exclusión de la prueba ilícita producida íntegramente por los privados, al analizarse el derecho chileno y ante una

¹³² En cuanto el fundamento de la exclusión no radica en el efecto disuasivo que ésta podría tener en los agentes del Estado, en nada empece a esta solución el hecho innegable de la ausencia de tal efecto disuasivo en estos casos. Lo que en los Estados Unidos (*supra* II 2.2.5) resulta plenamente coherente con la importancia que en ese país se le asigna al efecto disuasivo como idea directriz de la regla de exclusión, en Chile, en cambio, simplemente está fuera de lugar.

¹³³ *Chiesa*, cit., p. 347.

eventual interpretación en sentido inverso debería tenerse presente ese matiz. Asimismo, debe tenerse presente que en esos ordenamientos no existe la figura de un querellante particular legitimado para ejercer la acción penal pública, ni se consulta una víctima con facultades de intervención tan acusadas como en nuestro derecho. Esta diferencia es fundamental, porque en la medida en que el ejercicio del *ius puniendi* pasa a “compartirse” con los particulares, no puede sino extenderse a ellos la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas¹³⁴, de suerte que aun cuando se siguiera el criterio del derecho comparado, esto sólo tendría efectos respecto de privados que no sean intervinientes.

Ahora bien, esta equiparación fundamental no puede mantenerse razonablemente en términos absolutos, pues debe recordarse que muchas de las actuaciones típicas de investigación que pueden conducir a la obtención de material probatorio suponen afectaciones relativas de derechos fundamentales y que los únicos mecanismos formales para legitimar dichas afectaciones están disponibles sólo para los órganos estatales de persecución penal, no para los particulares. Es decir, aunque lo quisieran, los particulares no podrían legitimar formalmente sus actuaciones. Ahora bien, es indudable que este estado de cosas no hace sino confirmar y reforzar el monopolio de la investigación criminal en el Ministerio Público y en sus órganos auxiliares, y obliga a los particulares, más allá del ámbito en que en defensa de sus intereses pueden realizar pesquisas indiferentes desde el punto de vista de las garantías fundamentales, a acudir a los órganos oficiales de persecución penal. Éste es un principio de enorme importancia institucional y debe ser preservado. Sin embargo, debe también prestarse suficiente atención a las situaciones excepcionales, en las que no es exigible al privado prescindencia total, especialmente cuando su conducta más que una reacción ante hechos ya cometidos, en donde toda actuación intrusiva debería en principio canalizarse a través de la persecución penal pública, representa un acto de *defensa* respecto de ilicitudes en marcha, como ocurre con la grabación oculta de la entrevista con quien ofrece o exige una dádiva en los términos del cohecho o con quien ha amenazado condicionalmente, etc. Algo parecido debería predicarse respecto de quien no ha recibido debida atención por parte de los órganos de persecución penal o de quien demuestra no haber estado en condiciones de canalizar su actividad a través de tales órganos. No es posible aquí ofrecer un catálogo de posibles casos, pero parece sostenible que el razonamiento subyacente en conceptos materiales tales como *legítima defensa* o *inexigibilidad de otra conducta* también puedan tener un efecto procesal en materia de exclusión de prueba.

¹³⁴ Este punto de vista ha sido sugerido al suscrito por Jorge Bofill

2.3 Insuficiencia de la simple ilegalidad

Hasta ahora se ha mantenido aquí la distinción -que parece obligada por el tenor de la ley- entre simple ilegalidad e inobservancia de garantías fundamentales. Sólo la segunda hipótesis da lugar a una sanción tan radical como es la exclusión de prueba. Ahora bien, si se sitúa esta distinción en la perspectiva de la discusión comparada se aprecia una toma de posición relativamente clara respecto de una de las cuestiones más polémicas que jalona la discusión en Alemania, cual es si puede considerarse que el respeto general de las formas procesales forma parte también de la “esfera de derechos” del imputado para los efectos de la exclusión de la prueba proveniente de la infracción de dichas formas (*supra* II 3.2.1.1)¹³⁵. En cuanto el respeto general de las formas procesales se identifica sin más con el conjunto de la legalidad ordinaria, la respuesta debe ser negativa: con independencia del indudable debido respeto a la legalidad procesal penal, no parece proporcionado, y con ello, no parece legítimo excluir toda prueba ilegalmente obtenida, sino sólo aquélla respecto de la cual la ilicitud en que se funda socava de un modo intolerable la legitimidad de la persecución penal.

Desde esta perspectiva es posible y legítimo distinguir para los efectos de la exclusión de prueba entre disposiciones que garantizan los derechos del imputado, respecto de las cuales, además, debe valorarse si alcanzan el rango de garantía fundamental en los términos ya señalados (*supra* 1.2), y otras que tienen un rol accesorio, no necesariamente de mero “orden”, pero sí de rango inferior desde la perspectiva de la situación procesal del afectado¹³⁶. Así, mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley (infracción del art. 205 inciso tercero), difícilmente podrá admitirse el mismo efecto cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente (infracción del art. 216). No se escapa que la distinción puede ser muy ardua en la práctica, como lo sugiere elocuentemente una leve variación del ejemplo, haciéndolo consistir ahora en una entrada y registro practicada con orden pero fuera de los horarios permitidos por la ley conforme el art. 207 o bien impidiendo al dueño de casa presenciar

¹³⁵ En el ámbito sudamericano se ha manifestado en sentido afirmativo *Maier*, cit., p. 703 y s.: “las formas procesales no son, solamente, una *categoría formal*, sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una *categoría material*, supraordinándose a la meta que, para el procedimiento penal, constituye la corrección material de la decisión judicial (sentencia)”, énfasis en el original.

¹³⁶ Otra opinión en *Maier*, cit., p. 703 y s.

el registro, con infracción del art. 212¹³⁷, casos en que difícilmente podrá afirmarse sin más el carácter meramente formal de la infracción; con todo, se trata de un examen ineludible.

2.4 Fin de protección de la norma y legitimación activa

En sentido convergente opera el criterio del *fin de protección de la norma* empleado por la jurisprudencia alemana (*supra* II 3.2.1.1), según el cual la exclusión de prueba no se justifica cuando la norma infringida no tiende a la protección de los *derechos* de determinadas personas. Así, por ejemplo, no parece justificada la exclusión de prueba obtenida cuando se registran lugares especiales con orden pero sin cumplir con las formalidades previstas en los arts. 209 y 211, por cuanto tales formalidades no están establecidas para la protección de las personas, sino que exclusivamente en atención a la consideración que merece la especial función a que está destinado el lugar.

Dicho esto, surge inmediatamente la pregunta adicional, estrechamente vinculada con la anterior, por las personas determinadas cuyos derechos deben ser conculcados para que pueda proceder la exclusión o, dicho en otros términos, surge la pregunta por la *legitimación activa* para reclamar de la ilegalidad y solicitar la exclusión de la prueba ilícita, el llamado *standing* exigido en el derecho estadounidense. Según la jurisprudencia norteamericana, sólo el *titular de la garantía* amagada posee tal legitimación activa (*supra* II 2.2.3), y a primera vista lo mismo podría regir para la jurisprudencia alemana, en cuanto BGHSt. 11, 213 manda considerar especialmente, junto con la justificación de la norma, la pregunta por la persona en cuyo interés ésta se ha establecido (*“die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist”*; *supra* II 3.2.1.1)¹³⁸. El punto se puede graficar con el siguiente ejemplo: mediante una interceptación telefónica ilegal o bien mediante apremios ilegítimos se obtiene de una determinada persona A información que permite incriminar a otra persona Z; la pregunta es si Z está facultada o no para requerir la exclusión como prueba de los medios portadores de esa información.

El tema es extremadamente complejo y no se deja resolver simplemente echando mano del expediente procedimental de la aquí defendida exclusión *de oficio* por parte de los jueces (*infra* 2.5), porque aun cuando no sea

¹³⁷ En el primer caso, por ejemplo, la jurisprudencia española tiende a no ver razón suficiente para excluir la prueba, como sí la ve en el segundo, v. *De Urbano Castrillo / Torres Morato*, cit., p. 160 y s., 171 y ss.

¹³⁷ En el primer caso, por ejemplo, la jurisprudencia española tiende a no ver razón suficiente para excluir la prueba, como sí la ve en el segundo, v. *De Urbano Castrillo / Torres Morato*, cit., p. 160 y s., 171 y ss.

¹³⁸ No así, aparentemente, la práctica española, cfr. *Miranda Estrampes*, cit., p. 127 y ss.

necesaria petición de parte para decretar la exclusión de la prueba ilícita, subsiste la cuestión de si es posible hacerlo a favor de quien no ha sido la víctima de la actuación ilícita en cuestión. 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 ético* que aquí se ha asignado a la exclusión de la prueba ilícita, 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.

Si bien con muchas dudas, 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*, pues, en efecto, desde dicha perspectiva ciertamente no existe mayor diferencia entre que se hayan vulnerado los derechos de A o de Z: en cualquier caso el Estado se aprovecha de una vulneración de garantías fundamentales para obtener una sentencia condenatoria. Como argumento adicional, si bien no demasiado convincente, 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. Así lo ha afirmado, por ejemplo, la Corte Suprema argentina en el llamado caso *Rayford*¹³⁹, con el siguiente razonamiento, según la síntesis de *Carrió*: “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)”¹⁴⁰.

¹³⁹ Fallo *Rayford Reginald y otros*, de 13 de mayo de 1986, publicado en *El Derecho*, 4 de julio de 1986, p. 3 y ss., se reproduce íntegro también en *Carrió*, cit., p. 146 y ss. El supuesto de hecho era el siguiente: *Reginald Rayford*, ciudadano norteamericano con escaso dominio del castellano y de paso por la Argentina, es detenido por tenencia de estupefacientes que fueron incautados luego que la policía registrara su vivienda sin orden judicial pero sin que aquél “opusiera reparos”. Camino a la comisaría *Rayford* entregó a la policía la tarjeta personal de un menor de edad que le había proporcionado las drogas, quien en virtud de ese dato también fue detenido. Luego de haber sido absuelto en primera instancia y condenado en segunda, el menor interpuso recurso de nulidad basado en la ilegalidad de la entrada y registro que afectó a *Rayford*.

