

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**DERECHO**



**LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCESO PENAL CHILENO**

Propuestas en el contexto de una nueva Constitución

Tesis presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Concepción para optar al grado académico de licenciada en  
derecho

POR: YAZMÍN SCARLETT VILICIC PRICE  
PROFESOR GUÍA: RODRIGO CERDA SAN MARTÍN

Julio, 2022  
CONCEPCIÓN, CHILE

© 2022, Yazmín Scarlett Vilicic Price.

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.



## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar, agradezco encarecidamente a mi profesor Rodrigo Cerda San Martín, quien me orientó con sus conocimientos y consejos para llevar a cabo este proyecto.

Agradezco también a mi familia, especialmente a mi mamá y a mi papá, que siempre me han apoyado incondicionalmente.

Por último, agradezco a todas las personas que directa o indirectamente contribuyeron en el desarrollo de esta memoria.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>CAPITULO PRELIMINAR</b> .....	15
1. Pregunta de investigación y metodología a utilizar .....	15
2. Delimitación de los ámbitos del desarrollo de esta memoria.....	17
2.1. Derecho penal en su variante adjetiva .....	17
2.2. Sistema de justicia criminal y sus dimensiones .....	19
2.2.1. Dimensión normativa .....	19
2.2.2. Dimensión burocrática.....	23
2.2.3. Dimensión social o cultural .....	25
3. Necesidad de modificar el derecho positivo vigente.....	27
4. El necesario equilibrio entre la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales en relación a la prueba .....	29
4.1 Eficacia del proceso penal en función a las concepciones de éste . .....	31
4.1.1. Concepción descriptiva .....	32
4.1.2. Concepción prescriptiva .....	32
4.1.3. Concepción instrumental .....	34
4.2. El respeto a los derechos fundamentales como piedra angular del ejercicio del poder punitivo del Estado.....	36
4.2.1. Concepto de derechos fundamentales: elementos.....	37
A) Carácter moral .....	38
B) Positivación .....	38

C) Jerarquía constitucional .....	39
4.3. Aparente contraposición de ambas funciones .....	41
4.3.1. Supuesta incompatibilidad.....	42
4.3.2. Compatibilidad .....	43
4.4. La prueba y los hechos en las etapas del proceso penal.....	45
4.4.1. Proceso de determinación de los hechos que se calificarán jurídicamente .....	46
A) Hechos naturales .....	46
B) Hechos alegados .....	47
C) Hechos probados .....	49
D) Hechos fijados .....	50
4.4.2. Interrupción del proceso de determinación de los hechos ...	50
<b>CAPÍTULO I: Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel constitucional .....</b>	<b>53</b>
1. Regulación actual: Constitución Política de la República de 1980 ..	53
1.1. Derechos fundamentales y tratados internacionales .....	53
1.1.1. Pacto de San José de Costa Rica .....	54
1.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	55
1.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	56
1.2. Catálogo de derechos del artículo 19.....	56
1.2.1. Debido proceso.....	57
1.2.2. Libertad personal y seguridad individual .....	58
1.3. No afectación de los derechos en su esencia .....	60

1.4. Ministerio Público y Fuerzas de Orden y Seguridad .....	61
2. Soluciones en constituciones de derecho comparado .....	63
2.1. Estados Unidos .....	64
2.1.1. Bill of Rights .....	65
2.1.2. Reglas de exclusión .....	67
A) Actuaciones de buena fe .....	67
B) Actuaciones exclusivamente privadas .....	68
C) Doctrina del fruto del árbol envenenado .....	69
i) Doctrina de la fuente independiente .....	69
ii) Descubrimiento inevitable.....	70
iii) Principio del vínculo atenuado .....	71
2.2. Alemania .....	72
2.2.1. Prohibiciones de prueba .....	72
A) Prohibición de producción de prueba .....	73
B) Prohibición de valoración o aprovechamiento de prueba ....	73
i) Prohibiciones dependientes .....	73
ii) Prohibiciones independientes .....	74
2.3. México.....	76
2.3.1. Principios del proceso penal .....	77
2.3.2. Derechos del imputado y la víctima .....	79
2.3.3. Funciones, atribuciones y responsabilidades .....	79
3. Propuestas.....	80
3.1. Aspectos rescatables de otros ordenamientos jurídicos .....	80

3.2.	Propuesta de principios y reglas indispensables .....	82
3.2.1.	Principio de inocencia .....	83
3.2.2.	Prohibición de aprovechar cualquier prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales .....	85
3.2.3.	Derecho a probar .....	86
3.2.4.	Respeto irrestricto a los derechos fundamentales como obligación del Estado .....	88
3.2.5.	Responsabilidades de los funcionarios policiales que actúen vulnerando los derechos fundamentales .....	88
4.	Propuesta de Nueva Constitución .....	90
4.1.	Debido proceso .....	91
4.2.	Defensoría del Pueblo .....	92
4.3.	Educación .....	93
<b>CAPÍTULO II: Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel legal.....</b>		<b>94</b>
1.	Regulación actual: Código Procesal Penal.....	94
1.1.	Principios básicos .....	95
1.2.	Actividad procesal .....	96
1.3.	Sujetos procesales relevantes a la obtención de medios de prueba .....	97
1.3.1.	Ministerio Público .....	97
1.3.2.	La policía.....	97
A)	Relación con el Ministerio Público .....	98
B)	Facultades policiales autónomas .....	99
C)	Falta contra el buen servicio.....	100

D)	Otras diligencias investigativas .....	100
1.4.	Medidas cautelares personales.....	101
1.4.1.	Detención .....	101
1.5.	Etapa de investigación .....	104
1.5.1.	Investigación de los fiscales .....	104
1.5.2.	Actividades de la investigación .....	104
1.5.3.	Cierre de la investigación .....	105
1.6.	Etapa preparatoria del juicio oral.....	106
1.6.1.	Exclusión de pruebas para el juicio oral .....	106
1.6.2.	Auto de apertura del juicio oral .....	108
1.7.	Juicio oral .....	109
1.7.1.	Disposiciones generales sobre la prueba .....	109
1.7.2.	Sentencia definitiva .....	111
A)	Convicción del tribunal .....	111
B)	Contenido de la sentencia definitiva.....	111
1.8.	Recurso de nulidad .....	111
2.	Propuestas.....	113
2.1.	Regla general de prohibición de aprovechar prueba ilícita .....	113
2.2.	Reglas de exclusión en relación a la prueba y al actuar de los funcionarios policiales.....	114
2.2.1.	Fallos de la Corte Suprema.....	114
2.2.2.	Necesidad de consagrar en la ley las reglas de exclusión ..	116
2.2.3.	Posible problema de constitucionalidad .....	117
2.2.4.	Reglas de exclusión .....	118

A)	Actuaciones de buena fe.....	118
B)	Actuaciones exclusivamente privadas .....	119
C)	Doctrina de la fuente independiente .....	121
D)	Regla del descubrimiento inevitable.....	121
E)	Principio del vínculo atenuado .....	122
2.3.	Necesidad de consagración en la ley de las reglas de exclusión y supuestos de hecho ejemplificadores .....	122
2.4.	Apelación del auto de apertura en relación a la prueba ilícita .	123
2.5.	Oportunidad para reclamar la ilicitud de la prueba.....	124
3.	Regulación de ciertos sujetos procesales relevantes en la obtención de la prueba.....	126
3.1.	Sujetos procesales a analizar .....	126
3.2.	Ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile.....	127
3.2.1.	Disposiciones generales.....	127
3.2.2.	Deberes y obligaciones.....	128
3.3.	Ley orgánica constitucional de Policía de Investigaciones de Chile .....	128
3.3.1.	Disposiciones generales.....	129
3.3.2.	Deberes y obligaciones.....	129
4.	Propuestas aplicables a ambas instituciones .....	129
4.1.	Principio de respeto a los derechos humanos, entre otros.....	130
4.1.1.	Ley 21.427 que moderniza la gestión institucional y fortalece la probidad y la transparencia en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública .....	130
A)	Modificaciones referentes a Carabineros de Chile .....	131

B) Modificaciones referentes a Policía de Investigaciones ....	131
4.2. Responsabilidad administrativa y reglas de exclusión .....	132
4.3. Capacitación de los funcionarios .....	134

**CAPÍTULO III: Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel administrativo ..... 136**

1. Jurisprudencia que da cuenta de las diligencias investigativas realizadas por funcionarios policiales con infracción a derechos fundamentales .....	136
2. Reglamento de disciplina de Carabineros de Chile.....	140
2.1. Generalidades .....	140
2.2. Órdenes.....	141
2.3. Deberes disciplinarios .....	141
2.4. Faltas .....	144
2.5. Sanciones disciplinarias.....	145
2.6. Competencia disciplinaria .....	147
2.7. Recursos .....	147
3. Reglamento de disciplina de Policía de Investigaciones.....	148
3.1. Régimen disciplinario y obligación de obediencia .....	148
3.2. Faltas .....	149
3.3. Deberes disciplinarios .....	150
3.4. Sanciones disciplinarias.....	151
3.5. Competencia disciplinaria .....	151
3.6. Reclamaciones.....	152
4. Vacíos en la regulación.....	152

5. Propuestas aplicables a ambos cuerpos normativos .....	153
5.1. Infracción referida a la obtención de prueba de forma ilícita ..	155
5.1.1. Diligencias investigativas .....	156
5.1.2. Determinación de responsabilidad.....	156
5.1.3. Plazo de prescripción de la facultad para sancionar la infracción.....	157
5.1.4. Obligación de iniciar la investigación y facultad de iniciarla por cuenta propia .....	159
5.1.5. Relación de la infracción con eventuales reglas de exclusión . .....	160
5.1.6. Sanción de multa .....	161
5.1.7. Anotación en la Hoja de Vida del funcionario .....	164
5.1.8. Sanción de expulsión.....	164
5.2. Capacitaciones.....	165
<b>CONCLUSIONES</b> .....	167
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	174

## INTRODUCCIÓN

El derecho es la herramienta con la que cuentan las personas para regular la convivencia en sociedad. Las normas y principios que componen el derecho, en sus diversas ramas, están destinadas a encauzar las conductas de las personas para así asegurar la convivencia pacífica de su comunidad. En otras palabras, se desarrolla en el ámbito del deber ser.

Dicho lo anterior, dado el hecho que los seres humanos somos en esencia, seres sociales, tenderemos a vivir en sociedad para poder alcanzar el desenvolvimiento pleno de la condición humana, lo que explica la realidad empírica de la forma en que vivimos, insertos en una comunidad, en la que cada uno aportará de alguna forma a ésta para asegurar su desarrollo. Sin embargo, esta forma de vida inevitablemente acarreará conflictos entre sus miembros, quienes buscando satisfacer sus propias necesidades, pueden colisionar con las necesidades de los demás, y pasar a afectar gravemente ciertos bienes jurídicos valiosos. Es en esa instancia en que el derecho operará para reestablecer la paz social.

Cuando la lesión o puesta en peligro de estos bienes jurídicos es de tal envergadura que ponga en especial riesgo la convivencia pacífica en comunidad, es que el Estado hace uso del ius puniendi, es decir, la facultad que tiene para declarar punibles tales hechos lesivos o peligrosos, imponiéndole penas o medidas de seguridad, siempre con el objetivo de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos valiosos.

Esta facultad para castigar que posee el Estado, debido a su intensidad, no es ni puede ser absoluta, ya que es la forma de intervención más violenta que puede realizar respecto de los derechos fundamentales de las personas. Es por esto que el ius puniendi se ejerce por medio del sistema de justicia criminal. Una de sus dimensiones, la normativa, está compuesta por el derecho penal material, el derecho procesal adjetivo o procesal penal, y el derecho de ejecución penal. Si el derecho penal material se encarga de establecer los delitos, presupuestos de responsabilidad y las consecuentes

sanciones, el derecho procesal penal es aquella área del derecho encargada de materializar las disposiciones del derecho penal material, al regular un procedimiento en el que se pueda investigar y juzgar a una persona determinada por la comisión de un delito. Es en éste que se centra la pregunta de investigación del presente trabajo.

Como el derecho procesal penal permite la aplicación del derecho penal material en el caso concreto, si bien sigue funcionando dentro del ámbito del deber ser, no puede ignorar el mundo del ser, es decir, los hechos, que en este caso, son aquellos constitutivos de delito y que acreditan la participación penal de la persona imputada en ellos. Es a través de las pruebas que aporten los intervinientes del proceso que el juez conocerá los hechos y arribará a una conclusión y aplicará el derecho, para condenar o absolver al imputado, según corresponda. Las pruebas son fundamentales para que el proceso penal funcione de manera adecuada y eficaz y se aplique el poder punitivo del Estado de forma adecuada, cuando corresponda, considerando que los jueces aplican el derecho respecto de hechos concretos que no conocieron de primera fuente, que no presenciaron.

Es en virtud de lo anterior que recae la gran importancia que tiene la prueba en el proceso penal, y la forma en que el ordenamiento jurídico la regule. De nada sirve lo que disponga el derecho penal material si no puede llegar a aplicarse dentro del proceso penal por falta de prueba, o por su obtención de forma ilícita. ¿Puede la regulación jurídica actual de la prueba en el proceso penal mejorarse para asegurar la eficacia de éste? Definitivamente, siempre se pueden introducir cambios que tiendan a un mejor funcionamiento del derecho, que siempre va evolucionando y debe reaccionar a las necesidades de la comunidad. La verdadera pregunta de investigación que motiva el presente trabajo es cómo se puede regular de mejor manera la prueba en relación al proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno, con un especial enfoque respecto a la licitud que ésta debe tener para ser admitida y valorada en juicio. Esto, teniendo como norte la

eficiencia y eficacia del proceso penal, conjugado con el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Si bien siempre serán de relevancia los eventuales cambios a la normativa vigente en virtud de las consecuencias que esto trae para un ordenamiento jurídico, lo serán especialmente cuando se trate de una modificación a nivel escalonado y sistemático como es la pretensión de este trabajo, alcanzando normas de los distintos niveles jerárquicos del ordenamiento jurídico, y considerando también la pertenencia de nuestro ordenamiento jurídico a la familia jurídica del sistema romanista. Pero especial significación tiene la proposición de modificar el estatuto de la prueba en este preciso momento en virtud de una razón extrajurídica, pero que va a incidir directamente en nuestro ordenamiento jurídico, la cual es el hecho de que en estos momentos nos encontramos en el desarrollo de un proceso constituyente, lo que significa una especial oportunidad de revisar críticamente el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, en relación con la pregunta de investigación, para volver a estructurarlo, y volver elaborar un proceso penal en que la prueba, su obtención, legalidad y valoración no sufra las falencias que ha padecido bajo el régimen actual, a nivel constitucional y con su respectiva bajada normativa.

Esta reestructuración, como respuesta a la pregunta de investigación, se hará aportando propuestas que vengan en agregar, modificar o eliminar algunas de las disposiciones vigentes, que se traduzcan en una mayor eficacia del derecho como mecanismo de control social, y respecto específicamente al presente trabajo, en una mejor regulación de la prueba en el proceso penal que sea coherente sistemáticamente y que asegure el adecuado funcionamiento del proceso penal, con pleno respeto a los derechos fundamentales.

Relativo a la metodología a emplear para responder la pregunta de investigación, se utilizará el método de investigación dogmática, estudiando en primer lugar la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico

relativo a la prueba, enfocándola en el proceso penal, puesto que para poder presentar cualquier propuesta hay que conocer el estado del arte de la legislación chilena. Para esto se revisará qué disponen las normas constitucionales, contenidas en la actual Constitución Política de la República de 1980, y las propuestas contenidas en el actual Proyecto de Nueva Constitución al respecto de la materia, que si bien todavía al momento de escribir estas líneas es un texto no vinculante, cabe la posibilidad que en el plebiscito de este año se apruebe su contenido y venga a reemplazar el actual cuerpo normativo constitucional.

También se revisará lo dispuesto a nivel legal, es decir, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal, y además, las leyes que regulan el funcionamiento de ciertos sujetos procesales relevantes en la obtención de prueba, o sea, la ley orgánica constitucional de Carabineros y la ley orgánica de la Policía de Investigaciones.

Finalmente, se continuará con la bajada normativa, revisando qué disponen las normas de rango administrativo respecto al comportamiento que deben tener estos sujetos procesales, y las eventuales responsabilidades que procedan respecto de estos en caso de infracción de sus deberes, específicamente respecto a la obtención de prueba con infracción a los derechos fundamentales. Y será en virtud de lo analizado en todas las disposiciones mencionadas a nivel constitucional, legal y administrativo, que se elaborarán propuestas de modificación para regular la prueba en el proceso penal de mejor manera.

## CAPITULO PRELIMINAR

### **1. Pregunta de investigación y metodología a utilizar**

En este capítulo, una vez realizada la introducción en la que se indicó someramente sobre qué consistirá el presente trabajo, se procederá a establecer la pregunta de investigación a responder, la metodología a utilizar, y se delimitará y precisará el área a la que pertenecen las pretensiones de esta memoria en relación a la pregunta de investigación planteada, descartando las áreas que son ajenas a ésta y que no se analizarán. Además, se dedicará una sección exclusivamente a cómo entender la pregunta de investigación, para así entender cómo resolverla.

Como ya se adelantó en la introducción, la pregunta de investigación que motiva el desarrollo de las siguientes páginas es cómo regular de mejor manera la prueba en relación al proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno, esto es, a nivel constitucional, legal y administrativo.

Para poder responder esta pregunta se utilizará el método de investigación dogmática, puesto que se revisará el estado actual de la legislación chilena relativa a la pregunta de investigación, se intentará diagnosticar sus falencias, y se revisará el derecho comparado con el objetivo de saber cómo otros países han decidido regular la prueba en el proceso penal, para ofrecer así las propuestas de modificaciones pertinentes a cada nivel jerárquico normativo, sin perjuicio de la ocasional revisión de jurisprudencia para explicitar cómo los jueces penales han tenido que sortear las complicaciones que presenta la legislación actual.

Es por lo anterior que se ha decidido dividir esta memoria en capítulos, dedicando un capítulo a revisar la actual Constitución Política de la República de 1980, que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico chileno y que rige el sentido en que deben ir las demás normas. Además, se revisará en lo atinente a la pregunta de investigación, lo

dispuesto en el Proyecto de Nueva Constitución, que se plebiscitará el próximo 4 de septiembre, puesto que, si bien se desconoce a la fecha si el texto será aprobado y pasará a ser vinculante, no por eso deja de ser relevante el esfuerzo que la Convención Constitucional ha hecho para modificar el ordenamiento jurídico vigente para mejor, objetivo que comparte con este humilde trabajo, por lo que consideramos que vale la pena revisarla y buscar si hay algo rescatable respecto a las modificaciones que plantee.