¹⁴⁰ *Carrió*, cit., p. 100, nota al pie 31, énfasis en el original. Un argumento similar emplea *Miranda Estrampes*, cit., p. 125, quien ve siempre afectado el propio derecho a la presunción de inocencia. Conceptualmente, sin embargo, el argumento no es demasiado poderoso, pues siempre será posible fundar, como es obvio, un interés en la exclusión por parte de quien la solicita, con lo cual la exigencia de interés propio pasa a ser más aparente que real.

Ahora bien, considerando que se trata de un tema dudoso y potencialmente 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. Es lo que ocurre, por ejemplo, con 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 (art. 302), norma que a primera vista es una norma establecida en interés del testigo y no del imputado, destinada a liberar a aquél del grave conflicto que le podría significar declarar contra un ser presumiblemente querido¹⁴¹, pero que a la vez, 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 ella¹⁴².

Un caso límite viene dado por la protección del *secreto profesional*. Como se sabe, las personas que por su estado, profesión o función legal deben guardar el secreto que se les ha confiado *no están obligadas* a declarar en el proceso (art. 303). Surge entonces la pregunta sobre el posible aprovechamiento de sus declaraciones cuando voluntariamente pero sin haber sido relevados de su deber rompen ese secreto, más allá de la responsabilidad penal que les cabe conforme los arts. 247 CP o, tratándose de abogados, 231 CP.

Como ya se mencionó, la jurisprudencia alemana (*supra* II 3.2.1.2 B b) ha resuelto que en estos casos la prueba puede valorarse porque la decisión de declarar, tal como ocurre con los testigos parientes, se encuentra íntegramente en el ámbito de responsabilidad del testigo (así BGHSt. 9, 59; 15, 200; 18, 146)¹⁴³; sin embargo, la situación del profesional no parece ser la misma que la del pariente, pues este último no tiene un *deber* de guardar el secreto del imputado, como sí lo tiene el profesional. Es cierto que la norma procesal penal sólo libera al profesional de la obligación general de declarar y no le prohíbe hacerlo -lo que, supuesta su voluntariedad, constituye efectivamente una norma establecida en su exclusivo interés profesional-, pero lo que en este caso se está vulnerando no es esa norma, sino aquélla contenida en la legislación penal sustantiva y que establece el deber de guardar los secretos del

¹⁴¹ Es el mismo criterio de la *inexigibilidad* que rige el encubrimiento de parientes en el art. 17 CP.

¹⁴² Es como se resuelve en la jurisprudencia alemana, así BGHSt. 11, 216; se ha fallado, sin embargo, que esta prohibición no rige una vez que el testigo ha muerto (BGHSt. 22, 35), a lo que la literatura ha replicado que la norma infringida (§ 52 StPO) no sólo persigue evitar un conflicto de deberes al testigo, sino que también sirve a la protección del acusado. Lo mismo ocurriría, en principio, en España, v. *Miranda Estrampes*, cit., p. 42 y s.

¹⁴³ El punto es, en todo caso, objeto de discusión, v. referencias en *Roxin Rdn.* 33, nota al pie 19.

imputado. Esta norma tiende inequívocamente a la protección del imputado, protección que sería insuficiente si sólo estuviera respaldada por la amenaza de la sanción penal y no por la necesaria exclusión de la prueba¹⁴⁴.

A juicio del suscrito, la exclusión de prueba puede fundarse sin grandes dificultades, al menos tratándose del secreto profesional del abogado defensor, en la *garantía fundamental del derecho a defensa*, entendiendo que la protección del secreto profesional, aun contra el abogado, forma parte del núcleo de la garantía, pues es difícil imaginar una situación de mayor indefensión que la del imputado que, en la confianza de la relación profesional, revela antecedentes incriminatorios que luego, previo quebrantamiento de dicha confianza, pueden ser aprovechados en su contra. Respecto del secreto de otros profesionales el asunto es más arduo, y en esos casos la afirmación de la exclusión de prueba habría de fundarse en una genérica protección del secreto profesional como componente de la garantía del debido proceso.

2.5 ¿Exclusión de oficio o a petición de parte?

Aquí se mantendrá que la exclusión de la prueba ilícita está establecida como un *deber* del juez, que éste debe cumplir *de oficio*, de modo que no está supeditado a las peticiones de las partes¹⁴⁵. Desde luego no es suficiente fundamento para esta conclusión el tenor imperativo del inciso tercero del art. 276, pero sí puede serlo la función general del precepto. Debe observarse que la tarea del juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral no consiste sólo en resolver las disputas que se susciten entre acusación y defensa, sino que también debe, y con especial cuidado, velar por la *viabilidad y corrección* del juicio, interés propio de la administración de justicia y de la organización judicial. Es por ello que muchas de las facultades del tribunal en este contexto se pueden y deben ejercer con independencia de la voluntad de las partes. Es lo que ocurre con la corrección de los *vicios formales* de la acusación (art. 270), que tiene como único presupuesto que el juez considere que ésta adolece de tales vicios, con independencia del eventual ejercicio del derecho a solicitarlo que tiene la defensa (art. 263 letra a) y el querellante (art. 261 letra b), o con la *unión o separación de acusaciones* (art. 274), normas de

¹⁴⁴ A la misma conclusión arribaba ya para el CPP 1906 Bofill, Beweisverbote, cit., p. 152 y ss., con referencias adicionales. Este autor, con razón, trata el punto especialmente en el contexto de la procedencia de la exclusión de pruebas obtenidas por particulares.

¹⁴⁵ De otra opinión, aparentemente, Bofill, Jorge: Preparación del juicio oral y juicio oral, en AA.VV.: Las reformas del proceso penal, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago 2000, p. 80 (citado: *Preparación*), quien sugiere que las decisiones de exclusión de prueba deben producirse a petición de parte.

redacción y sentido muy diferentes a otras como la del art. 271, sobre resolución de excepciones de previo y especial pronunciamiento, donde el requerimiento de parte es indispensable. Ocurre también claramente con la limitación de la *prueba sobreabundante* en el inciso segundo del art. 276, norma que está destinada, más allá de la actitud de las partes, a asegurar la *practicabilidad* del juicio. Pues bien, “del mismo modo” dispone el inciso tercero del mismo artículo que debe excluirse la prueba ilícita, no sólo en interés del afectado, sino por la corrección del juicio.

Esta perspectiva se ve confirmada por la historia fidedigna del establecimiento de la ley, cuando se considera que las normas sobre exclusión de prueba estaban establecidas con anterioridad al reconocimiento del derecho de las partes a impugnar la prueba ofrecida por la contraria. En efecto, es recién en el Senado que se acuerda incorporar el actual art. 272 “para que las partes puedan formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, con el objeto de *entregarle antecedentes al juez para los efectos de su posible exclusión*”¹⁴⁶. Desde luego puede considerarse innecesaria la incorporación de un precepto como el art. 272, pues las solicitudes de parte ciertamente hubiesen sido posibles, aun sin norma expresa; pero no puede negarse que de su incorporación y del contexto de la misma se desprende inequívocamente la noción legislativa de la exclusión de prueba como un deber judicial independiente de la voluntad de las partes, frente al cual éstas simplemente están facultadas para aportar *antecedentes*.

Por último, que la exclusión de la prueba ilícita proceda de oficio es notoriamente concordante con la declaración, también de oficio, de la nulidad procesal por infracción de garantías fundamentales conforme al art. 163, nulidad procesal que precisamente constituye uno de los presupuestos de la exclusión de la prueba¹⁴⁷.

2.6 Actuaciones de buena fe

La más significativa excepción a la regla de exclusión en el derecho norteamericano es la llamada excepción de buena fe establecida con el precedente *Leon*, para casos en los cuales los agentes policiales confían razonablemente en la legitimidad de una orden judicial ilegítima (sobre todo esto *supra* II 2.2.4). Dicha excepción se basa, como ya se indicó, en la ausencia de efecto de *deterrence* respecto de los agentes, pues

¹⁴⁶ Antecedentes legislativos en *Pfeffer*, cit., p. 281; énfasis agregado.

¹⁴⁷ Al parecer la opinión mayoritaria en España se decanta en el mismo sentido, entre otras razones precisamente por el notorio paralelismo de esta situación con la norma del art. 240 LOPJ, que permite la declaración de oficio de la nulidad procesal, al respecto con referencias, *Miranda Estrampes*, cit., p. 123 y ss.

efectivamente éstos no entienden vulnerar las garantías fundamentales y consecuentemente no necesitan ser disuadidos de hacerlo; sin embargo, no se han visto razones para extender la lógica de la disuasión al actuar reconocidamente ilegítimo de los jueces que han expedido las órdenes que dichos agentes ejecutan.

A juicio del suscrito, no es posible dar acogida en el derecho chileno a la llamada excepción de buena fe, al menos no como la entiende la jurisprudencia norteamericana. Desde luego parece inadecuada la justificación de la excepción en la ausencia de un efecto disuasivo que no resulta mayormente relevante si, como aquí, se funda la exclusión de la prueba ilícita en el respeto de las garantías fundamentales como base de legitimidad del proceso penal: la buena fe de los agentes estatales debe ser indudablemente considerada a la hora de juzgar su conducta, pero puede carecer de significado desde la perspectiva de la persona afectada¹⁴⁸ y no modifica el hecho ineludible del aprovechamiento por parte del Estado de las resultas de una actuación ilegítima ni la consecuente ilegitimidad del ejercicio del poder punitivo. Empero, lo que realmente resulta del todo inaceptable no es esta fundamentación, sino el que mediante la excepción se validen probatoriamente actuaciones *judiciales* ilegítimas que han afectado de modo más o menos severo derechos de las personas. Mientras la primera es en lo fundamental una discrepancia sobre la aproximación conceptual al problema, la segunda altera radicalmente los términos de la discusión, pues en rigor se trata de casos en los cuales el *Estado* -en la persona de un juez- reconocidamente ha actuado de mala fe. Circunscribir la mirada a la actuación de los agentes policiales sin hacerse cargo de las actuaciones ilegales de los magistrados, como hace la jurisprudencia norteamericana, resulta infundado y caprichoso.

Otra cosa es discutir sobre el rol que puede cumplir la “buena fe” -o más bien, como la propia jurisprudencia norteamericana aclara, no “buena fe” subjetiva, sino *razonabilidad* o plausibilidad objetiva (intersubjetiva)- en la determinación de la cuestión metodológica previa sobre si ha habido o no inobservancia de garantías fundamentales (v. *supra* 1.2.3). Como ya se ha planteado respecto de las *órdenes judiciales* (*supra* 1.1.1 d), éstas son legítimas cuando desde una perspectiva *ex ante* y para un tercero imparcial que dispone de los mismos antecedentes de que dispone el juez aparecen como razonables. Algo equivalente debe regir para las *actuaciones policiales sin orden*, como detenciones en caso de flagrancia conforme al art. 130 o allanamientos sin orden de acuerdo con el art. 206¹⁴⁹, aunque también en el cumplimiento de órdenes

¹⁴⁸ Cfr. *Maier*, cit., p. 703.

¹⁴⁹ El suscrito tuvo conocimiento del siguiente caso en el que, probablemente, debería afirmarse la legitimidad del allanamiento: funcionarios policiales solicitaron y obtuvieron de quien se

judiciales. Esta manera de entender los requisitos de legitimidad de la actuación estatal -fundada en la consideración para estos efectos de las normas constitucionales y legales aplicables no, o no sólo, como normas de valoración, sino que fundamentalmente como normas de *determinación*¹⁵⁰- se hace cargo de posibles errores en dicha actuación, asumiéndolos en una medida que parece aún compatible con las garantías fundamentales de las personas. En esa medida podría hablarse quizás de una “excepción de buena fe”, aunque en rigor no se trata ni de buena fe ni de una excepción, pues en puridad no habría habido siquiera inobservancia de una garantía fundamental. Con todo, esto es así sólo en cuanto se pueda predicar del conjunto de los órganos estatales que inciden en la actuación concreta: la razonable confianza de los agentes que ejecutan la orden no puede validar la ilicitud de ésta.

En cuanto a las actuaciones de buena fe -cualquiera sea el alcance que se le dé a los términos- bajo el amparo de disposiciones legales que posteriormente se declaran inconstitucionales, hipótesis que, como se vio, en los Estados Unidos ha dado lugar a la doctrina *Krull*, la solución no puede ser diversa. Ciertamente desde el punto de vista del efecto disuasivo la justificación de la doctrina *Krull* es aún mejor que la de la doctrina *Leon*, pues la razonable confianza que puede tenerse en la validez de las leyes es mayor que la que puede dispensarse a la de las órdenes judiciales, pero desde la perspectiva del respeto a las garantías fundamentales es igualmente inadmisibles. Admitir como prueba el fruto de una práctica inconstitucional no hace sino confirmar la vigencia particular de dicha práctica o, como dicen los disidentes en el fallo *Krull*, implica establecer un irrazonable período de gracia para la aplicación de leyes inconstitucionales¹⁵¹. Debe notarse que en este caso no se trata de una simple hipótesis de pérdida de vigencia de una norma procesal ya aplicada en el procedimiento -lo que, en todo caso, por sí mismo eventualmente deba dar lugar a resultados similares, de acuerdo con el alcance que se le dé al novedoso art. 11 sobre aplicación temporal de la ley procesal penal-, sino que de una donde la pérdida de vigencia de la norma es el resultado de la incompatibilidad de la misma con el ordenamiento constitucional: se trata de una norma que no debía existir por imperativo constitucional, en tanto que las actuaciones efectuadas bajo su amparo fueron actuaciones que no debían haberse autorizado ni realizado también por mandato constitucional, de modo que deben suprimirse también sus efectos.

encontraba en el lugar y aparecía como el dueño de casa la debida autorización para entrar y registrar el inmueble (art. 205), resultando posteriormente que no era el encargado del lugar.

¹⁵⁰ Sobre el binomio *norma de valoración/norma de determinación* puede verse *Silva Sánchez*, Jesús María: Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona 1992, p. 334 y ss.

¹⁵¹ *Chiesa*, cit. p. 201.

2.7 Los frutos de la ilicitud: un falso dilema. Alcances

En términos generales, la discusión sobre el *efecto remoto o reflejo* de la exclusión de prueba ilícita (cfr. *supra* II 2.3 y 3.4), esto es, si debe excluirse también la prueba derivada sólo mediatamente de la actuación ilegal, los llamados *frutos del árbol envenenado* de la doctrina norteamericana, plantea en definitiva un falso dilema. En rigor, todo pasa por acoger o no como principio general la exclusión de la prueba ilícita. Si ése es el caso, cualquier consideración sería de la exclusión y de sus propósitos debe concluir necesariamente 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 inicial¹⁵². Sólo de esa manera se asegura que la dictación de una sentencia eventualmente condenatoria no se funda de modo alguno en la vulneración de garantías constitucionales. Si se trata de pruebas directa o indirecta, mediata o inmediateamente derivada de la ilegalidad es completamente irrelevante¹⁵³.

Cualquier otra posición sólo permite eludir, con mayor o menor dificultad, la regla de exclusión y traicionar su fundamento¹⁵⁴. En efecto, de nada sirve al imputado que en el juicio no se puedan utilizar en su contra las grabaciones de sus comunicaciones telefónicas obtenidas sin autorización competente si de todas formas pueden presentarse como prueba los objetos descubiertos o incautados o los testigos identificados exclusivamente gracias a lo que con dichas grabaciones se pudo averiguar. Mantener este cuadro como sistema es una burla al sentido común. El ejemplo en que de forma más evidente se aprecia el contrasentido de mantener una exclusión limitada a los frutos directos de la ilegalidad es el de la obtención indebida de información de parte del imputado, pues en este caso la exclusión de su “confesión” obtenida, por ejemplo, bajo tortura carece casi de todo sentido práctico, en cuanto tiene derecho a no declarar en juicio (sólo si declara podrían afectarle sus declaraciones vía art. 332), en circunstancias que según una tesis limitativa podría ser perfectamente condenado sobre la base de los exámenes practicados al revólver que se encontró en el escondite revelado en la sesión de tortura.

¹⁵²⁾ Así también Carrió, cit., p. 96 y s.: la doctrina de los frutos no es una categoría autónoma.

¹⁵³⁾ Entre nosotros, se ha pronunciado en el mismo sentido Chahuán, Sabas: Manual del nuevo procedimiento penal, 2° edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2002, p. 281 y s. En el derecho español es fundamentalmente la referencia del art. 11.1 LOPJ a que la prueba no valorable haya sido obtenida violentando “*directa o indirectamente*” las garantías fundamentales, lo que ha llevado a un importante sector de la doctrina y especialmente a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, a reconocer la consagración de los efectos reflejos de la prueba ilícita, al respecto con abundantes referencias Miranda Estrampes, cit., p. 107 y ss.

¹⁵⁴⁾ Roxin Rdn. 47.

Por lo mismo, usando la perspectiva disuasiva del sistema norteamericano, la tesis limitativa es fatal para la vigencia efectiva de las de las garantías fundamentales, porque incentiva abiertamente la violación de las mismas con la promesa siempre renovada de posible prueba indirecta que sí podrá fundar una condena.

Ahora bien, lo que sí admite una discusión legítima, en cuanto no ignora la seriedad de la decisión legislativa, son los límites de aquello que en este contexto todavía puede considerarse “fruto” de la ilicitud y qué no. Porque resultaría igualmente infundado desde la perspectiva de una protección racional de las garantías fundamentales, atenta a los restantes valores involucrados en la persecución penal, consagrar simplemente con fundamento en la actuación ilícita una suerte de *inmunidad general y absoluta* del imputado por la vía de tornar el hecho investigado en inaccesible para el sistema de justicia criminal. Esa tentación es significativa y viene sugerida por el hecho innegable de la estrecha interrelación existente entre las distintas actuaciones de investigación, de modo tal que siempre será posible fundar con cierta facilidad una relación de causalidad entre la actuación ilícita y las restantes diligencias de investigación y, con ello, fundar la necesidad de exclusión de todo el material probatorio disponible.

Sin embargo, esta conclusión no es aceptable, al menos no como principio general. En efecto, la protección de las garantías fundamentales a través de la exclusión de la prueba obtenida con su infracción obliga sólo a impedir el *aprovechamiento* de la misma, pero no a sacralizar los hechos investigados, de suerte que éstos pueden ser legítimamente investigados y probados por otros medios, con tal que no representen aprovechamiento de la ilicitud, condición para cuyo examen deben valorarse razonablemente las circunstancias concretas y no sólo la posibilidad abstracta y genérica de un tal aprovechamiento. En otras palabras, debe establecerse una *concreta relación causal*¹⁵⁵ entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la *calidad* de esa relación, llegándose en definitiva a un panorama *parcialmente* similar al que rige en la jurisprudencia norteamericana (cfr. *supra* II 2.3).

Las líneas siguientes se hacen cargo de los casos en los que, no obstante la clara aceptación general de los efectos reflejos o remotos de la exclusión, sería posible emplear legítimamente como prueba un material obtenido en el contexto de una actividad ilícita de investigación.

¹⁵⁵⁾ Con seguridad no es apropiado hablar de “causalidad” tratándose de relaciones que involucran actividades humanas, como tampoco lo es fundar relevancia jurídica exclusivamente en ella, pero es una concesión a la terminología usualmente empleada en la materia.

2.7.1 Ausencia de relación causal (concreta y determinada)

Naturalmente una actuación ilegal no puede afectar información o material probatorio *preexistente* al momento de su comisión, como sería el caso de un testigo ya detectado por la policía, cuyo nombre aparece anotado en una agenda del imputado incautada en el marco de un allanamiento irregular: la agenda y su contenido no son aprovechables, pero el testigo de cuya existencia comprobadamente ya se sabía sí puede declarar en contra del imputado. Estos son los casos paradigmáticos de la llamada “*fuerza independiente*” de la jurisprudencia norteamericana (*supra* II 2.3.1).

Más dudosos son los casos en los que la fuerza independiente para llegar al medio probatorio opera recién *con posterioridad* a la actuación ilegal, porque la relación entre tal fuerza y la ilicitud es al menos posible, con lo cual su carácter de fuerza verdaderamente independiente puede ser puesto en duda. En estos casos puede por cierto sospecharse que ha sido precisamente el descubrimiento de información relevante por vías ilícitas lo que ha permitido y orientado la investigación posterior hacia el descubrimiento de la fuerza independiente. Sin embargo, no debería bastar para la exclusión de prueba esta simple sospecha genérica y abstracta, sino que *sólo aquélla que cuenta con ciertos ribetes de concreción, en términos que la información obtenida de modo ilícito razonablemente haya debido conducir hacia el descubrimiento de determinados medios de prueba*. Es decir, se requiere lo que de modo impreciso pero explicativo podría llamarse una *causalidad concreta*.