Otro capítulo será dedicado a analizar las disposiciones normativas de rango legal respecto a la prueba en el proceso penal. Para esto, se revisará lo que dispone el Código Procesal Penal al respecto, que es el cuerpo normativo en que se encuentran la gran mayoría de las reglas relativas a la prueba, especialmente respecto a su exclusión por su obtención ilícita, relacionada con la forma en que los funcionarios policiales deben obtenerla, todo lo cual está descrito en este cuerpo normativo.

También se realizará una revisión en ese capítulo a las leyes orgánicas constitucionales que regulan a los funcionarios policiales, que son los encargados para recabar las pruebas que serán posteriormente utilizadas en juicio para sostener la acusación. Si bien esta memoria no es tan ambiciosa como para venir a proponer una reestructuración que implique una reforma total a las instituciones de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, sí propondrá más adelante ciertas modificaciones relativas al régimen disciplinario de los funcionarios de éstas, y también respecto a su formación.

Por último, y siguiendo la línea de lo dispuesto en el párrafo anterior, se dedicará un capítulo al estudio de las disposiciones normativas de nivel administrativo respecto a la regulación de la prueba. Esto se hará revisando los reglamentos de disciplina de las instituciones policiales ya señaladas, para seguir con la bajada normativa y terminar con las ideas propuestas respecto a la capacitación y responsabilidad de los funcionarios de forma

que lo que proponemos quede dispuesto en la ley no quede en una mera declaración de buenas intenciones.

Dicho lo anterior, se decidió agregar a este capítulo preliminar una sección dedicada a explicar el enfoque que deberán seguir los capítulos en que se presenten las propuestas de modificación mencionados en los párrafos anteriores. Esto porque se profundizará en cómo entender la pregunta de investigación, es decir, qué es lo que entendemos como regular de mejor manera la prueba en el proceso penal. Esto es necesario y amerita ser desarrollado apropiadamente, considerando que la palabra mejor, como lo suelen ser las palabras, considerada de forma aislada, es vaga, imprecisa, e incluso subjetiva, puesto que lo que una persona considere que es mejor no necesariamente lo será para otra.

En virtud de lo anterior, es que la sección destinada a desarrollar el sentido de la pregunta de investigación disipará las dudas sobre qué se considera consistiría en una mejor regulación de la prueba en el proceso penal, pues toda propuesta de modificación de la normativa vigente al respecto se hará teniendo en mente dos objetivos que deberán conjugarse armónicamente, estos son; la eficacia del proceso penal, y el pleno respeto a los derechos fundamentales.

## **2. Delimitación de los ámbitos del desarrollo de esta memoria**

### **2.1. Derecho penal en su variante adjetiva**

En primer lugar, es necesario recalcar que toda revisión, análisis y propuesta que se realice respecto a la prueba se circunscribirá siempre respecto al área del derecho penal, más específicamente el derecho procesal penal, que cuenta con sus propias particularidades que lo diferencian dentro del ordenamiento jurídico chileno del proceso civil, como la libertad de medios probatorios y de valoración de la prueba producida, con los límites

relativos al respeto de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, además del alto estándar de convicción al que debe arribar el juez más allá de toda duda razonable para poder determinar la responsabilidad penal del imputado y aplicarle la correspondiente pena. Esto, sin perjuicio de las disposiciones que por su naturaleza puedan ser de todos modos aplicable a la regulación de la prueba de otras áreas del derecho.

Al no contar con un sistema de prueba legal o tasado como ocurre en el proceso civil, el juez penal tiene libertad, dentro de los límites señalados, respecto a cómo valorar los medios de prueba aportados por los intervinientes, lo que implica, por una parte, que este trabajo no busca modificar una regulación positiva inexistente respecto del valor probatorio que debe otorgarse a cada medio de prueba en particular, ni tampoco pretende proponer que se adopte un sistema similar al legal o tasado como el civil, y por otra, que en la circunstancia misma de la libertad de valoración de los medios de prueba con la que cuenta el juez penal se justifica la especial atención respecto a cómo regular la prueba en un proceso que, comparado en este aspecto con el proceso civil, se encuentra menos regulado.

Asimismo, respecto del estándar de convicción que el juez debe alcanzar en el proceso penal para dictar una sentencia definitiva condenatoria, este varía del estándar exigido en el proceso civil, siendo mucho más elevado, no bastando con altas probabilidades de ocurrencia de los hechos y de la participación del imputado en estos. Esto se explica por las consecuencias más gravosas que resultan de ser condenado en un proceso penal respecto de cualquier otra sanción que puedan aplicar las restantes áreas del derecho, puesto que en el derecho penal se juega, entre otros derechos, con la libertad de las personas. Todo esto, a su vez, justifica la decisión de enfocar la pregunta de investigación respecto a la prueba circunscrita en el proceso penal, en consideración a las graves consecuencias que puede traer condenar a alguien en base a prueba que

haya sido por ejemplo obtenida de forma ilícita, o de absolver a quien verdaderamente cometió un delito y es responsable penalmente, en virtud de que eso presupone que cometió una alteración sustancial del orden que pone en riesgo la paz social, situación que no puede quedar impune.

Es entonces en razón de lo expuesto en los párrafos precedentes que concluimos que las consecuencias de una defectuosa aplicación del derecho penal material por falencias ocurridas en el proceso penal derivadas de la prueba aportada en este son de especial gravedad, situación que se pretende reducir al mínimo con las propuestas de modificación que se presentarán en los siguientes capítulos.

## **2.2. Sistema de justicia criminal y sus dimensiones**

Una vez aclarado que la pretensión de lo que se busca abarcar por el presente trabajo será precisada según las áreas del derecho penal, es momento de delimitar exactamente qué ámbitos son realmente de interés a efectos de responder la pregunta de investigación, y cuáles deben ignorarse o simplemente no son atinentes al propósito de este trabajo.

Para esto, es necesario volver a mencionar el sistema de justicia criminal y los subsistemas o dimensiones que lo integran, puesto que la pregunta de investigación y las propuestas de modificación de normas positivas como respuesta a ésta se circunscriben únicamente a una parte de éste. Siguiendo a Duce y Riego<sup>1</sup>, en esta materia, este sistema se integra de tres dimensiones: la normativa, la administrativa y la social o cultural.

### **2.2.1. Dimensión normativa**

Someramente, podemos señalar que la dimensión normativa es aquella relacionada con las normas jurídicas que regulan el sistema de

---

<sup>1</sup> DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Volumen I*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, pp. 24 y ss.

justicia criminal, y que se compone del derecho penal material, el derecho penal adjetivo o procesal penal y el derecho de la ejecución penal.

El derecho penal material, independientemente de la definición que se prefiera<sup>2</sup> o de la postura que se adopte respecto a su función<sup>3</sup> y la función

---

<sup>2</sup> Por mencionar a algunos autores, podemos mencionar a Soler en *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978, 4° ed., p.3, que concibe el derecho penal como “*la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva*”, o a Jescheck, que en *Tratado de derecho Penal. Parte general*, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, V. I, p. 15 sostiene que “*el derecho penal determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que el delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad de otra naturaleza*”, o a Welzel, que considera en *Derecho Penal Alemán*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 4° ed., p. 11 que el derecho penal “*es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad*”. Respecto a juristas chilenos, Etcheberry en *Derecho penal, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 3° ed., T. I, p. 21 define el derecho penal como “*aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones y establece penas para la contravención de dichas órdenes*”, mientras que según Cury, en *Derecho penal, parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, 7° ed., p. 37, “*el Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto, por los valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana pacífica*”, y Garrido Mont dice en *Derecho Penal, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. I, p. 13, “*es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde, y cuándo se debe aplicar una medida de seguridad*”.

<sup>3</sup> Por ejemplo, Jescheck sostiene en *Tratado de derecho Penal. Parte general*, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, V. I, p. 7, que “*la misión del Derecho Penal es proteger la convivencia humana en la comunidad*”, y quien además sostiene que el Derecho Penal moderno debe, a través de su función preventiva especial, preocuparse de los delincuentes precoces, de los delincuentes reincidentes, y de los delincuentes que poseen defectos psíquicos.

de las penas<sup>4</sup> que establece, es aquella rama que se dedica a establecer los delitos, los presupuestos de responsabilidad y las sanciones, es decir, las penas y medidas de seguridad.

A su vez, el derecho procesal penal regula los procedimientos a través de los cuales se determina la responsabilidad penal de la persona imputada y se le aplica la pena en concreto, si es que se determina su culpabilidad, procedimiento que debe asegurar como se verá más adelante, las garantías de un debido proceso. Además, esta área del derecho como parte de la dimensión del sistema de justicia criminal, se encarga de regular la organización, funcionamiento y competencia de ciertos órganos que intervienen en el proceso penal, como lo son en nuestro país los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Garantía, la defensa letrada, el Ministerio Público, y los funcionarios policiales que colaboran con el ente persecutor.

Finalmente, dentro de esta dimensión encontramos el derecho de la ejecución penal, que es aplicable solamente cuando el procedimiento penal haya terminado en la convicción del tribunal de la culpabilidad del imputado, condenándolo a cumplir una pena. Pues bien, el derecho de ejecución penal se encarga de regular la manera en que se deben cumplir las sentencias penales, teniendo en consideración aspectos como la procedencia de penas sustitutivas a la pena de privación de libertad, y eventuales condiciones de beneficios intrapenitenciarios, además de regular los órganos encargados de asegurar su cumplimiento, como lo es en nuestro país Gendarmería de Chile.

Precisada la distinción de las partes integrantes de la dimensión normativa del sistema de justicia criminal, es necesario señalar que la pregunta de investigación de esta memoria se plantea exclusivamente

---

<sup>4</sup> Las teorías relativas a los fines de la pena, para dar explicación de la interrogante de por qué se castiga, se dividen principalmente en tres grupos; las absolutas, las relativas, y las unitarias.

respecto del área del derecho procesal penal. Esto porque ésta es el área encargada de regular el procedimiento a través del cual los intervinientes aportan alegaciones y pruebas que servirán de fundamento al juicio de hecho y de derecho que realiza el juzgador mediante ciertas reglas que le permitan la debida contradicción entre las partes, y resguardar el principio de presunción de inocencia, lo que impone el estándar de alcanzar una convicción más allá de toda duda razonable.

Dicho lo anterior y para esclarecer la razón de esto, conviene señalar que a efectos de responder la pregunta de investigación sobre cómo regular de mejor manera la prueba en el proceso penal, es irrelevante lo que disponga el derecho penal material; no es relevante qué hechos se establecen por el Poder Legislativo como constitutivos de delito en base a criterios de política criminal. Lo que importa a efectos del presente trabajo es que el juez logre condenar al culpable y absolver al inocente, en base a los antecedentes que le aporten las partes por medio de hechos probados. La razonabilidad o justicia de los tipos penales que fundamenten la persecución penal en un caso concreto, a efectos de responder la pregunta de investigación, es irrelevante.

A su vez, es irrelevante también lo que se disponga en el derecho penal de ejecución, toda vez que será aplicable solamente respecto de los casos en que exista una sentencia definitiva condenatoria, lo que no siempre ocurrirá en el supuesto que se pone la pregunta de investigación, considerando en primer lugar, que puede resultar que la prueba aportada en juicio sea insuficiente para demostrar la culpabilidad del imputado, o que haya sido obtenida con infracción a derechos fundamentales, no pudiendo en consecuencia ser considerada para determinar la responsabilidad penal del imputado, y en segundo lugar, que el haber pasado el imputado a ser considerado culpable y condenado implica que ya transcurrió la oportunidad en que la regulación de la prueba es relevante, puesto que ya se habría determinado en base a ésta la responsabilidad penal. Cómo se ejecuta la condena en caso de ser aplicable al caso concreto, escapa las pretensiones

de la pregunta de investigación, que concentra sus esfuerzos en una etapa procesal anterior, la que es el momento de determinación de la culpabilidad o inocencia de una persona determinada respecto de hechos concretos.

En cambio, el derecho procesal penal es precisamente el ámbito que este trabajo debe considerar, pues es en el contexto de un juicio que, conforme a las reglas que el derecho procesal penal de cada ordenamiento jurídico dicte, los intervinientes podrán aportar la prueba necesaria para sustentar sus acusaciones y defensas, y es en esta etapa que el juez conocerá por medio de la prueba de los hechos alegados, debiendo decidir si condena o absuelve a la persona acusada.

### **2.2.2. Dimensión burocrática**

Hasta el momento, solamente hemos profundizado en la dimensión normativa del sistema de justicia criminal. Es momento de revisar someramente en qué consisten las restantes dimensiones para poder justificar su exclusión respecto del presente trabajo de investigación.

Otra dimensión que integra el sistema de justicia criminal es la dimensión administrativa o burocrática, cuyo ámbito abarca la organización de los órganos estatales responsables de crear las normas jurídicas que componen el ordenamiento, de la aplicación de éstas, y de aquellos encargados de la ejecución penal. El primero dice relación principalmente al Poder Legislativo, que en virtud del debate democrático dicta las leyes, pudiendo establecer nuevos delitos o despenalizar ciertas conductas, aumentar las penas, crear nuevas circunstancias de modificación o eximentes de responsabilidad penal, entre varias otras opciones. A su vez, también es en esta instancia que se pueden realizar las modificaciones al proceso penal, lo que ocurriría en el caso chileno si el Congreso Nacional modificara las disposiciones del Código Procesal Penal. Respecto de la aplicación de normas, ésta dimensión incluye la organización de órganos como el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, Tribunales de Justicia, y las instituciones policiales correspondientes. Y por último, esta

dimensión comprende, como se mencionó líneas más arriba, a aquellos entes que el ordenamiento jurídico les encarga la ejecución penal, como sería en el caso de nuestro país Gendarmería de Chile y los Juzgados de Garantía.

Precisado el ámbito de la dimensión burocrática del sistema de justicia criminal, es evidente que su estudio y propuestas de mejora escapan a los objetivos planteados en la pregunta de investigación, considerando que, si bien se relaciona con órganos de suma importancia relativa a la regulación de la prueba como lo es el Congreso Nacional, facultado para modificar la ley en este sentido, y con los sujetos procesales señalados en el párrafo anterior que intervienen y colaboran directamente en el desarrollo del proceso penal, el objeto del presente trabajo no es revisar la estructura orgánica de estas entidades.

No es relevante la dimensión burocrática del sistema de justicia criminal a efectos de cómo regular de mejor manera la prueba en el proceso penal. No es relevante la forma en que se estructura y organiza el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Garantía, Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, sin perjuicio de que algo se dirá respecto a los deberes funcionarios que tienen las dos últimas instituciones mencionadas en su labor en la investigación. Es irrelevante cómo se estructuren organizacionalmente estas instituciones, mientras cumplan con las funciones que la Constitución y las leyes les encomiende, respecto del proceso penal.

A su vez, ciertamente no es directamente relevante a efectos de la pregunta de investigación la forma en que se organice el Poder Legislativo de un ordenamiento jurídico, toda vez que sus atribuciones para modificar la legislación respecto a esta materia se mantengan. De más está decir, por cierto, que las propuestas que se presenten como respuesta a la pregunta de investigación planteada son un humilde aporte a la discusión dogmática que

se pueda desarrollar relativa al debido funcionamiento del proceso penal, y que no tendrán ninguna fuerza vinculante, mientras el Poder Legislativo o el Poder Constituyente no decidan en el contexto de un debate democrático consagrar positivamente las modificaciones que se propondrán. Esto quiere decir, que si bien para responder la pregunta de investigación planteada es irrelevante la dimensión burocrática del sistema de justicia criminal en lo que respecta al Poder Legislativo, no podemos desconocer la realidad de cómo funciona nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo que si se quisieran materializar las propuestas de modificación que se presentarán en los capítulos siguientes, deberán ser el Poder Legislativo y el Poder Constituyente los que se encarguen de transformar estas propuestas en algo más que simples ideas.

### **2.2.3. Dimensión social o cultural**

Por último, es necesario hablar sobre la última dimensión del sistema de justicia criminal, es decir, la dimensión social o cultural. Esta se aleja de lo propiamente jurídico, centrándose en la sociedad y cómo ésta reacciona al delito, los valores y actitudes que adopta acerca del derecho, y en este caso, de la justicia criminal.

Respecto a América Latina, Binder<sup>5</sup> sostiene que el hecho de contar con una historia en la que el sistema inquisitivo tuvo más de quinientos años de vigencia permeó la forma en que se entiende culturalmente la justicia criminal, cosa que él denomina como cultura inquisitiva. En sus palabras, esta cultura se caracteriza por ser una forma de comprender cómo debe aplicarse el poder penal del Estado, basada en una mentalidad eminentemente formalista y burocrática, llegando incluso a criticarla duramente, acusando su mentalidad conservadora y muy poco creativa.

---

<sup>5</sup> BINDER, Alberto, *La Reforma Procesal Penal en América Latina*, Justicia Penal y Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 204-208.

Sin perjuicio de que nuestro ordenamiento jurídico ya abandonó a principios del milenio el sistema inquisitivo con la reforma procesal que vino a establecer en su reemplazo el sistema acusatorio, coincidimos con las palabras del jurista en el sentido que la sociedad chilena aún posee en su cultura legal rasgos de este sistema, lo que se evidencia en las constantes peticiones de subir las penas de ciertos delitos, o de penalizar ciertas conductas.

Respecto a la pertinencia de esta dimensión del sistema de justicia criminal a efectos de la pregunta de investigación, efectivamente la tiene, pero de una forma más bien indirecta. Puesto que, como ya se señaló en los párrafos dedicados a la dimensión normativa, es respecto del ordenamiento jurídico, a través de sus principios y normas que regulan el proceso penal, que se puede modificar la forma en que la prueba incide en el proceso penal. Poco y nada debería importar las expectativas que tenga la sociedad respecto al funcionamiento de la justicia criminal, importando solamente lo que dispongan las normas positivas, que son obligatorias para todos. La pregunta a responder en este trabajo es cómo regular de mejor manera la prueba en el proceso penal, no cómo dejar satisfecha a la ciudadanía con el proceso penal, pues estos objetivos, si bien pueden hacerlo, no necesariamente van a coincidir.

Dicho lo anterior, y como se desarrollará en uno de los capítulos de este trabajo, no se puede desconocer la realidad en la que se desarrolla el proceso penal, pues si bien en éste participan entes como los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y las Policías, por muy obvio que sea decirlo, son personas finalmente las que forman parte de estas instituciones, con sus virtudes, pero también con sus defectos, sesgos y prejuicios.

En este trabajo, especial atención se dedicará a los funcionarios policiales, puesto que éstos son quienes en el desempeño de sus funciones deben obtener las pruebas que más adelante se usarán en juicio; en otras

palabras, son aquellos sujetos procesales que mayor aproximación tienen con los hechos después del imputado y la víctima por medio la labor de la obtención de pruebas que los acrediten. Y a veces, su actuar en dicha obtención no es la ideal, puesto que realizan las diligencias investigativas extralimitándose de las atribuciones que el ordenamiento jurídico les otorga, contaminándose la prueba obtenida, y no pudiendo en consecuencia ser aportada en juicio, lo que se traduce en un desperfecto en el debido funcionamiento del sistema procesal penal, que tiene su origen en un error humano, que deja entrever a veces un afán de descubrir la verdad y condenar al culpable, pero sin importar el precio, cosa que el derecho no puede permitir.

Una vez precisado el alcance de la pregunta de investigación respecto del sistema de justicia criminal, circunscribiéndolo a la dimensión normativa, específicamente, al derecho procesal penal, y relacionándolo en parte, indirectamente, con la dimensión social o cultural respecto a los funcionarios policiales que se encargan de realizar las diligencias investigativas necesarias para obtener los medios de prueba que sustenten las alegaciones del ente persecutor, es pertinente ahondar en la razón que motivó el planteamiento de esta pregunta de investigación, teniendo ya en mente el ámbito en el que se desarrollará el presente trabajo.

### **3. Necesidad de modificar el derecho positivo vigente**

Una vez planteada la pregunta de investigación y el método a utilizar para responderla, es necesario abordar el tema de la necesidad de modificar el derecho positivo vigente, al menos en lo relacionado a lo planteado por la pregunta de investigación. Como ya se adelantaba en la introducción, si bien las modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico pueden realizarse en cualquier momento, contando con el quórum necesario en el Congreso Nacional para llevarlas a cabo, especial relevancia presenta la oportunidad histórica que estamos viviendo como país, en el que por primera vez

tenemos la oportunidad de redactar de forma democrática una nueva Constitución, que pueda dar respuesta a las diversas demandas que la gente ha ido requiriendo en virtud de su descontento con el actual sistema jurídico, además de político y económico.

En relación a la temática de esta memoria, en virtud de la revisión de cómo la actual Constitución regula el proceso penal y más específicamente, disposiciones relacionadas a la prueba en esta, una modificación en este período podría significar a la larga el establecimiento de un proceso penal más eficiente, que condene a quien tenga que condenar y absuelva a quien tenga que absolver.

Este suceso histórico fue la inspiración que motivó a cuestionar lo que ya está establecido en nuestro ordenamiento jurídico y plantearse la interrogante de qué se puede mejorar, y cómo. En la etapa de germinación del tema de esta memoria, la idea era proponer modificaciones exclusivamente de las normas constitucionales. Pero naturalmente se fue planteando la incógnita sobre cómo asegurar que lo que se propone disponga la Constitución no quede en los hechos en una mera declaración de buenas intenciones, por lo que se decidió enriquecer la respuesta a la pregunta de investigación, inspirándose en las propuestas aisladas de diversos autores y de la experiencia comparada, para terminar ofreciendo una respuesta integral, que contenga una bajada normativa y que sea coherente sistemáticamente, para que pueda implementarse efectivamente en el hipotético caso de que estas propuestas pasaran a convertirse en una realidad.

Ya explicitada la pregunta de investigación y la justificación de su planteamiento, el método de investigación a utilizar para responderla y la forma en que se estructurará el presente trabajo, corresponde ahora dar término a esta sección, para proceder a explicar qué entendemos como mejor regulación de la prueba en el proceso penal, para saber cómo responder adecuadamente la pregunta de investigación.

#### **4. El necesario equilibrio entre la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales en relación a la prueba**

En esta sección se abordará una concepción elemental que debe tenerse siempre en mente para poder entender el desarrollo de los siguientes capítulos y el trabajo en su totalidad, que es el necesario equilibrio que debe existir entre el objetivo que tiene el proceso penal de aplicar la ley material, condenando al culpable y absolviendo al inocente, y el debido respeto a los derechos fundamentales que son al fin y al cabo la fuente de legitimidad del poder punitivo del Estado, concepción que debe impregnar cada aspecto del proceso penal. A efectos del presente trabajo, el enfoque estará en la prueba y la obtención de ésta con respeto a los derechos fundamentales y sus garantías.

Pues bien, para poder analizar las problemáticas actuales de la regulación de la prueba en el ordenamiento jurídico chileno y proponer modificaciones para que ésta sea mejor, es esencial primero establecer qué es lo que entendemos como mejor a efectos de la pregunta de investigación, ya que la palabra “mejor” considerada aisladamente es muy vaga, e incluso subjetiva. Consideramos que un mejor sistema de prueba en relación al proceso penal es uno que logre conjugar dos intereses aparentemente contrapuestos del proceso penal, los cuales son su eficacia y el simultáneo respeto a los derechos fundamentales.

Entendemos como eficacia del proceso penal, en términos sencillos, condenar al individuo que deba ser condenado, y absolver al individuo que deba ser absuelto<sup>6</sup>. En otras palabras, significa aplicar el derecho penal material en el caso que amerite ser aplicado, en base a los hechos acaecidos.

En relación a la eficacia del proceso penal, es necesario siempre conjugarla con el respeto a los derechos fundamentales, el que debe estar

---

<sup>6</sup> DÍAZ, Iván. *Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2009, p. 11-19.

presente en todo momento del proceso, desde la más mínima diligencia de investigación hasta la completa ejecución de la eventual condena. Es el respeto a los derechos fundamentales lo que fundamenta en primer lugar la existencia de un proceso penal, es decir, de un procedimiento establecido por la ley. Es por esto mismo que la Constitución mandata al legislador a establecer las garantías de un procedimiento e investigación en base a criterios de racionalidad y justicia, según lo señala el artículo 19 n° 3 inciso sexto.

El monopolio de la fuerza y la posibilidad lesionar tan gravemente a una persona en sus derechos como constituye la posibilidad de privarla de su libertad por haber incurrido en hechos punibles se justifica y legitima en la existencia de un Estado con funciones claramente delimitadas y que otorgue al imputado la posibilidad de defenderse en el contexto de un debido proceso, así evitando el surgimiento de instituciones como la autotutela. A la larga, el pleno respeto a los derechos fundamentales asegura el control social.

La doctrina en términos mayoritarios ha entendido que los dos aspectos, intereses u objetivos mencionados, son contrapuestos, incompatibles entre sí, puesto que para que una investigación sea exitosa y termine en un procedimiento que condene a la persona imputada, esto se hará en base a evidencia que logre en el juez la convicción más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del imputado. Y muchas veces la forma de hacerse con esa evidencia será lesionando derechos fundamentales de la persona imputada. Esta perturbación puede ser legítima, en el caso de que se actúe dentro de los márgenes que otorga el ordenamiento jurídico, o puede incluso ser ilegítima como lo es en el caso que las policías obtienen prueba extralimitándose de las atribuciones que la Constitución y las leyes les confirieron. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico aquellas diligencias investigativas que constituyen vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas no pueden ser llevadas a cabo por el ente persecutor sin contar con una orden judicial que autorice fundadamente su

realización, como forma de limitar el poder investigativo del Ministerio Público y sus policías, que puede ser muy invasivo con las personas investigadas para poder obtener los medios de prueba que sustenten su teoría del caso.

Sin embargo, hay una postura minoritaria, a la que adscribimos, que postula la idea de que el buen desarrollo de una investigación y procedimiento criminal no es necesariamente incompatible con el respeto a los derechos fundamentales<sup>7</sup>, puesto que si bien en algunos casos asegurar la indemnidad de éstos favorecería la efectividad del proceso, en relación a la garantía epistémica envuelta en este, en otros dicha indemnidad perjudicaría a la calidad epistemológica, situaciones en las que es recomendable su interferencia, en favor del éxito de la investigación<sup>8</sup>. De esto se hablará más adelante.

#### **4.1 Eficacia del proceso penal en función a las concepciones de éste**

En virtud de lo mencionado en los párrafos anteriores, es que pasaremos a definir uno de los dos objetivos o intereses que se tiene en mente cuando plantea la pregunta sobre cómo mejorar la regulación de la prueba en el proceso penal, que es la eficacia del proceso penal. Es necesario considerar que lo que una persona puede entender por un sistema eficaz, eficiente y equilibrado puede ser distinto de lo que pueda entender otra. La respuesta acerca de si un sistema procesal penal es eficaz y

---

<sup>7</sup> DÍAZ, op. cit., pp. 109-114.

<sup>8</sup> Otra autora que adscribe a esta postura minoritaria es Gascón, quien afirma en *Problemas de la fijación judicial de los hechos*, 2007, pp. 104-106 que “*pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías en función de su incidencia en el objetivo principal de la averiguación de la verdad: garantías epistemológicas, si contribuyeren a la averiguación de la verdad; garantías no epistemológicas, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías contraepistemológicas, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad*”.

eficiente dependerá necesariamente de la concepción que se tenga sobre éste, es decir, cuál es el rol del proceso penal en el derecho. A grosso modo, las concepciones pueden dividirse en; descriptivas, prescriptivas e instrumentales.

#### **4.1.1. Concepción descriptiva**

La concepción descriptiva del proceso penal concibe a éste desde el punto de vista de lo que es, es decir, lo que resulta siendo en los hechos<sup>9</sup>. Esta visión se contrapone diametralmente a la prescriptiva, ya que una se encarga de describir qué es lisa y llanamente el proceso penal, mientras que otra describe qué debería ser, cómo debería ser, aún si en la práctica esto no se lleva a cabo. La doctrina considera que la concepción descriptiva puede tener dos variantes; una positiva y otra negativa, constituyendo la primera un reconocimiento al rol que tiene el proceso penal en la convivencia social para asegurar una sociedad democrática<sup>10</sup>, mientras que la segunda posee una visión más pesimista, de crítica al rol que cumple el proceso penal en nuestra sociedad, dedicándose a reprimir conflictos en vez de solucionarlos<sup>11</sup>.

#### **4.1.2. Concepción prescriptiva**

Por otra parte, la concepción prescriptiva del proceso penal concibe a éste desde el punto de vista del deber ser, la finalidad que persigue<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, España, 1998, 3º., p. 214.

<sup>10</sup> BUSTOS, Juan, *Obras completas*, Ediciones ARA, Lima, 2005, T. I, p. 22.

<sup>11</sup> BAILONE, Matías, *¿Abolicionismo: o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo?*, en *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), 2003, p. 197.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 217.

También se puede encontrar aquí dos variantes que se contraponen entre sí; algunos ponen énfasis en el derecho penal como mecanismo de protección de derechos<sup>13</sup>, mientras que otros niegan que cumpla con esta labor, debido a diversas razones derivadas del principio de última ratio que tiene el derecho penal, por lo que el sistema procesal penal poco y nada ayudaría en la efectiva tutela de los derechos de las personas, cuando su naturaleza misma es de respuesta tardía. El carácter de última ratio y fin de protección subsidiaria de los bienes jurídicos que tiene según algunos, serían la manifestación de esto.

Por muy burdo que suene, pero siempre con el ánimo de contar con la mayor claridad, es difícil asegurar que el derecho penal, a través del sistema procesal penal, tutele efectivamente los derechos de una víctima de homicidio en grado consumado, cuando viene a reaccionar cuando ese bien jurídico valioso ya fue irreparablemente vulnerado y la persona no volverá a la vida por mucho que se acredite la responsabilidad del homicida y sea condenado. Se puede decir lo mismo, sin perjuicio que con menor intensidad, respecto de los delitos cuyo grado de desarrollo llega solamente hasta la tentativa o frustración, puesto que la puesta en peligro o lesión, si bien de menor grado, no se podrá retrotraer al estado anterior de la comisión del delito.

Mientras tanto, otros sostienen que el proceso penal debe entenderse como un mecanismo de contención del poder punitivo del Estado, tutelando los derechos del imputado<sup>14</sup> o que debe tender a la solución de conflictos

---

<sup>13</sup> FALCÓN, Alma, *Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal*, en *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), 2003, p. 218.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, Universidad de Camerino, 2007, p. 15.

concretos, dándole mayor protagonismo a la víctima<sup>15</sup> en pos de una justicia penal restaurativa. Independientemente de cuál de las variantes que existen dentro de la concepción prescriptiva se adopte, todas ellas tienen en común que conciben el rol del proceso penal desde el punto de vista de lo que debería ser, y si resulta no serlo en la práctica, debe encauzarse al rol que según los que adscriben a esta concepción debería adoptar.

#### **4.1.3. Concepción instrumental**

Por otro lado, podemos encontrar la concepción instrumental del proceso penal, perspectiva que puede definir a éste como “el conjunto de trámites y actuaciones para la investigación y represión judicial del delito”<sup>16</sup>. Es una visión objetiva que reduce el sistema procesal penal a la materialización de lo que disponga el derecho penal, es decir, es el subsistema encargado de que el establecimiento de delitos y determinación de penas no quede en letra muerta.

El presente trabajo se desarrollará bajo el marco de esta última concepción para entender qué sería un sistema procesal penal mejor, más eficaz, puesto que no hay que olvidar que el derecho procesal penal es finalmente el derecho penal adjetivo, que se encuentra en función a lo que disponga su variante sustantiva. El debate referente a temas como la agregación o eliminación de delitos en el actual catálogo del ordenamiento chileno es un asunto más político que jurídico y escapa a la pretensión de este trabajo, sin perjuicio que obviamente se tomarán decisiones políticas y de técnica legislativa al momento de decidir qué propuesta de modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal se presentará como respuesta a la pregunta de investigación.

---

<sup>15</sup> GARCIA, Sergio, *Crimen y prisión en el nuevo milenio*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*, 2004, Vol. 37 n° 110, p. 591.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho penal fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 41.

Es por la postura tomada que en el desarrollo de las páginas siguientes sobre cómo se puede regular de mejor manera la prueba en el proceso penal chileno, en lo que respecta al interés de la eficacia del proceso penal, será en base a la concepción instrumental de éste, entendiéndolo como la aplicación del derecho penal material en los individuos que satisfagan los presupuestos de hecho establecidos por la ley, con prescindencia de una discusión deontológica como la que tendrían quienes adscriben a la concepción prescriptiva, y sin estancarse en la realidad de los hechos que otorga una concepción descriptiva, puesto que no es compatible proponer mejoras bajo un punto de vista que no busca mejorías, sino describir la realidad.

Entender para efectos del presente trabajo el proceso penal como el instrumento encargado de la materialización de las normas dispuestas en el derecho penal material resulta de toda lógica, considerando que así se sortean las complicaciones que podrían surgir de seguir las otras concepciones, como se planteó en el párrafo anterior, además del hecho de que no es posible concebir la existencia del derecho procesal penal de forma aislada del derecho penal material, ya que existe por y para éste. Si bien cuenta con sus propias reglas, éstas se encuentran siempre subordinadas a las normas del derecho penal material, al establecer las oportunidades y herramientas procesales que permitan esclarecer los hechos, y aplicar las penas o medidas de seguridad que correspondan en base a lo que determine el derecho penal, que es el encargado de establecer los hechos punibles y los presupuestos de la participación responsable en éstos.

Además, cabe señalar que la concepción instrumental no rechaza necesariamente las otras visiones mencionadas con anterioridad, pudiendo incluso llegar a complementarse<sup>17</sup>, puesto que el considerar que el derecho procesal penal deba dedicarse a aplicar las disposiciones del derecho penal material, en nada obsta a que por ejemplo, a propósito de dicha aplicación,

---

<sup>17</sup> DÍAZ, Iván, op. cit., p. 20.

se logren objetivos perseguidos en algunas variantes de la concepción prescriptiva, como la protección de los derechos de las personas, o el control del poder punitivo del Estado.

#### **4.2. El respeto a los derechos fundamentales como piedra angular del ejercicio del poder punitivo del Estado**

Como se adelantó anteriormente, el otro interés u objetivo que se tiene en mente al momento de proponer modificaciones al ordenamiento jurídico chileno que regulen de mejor manera la prueba en el proceso penal es el pleno respeto a los derechos fundamentales.

El respeto a los derechos fundamentales consiste en un elemento esencial e infaltable en todo Estado de Derecho. Para no ir más lejos, nuestra propia Constitución consagra en el inciso cuarto del artículo 1 el principio de servicialidad a la persona humana, lo que implica el respeto y protección de sus derechos. Ya desde las teorías de la justificación de la existencia y necesidad de las normas jurídicas y del derecho para regular la conducta humana<sup>18</sup> se ha intentado explicar qué es lo que permite que una institución como el Estado tenga un poder soberano sobre los gobernados, que pueda afectarlos en sus derechos, considerando los eventuales conflictos que se suscitarán entre éstos en la búsqueda de la satisfacción de sus propios intereses, al coexistir en una sociedad, como lo determina su naturaleza social<sup>19</sup>. En la actualidad, entendemos que es el establecimiento de un Estado de Derecho el que justifica y legitima la existencia de esta estructura de poder que tenga atribuciones tan lesivas para las personas.

Es por esto que, sin perjuicio del objetivo específico que se pretende en esta memoria de proponer una regulación positiva a nivel constitucional, legal y administrativo que trate de mejor manera el tema de la prueba y su

---

<sup>18</sup> MOLINA, Andrés. *Instituciones políticas*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, 16° ed., p. 109-142.

<sup>19</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, Editorial Gredos, Madrid, 1988, Libro I, pp. 49-50.

obtención y validez en el proceso penal, es necesario siempre tener en cuenta el hecho de que el respeto a los derechos fundamentales es la piedra angular del poder punitivo del Estado; es su imperativo de legitimidad y ético.

Relativo a los derechos fundamentales, la doctrina ha propuesto distintas alternativas respecto al significado de la fundamentalidad de éstos, para poder distinguirlos de otros derechos. Puede ser en un sentido axiológico, en un sentido axiológico y jurídico, o en un sentido meramente jurídico<sup>20</sup>.