Es lo que ocurre, para seguir con el ejemplo, con los nombres anotados en la agenda -siempre que no hayan sido ya conocidos- y con la información que ellos puedan aportar. En otras palabras, esas personas no pueden ser fuerza de información utilizable. Ni ellos ni las personas que ellos mencionen u objetos que ellos señalen pueden ser empleados como prueba testimonial o material, sin que una fuerza “independiente” posterior a su respecto sirva para revertir esa situación. En los términos del ejemplo, nada cambia si la referencia al testigo cuyo nombre se encuentra en la agenda indebidamente incautada surge de nuevo después, en la declaración de otro testigo legítimamente detectado e interrogado o en una intervención telefónica debidamente autorizada, porque en ambos casos la sospecha de relación entre el descubrimiento ilícito inicial del nombre del testigo y su redescubrimiento posterior gracias a una fuerza supuestamente independiente es demasiado grave, ya que el interrogatorio de cada nuevo testigo descubierto puede orientarse abierta o veladamente a que se mencione al testigo de la agenda como posible fuerza de información. Permitirlo sería permitir un inaceptable mecanismo unilateral de saneamiento de la prueba ilícita (cfr. *infra* 2.7.3).

Pero puede ser también que el contexto concreto en que se encuentran la ilicitud anterior y el medio de prueba no permita fundar razonablemente un nexo causal o sea tan amplio que éste se mantiene en el plano de lo genérico y abstracto. Lo primero se daría, por ejemplo, en el caso de los policías que ingresan ilegalmente a una vivienda para practicar una detención urgente y luego permanecen en la cocina del inmueble, sin inspeccionarlo, esperando una orden de registro solicitada en virtud de razones preexistentes, en cumplimiento de la cual descubren evidencia que se encontraba oculta en el dormitorio del imputado¹⁵⁶.

Lo segundo se da cuando la evidencia ilícitamente obtenida sólo sirve para confirmar sospechas previas o permite focalizar la investigación en un determinado imputado, pero no apunta hacia determinados medios de prueba. Este último punto es particularmente arduo, porque si bien en muchos casos no puede asegurarse que la prueba no se hubiera obtenido de todas formas de no haber mediado la actuación ilegal y más bien eso aparece como descontado -por ejemplo cuando se obtiene la confesión de un imputado a quien no se le ha advertido debidamente de sus derechos, en circunstancias que en el curso de la investigación surge en su contra abundante prueba material y testigos aportados por la víctima- con lo que el nexo causal es más que dudoso, en otros casos resulta claro que la ilicitud de base está en el origen de toda la investigación y, consecuentemente, en último término, de todo el material probatorio. Es lo que ocurre cuando es recién en virtud de la actuación ilícita que una determinada persona pasa a ser imputado por un delito. En este caso puede sostenerse que la investigación nunca se hubiera dirigido en contra de esa persona, hasta ese momento desconocida y sin ninguna vinculación aparente con el hecho investigado, con lo que probablemente nunca se hubiera obtenido prueba en su contra. Y esto no tiene nada de abstracto. Con todo, en estos casos la mantención irrestricta de los efectos reflejos de la exclusión de prueba importaría consagrar la *inmunidad absoluta y anticipada* del imputado, con total independencia del cúmulo de pruebas susceptibles de ser legítimamente obtenidas en su contra, efecto que no resulta sostenible ni razonable desde el punto de vista de una adecuada pero equilibrada protección de las garantías fundamentales. El efecto de impunidad puede -y debe- producirse de todas formas si no existe prueba adicional en contra del imputado, pero si ésta existe y puede obtenerse legítimamente, debería poder ser utilizada en juicio. Así, si en virtud de una detención o de un control de identidad ilegal se registra el automóvil del imputado y

¹⁵⁶ Tomado del caso *Segura v. United States* (468 U.S. 796, 104 [1984]); un análisis crítico del caso puede verse en *LaFave / Israel*, cit., p. 481.

¹⁵⁷ El punto puede ser controvertido en cuanto la orden judicial de entrada y registro tendría su fundamento en antecedentes obtenidos ilícitamente, sobre los efectos de la prueba ilícita durante la etapa de investigación *infra* IV 1).

se le encuentra un cargamento de marihuana prensada, dicho cargamento indudablemente no puede emplearse como prueba en su contra, lo que en muchos casos puede significar el fin del procedimiento por falta de prueba legítima adicional. Pero esto no tiene por qué conducir a que el imputado quede inmune a toda investigación criminal, de suerte que en principio sería posible, por ejemplo, obtener una orden judicial¹⁵⁷ para registrar su vivienda en busca de más droga, la que de existir sí podría utilizarse como prueba en juicio. Lo mismo regiría si el imputado, legítimamente interrogado, indica otro lugar donde también habría guardado droga, la que es incautada también legítimamente¹⁵⁸.

Especialmente la última variante del ejemplo obliga a enfatizar un aspecto obvio pero fácil de olvidar. La condición de legítima de la obtención de la prueba posterior debe *constar de modo fehaciente*. Como se dirá *infra* IV 4, no puede simplemente presumirse la ilicitud de la acción estatal, pero sí procede esta presunción cuando existen antecedentes concretos que la hacen plausible, y éste es precisamente el caso cuando se pretende “rescatar” un procedimiento ilegal.

2.7.2 Cursos hipotéticos legítimos de la investigación

Esta expresión simplemente hace referencia a lo que pudo haber ocurrido en la investigación si no hubiese tenido lugar la actuación ilícita y específicamente se hace cargo de la pregunta por la probabilidad con que podría haberse obtenido el material probatorio por medios lícitos, por ejemplo, por la probabilidad con que se hubiese descubierto legítimamente el cadáver de la víctima del homicidio si no se hubiese logrado que, mediante apremio, el imputado revelara el lugar en que lo había enterrado. A primera vista es la otra cara de la exigencia recién expuesta de un nexo causal concreto y no meramente genérico o hipotético, pero con una diferencia esencial, como es que aquí 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 -el cadáver se encontró donde el imputado dijo que se encontraba-, en tanto que lo único hipotético es si hubiese podido ser de otra forma -si hubiera podido obtenerse sin ilicitud el cadáver- algo que ya nunca volverá a ocurrir.

El juicio hipotético según el cual la prueba se hubiese obtenido de todas formas mediante medios legítimos ha jugado persistentemente un papel morigerador de la exclusión de prueba. Es lo que ha ocurrido en el sistema norteamericano en el contexto de las limitaciones a los efectos de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*supra* II 2.3.1 y 2.3.2:

¹⁵⁸ Si bien el supuesto de hecho es distinto, es lo que resuelve *New York v. Harris* (495 U.S. 14 [1990]), cfr. *supra* II 2.3.1).

descubrimiento inevitable y algunas hipótesis mal llamadas de fuente independiente) y en el sistema alemán bajo el nombre aquí empleado de cursos hipotéticos de la investigación (*supra* II 3.3.2).

Como es bien sabido, el modelo intelectual de los cursos causales hipotéticos no es ajeno a la dogmática penal, especialmente en el contexto de la vieja discusión en torno a la teoría causal de la *equivalencia de las condiciones*¹⁵⁹, donde se podría poner en duda el nexo causal entre acción y resultado cuando este último de todas formas se hubiese producido de no haber mediado la acción, por efecto de “causas de reemplazo” o “causas de reserva”, por ejemplo, cuando se mata al condenado a muerte en la víspera de su ejecución. Sin embargo, y no obstante la ardua discusión conceptual sobre el correcto fundamento de la solución, existe amplio acuerdo en cuanto a que esas causas que hipotéticamente hubiesen actuado son irrelevantes y no afectan la causalidad del “concreto” curso de los acontecimientos¹⁶⁰.

En principio eso debería regir también en este contexto, y efectivamente rige, en cuanto no es posible poner seriamente en duda la existencia de un nítido nexo causal entre la actuación ilícita y la obtención de la prueba. Pero la pregunta en el marco de la exclusión de la prueba ilícita, específicamente en el marco de la exclusión de la prueba derivada, es una diferente y tiene que ver con la *razonabilidad* de los alcances acordados a la sanción prevista para la ilicitud. Y en este punto, con la que parece ser la opinión dominante, resulta razonable morigerar la exclusión de prueba en casos extremos, en una medida todavía conciliable con una adecuada protección de las garantías fundamentales y, por ende, con la preservación de la legitimidad de la acción punitiva del Estado.

Esto es lo que ocurre con casos muy nítidos de lo que la jurisprudencia norteamericana ha llamado “*descubrimiento inevitable*” (cfr. *supra* II 2.3.2). Si se recuerda el citado caso *Nix*¹⁶¹, efectivamente la policía había encontrado el cadáver de la víctima gracias a lo que el imputado informó en un interrogatorio en el que se le negó la asistencia de abogado, pero se tuvo que sopesar – según tuvo por acreditado el tribunal, al margen de que efectivamente el tema fáctico ha sido puesto en duda - que el descubrimiento

¹⁵⁹ Por sólo mencionar obras generales nacionales, se hacen cargo de los cursos causales hipotéticos *Polittoff*, Sergio: Derecho Penal, 2º Edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 2000, T. I, p. 201; y *Náquira*, Jaime: Derecho Penal. Teoría del delito, McGraw-Hill, Santiago 1998, T. I, p. 103 y s.

¹⁶⁰ Por todos, con cierto detalle, *Jakobs*, Günther: Strafrecht AT, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin – New York 1993, 7/15 y ss. (hay versión castellana: Derecho Penal. Parte General [trad. *Cuello Contreras / Serrano González de Murillo*], Marcial Pons, Madrid 1997); en el concierto hispanoamericano puede leerse, entre otros, *Reyes*, Yesid: La imputación objetiva, 2º Edición, Temis, Bogotá 1996, p. 217 y ss.

¹⁶¹ *Nix v. Williams* (467 U.S. 431 [1984]).

se iba a producir inevitablemente “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. Algo similar ocurriría en una investigación por estafa en la cual, gracias a una actuación ilegal, se obtiene el nombre de un posible testigo que aún no ha sido considerado por los investigadores, pero que por su cargo en el departamento de finanzas de la empresa ineludiblemente deberá ser interrogado en algún momento del curso de una investigación tipo por estafa.