El primer caso, es decir, la comprensión de la fundamentalidad de los derechos desde el sentido axiológico, implica que los derechos fundamentales lo son por su vinculación con la idea de dignidad que integra el núcleo de los derechos, en razón a su lugar en la jerarquía de valores. La segunda interpretación, pone énfasis en su conexión con la dignidad, pero no aisladamente, sino en base al lugar que se le atribuye en un ordenamiento jurídico. Y por último, para la tercera interpretación, que considera la fundamentalidad desde un punto de vista exclusivamente jurídico, ésta radicaría solamente por el lugar que tengan los derechos en la jerarquía normativa.

#### **4.2.1. Concepto de derechos fundamentales: elementos**

A mayor abundamiento, en virtud de las interpretaciones relativas a la fundamentalidad, existe una diversidad de conceptos para definir exactamente qué son los derechos fundamentales. A efectos de este trabajo, optaremos por la elaboración de Díaz<sup>21</sup>, por lo completa que es, al rescatar integralmente los aportes de diversos autores.

---

<sup>20</sup> BARRANCO, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 65.

<sup>21</sup> DÍAZ, Iván, op. cit. p. 78-83.

Pues bien, Díaz, siguiendo principalmente a Peces Barba<sup>22</sup>, elabora el concepto de derechos fundamentales en consideración a cuatro elementos; su carácter moral, su positivación, su jerarquía constitucional y el hecho que establecen derechos y obligaciones jurídicas.

### **A) Carácter moral**

Es necesario revisar cada uno de los elementos para poder comprender qué entendemos como derechos fundamentales a efectos de tener presente el respeto de éstos al momento de responder la pregunta de investigación. Pues bien, respecto al carácter moral, “los derechos fundamentales son pretensiones morales”<sup>23</sup>. Parafraseando a Peces-Barba<sup>24</sup>, estos derechos cristalizan un depósito de moralidad históricamente construido en la modernidad, que expresa la dignidad de la persona. En virtud de esto, la finalidad de los derechos fundamentales recaería en resguardar la dignidad de la persona. Este elemento, considerado aisladamente, sería una representación del sentido puramente axiológico de los derechos fundamentales. Pero como ya se señaló, el concepto que se adoptó para responder la pregunta de investigación se compone de más elementos.

### **B) Positivación**

Respecto del segundo elemento que conforma a los derechos fundamentales, éste es su positivación. Citando a Peces-Barba, “un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el

---

<sup>22</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, 1º reimpresión, p. 40.

<sup>23</sup> DÍAZ, Iván, op. cit. p. 79.

<sup>24</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 235.

Derecho positivo”<sup>25</sup>. Este elemento, considerado aisladamente, sería representativo de la interpretación puramente jurídica de la fundamentalidad de los derechos. Considerado en relación a los demás elementos, por lo menos rechaza que sea suficiente con una comprensión meramente axiológica de ésta, como lo afirma Delgado al sostener que un derecho fundamental no alcanza efectividad sino hasta que se juridifica<sup>26</sup>.

De interés es el fenómeno que De Asís denomina como la paradoja de la positivación de los derechos fundamentales, en vista de que por una parte, se propugna que los derechos fundamentales son límites al poder político, pero es el mismo poder político el que reconoce dichas pretensiones morales y decide expresarlas en normas de derecho positivo<sup>27</sup>. Cabe racionalmente preguntarse entonces si es más conveniente concebir a los derechos fundamentales como tales, con prescindencia de lo que dispongan normas positivas, en virtud de su condición de pretensiones morales asociadas a la dignidad humana. De todos modos, nos atenemos al concepto cuyos elementos estamos revisando, por lo íntegro que es, además de otorgar algo más de estabilidad respecto a la fundamentalidad de los derechos.

### **C) Jerarquía constitucional**

Pasando al tercer elemento, encontramos la idea de que los derechos fundamentales son aquellos derechos consagrados positivamente en la Constitución, es decir, que se encuentran en el tope de la jerarquía de

---

<sup>25</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Editorial Latina, Madrid, 1980, p. 135.

<sup>26</sup> DELGADO, José, *Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución*, LÓPEZ, José; Del Real, J. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>27</sup> DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 74.

normas del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>. Esto, sin perjuicio de la opinión de autores como Peces-Barba, que parecen no exigir necesariamente que la positivación se realice en el nivel jerárquico constitucional<sup>29</sup>. Consideramos que por la especial importancia que tienen estos derechos, definitivamente deberían encontrarse incorporados en la norma más importante del ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución, sin perjuicio de que el desarrollo del ejercicio y protección de dichos derechos se realice en normas de inferior grado jerárquico.

#### **D) Establecimiento de derechos y obligaciones jurídicas**

Finalmente, contamos con el cuarto elemento, consistente en que los derechos fundamentales son fuente de derechos y obligaciones jurídicas. En este sentido, los derechos fundamentales impondrían al Estado la obligación de abstenerse de perturbarlos, y también de actuar para protegerlos. Algunos autores, como De Asís, sostienen además que la obligación de respetar estos derechos fundamentales recaería no sólo en el Estado, sino también en los particulares<sup>30</sup>. La incorporación de este último elemento sería lo que permite sostener que respecto de los derechos fundamentales existe una obligación jurídica de respetarlos, además de moral, logrando así con esta teoría, en nuestro concepto, una comprensión de los derechos fundamentales integral, que parte de una base axiológica, pero que reconoce la importancia de la dimensión jurídica que deben poseer<sup>31</sup>.

Para finalizar con la revisión de los elementos realizada, rescatamos la definición que a partir de aquellos se elabora, según la cual los derechos

---

<sup>28</sup> DELGADO, José, op. cit., pp. 91-92.

<sup>29</sup> PECES BARBA, Gregorio, ob. cit., p. 342.

<sup>30</sup> DE ASÍS, Rafael, *Derechos y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 362-363.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert, *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994, n° 1, p. 38.

fundamentales pueden ser comprendidos como “pretensiones morales positivizadas en el nivel constitucional de un determinado sistema jurídico que establecen derechos y obligaciones jurídicas”<sup>32</sup>.

Es en virtud de la adopción de la definición anterior que intentamos responder la pregunta de investigación de cómo regular de mejor manera la prueba en el proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno teniendo como objetivo de esa mejoría, además del debido funcionamiento del proceso penal, el pleno respeto a los derechos fundamentales, que legitima el uso del poder punitivo del Estado. Por los elementos que componen los derechos fundamentales, es primordial entonces tener en cuenta su dimensión moral y la correlativa obligación de protegerlos, pero también hay que considerar su dimensión jurídica, de consagración dentro del ordenamiento, para asegurar su efectividad, cosa que se reflejará en las propuestas de modificación a la regulación vigente en relación a la pregunta de investigación.

### **4.3. Aparente contraposición de ambas funciones**

Se ha hablado de la función del proceso penal según la concepción instrumental de éste, y también se ha ahondado en la necesidad de respetar los derechos fundamentales de las personas en el mismo, lo cual tiene gran relevancia por lo lesivo que resulta el derecho penal aplicado en las personas que se ven sometidas a sus normas. Aunque eventualmente el proceso no termine en una sentencia condenatoria, el paso por éste suele ser desagradable, incluso traumático, tanto para el imputado como para las víctimas y testigos, y todos ellos, por distintos motivos y esperando distintos resultados, quieren que llegue a término lo más pronto posible.

---

<sup>32</sup> DÍAZ, Iván, op. cit., p. 83.

### 4.3.1. Supuesta incompatibilidad

En virtud de lo anterior, la doctrina mayoritaria postula, y no con falta de razón, la contraposición que existe entre la eficiencia y eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales, puesto que en principio, el respeto a los derechos fundamentales significa proteger como mínimo su indemnidad al abstenerse de perturbarlos, consecuentemente en detrimento de la posibilidad de realizar de diligencias investigativas que puedan establecer la verdad de los hechos y atribuir responsabilidad penal a quien corresponda.

Por nombrar a algunos de los autores que postulan por esta incompatibilidad, podemos mencionar a Vacani<sup>33</sup>, que se refiere a la “antinomía fundamental que enmarca el choque entre eficiencia y sistema de garantías en el desarrollo de las anteriores etapas del proceso judicial”, a Muñoz-Conde<sup>34</sup>, que afirma que el derecho penal se encuentra dividido entre la pretensión de averiguar la verdad y la imposibilidad de hacerlo por los derechos fundamentales, o a López-Fragoso<sup>35</sup>, que sostiene que las garantías del derecho procesal penal pueden “chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos, además de Zuloaga<sup>36</sup>, quien postula que el “ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material

---

<sup>33</sup> VACANI, Pablo. *Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Argentina, 2005, p. 2.

<sup>34</sup> MUÑOZ-CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 43-44.

<sup>35</sup> LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, Asociación Juristas de la Salud, 1995, Vol. 3, N° 1, p. 26.

<sup>36</sup> ZULOAGA, John, *Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio”*, Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT, 2007, N° 6, sin paginación.

probatorio, es la instancia en la que mejor se expresan, en el proceso penal, las relaciones de tensión de la naturaleza fluida del poder punitivo con los imperativos axiológicos recogidos en la Constitución”, y la afirmación de Martínez-Pérez<sup>37</sup> de que la renuncia a la verdad material es el precio que se paga por respetar los derechos fundamentales.

Así, se podría entender, especialmente como lo expresó el último autor citado, que la garantía epistémica propia del debido proceso se vería restringida a un correcto actuar del Estado, dentro de los límites que la Constitución y las leyes le permitan desenvolverse para justificar su legitimidad en el monopolio de la fuerza, y no poder ser comparado o confundido con una gran banda de ladrones, como de buena manera lo expresa Greco a propósito del deber del Estado de respetar irrestrictamente los derechos fundamentales, aun cuando aquello traiga graves consecuencias consigo<sup>38</sup>.

#### **4.3.2. Compatibilidad**

Por otra parte, hay un sector de la doctrina, minoritario, que ha interpretado esta contraposición de una forma más atenuada, sosteniendo que no todos los derechos fundamentales y su correlativo respeto significan necesariamente un desmedro en la eficacia del proceso penal.

Uno de los autores que adscriben a esta postura es Díaz, quien sostiene en su tesis doctoral una visión en la que los derechos fundamentales y su indemnidad no se contraponen directa o necesariamente

---

<sup>37</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ, Mario, *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal en Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño*, 2008, p. 8.

<sup>38</sup> GRECO, Luis, “*Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*”, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2007, N° 4, p. 14 y 22.

con el éxito de una investigación y procedimiento de persecución penal<sup>39</sup>. Si bien acepta que la indemnidad de ciertos derechos fundamentales favorece el éxito de un procedimiento penal, propone a su vez que la vulneración de otros no sólo no afectaría negativamente al proceso, sino que lo beneficiaría, facilitando el esclarecimiento de los hechos.

Dicho de manera simple y para ejemplificar, vulnerar la integridad física y psíquica del imputado torturándolo para que confiese la comisión de un delito manchará el proceso, y toda evidencia que se obtenga de ese interrogatorio no será válida no sólo por motivos legales, sino porque una persona que es sometida a tales vejaciones dirá cualquier cosa para que termine su sufrimiento, aunque sea una mentira. En cambio, interferir las comunicaciones telefónicas del imputado para averiguar su participación en el hecho punible investigado, acto que constituye una vulneración en sus derechos aunque se haya realizado previa orden judicial, puede significar un verdadero esclarecimiento de los hechos, lo que aporta a la construcción del relato en relación a la calificación jurídica a la que se busca adecuar.

Es entonces que, teniendo en cuenta los dos objetivos que se tienen en mente para responder a qué entendemos como mejor al plantearnos la incógnita sobre cómo mejorar la regulación la prueba relativa al proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno, es que debemos conjugarlos, en el sentido que lo hace este sector de la doctrina, teniendo como principal referente la tesis de Díaz. Comprender esto será vital para poder proponer soluciones a la pregunta de investigación, para ofrecer modificaciones que resulten en un proceso penal más eficaz, pero también, respetuoso de los derechos fundamentales. De esta manera, se logrará, un proceso que sea más llevadero para todas las partes involucradas, y ojalá, también más justo.

---

<sup>39</sup> DÍAZ, Iván, op. cit., pp. 96-114.

#### **4.4. La prueba y los hechos en las etapas del proceso penal**

Una vez aclarado qué se entiende por eficacia del proceso, qué se entiende por derechos fundamentales, y la contraposición que se suscita entre ambos objetivos y su compatibilidad o incompatibilidad según la postura que se siga, es necesario enfocar la armonización entre éstos al objeto de estudio de esta memoria, o sea, aplicarla a la prueba y la obtención de ésta en un proceso penal. Para eso hay que entender cómo se produce la prueba y su relación con los hechos, es decir, cómo los hechos se entienden como verdaderos en el contexto de un juicio, por medio de los medios probatorios correspondientes.

Es conveniente recordar que la forma en que el juez arribará a la convicción de condenar o absolver, según sea el caso, será a través de las pruebas que sean aportadas por los intervinientes en juicio, para sostener sus alegaciones o defensas. Sin perjuicio de la existencia del principio de inmediación, que es uno de los principios que debe regir el proceso penal, el juez siempre conocerá de forma indirecta los hechos imputados al acusado, ya que no los presenció personalmente, y deberá apoyarse entonces en las pruebas aportadas.

Todo tipo de juicio busca esclarecer la verdad de los hechos para poder aplicar el derecho en base a ésta. Es por eso que la etapa probatoria es tan importante, ya que es el material probatorio que logre acreditarse en ésta el que servirá al juez como presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas pertinentes al caso. Si bien algo se puede decir sobre la supuesta diferencia entre la verdad real o material y la verdad judicial, con opiniones como las de Ferrajoli<sup>40</sup>, quien sostiene que existe efectivamente una distinción entre verdades, o Taruffo<sup>41</sup>, que la niega, lo cierto es que la

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 21 y 68.

<sup>41</sup> TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 84.

garantía epistémica es el norte del proceso<sup>42</sup>. Sólo conociendo los hechos es que el juez puede aplicar el derecho, y esto es a la vez condición de legitimidad del *ius puniendi*, la razón por la que existe un procedimiento legalmente tramitado que debe cumplir con garantías de racionalidad y justicia.

#### **4.4.1. Proceso de determinación de los hechos que se calificarán jurídicamente**

Ya se mencionó la importancia de la prueba para poder esclarecer los hechos y aplicar el derecho, en este caso el derecho penal material. Si se quiere proponer una mejor regulación positiva de este aspecto, es necesario primero hablar de los hechos que esas pruebas buscan acreditar, puesto que el juez debe fallar en base de éstos. Hay que ir al origen de estas pruebas, y cómo es que llegan a juicio y son valoradas, para lograr probar fehacientemente hechos.

##### **A) Hechos naturales**

Siguiendo la clasificación que plantea De Asís<sup>43</sup>, en primer lugar tenemos los hechos naturales o investigados. Hay que tener en consideración que si bien el juez aplicará el derecho en base a los supuestos de hecho que se adecúen a éste, y aun cumpliéndose el principio de la inmediación de un juicio oral como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico en relación al proceso penal, la verdad es que el juez nunca podrá conocer los hechos de primera fuente. El juez deberá tomar conocimiento de los hechos naturales por medio de las proposiciones fácticas que realicen los abogados de las partes de éstas dentro del contexto de un juicio oral. Estas

---

<sup>42</sup> CERDA, Rodrigo, *Averiguación de la verdad como fin del proceso*, Revista de la justicia penal, Editorial Librotecnia, 2012, p. 20.

<sup>43</sup> DE ASÍS, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Editorial Marcial Pons, 1995, pp. 99-101.

proposiciones deberán ser verificadas más adelante para que tengan peso al momento de realizar el juez la deliberación.

Así, para que los hechos naturales, brutos, pasen a su vez a ser hechos alegados, es necesario realizar tres operaciones sucesivas. La primera consiste en dismantelar los hechos naturales para seleccionar solamente los que sean jurídicamente relevantes, que sean meritorios de una aplicación del derecho, lo que en el ámbito de este trabajo, implicaría asegurarse que los hechos brutos que se quieren traer a juicio son constitutivos de delito<sup>44</sup>.

La segunda operación consiste en asociar de manera significativa los hechos seleccionados, es decir, reunir aquellos hechos que se determinó son relevantes jurídicamente, y concadenarlos lógicamente para darles sentido, tarea que queda a cargo del ente persecutor y encargado de la investigación<sup>45</sup>, que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, recae en el Ministerio Público.

Por último, la tercera operación implica la presentación de los hechos jurídicamente relevantes asociados de forma lógica, en la forma de un relato que sea capaz de explicar de forma coherente qué es lo que ocurrió, por qué y cómo<sup>46</sup>, además de poder ser analizado jurídicamente.

## **B) Hechos alegados**

Así pues, en virtud de las operaciones recién mencionadas, los hechos alegados son aquellos seleccionados de entre los hechos brutos en

---

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Editorial Trotta, 3° ed., España, 1998, p. 64.

<sup>45</sup> HAGAN, Frank, *Research methods in criminal justice and Criminology*, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1989, 2° ed., p. 16.

<sup>46</sup> COLOMA, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados*, Revista de Derecho (Valdivia), 2006, Vol. 19, n° 2.

virtud de su relevancia jurídica, ordenados lógicamente y contenidos en un relato que explique de forma coherente qué ocurrió, cómo y por qué, que puedan ser analizados jurídicamente por el juez pertinente.

Luego, los hechos alegados deben ser probados. El autor mencionado desarrolla las tareas que debe realizar el juzgador para realizar el razonamiento judicial<sup>47</sup>; en primer lugar, debe evaluar la eficacia probatoria de los medios de prueba en base a criterios como la pertinencia, relevancia, necesidad y legitimidad<sup>48</sup>, en razón del control de admisibilidad que deberá realizar, en nuestro ordenamiento jurídico, el Juez de Garantía, para decidir si incluir las pruebas que sustenten dichos hechos alegados en el auto de apertura, sin perjuicio de la facultad de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de examinar también la eficacia probatoria de los medios de prueba que hayan definitivamente arribado a su conocimiento.

En segundo lugar, habrá que analizar la credibilidad de los medios de prueba, lo que deja entrever la diferencia que existe entre un argumento que sustente una postura y un buen argumento, es decir, uno que sea de calidad, en base a su credibilidad. Eso, según el autor, se logra por medio de criterios de imparcialidad, idoneidad y fidelidad.

En tercer lugar, corresponde interpretar el contenido del medio de prueba, labor que realiza el juzgador a través del razonamiento judicial, para precisar cuál es la información que aporta cada medio de prueba admitido y, en consecuencia, cuál es la información que llega verdaderamente a conocimiento de éste.

Como cuarta y última tarea para que los hechos alegados pasen a ser hechos probados, corresponde que el juez, otra vez a través del

---

<sup>47</sup> DE ASÍS, Rafael, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>48</sup> CAFFERATA, José, *La prueba en el proceso penal*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 2001, 4° ed., pp. 18-24.

razonamiento judicial, determine la verosimilitud de los hechos alegados<sup>49</sup>, lo que implica vincular la información que aportó cada medio de prueba a las proposiciones fácticas de los intervinientes.

### **C) Hechos probados**

Es entonces que en virtud de las tareas que deben realizarse para que los hechos alegados sean probados, podríamos decir que los hechos probados son aquellos que se sustentan en medios de prueba eficaces y creíbles, de los cuales el juzgador es capaz de extraer información probatoria, que a través del razonamiento judicial los determina como verosímiles.

Finalmente, los hechos probados, para poder ser considerados efectivamente por el juez para dictar una sentencia definitiva en base a ellos, deben convertirse en hechos fijados, que pueden ser calificados jurídicamente. Considerando que por regla general, las proposiciones fácticas que sostengan los intervinientes sean contradictorias entre sí, es de toda lógica que los hechos probados sigan la misma suerte. Esto implica que es probable que en un mismo juicio existan hechos probados que tiendan a corroborar la alegación de culpabilidad del imputado, y hechos probados que tiendan a corroborar su inocencia<sup>50</sup>.

El principio de presunción de inocencia juega un rol fundamental<sup>51</sup> al momento de encontrarse el juez con hechos probados contradictorios entre sí, puesto que hay que tener siempre en mente que lo que hay que probar al final de todo, es la culpabilidad del imputado, no su inocencia, lo que

---

<sup>49</sup> MATHEUS, Carlos, *Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba*, Revista de Derecho (Valdivia), 2003, Vol. 14, p. 176.

<sup>50</sup> BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 41-42.

<sup>51</sup> ANDRÉS, Perfecto, *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997, año 10, n° 13.

implica que la carga de la prueba recae en el ente persecutor, lo que en nuestro ordenamiento jurídico significa que “el Ministerio Público debe aportar a juicio el material probatorio suficiente para vencer tal presunción de inocencia”<sup>52</sup>, y que no es necesario que los hechos que prueben la inocencia del imputado logren alcanzar a ser hechos fijados, si es que no existen hechos fijados lo suficientemente fuertes que demuestren su culpabilidad, más allá de toda duda razonable<sup>53</sup>.

#### **D) Hechos fijados**

Es entonces, sólo una vez que los hechos probados logren superar el estándar que impone la presunción de inocencia, que pasarán a la categoría de hechos fijados, que son aquellos que acreditan las pretensiones fácticas que propusieron los intervinientes al iniciar el procedimiento. Entonces, la única forma en que el juez pueda derribar la presunción de inocencia, alcanzando el estándar de convicción de la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable, será con aquellos hechos que se hayan fijado en el juicio, que comprueban la efectividad de las alegaciones.

#### **4.4.2. Interrupción del proceso de determinación de los hechos**

Ya se dijo que los hechos brutos no llegan a conocimiento del juez, sino que pasan por un proceso evolutivo a través del proceso, en las etapas de alegaciones y pruebas, para convertirse en hechos alegados, probados y fijados que puedan ser susceptibles de utilizarse como fundamento de la sentencia definitiva, en la forma que se explicitó en los párrafos anteriores.

---

<sup>52</sup> CERDA, Rodrigo, *El juicio oral*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 2003, p. 160.

<sup>53</sup> CAROCCA, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal*, en: CAROCCA, Alex; DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián; BAYTELMAN, Andrés, VARGAS, Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, Editorial ConoSur, Santiago, 2000, p. 90.

Sin embargo, es posible que los hechos en cuestión no alcancen a derribar el estándar de convicción más allá de toda duda razonable que impone el principio de presunción de inocencia. Es posible que los hechos naturales ni siquiera se introduzcan en el juicio al no ser alegados en su oportunidad. Y puede ser también, que los hechos alegados no logren probarse en virtud de carecer los medios de prueba que los sustentan de eficacia, ya sea por su irrelevancia, o incluso falta de legitimidad. Es en virtud de lo anterior que los hechos fijados pueden distar de los hechos naturales. En principio, esa diferencia parece ser algo negativo, ya que lo ideal sería que el juez falle en base a lo que realmente ocurrió.

La interrupción del transcurso que naturalmente deberían tener los hechos brutos para convertirse en hechos fijados, cumpliendo con los pasos y tareas ya mencionadas en los párrafos anteriores, implica una falla del sistema de justicia criminal, y más específicamente, del derecho procesal penal, ya que en virtud de esta interrupción ciertos hechos no podrán ser conocidos y valorados, alterándose la capacidad del proceso penal de esclarecer los hechos, empequeñeciendo la garantía epistémica. Citando a Taruffo, “ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda sobre hechos equivocados, o sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión”<sup>54</sup>, concepto que consideramos también aplicable al supuesto en que el juez no pueda fallar correctamente, por falta de prueba.

Sin embargo, hay que tener consciencia de que ciertos hechos pueden no alcanzar la etapa de fijados porque la prueba que los sustentan fue obtenida ilegalmente, vulnerando derechos fundamentales, por lo que no podrá ser valorada y deberá ser excluida lo más pronto posible del desarrollo del juicio. En el ordenamiento jurídico chileno, “el hecho que la ley le asigne al Juez de Garantía y no al tribunal del juicio la función

---

<sup>54</sup> TARUFFO, Michell, *Verdad negociada*, Revista de Derecho Austral de Chile, Vol. 21, n° 1, 2008, p. 136.

principal en la exclusión de prueba ilícita demuestra la preferencia por establecer el control al nivel de la admisibilidad, para evitar que el tribunal del juicio llegue a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido y se forme un prejuicio con pruebas que no podrá después valorar”<sup>55</sup>, por lo que simplemente, el juez no debe fallar en base a tales pruebas, aunque fueran esclarecedoras de los hechos.

Hay que recordar los dos objetivos o intereses que se conjugan a efectos de responder la pregunta de investigación respecto a cómo mejorar la regulación de la prueba en este sentido, puesto que el adecuado funcionamiento del proceso penal no puede ser a costa de la vulneración de derechos fundamentales, sino que hay que encontrar un equilibrio, en la medida de lo posible.

Es por esto que, una vez desarrollados los dos intereses que se tienen como norte para comprender qué sería mejor en una correcta regulación de la prueba en relación al proceso penal, y la forma en que los hechos naturales se transforman en hechos fijados gracias a los medios de prueba, corresponde dar cierre a este capítulo y pasar a revisar las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico relativas a la materia y la experiencia comparada, para proponer modificaciones que den respuesta a la pregunta de investigación, iniciando con las normas de rango constitucional.

---

<sup>55</sup> CERDA, Rodrigo, *Apuntes de clases Proceso Penal*, Universidad de Concepción, Concepción, 2021, p. 188.

## **CAPÍTULO I**

### **Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel constitucional**

#### **1. Regulación actual: Constitución Política de la República de 1980**

Realizadas la introducción y precisiones correspondientes para entender el propósito de esta memoria, corresponde realizar las propuestas de modificación de aquellas normas jurídicas que regulan la prueba relativa al proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno, partiendo por las normas de rango constitucional, en virtud de su superioridad jerárquica en el ordenamiento jurídico.

Antes de proceder a la propuesta de modificaciones de normas de orden constitucional, es imprescindible conocer la regulación actual y evaluar los efectos de su aplicación, además de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales que hayan surgido a propósito de ésta, en la respectiva bajada normativa. En lo que atañe a este capítulo en particular, se revisarán las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Política de la República.

A la fecha de escribir estas líneas, la Convención Constitucional ha terminado de redactar el Proyecto de Nueva Constitución, que será sometido a un plebiscito de ratificación. Por el momento, la Constitución que nos rige actualmente es la del año 1980, sin perjuicio de que aquello pueda cambiar en un futuro cercano. Es éste el texto que revisaremos a mayor profundidad, aunque también analizaremos la propuesta de Nueva Constitución al final de este capítulo.

##### **1.1. Derechos fundamentales y tratados internacionales**

Referente al tema de este trabajo, es de importancia recordar el contenido del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la

República de 1980, que impone como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, los derechos fundamentales, cuya comprensión a efectos de este trabajo se hará en base a los elementos que los componen según la opinión de Díaz, ya desarrollados en el capítulo anterior.

Además, el inciso en cuestión impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover dichos derechos, consagrados en la misma Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Respecto a esa última parte, es conveniente recordar que, entre otros, Chile ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **1.1.1. Pacto de San José de Costa Rica**

Es conveniente revisar las obligaciones que ha contraído Chile al ratificar este tratado internacional. El artículo 1 del Pacto de San José de Costa Rica impone a los países miembros el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. El artículo siguiente se encarga de que este compromiso sea llevado a cabo, ya que impone a los Estados a que tomen medidas concretas, ya sean legislativas, constitucionales o de otro tipo, que materialicen lo dispuesto en el artículo primero.

En los artículos siguientes se desarrolla el Capítulo II, que consagra derechos esenciales para el desarrollo de la persona humana, como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad personal, entre otros, además de las garantías judiciales, el principio de legalidad y retroactividad, todos estos relevantes a efectos de la obtención de la prueba en el proceso penal. Como Chile forma parte de esta Convención, hay que entender que lo que dispone ésta es vinculante, y nuestro país debe cumplir creando las

normas necesarias para asegurar su debido cumplimiento. A efectos del tema de esta memoria, gran importancia tiene el artículo 7 y los numerales que contiene, respecto al derecho a la libertad personal.

### **1.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es de relevancia señalar lo que dispone su artículo 7, ya que prohíbe que las personas sean sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto se relaciona con la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, y también, con el valor epistémico que saldría de una posible confesión que es el resultado de una coerción como la tortura o tratos crueles. Lo que salga de esa declaración no podrá tener valor en juicio, por razones de legitimidad, y también de sentido común.

Gran importancia tiene también el artículo 9, que asegura a toda persona el derecho a la libertad y seguridad personales, por lo que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, ni podrá ser privado de libertad sino por causas fijadas en la ley y de acuerdo a un debido proceso. Se imponen requisitos a la detención de las personas, como informarle de las razones de la misma, se asegura que las personas detenidas serán llevadas sin demora ante el juez competente para ejercer las funciones judiciales correspondientes y ser juzgadas dentro de un plazo razonable o ser puestas en libertad, según el caso, y también se señala el carácter doble excepcional que debe tener la medida cautelar de prisión preventiva.

En el artículo 14 se asegura la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y también la presunción de inocencia cuando una persona sea acusada de un delito. Asimismo, el artículo se dedica a desglosar una serie de garantías mínimas con las que contará en juicio la persona acusada de la comisión de un delito, como a ser informada sin demora de la naturaleza de la acusación formulada en su contra, a ser juzgada sin dilaciones indebidas, a contar con un abogado, a no ser obligada a declarar contra sí misma, entre otras.

El artículo 17 protege la intimidad de las personas y la inviolabilidad de su hogar y de su correspondencia, al asegurar que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

### **1.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se repite básicamente la misma fórmula que en los instrumentos anteriores, con el preámbulo y los primeros artículos que imponen a los países adherentes a cumplir con lo dispuesto en éstos. Vale la pena señalar el artículo 5 numeral primero, que dice que ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en éste, o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. Y el numeral segundo agrega que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país a pretexto de que este pacto no los reconoce o lo hace en menor grado.

### **1.2. Catálogo de derechos del artículo 19**

La parte dogmática de la Constitución Política de la República de 1980 se encuentra en su artículo 19, que consagra un catálogo de derechos de las personas. Este artículo dispone que la Constitución asegura a todas las personas los derechos fundamentales que se encuentran enumerados. Ahora, procederemos a revisar los derechos de este catálogo que sean relevantes a la pregunta de investigación.

### **1.2.1. Debido proceso**

Es importante recordar que en el n° 3 se asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. En este numeral están contenidas las garantías de un debido proceso, el que se asegura al imponerle al legislador la tarea de que el procedimiento e investigación sean racionales y justos. En consecuencia, implícitamente, también se le impone al juez la tarea de garantizar la racionalidad y justicia de éstos.

En el caso del proceso penal chileno, el juez que vela porque el juicio, y especialmente la investigación, cumplan con estas exigencias, es el Juez de Garantía, esto debido a la configuración orgánica que divide a los tribunales penales en los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y les atribuye distintas funciones y etapas del proceso. Como la investigación que lleva a cabo el ente persecutor es desformalizada, el Juez de Garantía asume un rol fundamental para asegurar la observancia y respeto a los derechos fundamentales de las personas que se vean afectadas por las diligencias investigativas que realice el Ministerio Público, ya sea otorgando las autorizaciones judiciales pertinentes en caso de que se pretenda llevar a cabo diligencias investigativas intrusivas, ya sea fiscalizando a posteriori la legalidad de los actos del ente persecutor, como lo sería revisar la legalidad de la detención de un sospechoso.

El numeral analizado, en lo que se refiere específicamente al derecho penal, señala en su cuarto inciso que toda persona que sea imputada de cometer un delito tiene el derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si es que no nombrare uno en su oportunidad. Esto constituye una consagración a nivel positivo del derecho a la defensa, en su sentido formal. El inciso séptimo prohíbe que la ley presuma de derecho la responsabilidad penal. Es decir, si bien pueden existir presunciones en el derecho penal, estas sólo podrán ser simplemente legales, es decir, susceptibles de ser derribadas con prueba en contrario.

En el quinto inciso, siempre del mismo numeral, se asegura el derecho al juez natural, al establecer la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, sino por un tribunal que se hallare establecido por ley con anterioridad a la perpetración del hecho.

Como se mencionó más arriba, también se asegura, en el inciso sexto, un debido proceso, el que se materializa en la necesidad de que éste haya sido establecido legalmente previamente a la comisión del hecho, y en las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos.

De nuevo relativo exclusivamente al derecho penal, la Constitución consagra lo que constituye el principio de legalidad o tipicidad, *nullum crimen nulla poena sine lege*, al indicar expresamente que la pena de un delito debe encontrarse establecida en una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del delito. Aunque se incluye una excepción; el caso en que la nueva ley, es decir, aquella que se dictó con posterioridad a la comisión del delito, sea favorable al afectado.

### **1.2.2. Libertad personal y seguridad individual**

Otro numeral que es importante de analizar a efectos de este trabajo es el séptimo, siempre del artículo 19, que asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Considerando la naturaleza de las penas del derecho penal, además de la existencia de medidas cautelares como la prisión preventiva, este derecho tiene gran relevancia en lo que al procedimiento respecta. Es más, la actual Constitución desglosa este séptimo numeral de forma extensa, señalando los diversos derechos que poseen los individuos como consecuencia de este derecho, o sea, que emanan de éste.

Por ejemplo, en la letra a) se consagra el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y trasladarse dentro de ésta, y también salir y entrar a su territorio, cumpliendo las exigencias legales correspondientes. De gran importancia a efectos del presente trabajo es el

derecho de la letra b) referente a la prohibición de privar o restringir la libertad personal de las personas, sino en la forma que la Constitución y las leyes determine.

También es relevante lo que dispone la letra c), respecto a la prohibición que tiene el Estado de arrestar o detener a individuos sin contar con la orden expedida por un funcionario público que esté facultado por ley para hacerlo, y sin que ésta haya sido intimada en forma legal. La única excepción que existe respecto de la exigencia de estos requisitos es el caso en que el detenido haya sido sorprendido en delito flagrante, pudiendo entonces omitirse los requisitos de una orden de detención previa y su debida intimación. La ley se encarga de pormenorizar los supuestos en que existe flagrancia en el Código Procesal Penal, específicamente en el artículo 130. Este artículo enumera de forma taxativa los supuestos en que se considera que existe flagrancia. Con el paso de los años se han ido agregando más supuestos, cuando la verdad es que, en sentido estricto, la única causal que se pone en el sentido puro de flagrancia es la de la letra a), que es el caso en el que quien es detenido haya sido encontrado cometiendo el delito. La misma Constitución establece los plazos para dar aviso al juez y poner a disposición de éste al detenido. En la ley, sin embargo, se vuelve a regular esta materia, estrechando más aún los plazos.

A su vez, letra d) del mismo numeral se encarga de regular los lugares en que deben quedar las personas privadas de libertad, ya sea por razón de arresto, detención, prisión preventiva o prisión en cumplimiento de condena, señalando que sólo podrán ser lugares destinados a tal efecto la casa del afectado y los lugares públicos que en el numeral se enuncian. En los párrafos siguientes, la Constitución se encarga regular y consagrar los derechos que tendrá la persona privada de libertad en alguno de los contextos especificados más arriba, así como las obligaciones de las personas encargadas de supervisarla, como la obligación de dejar constancia de la orden correspondiente en un registro público. Asimismo, se asegura que el hecho de que el afectado se encuentre encerrado no deberá ser

motivo para quedar incomunicado con el funcionario encargado de la casa de detención en la que se encuentre. Además, se consagra constitucionalmente la obligación de este funcionario de transmitirle al juez competente, a petición del afectado, la copia de la orden de detención o pedir una copia, o dar un certificado de hallarse detenido el individuo, en caso de que se halla omitido anteriormente ese requisito.

Luego, la letra e) del numeral estudiado asegura el carácter de última ratio del derecho penal, acotándolo las medidas cautelares de detención y prisión preventiva, al consagrar constitucionalmente que la libertad personal deberá ser el estado natural y regla general respecto del afectado, siendo las privaciones a ésta la excepción. Este numeral vendría adelantando lo que a nivel legal se regula en el Código Procesal Penal respecto del carácter de última ratio que tiene la privación de libertad no sólo como regla general del derecho penal o de las penas a aplicar, sino también como último recurso respecto de las medidas cautelares, lo que implica que en caso de que sea necesario aplicar una medida cautelar, siempre deberá considerarse en principio la aplicación de las demás medidas existentes en el ordenamiento jurídico, y sólo cuando éstas se estimen insuficientes para el objetivo de una medida cautelar, es que se debe aplicar la prisión preventiva.

Más adelante en la letra f) se consagra un derecho que tiene gran importancia en lo que se refiere a la prueba que se puede utilizar en un procedimiento penal para determinar la responsabilidad del imputado, al consagrar en este tipo de causas la prohibición de obligar al imputado a declarar bajo juramento sobre hecho propio, extendiendo esta prohibición a sus parientes más cercanos, que determina la ley. Más adelante se volverá respecto a este tema.