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. Parece todavía justo y proporcionado no despreciar la labor legítima desplegada paralelamente por el Estado, cuando, atendido su estado concreto de avance, aparece como inevitable el descubrimiento de la prueba¹⁶². En definitiva, en estas hipótesis es simplemente el azar el que determina si la prueba se obtiene legítima o ilegítimamente, y no puede constituirse al azar en criterio regulador de la exclusión de prueba.

Con todo, esta restricción debe mantenerse como una estricta excepción, siendo decisivo el *estado concreto de la investigación* para determinar la “inevitabilidad” del descubrimiento, esto es, no ya la posibilidad sino que la *probabilidad rayana en la certeza*¹⁶³. En efecto, debe establecerse en perspectiva *ex ante* y sólo con los antecedentes disponibles en 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. Sólo con este rigor se puede eludir, al menos en buena parte, el reproche de estar amparando atentados contra los derechos fundamentales sobre la base de meras especulaciones¹⁶⁴. No hay cabida en este contexto, en consecuencia, para un, con razón temido y rechazado, *in dubio pro prueba*¹⁶⁵.

Ahora bien, muy diferente es la situación de los casos que en los Estados Unidos, desde el caso *Murray*¹⁶⁶, se tematizan erróneamente como de “fuente independiente”, y que simplemente consisten en actuaciones

¹⁶² Es lo que podría ocurrir en el ejemplo propuesto por *Maier*, cit., p. 703, donde un policía realiza un registro domiciliario con la debida orden, pero con apuro torpe recurre a la coacción del morador para encontrar un objeto que se encontraba muy visible.

¹⁶³ Mantienen la misma opinión en Alemania *Eisenberg* Rdn. 410; *Rogall* SK § 136 a StPO Rdn. 105.

¹⁶⁴ Cfr. *Guariglia*, cit., p. 21 y s. El propio *Guariglia* parece admitir que la excepción es sostenible “en casos muy sencillos”.

¹⁶⁵ Cfr. *Guariglia*, cit., p. 21.

realizadas sin la debida orden judicial, pero en circunstancias en las que la obtención de dicha orden hubiese sido legalmente procedente (*supra* II 2.3.1)¹⁶⁷. Aquí también se emplea el mecanismo de los cursos hipotéticos de la investigación, pero a diferencia de lo que ocurre con los casos de descubrimiento inevitable, en estos casos no se aprecia un curso causal paralelo. Más bien se aprecia un único curso causal por el que se hubiera podido llegar a la prueba y ése se arruinó con la ilegalidad, restando sólo la tentación de salvarlo con la consideración de haber sido *innecesaria* tal ilegalidad. Este intento de salvación es, sin embargo, insostenible, porque lo innecesario de la ilicitud no borra la misma ni la circunstancia que *en concreto* el curso causal ilegal era el único que podía conducir a la prueba.

Aunque esto último pudiera resultar discutible, lo realmente decisivo en la ponderación de intereses contra la aceptación de este tipo de excepciones es, en todo caso, que conduciría a vaciar de todo contenido el sistema de condiciones legales legitimantes para la afectación de garantías fundamentales, pues en rigor los agentes del Estado no necesitarían obtener efectivamente las autorizaciones u órdenes debidas, ya que bastaría simplemente con que se dieran los requisitos para obtenerlas¹⁶⁸. Como certeramente lo ha hecho ver *Jäger*, tratándose de reglas de competencia, concretamente del sistema de autorizaciones judiciales previas, la aplicación de la idea de los cursos de investigación hipotéticos es sencillamente errónea porque *confunde condiciones formales con condiciones materiales* del proceso -v. gr. confunde la competencia preventiva del juez para dictar orden de entrada y registro con la cuestión de la procedencia de la misma-, en circunstancias que precisamente ante defectos en la competencia preventiva el empleo de material probatorio debe supeditarse exclusivamente a criterios de validez formal¹⁶⁹.

En la misma línea y desde la propia lógica de la disuación es plenamente válido el planteamiento que los disidentes mantuvieron en *Murray*, en cuanto a que esta doctrina estimularía que los agentes verificaran previa e ilegalmente la existencia de la evidencia buscada antes de solicitar las órdenes que corresponden, pues cuando la mayoría observa que un agente con causa probable para obtener una orden de registro actuaría tontamente si entra primero al lugar sin orden, porque al hacerlo pondría en riesgo la admisibilidad de toda la evidencia en el lugar, parece olvidar que precisamente en el caso que estaba resolviendo fue eso

¹⁶⁶ *Murray v. United States* (487 U.S. 533 [1988]).

¹⁶⁷ Si bien se mira, en estos casos no se trata de prueba derivada o indirecta, sino que de prueba obtenida de modo directamente ilícito.

¹⁶⁸ Así también *Roxin* Rdn. 21, aunque no resulta admisible su distinción entre casos graves y menos graves.

¹⁶⁹ Cfr. *Jäger*, cit., p. 773.

lo que ocurrió -no resulta plausible otra explicación, la devolución del procedimiento parece sin sentido- y que precisamente su voto mayoritario estaba suprimiendo los riesgos del actuar tontamente.

Por lo mismo, casos como los analizados son tratados por un sector importante y creciente de la literatura y jurisprudencia alemanas en el contexto de las actuaciones *consciente* o, incluso, *intencionalmente ilícitas*, respecto de las cuales, hasta por razones estrictamente preventivas, procede sin limitaciones la exclusión de la prueba y con efecto remoto¹⁷⁰.

2.7.3 “Saneamiento” de la prueba ilícita

Una constante en el derecho comparado es la posibilidad de incorporación legítima de prueba obtenida ilícitamente mediando la voluntad saneadora del afectado. Tal es el principal supuesto que tematiza la jurisprudencia norteamericana bajo la denominación *vínculo atenuado* (*supra* II 2.3.3) y lo mismo hace la jurisprudencia alemana en casos de omisión de advertencias de derechos (*supra* II 3.2.1.2 A a y 3.5)¹⁷¹. Al menos tratándose de declaraciones¹⁷² referidas a antecedentes conocidos originalmente mediante la vulneración de garantías fundamentales, tal “remedio” parece justo y proporcionado y debería acogerse.

No obsta a esta posición lo dispuesto en el art. 195 inciso final en cuanto a que las prohibiciones en materia de métodos de investigación o interrogación “rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados”, como tampoco obsta la prohibición contenida en el art. 334 de incorporar como prueba actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, ni aun en los casos en que todas las partes lo acuerden conforme el art. 331 letra b), pues en rigor no se trata del saneamiento de una actuación ilícita pretérita, saneamiento que al menos en el ámbito de la nulidad procesal está vedado en el caso de vulneración de garantías fundamentales (art. 164), sino de la *nueva práctica*, ahora lícitamente, de la actuación.

No puede dudarse que en muchos casos la situación misma de un imputado realizando una actuación que de alguna forma da valor a actuaciones ilícitas previas probablemente no se habría verificado si no

¹⁷⁰ Referencias en *Eisenberg* Rdn. 363, 408, 409; *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 508, 548 y s.; *Gössel* Rdn. 101, 167; *Rogall* SK § 136 a StPO Rdn. 103 y s.

¹⁷¹ También la jurisprudencia española, con bastante generalidad, para negar el nexo causal entre ilicitud inicial y prueba renovada, al respecto v. *Miranda Estrampes*, cit., p. 116 y ss.

¹⁷² Tratándose de *prueba material*, aunque el tema es más complejo (cfr. la situación en el derecho norteamericano *supra* 2.3.3 d; y también *Carrió*, cit., p. 105), debería regir algo similar.

hubiese mediado dicha actuación ilícita. Se trata pues, inequívocamente, de una consecuencia de la ilicitud que en principio está igualmente afectada. Sin embargo, si el imputado, en pleno conocimiento de sus derechos y sin sometimiento a presión de ningún tipo, acepta colaborar en circunstancias que podría no hacerlo y acepta que determinados antecedentes sean introducidos mediante su declaración en el juicio, no alcanza a apreciarse fundamento suficiente para no valorar esa prueba. En otras palabras, si el interesado renuncia a sus derechos en una situación comprobable de libertad no resulta proporcionado ni justo trancar la persecución penal¹⁷³.

¹⁷³ Para que esto sea cierto, sin embargo, es indispensable garantizar la irrestricta vigencia práctica del *derecho a guardar silencio* consagrado en el art. 93 letra g). En especial, debe rechazarse cualquier intento por penalizar procesalmente el ejercicio de dicho derecho.

IV. OPORTUNIDAD PROCESAL Y FORMA DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

1. Audiencia de preparación del juicio oral

La oportunidad procesal de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra, en principio, nítidamente señalada en la ley: corresponde que la haga el juez de garantía en el marco de la audiencia de preparación del juicio oral, tal como se desprende inequívocamente del tenor y de la ubicación sistemática del art. 276.

Esta solución no es casual y corresponde al claro propósito legislativo de excluir la prueba *con anterioridad al juicio oral*, por considerarse ésta la manera más adecuada y segura de restarle posibles efectos perniciosos a un material probatorio que de ningún modo puede servir de fundamento a una sentencia criminal. No ha parecido suficiente establecer de manera más o menos inequívoca que el tribunal del juicio oral no puede valorar dicho material probatorio, sino que se ha procurado que sencillamente no llegue a tener conocimiento de su existencia. De esta forma se busca limitar al máximo posible el riesgo de una influencia indebida -consciente o inconsciente- de la prueba ilícita en la convicción del tribunal, pues, como se ha hecho notar a propósito del tema paralelo del tribunal competente para la exclusión, “si es el tribunal del juicio oral quien debe eliminarla [la prueba ilícita] declarando su ilicitud, lo cierto es que esa eliminación tiene poco sentido, toda vez que el juzgador ya tomó conocimiento de su existencia, lo que significa que cuando el tribunal adopta la decisión de condenar o absolver, tiene que hacer como si no hubiera existido ese antecedente, que perfectamente pudo constituir un elemento clave para adquirir la convicción acerca de la responsabilidad penal del acusado”¹⁷⁴. Así lo entendió inequívocamente el legislador, cuando al fundar este sistema de control en manos del juez de garantía señala que “se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos”¹⁷⁵. En este sentido, el Código chileno ha resuelto expresamente y de un modo muy razonable una cuestión que en otros países es ardua y de insatisfactoria solución¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Bofill, Preparación del juicio oral, cit., p. 75. Aborda el tema del “efecto psicológico de la prueba ilícita” Miranda Estrampes, cit., p. 103 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. los antecedentes legislativos en Pfeffer, cit., p. 285.