### **1.3. No afectación de los derechos en su esencia**

Es al final del catálogo de derechos que consagra el artículo 19, en el último numeral, o sea, el n° 26, que se otorga una garantía respecto a todos

los derechos contenidos en los demás numerales. Pues bien, en este numeral se asegura a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Este numeral viene a encargarse de que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales no los afecte sustancialmente, hasta el punto de que se vulnere su esencia. Esto, porque el ordenamiento jurídico, a través de la Constitución, debe regular el ejercicio de los derechos de las personas para asegurar una convivencia pacífica, lo que necesariamente implica la limitación éstos. Pues bien, los derechos fundamentales pueden limitarse, puesto que “no todo acto o actividad se enmarca en el ámbito cubierto por la norma fundamental”<sup>56</sup>. Siguiendo la teoría de la tipicidad iusfundamental, los derechos concentran en su núcleo a la dignidad humana, mientras que el área de alrededor, denominada penumbra, es susceptible de limitaciones. Teniendo en cuenta esta distinción, hay que comprender la norma del numeral 26 como una forma de proteger la indemnidad del núcleo de los derechos fundamentales, pero que a la vez admite la regulación que la misma Constitución o las leyes realice respecto a su ejercicio, en lo que atañe a su área de penumbra.

#### **1.4. Ministerio Público y Fuerzas de Orden y Seguridad**

Es necesario referirnos a la forma en que la Constitución regula a las Fuerzas de Orden y Seguridad y la relación que tienen con el Ministerio Público, en consideración a que estas instituciones son las que en el cumplimiento de su deber interactúan con los hechos naturales y recaban en sus diligencias investigativas los medios de prueba que servirán de

---

<sup>56</sup> ALVEZ, Amaya, *Norma y tipicidad iusfundamental*, en; CONTRERAS, Pablo; SALGADO, Constranza (eds.), *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*, Editorial LOM, 2017.

fundamento fáctico para que los hechos alegados, logren convertirse en hechos fijados, según las reglas ya revisadas en el capítulo anterior.

Pues bien, el Ministerio Público se encuentra regulado en el artículo 83 de la Constitución, que lo define como un organismo autónomo y jerarquizado que dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y que en su caso, ejerce la acción penal pública en la forma prevista por la ley, además de corresponderle la adopción de medidas para proteger a las víctimas y los testigos. La existencia de un órgano como éste es la consecuencia de la adopción del sistema acusatorio que rige nuestro proceso penal, que vino a reemplazar el antiguo sistema inquisitivo, en el que el juez era el encargado de investigar los hechos que más adelante juzgaría.

En el tercer inciso de dicho artículo se le otorga al Ministerio Público la facultad de impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, para que éstos realicen las diligencias investigativas correspondientes que aseguren su éxito. Agrega además este inciso, que las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

Importante es la última parte, que señala que la autoridad requerida deberá cumplir sin más las órdenes impartidas, sin poder calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en caso de ser procedente. Esto implica que los funcionarios de las Fuerzas del Orden y Seguridad, pese ser parte integrante de éstas y sujetos a sus jerarquías internas, se encuentran también supeditados a lo que ordene el Ministerio Público respecto a las diligencias investigativas que deben realizar.

Por su parte, el artículo 101 inciso segundo señala cuáles son las instituciones que integran las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, que

son Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones. Agrega además que estas instituciones constituyen la fuerza pública, y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas.

De lo dispuesto en el artículo recién mencionado podemos extraer que la Constitución consagra expresamente la función que deben cumplir las instituciones de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, es decir, su finalidad. Es entonces, en virtud de garantizar el orden público, que sus funcionarios realizan las labores investigativas de hechos constitutivos de delitos, actividades que le dan eficacia al derecho, ya que implican una colaboración para que se desarrolle adecuadamente el proceso penal, y en consecuencia, la aplicación del derecho penal material cuando corresponda.

Lamentablemente, en ocasiones el actuar de estos funcionarios no obedece a los límites que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de sus atribuciones, actuando en contra de la Constitución y la ley, contaminando la prueba que obtienen con dicha infracción, y no pudiendo ser utilizada en juicio. Parte del objetivo de esta memoria es evitar que esto suceda. Pero también, más adelante se propondrán formas de sortear la ilicitud de los medios de prueba, para que puedan ser de todos modos valorados por el juez. Esto claro, según contadas excepciones, debidamente justificadas. De esto se hablará más adelante, pues es momento de revisar el derecho comparado en la materia que atañe a este capítulo.

## **2. Soluciones en constituciones de derecho comparado**

Hasta ahora se han mencionado algunos de los artículos de la actual Constitución que son relevantes a efectos del objeto de investigación del presente trabajo. Como ya se mencionó anteriormente, el marco de la pregunta de investigación se sitúa siempre dentro del derecho nacional, es

decir, sobre cómo se regula la prueba respecto del proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno. Dicho lo anterior, esto no significa que con el objeto de responder esa pregunta no se pueda observar la regulación que existe en otros países al respecto, para saber qué dificultades han tenido y cómo las han resuelto.

## **2.1. Estados Unidos**

Es de gran interés analizar la situación que ocurre en Estados Unidos, ya que es en este país que se ha elaborado una interesante teoría respecto a la exclusión de la prueba del proceso penal cuando ésta ha sido obtenida ilícitamente. Cabe previamente advertir que Estados Unidos es un país perteneciente al sistema de Common Law<sup>57</sup>, familia jurídica que se contrapone a la familia del derecho continental o Civil Law, que es aquella a la que pertenece nuestro ordenamiento jurídico. Esto es relevante de mencionar precisamente por el origen de estos límites a la regla de exclusión que ha elaborado este país, de acuerdo a cómo funciona el sistema de fuentes del derecho en el sistema de Common Law.

Hay que partir de la base que, en Estados Unidos, al igual que en Chile, se prohíbe la utilización y valoración de prueba en el juicio que haya sido obtenida de forma ilícita. Sin perjuicio de que algo hay que decir más adelante respecto a qué constituye la ilicitud de una prueba, se puede por el momento afirmar que hay un consenso de que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, es decir, que el fin no justifica los medios si es que éstos son especialmente dañinos para con el imputado. Dicho lo anterior, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado en base a casos concretos algunas excepciones a esta regla general de exclusión de la prueba ilícita, o mejor dicho limitaciones a ésta.

---

<sup>57</sup> DAVID, René; JAUNFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducido por Jorge Sánchez Cordero, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 11° ed., p. 207.

### 2.1.1. Bill of Rights

Tal como señala Hernández<sup>58</sup>, es en el plano constitucional que se discuten fundamentalmente estas reglas de exclusión, sin perjuicio de que exista una regulación a nivel legal tanto a nivel federal como estadual. No existe una única regla de exclusión como excepción a la regla general de la no valoración de la prueba obtenida con infracción a los derechos fundamentales, ya que se fundamentan en distintas razones, como la inevitabilidad de la obtención de la prueba independientemente del medio que se haya terminado empleando, la buena fe de los funcionarios que la hayan obtenido, entre otras.

Esta diversidad se produce porque estas reglas no fueron creadas por una fuente del derecho de carácter general como la ley, sino que se crearon en la Corte Suprema para resolver casos concretos que llegaron a su conocimiento. Estas soluciones no son propuestas de forma discrecional por los jueces, sino que se sustentan en la regla general contenida en el cuerpo normativo más importante de un Estado, que es su Constitución.

La Constitución de los Estados Unidos, que data del año 1787, ha recibido diversas modificaciones con el paso de los años, siendo la Carta de Derechos o Bill of Rights en su idioma original tal vez la enmienda más importante. Consiste en el conjunto de las diez primeras enmiendas que se le hicieron a la Constitución, que serían el equivalente al artículo 19 de nuestra Constitución. Es respecto de estos derechos y garantías que se realiza una interpretación a nivel jurisprudencial para realizar excepciones a la regla de prohibición de producción y valoración de la prueba ilícita u obtenida con infracción a los derechos fundamentales.

Por ejemplo, la cuarta enmienda ha sido utilizada a estos efectos. Ésta dispone que no se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus

---

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ, Hector. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, n° 2, 2005, pp. 10-11.

personas, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y que no se podrán expedir órdenes en ese sentido sino en virtud de una causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas. Como se esperará, esta garantía se ha utilizado en procedimientos en que la prueba fue obtenida efectuando registros o detenciones arbitrarias, o se ha infringido la seguridad de las personas e inviolabilidad de su hogar y de sus comunicaciones privadas. En principio, se excluye la prueba que se haya obtenido con infracción a la garantía de esta enmienda.

En el año 1914 en el caso *Weeks v. United States*<sup>59</sup>, la Corte Suprema aplicó este razonamiento por primera vez. Hay que recordar que el fundamento de estas exclusiones se basa en el correcto funcionamiento e integridad de la administración de justicia y de sus funcionarios policiales, cosa que fue criticada en votos disidentes respecto a fallos como éste, porque los funcionarios que vulneraban la Constitución no recibían castigo por su mal actuar, quedando además el imputado y posible criminal en libertad.

También se ha recurrido a la quinta enmienda, que prohíbe obligar a una persona a testificar contra sí misma en una causa penal, además de la prohibición de ser privada en su libertad, vida o propiedad sin un debido proceso previo. Esta garantía se ha utilizado en el año 1966 en el caso *Miranda v. Arizona*<sup>60</sup>, que ha traído consecuencias más allá de esa situación concreta que se falló, en base del sistema de precedente que tienen los estadounidenses.

---

<sup>59</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 24 de febrero de 1914, "*Weeks v. United States*" 232 U.S. 383.

<sup>60</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 13 de junio de 1966, "*Miranda v. Arizona*" 384 U.S. 436.

### 2.1.2. Reglas de exclusión

En virtud de las interpretaciones que se pueden realizar a las enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, y por la importancia que reviste la jurisprudencia con su sistema de precedentes en los ordenamientos jurídicos de Common Law, la jurisprudencia norteamericana ha arribado a una pluralidad de reglas de exclusión, para justificar fundadamente la admisión y valoración en juicio de prueba obtenida ilícitamente o con infracción a los derechos fundamentales. En la ratio decidendi de cada una de estas sentencias quedan plasmadas la motivación y fundamento de la decisión, que son verdaderas reglas de derecho que deben ser observadas por los demás tribunales en virtud de su obligatoriedad<sup>61</sup>.

#### A) Actuaciones de buena fe

Existen muchas excepciones a la regla general de exclusión. Contamos con actuaciones realizadas de buena fe por los funcionarios policiales, explicitadas en el caso *United States v. Leon*<sup>62</sup> de 1984, en el que funcionarios policiales entraron y registraron un lugar cerrado, encontrando droga, en virtud de una orden judicial aparentemente válida que se probó más adelante estar viciada al no encontrarse fundada en una verdadera causa probable, lo que derivó en reglas para determinar cuándo una situación como ésta amerita la exclusión de tal prueba o no.

La propia Corte se encargó de delimitar los presupuestos de aplicación de esta regla de exclusión, indicando los casos en que no sería admisible su procedencia, en base a supuestos de hecho en los que no se puede esperar que un oficial de policía razonablemente entrenado confíe en la legitimidad de la orden. Es decir, se exige entonces no sólo una buena fe

---

<sup>61</sup> DAVID, René; JAUNFFRET-SPINOSI, Camille, op. cit., p. 267.

<sup>62</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 5 de julio de 1984, "*United States v. Leon*", 897, L., Ed. 2d 677.

subjetiva, sino también objetiva. Algunos de los supuestos en que no se puede admitir la aplicación de esta regla de exclusión son cuando la orden fuera tan insuficiente respecto a la especificación del lugar a registrar o las cosas a incautar, o cuando el magistrado haya abandonado su rol judicial.

Si comprendemos que el fundamento de la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente es disuadir a los funcionarios policiales, no tendría entonces sentido no admitir a valoración la prueba que es obtenida de forma ilícita cuando existe buena fe de éstos, ya que actuaron, en su consciencia, acorde a derecho. Sobre esto se volverá más adelante en los capítulos encargados de realizar la bajada normativa de las propuestas de modificación de normas de nivel constitucional que se aporten.

### **B) Actuaciones exclusivamente privadas**

Existe una excepción derivada de actuaciones llevadas a cabo por privados, como ocurrió en el caso *Walter v. United States*<sup>63</sup> de 1980, en el que particulares, al recibir por error paquetes postales, deciden abrirlos, descubriendo que contenían material obsceno, por lo que lo envían a agentes del FBI que toman de este modo conocimiento de la existencia de la evidencia. También existe el caso *Skinner v. Railway Labor Executives Association*<sup>64</sup>, de 1989, en que la evidencia fue obtenida en virtud de las muestras de sangre y orina que realizaba a sus empleados que se veían involucrados en accidentes ferroviarios.

Es en virtud de esta regla de exclusión, que merece plantearse el alcance de la diferencia que existe respecto de los particulares y el Estado, representado en sus funcionarios públicos, en lo relativo al respeto de los derechos fundamentales. Somos de la idea de que ésta regla de juicio puede

---

<sup>63</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 20 de febrero de 1980, "*Walter v. United States*", 447 U.S. 649.

<sup>64</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 21 de marzo de 1989, "*Skinner v. Railway Labor Executives Association*", 489 U.S. 602, 109 S.Ct.

y debe ser aplicable, pero con ciertas limitaciones, buscando así evitar que se ampare el atentar contra los derechos fundamentales y que los funcionarios policiales utilicen a los privados como verdaderos escudos jurídicos de sus deberes y responsabilidades disciplinarias.

### **C) Doctrina del fruto del árbol envenenado**

Un principio que rige las reglas de exclusión de prueba en el derecho estadounidense es la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que impide que se admita en juicio y se valore no sólo la prueba obtenida en la actuación ilegítima, sino toda otra prueba cuyo origen provenga de esa prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales. Esta doctrina tiene su origen en el fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States*<sup>65</sup> de 1920, en el que se impidió forzar el interrogatorio de un testigo de cuya existencia se supo por documentación que habría sido incautada de forma ilegal.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia ha creado elaboraciones jurisprudenciales que logran sortear el efecto de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Estas excepciones consisten en la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable, y el principio del vínculo atenuado. Estas reglas de exclusión tienen en común la atención que centran en el vínculo causal existente entre la ilicitud, y la obtención de pruebas que en principio no podrían ser admitidas. Esto, ya sea por lo atenuado del vínculo, o derechamente por su inexistencia, según la regla de que se trate<sup>66</sup>.

#### **i) Doctrina de la fuente independiente**

Una de las reglas de exclusión que surge como respuesta a la doctrina del fruto del árbol envenenado es la doctrina de la fuente independiente, que

---

<sup>65</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 26 de enero de 1920, “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*”, 385, S. Ct. 182.

<sup>66</sup> HERNÁNDEZ, Hector. ob. cit., 10-41.

se evidenció en casos como el de *State v. O'Bremski*<sup>67</sup> de 1967, en el que en el allanamiento ilegal del hogar del imputado se halla a una menor, cuyo testimonio fue de gran valor para determinar la responsabilidad del acusado. En ese caso, se consideró la fuente como independiente ya que se sabía entonces que los padres de la niña habían dado noticia de su desaparición, y el departamento del imputado ya había sido determinado y hallado por un informante de la policía. Luego tenemos casos como el de *United States v. Bacall*<sup>68</sup>, de 1971, en que la fuente independiente es descubierta de forma posterior.

Comparando los dos fallos señalados, es válido cuestionarse la verdadera independencia de una fuente de la que se toma conocimiento posteriormente desde el punto de vista cronológico, ya que los funcionarios policiales que actuaron infringiendo la ley y la Constitución en ese momento, no tenían noción de que de todos modos encontrarían un medio de prueba independiente, de forma legal.

## ii) Descubrimiento inevitable

Otra regla de exclusión que deriva de la doctrina del fruto del árbol envenenado es la del descubrimiento inevitable, que implica que la prueba obtenida ilegalmente iba a ser descubierta tarde o temprano, independientemente de la ilicitud o licitud del método que se haya terminado empleando. Un fallo que refleja esto es el caso de *Nix v. Williams*<sup>69</sup> de 1984, en el que se obtiene de la declaración del imputado sin su abogado información relevante para el caso, que era la ubicación de un

---

<sup>67</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 2 de febrero de 1967, "*State v. O'Bremski*", 70 Wash. 2d 425, 423 P. 2d 530.

<sup>68</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 28 de julio de 1971, "*United States v. Bacall*" 433 F. 2d 1050.

<sup>69</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 11 de junio de 1984, "*Nix v. Williams*", 467 U.S. 431.

cadáver. En ese caso, se falló que el cadáver se hubiera encontrado de todos modos ya que la policía ya estaba inspeccionando el lugar donde éste se encontraba, desconociendo entonces la existencia de la declaración del imputado, que no contó con la asesoría suficiente para poder defenderse adecuadamente y decidir tal vez guardar silencio.

Esta regla no niega la ilicitud del accionar de los funcionarios que realizaron las diligencias investigativas, pero decide de todos modos admitir y valorar prueba que no está conectada causalmente a dicha ilicitud. El problema de la aplicación de esta regla de exclusión radica entonces en cómo probar la inevitabilidad.

### **iii) Principio del vínculo atenuado**

Por otra parte, como una suerte de contraposición a la regla de la fuente independiente, encontramos el principio del vínculo atenuado, en el que sí existe un vínculo causal entre la actuación ilegal y la prueba obtenida, pero se considera que este vínculo no es tan fuerte como para ameritar la exclusión de la prueba en el juicio, como ocurrió en el año 1963 con el fallo *Wong Sun v. United States*<sup>70</sup>, en que se detiene ilegalmente a una persona, que una vez puesta en libertad y advertida de sus derechos, decide confesar de forma voluntaria.

Esta regla, como se dijo, no desconoce la existencia de un vínculo entre la ilicitud y la prueba obtenida. Por ende, la decisión del juez de aplicar esta regla o no depende del resultado que obtenga de ponderar la intensidad de la vinculación causal, es decir, si logra o no purgar la ilicitud de la prueba, teniéndola por saneada. Algunos criterios para resolver esta incógnita son la proximidad temporal entre la ilegalidad y la obtención de la prueba, la extensión de la cadena causal, la gravedad de la ofensa, su intencionalidad, la naturaleza de la evidencia obtenida, entre otros.

---

<sup>70</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 14 de enero de 1963, “Wong Sun v. United States”, 371 U.S. 471.

## **2.2. Alemania**

Además del caso estadounidense, otro país que merece la atención para observar cómo se ha regulado la prueba y su relación con el proceso penal cuando ésta es obtenida ilícitamente es Alemania.

En este país, los juristas manejan el concepto de prohibiciones de prueba coincidiendo con los ordenamientos jurídicos estadounidense y chileno en que el esclarecimiento de la verdad, que es el objetivo al que aspira el proceso penal, no puede ser a cualquier precio.

Estas prohibiciones se encuentran en su Código de Procedimiento Criminal, no en su Constitución. Es decir, esta materia la regulan a nivel legal. Se podría inferir que consideran que estas materias, por su especificidad, deberían tratarse en un texto normativo más especializado como sería un código, que tiene rango de ley. Sin embargo, de todos modos se ha decidido analizar la regulación de la prueba en el proceso penal alemán en este capítulo, puesto que, como se verá, algunas prohibiciones de prueba tienen fundamento en derechos que están consagrados constitucionalmente.

### **2.2.1. Prohibiciones de prueba**

El fundamento de este pensamiento se separa del estadounidense, ya que en este caso las prohibiciones de prueba tienen un componente principalmente ético. Para el ordenamiento jurídico alemán, existe una supremacía de ciertos valores por sobre las necesidades que busca satisfacer la persecución penal y la imposición de penas. Esto se traduce en las normas que regulan las prohibiciones de prueba, que se dividen en dos; las prohibiciones de producción de prueba y las prohibiciones de valoración de prueba.

### **A) Prohibición de producción de prueba**

Las prohibiciones de producción de prueba tienen origen en el conjunto de normas que definen qué y cómo puede probarse en el proceso penal, con sus respectivos impedimentos. Éstos pueden consistir en impedimentos para probar determinados hechos, o para utilizar ciertos medios de prueba, o para emplear ciertos métodos en la producción de prueba. Para una mejor comprensión Hernández<sup>71</sup> ejemplifica cada uno de estos impedimentos; los secretos de Estado, el de personas que tienen derecho a negarse a declarar y el uso de métodos coactivos para interrogar a testigos, respectivamente.

### **B) Prohibición de valoración o aprovechamiento de prueba**

Las segundas, es decir, las prohibiciones de valoración o aprovechamiento de la prueba, son aquellas que impiden que ciertos medios de prueba puedan utilizarse como fundamento de una decisión del tribunal. Estas prohibiciones se dividen entre prohibiciones dependientes e independientes, o sea, las que consisten en una infracción a una prohibición de producción de prueba, y las que derivan directamente de la Constitución.

#### **i) Prohibiciones dependientes**

Respecto de las prohibiciones de valoración dependientes, al igual que como ocurre en Estados Unidos, cabe la discusión respecto a si la infracción de la ley en la obtención de la prueba amerita necesariamente y en todos los casos la exclusión o imposibilidad de valorar dicha prueba en juicio.

El derecho positivo de este país sólo reconoce contadas prohibiciones expresas de valoración. Una puede encontrarse en el Código de Procedimiento Penal alemán, StPO, que en su § 136 establece una prohibición de prueba al establecer los métodos que se consideran

---

<sup>71</sup> Hernández, Hector. op. cit., p. 28.

prohibidos para realizar un interrogatorio, y a continuación, señala que las declaraciones que se obtengan con infracción a tal prohibición de prueba no podrán ser aprovechadas, ni siquiera contando con el consentimiento del imputado. Esto significa, en consecuencia, que pueden infringirse prohibiciones probatorias, sin que necesariamente deba operar como respuesta una prohibición de aprovechamiento.

La incógnita recae entonces en cómo determinar cuándo la infracción de una prohibición de producción de prueba conlleva a una prohibición de valoración o aprovechamiento, y cuándo no. La jurisprudencia alemana ha intentado encontrar la respuesta a través de la revisión de los vicios del procedimiento vía casación, lo que presupone la existencia de una infracción de ley que afecte la esfera de derechos del imputado.

El Tribunal Supremo Federal desarrolló lo que se llama la teoría de la esfera de derechos<sup>72</sup>, según la cual la admisibilidad de la valoración de la prueba dependerá de si se ha afectado esencialmente la esfera de derechos de la persona agraviada. Podría asimilarse esta teoría con la teoría de la tipicidad iusfundamental<sup>73</sup>, que concibe una estructura de los derechos fundamentales en la cual todos los derechos comparten un núcleo, su esencia, que deriva la dignidad humana.

## **ii) Prohibiciones independientes**

Respecto de las prohibiciones de valoración independientes, es decir, aquellas que se derivan directamente de la Constitución, no necesitan fundarse en la infracción previa de una norma de procedimiento, puesto que ya se encuentran consagradas en el cuerpo normativo de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico. Se decide vincular la ilicitud de la prueba

---

<sup>72</sup> Tribunal Supremo Federal (Alemania), 21 de enero de 1958, *fallo del Gran Senado*, BGHSt. 11, 213.

<sup>73</sup> ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 138.

obtenida en el proceso penal directamente con la Constitución, encontrando en los derechos fundamentales consagrados en ésta nuevas prohibiciones de su valoración o aprovechamiento.

Relativo a las actuaciones de investigación que se traduzcan en la intrusión de la esfera de intimidad de las personas, el Tribunal Constitucional Federal ha elaborado lo que se llama la doctrina de los tres peldaños<sup>74</sup>, según la cual es necesario distinguir tres niveles para la prohibición.

En el primer nivel, debe excluirse toda valoración de prueba que haya sido obtenida afectando el ámbito nuclear intocable de la personalidad, requisito que se condice a primeras luces con lo propuesto por la teoría de la esfera de derechos. Un ejemplo de esto sería la obtención de un medio de prueba consistente en notas íntimas sobre una relación sexual en un diario de vida<sup>75</sup>.

El segundo nivel se refiere a la simple esfera privada, y debe tenerse en cuenta primero si el Estado obtuvo las pruebas de forma ilícita o no. Si en dicha obtención no se infringió una prohibición de prueba, o sea si respeta tal prohibición independiente, el juez deberá ponderar los intereses que están en juego, es decir, el adecuado funcionamiento de la persecución penal y la protección de la personalidad, debiendo admitir las pruebas que sean útiles en el esclarecimiento de delitos graves, como lo serían por ejemplo la filmación oculta de una conversación que uno de sus participantes realiza, en la que el otro, sin saber que está siendo grabado, revela sus planes de cometer un incendio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional Federal (Alemania), 31 de enero de 1973, *3-Stufen-Theorie*, BVerfGE 34, 238.

<sup>75</sup> Tribunal Federal de Justicia en materia penal (Alemania), 21 de febrero de 1964, BGHSt. 19, 325.

<sup>76</sup> Tribunal Federal de Justicia en materia penal (Alemania), 12 de abril de 1989, BGHSt. 36, 167.

En el tercer y último nivel de prohibición no se imponen obstáculos para valorar la prueba obtenida que no haya afectado a la esfera de privacidad de la persona, como sería el caso de la grabación de una llamada que realiza el secuestrador de un menor pidiendo un rescate, o las imágenes que captan las cámaras de seguridad en un lugar público.

Esta teoría, consideramos, logra equilibrar de forma adecuada los objetivos que se tienen en mente para responder en este trabajo la pregunta de investigación, ponderando qué favorecer; la eficacia del proceso penal admitiendo la prueba obtenida, o los derechos fundamentales de la persona afectada, aplicando en ese caso la prohibición de aprovechamiento de dicha prueba, en vez de recurrir a soluciones de blanco o negro. Sin embargo, no se puede negar la dificultad que presenta esta teoría para determinar en qué etapa se ubica un medio de prueba en un caso en concreto, discusión que será de mayor complejidad respecto a la distinción entre el primer y segundo nivel<sup>77</sup>.

### **2.3. México**

El último ordenamiento jurídico que revisaremos a efectos de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel constitucional en el derecho comparado será el mexicano, puesto que este país regula en su Carta Fundamental ciertos principios que consideramos de relevancia sean explicitados y elevados a este nivel jerárquico.

A diferencia de las constituciones de los ordenamientos jurídicos revisados con anterioridad, la Carta Fundamental se encarga de regular con gran detalle el proceso penal. Se aseguran derechos fundamentales con un nivel de precisión mucho mayor al que presentan por ejemplo las enmiendas estadounidenses, o de las referencias indirectas respecto a la prohibición de aprovechamiento de prueba alemanas.

---

<sup>77</sup> Hernández, Hector. op. cit., p. 38.

Podría asimilarse el nivel de detalle que tienen las normas de la Constitución mexicana en lo que respecta al proceso penal con las normas de rango legal de nuestro ordenamiento jurídico. Evidencias de esto son la normativa relativa a instituciones como la prisión preventiva, la flagrancia, el plazo en que los tribunales deben dictar las sentencias definitivas, e incluso disposiciones especiales cuando de delincuencia organizada se trata.

A efectos de responder la pregunta de investigación, se revisarán dos artículos de la Constitución mexicana, referentes a los principios que rigen el proceso, y las atribuciones del Ministerio Público y los funcionarios policiales.

### **2.3.1. Principios del proceso penal**

El artículo 20 de la Constitución mexicana de 1917 dispone en su primer inciso que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, concentración, continuidad e inmediación. El proceso penal chileno también es acusatorio y reviste estos principios, sin perjuicio de que no se encuentran expresamente consagrados en el texto constitucional.

A continuación, este artículo se divide en tres secciones; los principios generales, los derechos de toda persona imputada, y los derechos de la víctima o del ofendido. De mayor relevancia a efectos de este trabajo es la letra A del artículo 20, que es el que enumera los principios generales adicionales a aquellos mencionados en el primer inciso. Revisaremos a continuación aquellos atinentes a la materia de este trabajo.

Se consagra a nivel constitucional en el número I cuál es el objeto del proceso, que en este caso se entiende que es el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune, y que los daños causados por el delito se reparen. Valoramos positivamente, en primer lugar, que se consagre a nivel constitucional el propósito que busca alcanzar el proceso, y también de que este propósito

sea multidimensional, buscando conjugar los distintos objetivos plasmados en este texto.

El número II asegura que toda audiencia deberá desarrollarse en presencia del juez, sin que pueda delegar en persona alguna el desahogo y valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica. En nuestro ordenamiento jurídico existe la misma exigencia derivada del principio de inmediación, que, como señalamos más arriba, no encuentra consagración explícita en la Constitución.

Respecto a la prueba, el número III dispone que para efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, y le encarga a la ley establecer las excepciones y requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada que por su naturaleza requiera desahogo previo. Adelantamos que el ordenamiento jurídico chileno también regula la prueba anticipada y sus requisitos de procedencia, pero en normas de nivel legal. Además, cabe señalar que, como se evidenció en las páginas anteriores, no existe una referencia expresa a la prueba en el proceso penal en nuestro texto constitucional.

El número V, siempre de la letra A referente a los principios generales, establece respecto de la prueba que la carga de ésta para demostrar la culpabilidad corresponderá a la parte acusatoria, contando las partes con igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente. Se podría decir que esta norma es una representación del principio de presunción de inocencia, en la medida que hay que considerar a las personas como inocentes hasta que se arribe a una sentencia condenatoria indicando lo contrario, que naturalmente, deberá fundarse en pruebas que hayan sido otorgadas para tal efecto, recabadas y aportadas por el ente persecutor.

En relación a lo anterior, El número VIII impone al juez el deber de condenar solamente cuando exista convicción de la culpabilidad del

procesado. Sin embargo, no se explicita en esta norma qué estándar debe cumplir esta convicción.

Por último, el número IX consagra expresamente que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será declarada nula. Esto implica, en consecuencia, que no podrá valorar esta prueba al momento de decidir si se alcanza el estándar de convicción suficiente para condenar al imputado. Los términos de esta norma son tajantes, y pareciera no admitirse excepción alguna.

### **2.3.2. Derechos del imputado y la víctima**

Respecto de la letra B del artículo 20 que consagra los derechos de toda persona imputada, vale la pena mencionar que el número I asegura el derecho a que se presuma la inocencia de la persona imputada mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. También se consagra expresamente en el número II el derecho que tiene a declarar o a guardar silencio, además de señalar que la confesión rendida sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

Respecto a la letra C que consagra los derechos de la víctima, entre éstos se encuentran recibir asesoría jurídica, coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban los elementos de prueba con los que cuente tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes y a intervenir en juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

### **2.3.3. Funciones, atribuciones y responsabilidades**

Es momento de revisar el artículo 21 de la Constitución de México, que entrega funciones y atribuciones a los distintos sujetos procesales que intervienen en el derecho procesal penal. Inicia señalando en su primer inciso que la investigación de los delitos le corresponde al Ministerio

Público y a las policías, actuando estas últimas bajo la conducción y mando del primero.

El inciso cuarto indica que compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones que correspondan por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía. En todo caso, el mismo texto limita las posibles sanciones a aplicar, señalando que únicamente podrán consistir en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o trabajo a favor de la comunidad. Si bien nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 38 en relación al artículo 6 de nuestro texto constitucional la responsabilidad que emana de los funcionarios que causen daño en su actuación, no existe norma en tal sentido específicamente referida a los funcionarios policiales, ni existe referencia alguna a las infracciones a normas reglamentarias, menos aún referidas a la obtención de prueba con infracción a los derechos fundamentales.



### **3. Propuestas**

En virtud de esta observación de la situación jurídica de otros países y cómo éstos han regulado la materia objeto del presente trabajo, es que consideramos que Chile puede aprender de algunas de las medidas revisadas y adoptarlas a su ordenamiento jurídico, para regular de mejor manera la prueba en el proceso penal, por lo menos a nivel constitucional, como es el objetivo de este capítulo.

#### **3.1. Aspectos rescatables de otros ordenamientos jurídicos**

Como se mencionó con anterioridad, el ordenamiento jurídico chileno pertenece a la familia jurídica del derecho continental o Civil Law, por lo que para nosotros la fuente de derecho de mayor peso tal vez sea la ley, sin perjuicio de la superioridad jerárquica de la Constitución<sup>78</sup>. O para

---

<sup>78</sup> DAVID, René; JAUNFFRET-SPINOSI, Camille, op. cit., p. 80.

decirlo a modo de comparación, los tribunales no tienen la misma importancia para nosotros como la tienen en países como Estados Unidos, en que existe el sistema de precedente que vuelve vinculantes las decisiones contenidas en las sentencias definitivas para los tribunales de dicho ordenamiento jurídico, que deberán fallar de la misma manera, mientras se cumplan ciertos requisitos.

Nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, consagra el efecto relativo de las sentencias, en el artículo 3 inciso segundo del Código Civil, que dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, por lo que las discusiones jurisprudenciales y doctrinales que ya se han llevado a cabo en nuestro país referente a la materia no tienen por las características del sistema el mismo peso que tendrían en Estados Unidos, por relevantes que sean desde un punto de vista dogmático<sup>79</sup>.

Consideramos que algunas reglas de exclusión elaboradas por la doctrina estadounidense serían valiosas de agregar al ordenamiento jurídico chileno, pero esto no podría hacerse obviamente de la misma forma que se hace en ese país, en virtud de las grandes diferencias existentes entre el sistema de Common Law y el sistema romanista o continental, en lo que se refiere a las características de sus fuentes del derecho.

A su vez, respecto al caso alemán, consideramos que hay algunas cosas que vale la pena rescatar, pero no para recogerlas a nivel legal como lo hacen ellos, sino a nivel constitucional, debido a su importancia, no bastando relacionar las prohibiciones de aprovechamiento de la prueba con los derechos fundamentales vulnerados, como sucede con las prohibiciones independientes.

---

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ, Francisco, *La valoración negativa de la prueba ilícita ante el Tribunal Oral en lo Penal*, Tesis de Pregrado, Universidad de Concepción, Chile, no publicada, 2020, p. 147-153.

Opinión totalmente contraria suscita respecto de la regulación positiva de la Constitución mexicana de la materia, puesto que, si bien consideramos consagra principios y derechos de vital importancia, el nivel de detalle respecto a ciertas instituciones de derecho procesal penal suele ser excesivo, lo que debería desarrollarse en nuestro concepto a nivel legal.

Rescatando los aspectos que consideramos positivos de cada uno de los ordenamientos jurídicos revisados, y teniendo en cuenta las deficiencias detectadas en nuestra Constitución a efectos de responder la pregunta de investigación, es que venimos a proponer la realización de ciertas modificaciones a su texto, que se traduzcan en una mejor regulación positiva de la prueba en el proceso penal, buscando el equilibrio entre la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales.

### **3.2. Propuesta de principios y reglas indispensables**

Para empezar, estimamos que sería conveniente consagrar positivamente en la Constitución ciertos principios que no se encuentran en ésta, por lo menos no de forma explícita. Esto ayudaría a tener una regulación más clara, ya que el problema de contar con principios implícitos recae en la imprecisión e indeterminación del contenido de los mismos, puesto que cada uno los puede interpretar de forma distinta. Su contenido lo colman la doctrina y la jurisprudencia en base a los principios que están consagrados explícitamente, lo que les da especial valor a estas fuentes del derecho, pero en materias tan importantes que pueden terminar en la práctica con la libertad o prisión de personas, es necesario contar con la mayor precisión posible, siguiendo el postulado del principio de legalidad.

Además, sería más democrático que estos principios estén consagrados en un cuerpo normativo como la Constitución, ya que cualquier modificación a ésta tendrá que ser de acuerdo a un quórum de votación que realicen personas que hayan sido elegidas como representantes de las personas, es decir, democráticamente.

Es conveniente recordar que los principios se diferencian de las reglas, ya que éstas últimas pueden o no cumplirse, pero no hay puntos intermedios, mientras que los principios deben ser considerados como mandatos de optimización, que pueden cumplirse en menor o mayor medida según Alexy<sup>80</sup>, cuyo concepto seguiremos, sin perjuicio de la crítica que se ha realizado respecto a su gradualidad<sup>81</sup>.

Considerando que una Constitución es la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, y que su contenido debe permear a éste<sup>82</sup>, estimamos que es precisamente en la carta fundamental que deben consagrarse ciertos mandatos de optimización que encaucen en términos generales el sentido que deberá tener la legislación, siendo ésta la que deba encargarse de desarrollar las reglas jurídicas necesarias para la efectiva vigencia de los principios.

A su vez, estimamos también necesario proponer ciertas reglas que resultan indispensables para el objetivo de mejorar la regulación de la prueba en el proceso penal, que constituyen presupuestos mínimos para considerar que nuestra Constitución asegura realmente un debido proceso. Revisaremos a continuación estas propuestas.