¹⁷⁶ Como se vio *supra* II 2.4, éste es el modelo imperante en los Estados Unidos. Muy crítico de la situación normativa en España, donde no se establece este filtro previo, es el análisis de Miranda Estrampes, cit., p. 105 y ss., 125 y ss. También en Alemania, donde tampoco se asegura un filtro previo, cfr. *supra* II 3.5, se ha discutido sobre esta “contaminación de los jueces”, al

En cambio, *antes* de la audiencia de preparación del juicio oral no parece formalmente posible la exclusión de prueba ilícita, cuestión significativa en cuanto dicho material probatorio puede servir de base para decisiones relevantes durante la etapa de investigación, fundamentalmente en materia de medidas cautelares. Surge entonces la duda sobre la actitud que debe adoptar el juez de garantía ante este material, esto es, si puede o no considerarlo para fundar sus resoluciones sobre medidas cautelares, como sería el caso si decreta la prisión preventiva entendiendo cumplidos los requisitos de las letras a) y b) del inciso primero del art. 140 sobre la base de los antecedentes obtenidos de un allanamiento manifiestamente ilegal, de una detención ya declarada ilegal conforme a los arts. 95 inciso primero y 132 o de una diligencia fundada en una autorización declarada nula¹⁷⁷.

Es relevante en este contexto la definición de lo que el juez debe considerar para resolver en materia de medidas cautelares. Si al resolver sobre la prisión preventiva el juez debe evaluar las posibilidades que tiene el fiscal de promover un juicio con buena probabilidad de éxito¹⁷⁸, entonces debería incorporar en su análisis una exclusión de prueba que es del todo predecible y negar la prisión si no existen otros antecedentes lícitos que le sirvan de suficiente fundamento. Si la resolución, en cambio, puede prescindir de un pronóstico actual sobre el éxito de la persecución penal, porque se trata de un procedimiento aún en curso, en el cual todavía es posible obtener evidencia incriminatoria, puede parecer que el fundamento de la medida en la prueba ilícita resulta suficiente, aunque luego ésta no pueda aprovecharse en juicio. Ésta es, como se ha dicho, la solución en el derecho estadounidense, donde la prueba ilícita sólo se excluye para el juicio (*supra* II 2.2.1)¹⁷⁹.

Pues bien, todo indica que para el derecho chileno las probabilidades de condena y de efectivo cumplimiento de la misma constituyen un criterio esencial en la justificación de las medidas cautelares. En efecto,

respecto *Pfeiffer* KK Ein StPO Rdn. 121; *Paulus* KMR § 244 StPO Rdn. 567; *Rogall* SK § 136 a StPO Rdn. 88.

¹⁷⁷⁾ Los ejemplos propuestos recogen a propósito situaciones en las cuales el fundamento para una exclusión posterior de la prueba parece especialmente notorio y plausible. También en casos más dudosos el juez se puede enfrentar al dilema de considerar o no el material probatorio en cuestión, pero en tales casos, atendido el carácter relativamente pæcario y transitorio del examen en esa etapa, es bastante probable que la decisión de fondo sea diferida para la audiencia preparatoria del juicio oral.

¹⁷⁸⁾ Así lo mantienen *Duce / Riego*, cit., p. 248, aunque aparentemente con conclusiones distintas a las del texto. No tratan específicamente el punto *Horvitz / López*, cit., p. 400 y ss., donde sólo se insiste en la necesidad de los antecedentes, pero no sobre si éstos necesitan ser aprovechables en juicio.

¹⁷⁹⁾ En el derecho español, en cambio, la literatura parece inclinarse por una exclusión ya durante la investigación, cfr. *Miranda Estrampes*, cit., p. 126 y ss.

de la simple lectura de las hipótesis de exclusión de la prisión preventiva del inciso segundo del art. 141 se desprende que ésta no procede cuando para el evento de una condena la pena probable es relativamente menor (letras a y b) o, en todo caso, incluso tratándose de penas de relativa gravedad -de hasta cinco años de privación de libertad- cuando se considere que el eventual condenado puede ser objeto de una medida alternativa a las penas privativas o restrictivas de la libertad (letra c)¹⁸⁰. Si esto es así con un pronóstico fundado de condena, indudablemente debe ser también así con un pronóstico de absolución fundado en la exclusión de la prueba ilícita¹⁸¹.

A lo anterior debe agregarse, una vez más, que el déficit de legitimación que afecta al poder estatal cuando vulnera las garantías fundamentales, déficit de legitimación que informa el fundamento ético de la exclusión de la prueba ilícita que aquí se ha mantenido, no sólo impide al Estado imponer una pena sino que también cualquier otra privación o restricción de derechos con fundamento en la supuesta comisión de un delito; la improcedencia de fundar medidas cautelares personales en prueba ilícita no es sino un corolario de esa premisa. Otro proceder trae consigo la amenaza de convertir *de facto* la prisión preventiva, también en el nuevo sistema, en una intolerable pena anticipada impuesta al margen de los principios y garantías del juicio.

No parecen concurrir las mismas razones, sin embargo, si bien es muy discutible, como para impedir que puedan aprovecharse los antecedentes ilícitos como fundamento de una solicitud de autorización u orden de diligencias intrusivas de investigación. Tal aprovechamiento debería ser todavía admisible.

2. Omisión de valoración en el juicio

Ahora bien, si el juez de garantía no excluye como debiera la prueba ilícita y ésta logra, en consecuencia, incorporarse al juicio, surge la cuestión no resuelta expresamente sobre la actitud que debe adoptar el *tribunal del juicio oral* -y, eventualmente, el propio juez de garantías como juez sentenciador- cuando arriba al convencimiento que determinada prueba que debe ser incorporada en juicio de acuerdo con el auto de apertura o

¹⁸⁰ Al respecto, v. *Horvitz / López*, cit., p. 398 y ss.; *Duce / Riego*, cit., p. 261.

¹⁸¹ Se ha objetado que la propia ley ordena considerar para la prisión preventiva antecedentes que eventualmente no puedan incorporarse como prueba en juicio, lo que demostraría que el examen para los efectos de la procedencia de las medidas cautelares no está del todo vinculado con las posibilidades de éxito de la persecución penal; es lo que ocurriría – tema muy polémico que no es posible abordar aquí – con los antecedentes penales del imputado. Debe recordarse, sin embargo, que tales antecedentes se consideran sólo para los efectos de fundar la necesidad cautelar (art. 140 inciso primero letra c), pero no como base de plausibilidad de la imputación (art. 140 inciso primero letras a y b), que es lo único decisivo en este contexto.

que ya se ha incorporado es ilícita en términos que según el art. 276 hubieren obligado a su exclusión. Como se verá luego (*infra* 3), la ley se ha hecho cargo nítidamente de la impugnación de la sentencia definitiva fundada en el material probatorio ilícito, pero esto no resuelve la cuestión previa del tratamiento que en el juicio mismo debe tener dicho material.

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. 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 prueba¹⁸². El énfasis puesto por la ley en la exclusión de la prueba ilícita con anterioridad al juicio se explica simplemente por las ya mencionadas bondades de este proceder a la hora de garantizar que dicha prueba no sea valorada de ningún modo, y desde luego no permite ignorar que es precisamente esto último lo que la ley persigue. Pero cuando el mecanismo óptimo destinado a impedir la valoración de la prueba ilícita fracasa, subsiste pese a ello incólume la prohibición de hacerlo. Es lo que inequívocamente se desprende de las constancias en la historia fidedigna de la ley, cuando el legislador declara - con razón - estar estableciendo un sistema que “evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos *que no podrá después valorar*”¹⁸³. Es indudable que esta situación no es ideal y desde luego hubiese sido preferible que hubiese funcionado el mecanismo previsto por la ley para evitar no sólo la contaminación sino que también que se renovara una y otra vez la discusión sobre el material probatorio a presentar en juicio; pero cuando no es ése el caso sólo cabe procurar alcanzar de la mejor forma posible resultados similares a los perseguidos por la ley. Cualquier otra interpretación implicaría sostener un supuesto deber de los jueces del fondo de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales.

¹⁸² Manifiestamente lo ve así Carocca, La prueba, cit., p. 192, cuando sin asomo de duda menciona como un momento *específicamente establecido* para la eliminación de la prueba ilícita “el momento del pronunciamiento de la sentencia definitiva, vale decir, la evaluación del valor probatorio de todas las pruebas producidas en el juicio oral, en el que lógicamente deben excluirse las pruebas obtenidas en forma ilícita”.

¹⁸³ Cfr. los antecedentes legislativos en Pfeffer, cit., p. 285, énfasis agregado.

Con todo, el reconocimiento de esta facultad del tribunal no está exento de dificultades interpretativas. Desde luego surge la cuestión práctica por la forma en que el tribunal puede llegar a *imponerse de la ilicitud* de la prueba. Lo normal será que la discusión del punto sea promovida incidentalmente por la parte afectada, posibilidad que aunque no prevista expresamente es del todo plausible, ya que no puede sostenerse que se trate de una alegación sobre un aspecto no pertinente o inadmisibile en los términos del art. 292. La propia ley procesal penal contiene en el inciso segundo del art. 334 una norma cuya aplicación supone necesariamente que se abra debate sobre la licitud de las actuaciones o diligencias de que dan cuenta las actas y documentos que se pretende incorporar como prueba o leer en juicio de acuerdo con los arts. 331 y 332¹⁸⁴. Y al menos respecto de las hipótesis del art. 331 no puede argüirse que el art. 334 sea una norma especial referida a elementos no constitutivos de prueba que, por lo mismo, no hayan sido objeto del control del juez de garantía, de suerte que el art. 334 consagra inequívocamente una hipótesis de debate sobre genuina prueba ilícita en el seno del juicio oral.

Más complicado se ve en principio el fundamento para admitir *prueba* sobre la ilicitud del material probatorio, pues el de por sí excepcional inciso segundo del art. 336 -que regula la llamada “prueba sobre la prueba”- sólo admite esa posibilidad cuando la controversia versa sobre la veracidad, autenticidad o integridad de dicho material, pero no sobre su licitud. En realidad la limitación es más aparente que real, pues la admisibilidad excepcional de la prueba sobre la prueba se puede fundar sin grandes dificultades en la falta de veracidad de la prueba rendida en cuanto se refiera a su licitud. En efecto, según se desprende del art. 309 -norma referida exclusivamente a la prueba testimonial pero portadora de una regla de indudable alcance general- los intervinientes tienen siempre derecho a examinar la credibilidad, imparcialidad o, en general, *idoneidad* de la prueba rendida, y desde luego la ilicitud de la misma constituye un defecto de idoneidad. Pues bien, al suscitarse controversia sobre el particular, procede acreditar la *veracidad* del medio de prueba en ese punto. La situación es del todo análoga a la del testigo que es interrogado sobre sus vínculos con el querellante: si hay controversia sobre tales vínculos procede rendir prueba sobre la veracidad del testimonio en esa parte. Así, si a propósito de la declaración del policía mediante la cual se pretende incorporar al juicio el revólver con que supuestamente se cometió el homicidio, surge una controversia sobre las circunstancias en que dicho revólver fue descubierto, procede rendir prueba sobre la

¹⁸⁴ El inciso segundo del art. 334 dispone lo siguiente: “Ni aun en los casos señalados [los de los arts. 331 y 332] 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”.

veracidad de la declaración del funcionario y, por esta vía, prueba sobre la licitud o ilicitud de la prueba.

Ahora bien, es precisamente esta manera de fundar la procedencia de la prueba en juicio sobre la ilicitud de determinado material probatorio la que sugiere una clara respuesta sobre el último punto por discutir, cual es si el tribunal, además de abstenerse de *valorar* la prueba ilícita rendida en juicio, puede negarse incluso a *recibirla*; en otras palabras, si lo que procede en el juicio oral es la omisión de valoración o una genuina exclusión de la prueba ilícita. El punto no es menor, pues si bien en ambos casos se produce la contaminación del tribunal, indudablemente ésta será mayor cuando su conocimiento no se limita a las circunstancias de la obtención de la prueba, sino que abarca íntegramente o al menos en parte el contenido de la misma. Sin embargo, por lo recién señalado parece ser que el tribunal está obligado a recibir la prueba tal y como ella viene determinada en el auto de apertura. No se aprecia espacio para la procedencia de un incidente previo de exclusión basado en supuestas irregularidades que aún no han sido objeto de un debate concreto, debate que recién se dará en el contexto de la producción misma de la prueba. Antes de eso, es decir, antes de tener un motivo concreto para dudar de la licitud de la prueba, al tribunal no le cabe sino hacer fe del trabajo previo realizado por el juez de garantía. En caso contrario se corre el riesgo de entronizar con carácter general una suerte de segunda instancia encubierta en materia de exclusión de prueba, en circunstancias que el propósito inequívoco del legislador era zanzar definitivamente ese punto en la audiencia preparatoria. Como se ha dicho, el fracaso concreto en dicho propósito no puede dejar impasible al tribunal del juicio oral, pero tampoco autoriza instaurar como regla un segundo control previo en manos de este último tribunal.

Es cierto que esta generalización no deseada podría superarse limitando la posibilidad de volver a reclamar de la ilicitud de la prueba, por ejemplo, supeditándola a la presentación de nuevos antecedentes, ante lo cual podría abrirse un incidente previo de exclusión, con lo que adicionalmente se evitaría el inconveniente del menor efecto preventivo de la simple omisión de valoración respecto de la exclusión de la prueba ilícita¹⁸⁵. Pero con dicha limitación formal subsistiría para el tribunal oral el dilema de qué hacer con prueba respecto de la cual el reclamante carece de nuevos antecedentes, no obstante lo cual, por el camino arriba señalado (arts. 309 y 336), en el juicio se revela ilícita.

La conclusión a que se ha arribado admite, sin embargo, dos *excepciones*. La primera se da en las hipótesis del citado art. 334, donde

¹⁸⁵ Es lo que preliminarmente ha propuesto al suscrito Mauricio Duce.

la propia ley ordena la exclusión previa de la prueba (“[no] se podrá incorporar como medio de prueba”), y la segunda en los procedimientos en que el juez de garantía actúa como juez sentenciador, esto es, en el procedimiento simplificado y en el procedimiento por delito de acción privada¹⁸⁶. Si bien se mira, ambas hipótesis tienen en común el que a su respecto no hubo un filtro previo al juicio mismo, en el primer caso porque en la audiencia preparatoria sólo se definió el testigo que debía ser citado y examinado, pero no si sería en concreto admisible alguna de las formas sucedáneas de incorporación de la prueba testimonial previstas en el art. 331¹⁸⁷, y en el segundo porque sencillamente no se consulta la procedencia de una audiencia preparatoria. Es esta ausencia de debate previo la que justifica la realización de un incidente previo de exclusión de prueba ilícita, lo que es concordante además con el hecho que la prueba a rendir en el incidente no está sujeta a los rígidos términos del art. 336 inciso segundo, pues las partes concurren a la audiencia simplemente con todos sus medios de prueba (art. 393)¹⁸⁸.

3. Recurso de nulidad

Por último, si el juez de garantía no excluyó la prueba ilícita del juicio y el tribunal de juicio oral no omitió valorarla, de suerte que ésta ha servido finalmente de fundamento a la sentencia definitiva, la respuesta normativa es bastante clara: contra el auto de apertura del juicio oral no procede recurso alguno -como no sea la apelación por parte del Ministerio Público para el caso inverso, esto es, cuando se le ha excluido prueba por ilicitud- pero esto se entiende expresamente “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” (art. 277 inciso final), regulación a propósito de la cual el legislador tuvo especialmente en cuenta las hipótesis en que el juez de garantía no excluye la prueba ilícita¹⁸⁹.

¹⁸⁶⁾ La situación en el procedimiento *abreviado* es distinta, por cuanto en éste no se rinde prueba. Con todo, subsiste la prohibición de valoración de los antecedentes de la investigación obtenidos con vulneración de garantías fundamentales, la que, como se dijo *supra*, obliga a actuar de oficio.

¹⁸⁷⁾ Lo mismo vale, aunque no se trate de prueba, respecto de la lectura de registros como ayuda de memoria conforme el art. 332.

¹⁸⁸⁾ Todo esto es sin perjuicio de las evidentes objeciones conceptuales que pueden levantarse contra un sistema de exclusión de prueba entregado al mismo juez llamado a recibir luego la prueba y fallar el fondo del asunto, objeciones que no hacen sino reiterar aquellas objeciones generales que se le dirigen al rol del juez de garantía como juez sentenciador, las que incluso han dado pie a que se ponga en duda la constitucionalidad de ese aspecto del procedimiento simplificado; una visión matizada sobre el punto en *Hernández, Héctor: La rebelión de los jueces (de garantía)*, en Boletín de Jurisprudencia (Ministerio Público) N° 5 (2001), p. 52 y s.

¹⁸⁹⁾ Cfr. los antecedentes legislativos en *Pfeffer, cit.*, p. 285.

Concretamente, esto sitúa el asunto en el contexto de la causa de nulidad del art. 373 letra a), según la cual procede la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia “cuando, en 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 que se encuentren vigentes”¹⁹⁰. Formalísticamente se podría objetar que el vicio propio de la prueba ilícita se produjo en el momento del allanamiento, de la detención o del interrogatorio ilícitos de los que procede, esto es, con mucha anterioridad a la “tramitación del juicio”, pero lo cierto es que el vicio que permite fundar la nulidad del juicio y de la sentencia no es ese vicio previo sino uno distinto, evidentemente vinculado a él pero específico del juicio oral, cual es la incorporación en éste de una prueba que debía ser excluida por respeto a las garantías fundamentales.

Si bien se mira, 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 éste¹⁹¹ y, como es obvio aunque no se diga expresamente, en términos conciliables con lo resuelto, es decir, con exclusión de la prueba declarada inadmisibile.

Ahora bien, el éxito del recurso parece evidente cuando la sentencia se funda relevantemente en la prueba ilícita. Más dudoso puede parecer el caso en el cual dicha prueba no parece haber influido decisivamente en la sentencia, pero de todas formas ésta resuelve en un sentido concordante con lo que de la prueba ilícita se desprende. No obstante las dudas que en estos casos pudiera plantear la aparente falta de influencia en lo dispositivo del fallo de la incorporación de la prueba ilícita en juicio (cfr. art. 375), la anulación de la sentencia y del juicio se presenta como el único mecanismo seguro para disipar más allá de toda duda los efectos psicológicos de la prueba ilícita. Incluso cuando el tribunal se ha negado a valorar la

¹⁹⁰ No se hace referencia a la causa de la letra b) del mismo artículo, esto es, a la *errónea aplicación del derecho*, por dos razones: la primera, probablemente más pacífica, porque esta hipótesis se refiere a vicios producidos en el *pronunciamiento* mismo de la sentencia, en circunstancias que el vicio en cuestión consiste en la previa incorporación de la prueba en el juicio (si bien es dable fundar el recurso no ya en la incorporación sino en la *valoración* que de la prueba ilícita se hace en la sentencia misma, lo que permitiría salvar esa objeción, pero sólo en la medida que la sentencia hubiese valorado explícitamente dicha prueba, en circunstancias que, como se dirá la nulidad debería proceder en todo caso); la segunda, más dudosa, tiene que ver con una personal comprensión – no del todo desarrollada – del sistema del recurso de nulidad, en la cual se tiende a limitar la hipótesis de errónea aplicación del derecho a las infracciones de la ley penal sustantiva, al modo de una nulidad “en el fondo”.

¹⁹¹ En cuanto en este caso la causal de nulidad afecta la prueba, se refiere con ello necesariamente a los *hechos o circunstancias que se han dado por probados*, de suerte que no se dan los requisitos para una sentencia de reemplazo según el art. 485 y debe repetirse el juicio, tal como dispone el art. 486.

prueba ilícita (*supra* 2), subsiste la sospecha por la forma en que el conocimiento de la misma ha influido en la valoración del resto de la prueba rendida. Esta sospecha y su innegable -y tan caro para la reforma procesal penal¹⁹²- fundamento es lo que se quiso evitar con la norma de exclusión del inciso tercero del art. 276, y lo que debe evitarse mediante la anulación del juicio cuando ese filtro previo ha fracasado.

4. Prueba de la ilicitud de base

El debate fáctico sobre la ilicitud de base debe dar lugar a un espacio para rendir prueba al respecto, sea en la audiencia de control de detención, en una audiencia especialmente solicitada al efecto durante la investigación, en la audiencia preparatoria del juicio oral (tácitamente lo sugieren los arts. 272 y 276 inciso primero), en el juicio oral mismo (art. 336 inciso segundo) o en la vista del recurso de nulidad (art. 359).

Respecto de estos dos últimos casos la regla es que la prueba se rinda conforme a las normas del juicio oral y probablemente lo mismo deba regir para los demás casos, aunque, atendido el objeto del debate y el deber de excluir *de oficio* la prueba ilícita (*supra* III 2.5), en general es de esperar una actitud más activa del juzgado de garantías, si bien indudablemente la iniciativa probatoria corresponde a las partes.

En ese contexto, no parece ni conceptual ni prácticamente sostenible estatuir como punto de partida una suerte de presunción de ilicitud de la acción estatal en materia de persecución penal, menos aún cuando el estándar de garantías y los mecanismos de control del abuso propios del nuevo sistema procesal penal superan con mucha distancia el estado de cosas previo. Por esta razón, salvo lo dispuesto en regulaciones particulares que sugieren lo contrario -como por ejemplo el art. 91, sobre interrogatorio policial del imputado, cuando a propósito del interrogatorio autónomo y sin defensor señala que éste procede “bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal”, con lo que sugiere que el fiscal debe ser capaz de garantizar y acreditar las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo dicho interrogatorio-, corresponde a la *defensa* allegar antecedentes que permitan al menos *poner seriamente en duda* la corrección de las actuaciones de la investigación. Alcanzado ese umbral, parece razonable que deba ser el Estado quien demuestre, más allá de toda duda razonable, la corrección de sus actos¹⁹³.

¹⁹² Como se ha dicho insistentemente, es probable que el propósito estructural más nítido de la reforma sea evitar la contaminación previa del tribunal llamado a fallar el fondo, lo que se logra con la tajante exclusión de funciones investigativas o de otro tipo de contactos previos con el asunto y con una preparación del juicio encargada a otro órgano, el que especialmente debe velar por el filtro del material probatorio.

¹⁹³ La opinión dominante en Alemania es que la defensa debe acreditar totalmente la ilicitud, si bien un sector relevante mantiene, como en el texto, que la defensa sólo debe ser capaz de fundar la

V. CATASTRO DE POSIBLES CASOS DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO CHILENO

Las opiniones expuestas en las páginas anteriores permiten aventurar un catastro tentativo de posibles casos de exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, mediante el cual pueda situarse la materia en un plano más concreto que permita avanzar en una discusión más fina. Se trata de un catastro muy grueso, donde se recogen los casos en que a juicio del suscrito la procedencia de la exclusión de prueba por ilicitud debería aceptarse de un modo relativamente pacífico, todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la palabra decisiva reservada a la jurisprudencia.

Con todo, como ya debería haber quedado claro a lo largo de la exposición, se trata de situaciones en las que *en principio y en general* debería excluirse el material probatorio así obtenido, pero en las que las circunstancias del caso concreto siempre pueden indicar lo contrario, de acuerdo fundamentalmente con lo expuesto *supra* III 2, debiendo regir lo mismo, en caso de ser efectivamente procedente la exclusión, para la determinación de los alcances concretos de ésta.

Las hipótesis fundamentales parecen ser las siguientes:

- a) La *detención ilegal*, esto es, fuera de los casos previstos en los arts. 127 a 129, y la consecuente *incautación ilegal* de objetos (por improcedencia de la aplicación del art. 187 inciso segundo) deberían dar lugar a la exclusión como prueba material de todos los objetos indebidamente incautados. La exclusión debería extenderse al material probatorio obtenido indirectamente gracias a la incautación ilegal (por aprovechamiento de nombres, teléfonos, direcciones u otras señas contenidas en los objetos incautados)¹⁹⁴.
- b) Lo mismo debería regir para el *control de identidad* -y el consecuente examen de vestimentas, equipaje y vehículo- realizado fuera de los casos previstos en el art. 85¹⁹⁵.

plausibilidad de su denuncia; referencias en *Rogall SK* § 136 a StPO Rdn. 83; *Gössel* Rdn. 103.

¹⁹⁴ En cambio, no debería dar lugar a la exclusión del material encontrado la circunstancia de no dar a conocer al detenido las razones de la detención ni la omisión de la lectura de sus derechos, toda vez que no constituyen presupuesto de la detención. Tales omisiones pueden, sin embargo, como se verá, fundar la exclusión de lo que se obtenga gracias a la colaboración del detenido.

¹⁹⁵ En cambio, tanto en este caso como en el anterior, no debería dar lugar a la exclusión la circunstancia de que el examen de las vestimentas del detenido o controlado no lo practique una persona de su mismo sexo o no se guarden las consideraciones debidas, con infracción de lo dispuesto en el art. 89, pues tales infracciones no afectan el *status* procesal del afectado.

- c) El *interrogatorio del imputado sin advertirle previamente de sus derechos* como corresponde conforme a los arts. 93 letra a), 94 letra b) y 135 inciso segundo, específicamente de su derecho a guardar silencio (art. 93 letra g) y a ser asistido por un abogado (art. 93 letra b), debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración¹⁹⁶.
- d) El *interrogatorio policial autónomo* del imputado sin la presencia de su defensor o, en su defecto, sin la autorización del fiscal o impidiendo en cualquier caso la presencia del defensor, todo ello con infracción del art. 91, debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración.
- e) El *interrogatorio del imputado usando cualquier método prohibido* a los que se refiere el art. 195 debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración.
- f) El *interrogatorio de testigos facultados para no declarar* por motivos personales conforme al art. 302 *sin advertirles previamente de su derecho* a no declarar, debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración.
- g) El *interrogatorio de testigos usando cualquier método prohibido* a los que se refiere el art. 195 debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración.
- h) En general, *toda diligencia* de investigación que afecte derechos fundamentales y que se lleve a efecto *sin la debida autorización judicial previa* (conforme al art. 9° u otra norma específica) y fuera de los casos excepcionales en que la ley faculta para actuar sin dicha autorización, debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente de la diligencia. En particular:
- i) Los *exámenes corporales* practicados al *imputado* sin que medie su consentimiento ni autorización judicial, como manda el art.

¹⁹⁶ Tanto en este caso como en los cuatro siguientes, debe recordarse que la “declaración” del imputado o testigo abarca toda información entregada por éste o aquél a los órganos de persecución penal, cualesquiera que sean sus circunstancias formales, sea que haya quedando o no registro de ella; consecuentemente, la declaración no se limita al acto más o menos formal previsto, por ejemplo, en el art. 194.

197, deberían dar lugar a la exclusión de los resultados de los exámenes¹⁹⁷.

- j) La *entrada y registro* de lugares cerrados (art. 205) sin consentimiento del propietario o encargado ni autorización judicial y fuera de los casos previstos en el art. 206 debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente de la diligencia¹⁹⁸.
- k) La *incautación no autorizada* (art. 217) o derechamente *prohibida* (art. 220) de objetos debería dar lugar a la exclusión de tales objetos como prueba material, exclusión que debería extenderse al material probatorio obtenido indirectamente gracias a la incautación (por aprovechamiento de nombres, teléfonos, direcciones u otras señas contenidas en los objetos incautados).
- l) La *retención o incautación no autorizada de correspondencia* u otras comunicaciones (arts. 218 y 219) debería dar lugar a la exclusión de tales comunicaciones como prueba documental o análoga, exclusión que debería extenderse al material probatorio obtenido indirectamente gracias a la retención o incautación (por aprovechamiento de la información contenida en las comunicaciones).
- m) La *interceptación de comunicaciones telefónicas* o de otras formas de telecomunicación, así como el empleo de otros medios técnicos de investigación equivalentes en cuanto a su carácter intrusivo (art. 226)¹⁹⁹, fuera de los supuestos previstos y sin los requisitos establecidos por la ley, concretamente en el art. 222, conduce a la exclusión de sus resultados por expreso mandato del art. 225.

¹⁹⁷ No deberían, en cambio, excluirse los resultados de los exámenes no autorizados del ofendido, toda vez que en este caso la norma vulnerada atiende exclusivamente a la protección de la salud y dignidad del ofendido y no constituye garantía para el imputado.

¹⁹⁸ No debería, en cambio, dar lugar a esa exclusión la infracción de las normas ordenadoras de la diligencia, como aquéllas referidas al horario (art. 207) o al procedimiento a seguir (arts. 212, 214, 216). Tampoco debería dar lugar a la exclusión el incumplimiento de los trámites previstos para la entrada y registro de recintos especiales (arts. 209 a 211), en tanto tales trámites atienden a fines extraprocesales no vinculados a garantías.

¹⁹⁹ En rigor, el art. 226 se refiere simplemente a "la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos", pero tanto la referencia siguiente a la grabación de comunicaciones entre personas presentes como la limitación a la investigación de hechos que merezcan la pena de crimen y la remisión a las reglas de los arts. 222 a 225, en circunstancias que tales operaciones técnicas constituyen diligencias normales de investigación (cfr. arts. 181 inciso segundo y 323), demuestran inequívocamente que se trata de fotografías, filmaciones o grabaciones que afectan en alguna medida la esfera de intimidad de las personas.

- n) Aunque debería estar suficientemente claro, no está de más recalcar que ninguna de estas exclusiones puede pretender eludirse mediante la *presentación como testigos de los funcionarios u otras personas que hayan intervenido o presenciado la actuación ilícita*²⁰⁰.

²⁰⁰ Esta es la opinión uniforme en el derecho comparado cuando se admite seriamente la exclusión de la prueba ilícita. Así, en Estados Unidos al menos desde *Silverman v. United States* (365 U.S. 505 [1961]); en Alemania, por todos, *Rogall* SK § 136 a StPO Rdn. 88. Se lamenta, en cambio, *Guariglia*, cit., p. 20 y s., de la práctica jurisprudencial inversa en la Argentina.