### **3.2.1. Principio de inocencia**

Un principio que es necesario consagrar es el principio de inocencia. Si bien no está consagrado explícitamente con esas palabras, sí hay una alusión a este respecto en la prohibición a ser condenado sin un proceso

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 86-87.

<sup>81</sup> RUAY, Francisco, *Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral*, Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, 2014, n° 12, p. 129.

<sup>82</sup> CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni, *La justificación de la decisión judicial*, Editorial Palestra, Lima, 2021, p. 187.

previo legalmente tramitado del artículo 19 n° 3 inciso séptimo. Consideramos que es insuficiente que este principio sea implícito, por los problemas de interpretación que acarrearán este tipo de principios sobre cómo se construyen y cuál es su verdadero alcance.

Además, y a propósito de lo mismo, consideramos que la concepción actual de la presunción de inocencia tal y como se encuentra positivada es insuficiente. Hay que recordar que la presunción de inocencia debe ser considerada como una regla de juicio, y a la vez como un estatuto jurídico. Eso implica no entender la presunción de inocencia de forma rígida, en el sentido de que una persona no pueda ser condenada a una pena sin un juicio previo, sino de una forma más amplia, como una verdadera directriz<sup>83</sup> respecto al trato que debe recibir el imputado en todo momento, no sólo enfocado a la aplicación o no de una condena, y en lo que se refiere al objeto de este trabajo, a la prueba, imponiendo la carga de ésta al ente persecutor, y exigiendo que ésta haya sido obtenida lícitamente, exigencias que se desarrollarán en las siguientes propuestas.

De forma adicional, consideramos que la exigencia de un debido proceso en base a criterios de racionalidad y justicia en los términos que lo hace la Constitución actual, si bien es valorada, podría complementarse consagrando positivamente también qué principios conforman un debido proceso, de la misma manera que lo hace la Constitución de México en su artículo 20. De hecho, creemos que podría incluso transcribirse ese artículo de forma textual, o al menos el número I referente al objeto del proceso y las disposiciones de sus números II, III, y V, que hacen referencia directa a la prueba en el proceso penal, en relación al principio de inmediación.

---

<sup>83</sup> CERDA, Rodrigo, op. cit., p. 27.

### **3.2.2. Prohibición de aprovechar cualquier prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales**

Esta propuesta tiene inspiración directa en lo dispuesto en el artículo 20 número IX de la Constitución mexicana, que decide elevar a rango constitucional esta prohibición de admitir y valorar en un juicio aquella prueba que haya sido obtenida vulnerando los derechos fundamentales, declarándola nula. Decidimos rescatar la nomenclatura del derecho procesal alemán respecto al aprovechamiento de prueba, ya que estimamos refleja perfectamente qué es lo que se pretende evitar con esta prohibición, que es precisamente, que se utilice de modo alguno esta prueba para sustentar una sentencia condenatoria. El propósito de esta propuesta radica precisamente en uno de los objetivos que deben siempre tenerse en mente para responder la pregunta de investigación, que es el respeto a los derechos fundamentales.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico consagra positivamente la exclusión de pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hayan sido declaradas nulas o que hubieran sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales en el artículo 276 del Código Procesal Penal, estimamos que una regulación a nivel legal al respecto es insuficiente. Esto porque, adelantando parte del contenido del próximo capítulo de este trabajo, se pretende también consagrar positivamente algunas de las reglas de exclusión surgidas de la jurisprudencia estadounidense a nivel legal.

Teniendo en cuenta las propuestas de normas legales que se presentarán más adelante, es que para evitar una posible antinomia producto de que la ley imponga por una parte la prohibición de admitir y valorar la prueba obtenida ilícitamente, y en otra parte sí admita su consideración bajo ciertas excepciones, estimamos esencial que exista una norma de mayor jerarquía que otorgue mayor seguridad jurídica respecto al principio y regla general, que siempre debe ser la prohibición de admitir y valorar prueba obtenida ilegalmente, debiendo ser las reglas de exclusión siempre excepcionales.

### 3.2.3. Derecho a probar

Se pretende además conjugar las propuestas planteadas en los párrafos anteriores con la consagración a nivel constitucional de un derecho que no tiene consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico en los términos que se plantea, que es el derecho a probar.

En este sentido, estimamos que esta manifestación del debido proceso debería estar expresada explícitamente en el texto constitucional, como reacción a la propuesta de prohibir a nivel constitucional la admisión y valoración de prueba que haya sido obtenida con violación a los derechos fundamentales. Esto, para que exista un contrapeso que equilibre los objetivos que se tienen en mente para responder la pregunta de investigación.

Si bien consideramos necesaria la consagración en la Constitución de la prohibición de valoración de prueba obtenida con infracción a derechos fundamentales, razón por la que lo proponemos en los párrafos de arriba, esta norma no puede mermar el derecho al debido proceso, impidiéndole a las partes aportar los medios de prueba necesarios para sustentar sus proposiciones fácticas<sup>84</sup>. Sin perjuicio claro, de que podría considerarse que las normas de nuestro ordenamiento jurídico no aseguran como manifestación del debido proceso el derecho constitucional a probar con medios de prueba ilícitos<sup>85</sup>. Es por esto mismo que se presentan estas propuestas, para evitar problemas interpretativos como éste.

---

<sup>84</sup> RUÍZ, Luis, “El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental”, en *El Derecho Constitucional a la Prueba. Análisis de la Jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, pp.183-184.

<sup>85</sup> LÓPEZ, Jacobo, citado por RETTIG, Mauricio, *La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención*, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, HOYL, Gonzalo (Ed.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 188.

La prohibición de aprovechar la prueba que haya sido obtenida con infracción de derechos fundamentales afecta directamente en el resultado del proceso, y en consecuencia, merma el derecho con el que cuentan los demás intervinientes a un proceso en el que cuenten con las herramientas adecuadas para sostener sus pretensiones, como lo asegura expresamente la Constitución de México respecto a las víctimas en el artículo 20 C número II ya revisado. Somos de la idea de que en ciertos casos debería poder admitirse prueba que haya sido obtenida ilegalmente, siendo estos supuestos debidamente justificados, y aplicando las sanciones que correspondan para evitar que esta práctica se convierta en la regla general. Nace esta proposición en virtud del necesario derecho a probar, teniendo como objetivo la eficacia del proceso penal.

Esta propuesta intenta en cierta medida evitar el posible cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas de rango legal que se propondrán en el capítulo siguiente respecto a la positivización de las reglas de exclusión, en relación al propuesto precepto constitucional de nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. El desarrollo de esta eventual problemática se revisará en el siguiente capítulo.

Así las cosas, la conjugación de los dos objetivos que persigue la pregunta de investigación de este trabajo, manifestados en las propuestas de prohibición de aprovechamiento de toda prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales y el derecho a probar, deberá darse de forma que se configure “un mecanismo racional y equilibrado de ejercicio de la potestad punitiva estatal, armonizando, en tanto resulte posible, los principios de eficiencia en la persecución de los delitos y de respeto por los derechos y garantías de las personas”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> PEZOA, Paulina; CUMMING, Natalia; MÉNDEZ, Juan Pablo; CERDA, Rodrigo, *La exclusión probatoria por ilicitud y el derecho a probar. Un debate pendiente en el proceso penal chileno*, Revista de la Justicia Penal, Librotecnia, 2022, n° 15, pp. 18-19.

### **3.2.4. Respeto irrestricto a los derechos fundamentales como obligación del Estado**

Adicionalmente, y como consecuencia de las propuestas anteriores, estimamos que sería conveniente consagrar positivamente en la Constitución la obligación del Estado relativa al respeto irrestricto de los derechos fundamentales, y aplicado al derecho procesal penal, el respeto de éstos en el transcurso de todas las etapas del proceso. Esto debido a la reacción que han tenido en la práctica los tribunales ante la ilegalidad de la prueba en los procedimientos penales, materia que se revisará en el capítulo siguiente respecto del fenómeno de la mal llamada valoración negativa de la prueba que se ha producido en los tribunales chilenos, y también claro está, a la legitimidad del proceso penal como método de control social al aplicar el derecho penal material.

También, se tiene en mente al proponer esta norma el actuar de los agentes policiales, que son aquellos encargados de realizar las diligencias investigativas en las que se obtienen los medios de prueba. La bajada normativa y consecuencias de esta propuesta, en relación a la formación de las policías, se desarrollará en los capítulos siguientes.

Debe tenerse en cuenta que mientras no exista todavía una sentencia condenatoria, el imputado debe ser considerado como inocente, e incluso una vez condenado debe tener una protección de este principio, aunque sea por razones obvias de manera más atenuada, algo que se propone reforzar con la primera propuesta de este capítulo. Es por esto, que los funcionarios policiales deben actuar conforme a las normas que el ordenamiento jurídico le impone, cumpliendo sus obligaciones y respetando sus prohibiciones.

### **3.2.5. Responsabilidades de los funcionarios policiales que actúen vulnerando los derechos fundamentales**

Por último, consideramos que debería normarse a nivel constitucional que existirán consecuencias para aquellos que apliquen ilegítimamente el poder punitivo del Estado. Circunscrito al ámbito de este trabajo, nos

referimos al supuesto de hecho en que los funcionarios policiales, en la realización de diligencias investigativas, se extralimiten de las atribuciones que el ordenamiento jurídico les encomienda, contaminando la prueba obtenida, al convertirse en inutilizable para el proceso penal.

En principio, consideramos que la responsabilidad administrativa que consagra la Constitución, si bien es favorable para los objetivos de este trabajo, no es suficiente. La mejor regulación de la prueba en el proceso penal no sólo debe tener un enfoque de favorecer al imputado, sino también al sistema procesal penal entero y su correcto funcionamiento como legitimación de su existencia, lo que debe traducirse en normas positivas que regulen la materia en cuestión.

Es por esto que sostenemos que la obtención de medios de prueba con infracción a los derechos fundamentales no puede acarrear como única consecuencia la exclusión de ésta en el proceso penal. Deben existir consecuencias que se extiendan más allá de la situación particular del imputado, para evitar que estas situaciones vuelvan a ocurrir, y ojalá terminar con el ciclo de vulneraciones fundamentales en el proceso penal para tener un sistema no sólo más justo, sino también más eficiente.

Es por esto que, si bien en los siguientes capítulos se apostará por la consagración de reglas de exclusión que permitan de forma excepcional la admisión y valoración de prueba ilícita, también se propondrán normas relativas a la responsabilidad administrativa que recaiga en los funcionarios que excedan los límites que imponen la Constitución y las leyes, en los casos que corresponda. Adelantamos desde ya, también, que propondremos situaciones en que los funcionarios deban ser sancionados por su actuar, incluso si opera una regla de exclusión que permita que los medios de prueba obtenidos ilícitamente por éstos sean admitidos, además de situaciones en que consideramos que debería regir la prohibición de admitir prueba ilícita, y no significar ello un castigo para los funcionarios que

originaron su ilicitud, todo lo cual corresponde al desarrollo de los siguientes capítulos.

Presentadas las propuestas de modificación de orden constitucional, no obstante ser la Constitución la norma más importante dentro de un ordenamiento jurídico, dichas propuestas no pueden terminar en este plano, ya que es necesario realizar una bajada normativa a nivel legal y administrativo para poder aplicar materialmente lo propuesto y que no quede en una mera declaración de buenas intenciones, por lo que a esto se dedicará el próximo capítulo.

#### **4. Propuesta de Nueva Constitución**

Un apartado especial merece la propuesta realizada por la Convención Constitucional respecto de la regulación de la prueba en el proceso penal. Por un lado, es probable que en virtud del plebiscito de salida este texto reemplace a la Constitución de 1980 y se convierta en la norma jurídica más importante del ordenamiento jurídico chileno, inspirando el sentido de las normas de menor jerarquía. Por otro lado, como ya se mencionó en el capítulo introductorio, fue el proceso constituyente lo que inspiró la temática de esta memoria, por lo que tiene sentido revisar sus disposiciones.

Hay que advertir que al momento de definir la pregunta de investigación de este trabajo, si bien la Convención Constitucional ya estaba constituida, todavía se encontraba trabajando en el reglamento interno que regularía su funcionamiento. Además, cabe señalar que cuando se presentó la propuesta final de Nueva Constitución a la ciudadanía, esta memoria ya contaba con las propuestas de modificación elaboradas y planteadas. Es por esto, que decidimos revisar las disposiciones del proyecto de la Convención Constitucional de manera posterior a las propuestas de este trabajo, para compararlas.

#### **4.1. Debido proceso**

En el artículo 108 del Proyecto de Nueva Constitución se asegura el derecho de toda persona al pleno acceso a la justicia y a requerir de los tribunales la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, mientras que el artículo 109 asegura a toda persona el derecho a un proceso razonable y justo en que se salvaguarden las garantías que se señalan en esta Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados en Chile. Sin perjuicio de un mayor análisis que pueda realizarse al respecto, consideramos que estas normas no constituyen mayor novedad en relación a lo que la actual Constitución dispone, sin perjuicio de que se valora su inclusión, al ser indispensables.

El artículo 111 consagra las garantías procesales penales mínimas, dentro de las cuales especial atención merece la contenida en la letra c) que consagra la presunción de inocencia mientras no exista una sentencia condenatoria firme dictada en su contra. Consideramos que es un avance que se consagre en términos positivos y explícitos el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, consideramos que esta propuesta sigue siendo insuficiente, puesto que en nuestro concepto sigue concibiendo a la presunción de inocencia en un sentido restringido, limitado a la existencia o no de una sentencia condenatoria, cuando debería permear cada etapa y actuación del proceso, y la forma en que los sujetos procesales actúan respecto del imputado.

Sin perjuicio de que el texto revisado consagra otros derechos y principios de suma relevancia para el proceso penal como el principio de proporcionalidad, el principio *non bis in ídem*, el derecho de guardar silencio, entre otros, en lo que atiene de manera directa al objetivo de esta memoria, no es posible encontrar una norma que haga mención a la prueba en el contexto del proceso penal.

## **4.2. Defensoría del Pueblo**

Una innovación del proyecto constitucional es la creación de un órgano autónomo denominado Defensoría del Pueblo, que como señala el artículo 123, tiene como función la promoción y protección de los derechos humanos asegurados en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, así como los emanados de los principios generales del derecho y de las normas imperativas reconocidas por el derecho internacional, ante los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de las entidades privadas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

La relación de este órgano con la regulación de la prueba en el proceso penal es a nuestro juicio evidente, puesto que tal como lo señala el artículo 124 de la propuesta revisada, la Defensoría del Pueblo podrá fiscalizar a los órganos del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, además de promover la formación y educación en derechos humanos, según las letras a) e i) respectivamente, además de contar con la posibilidad de formular recomendaciones, tramitar y hacer seguimiento de reclamos sobre vulneraciones de derechos humanos, entre otras facultades.

Este órgano podría entonces velar por los derechos fundamentales de las personas que se vean afectadas por diligencias investigativas en las que los funcionarios policiales se extralimiten de sus atribuciones, en caso de estimarse que existe una vulneración a los derechos humanos. No sólo eso, sino que este órgano podría actuar de modo preventivo, al promover la educación en derechos humanos, para evitar que se lleguen a cometer estas vulneraciones en primer lugar, tal como lo proponemos en los siguientes capítulos de este trabajo.

### **4.3. Educación**

El Proyecto de Nueva Constitución crea el Sistema de Educación Superior, que según el artículo 37, estará conformado entre otros, por las escuelas de formación de las policías. A su vez, el artículo 35 dispone que son fines de la educación, entre otros, el respeto de los derechos humanos.

Además, el artículo 297 dispone que las policías están destinadas a garantizar la seguridad pública, dar eficacia al derecho, y resguardar los derechos fundamentales, en el marco de sus competencias. Es decir, el enfoque de sus funciones es diferente al actual, que no hace mención alguna al resguardo de estos derechos.

Valoramos positivamente por una parte que se fomente el respeto a los derechos humanos en la educación. También valoramos que en este Sistema de Educación Superior se consideren las escuelas de formación de policías, lo que implica que, en caso de aprobarse la propuesta constitucional, existiría un imperativo en la norma más importante del ordenamiento jurídico que oriente la forma de actuar de los funcionarios policiales desde el inicio, es decir, desde su formación.

Sin perjuicio de que propondremos más adelante la aplicación de sanciones en los casos en que los funcionarios correspondientes obtengan prueba vulnerando derechos fundamentales, también consideramos que es elemental la educación y capacitación que oriente su actuar. No basta con imponer sanciones cuando el daño está causado, sino que hay que tomar acciones preventivas que tengan en mira el debido desarrollo del proceso penal y su legitimidad, razón por la que valoramos enormemente esta propuesta.

Hechos los comentarios respecto al proyecto que próximamente será sometido a plebiscito, es que damos por finalizado este capítulo relativo a propuestas de normas constitucionales que regulen de mejor manera la prueba en el proceso penal, para pasar al capítulo siguiente que se encargará de realizar la bajada normativa de lo propuesto hasta ahora.

## CAPÍTULO II

### **Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel legal**

#### **1. Regulación actual: Código Procesal Penal**

Una vez analizada la regulación actual referente a la prueba en el proceso penal en la Constitución y ofrecidas algunas propuestas sobre cómo mejorarla, es necesario realizar la bajada normativa de dichas propuestas a nivel legal. Para esto, es necesario conocer la legislación que regula la prueba existente a la fecha, para analizar sus ventajas y desventajas y así poder proponer modificaciones que vayan a favor del propósito del presente trabajo.

El cuerpo normativo legal más importante de esta materia es el Código Procesal Penal, promulgado en el año 2000, que es el fruto de la reforma procesal penal que vivió el país para el cambio de milenio. Éste introdujo cambios fundamentales como el fin del sistema inquisitivo, siendo reemplazado por el sistema acusatorio, que asegura el principio de contradicción, incidiendo favorablemente en las posibilidades de encontrar la verdad<sup>87</sup>.

Es necesario recordar que como ya se advirtió en los capítulos anteriores, el enfoque de una mejor regulación de la prueba se hará respecto de los supuestos de licitud e ilicitud de ésta, y la posibilidad o imposibilidad de rendirse en juicio y ser posteriormente valorada. Para las propuestas se tomará en consideración principalmente lo desarrollado en el capítulo anterior referente a las reglas de exclusión como excepciones a la prohibición de valoración de la prueba ilícita elaboradas por la jurisprudencia estadounidense. Teniendo en mente lo anterior, es que

---

<sup>87</sup> CERDA, Rodrigo, op cit., p. 13.

pasaremos a revisar en lo pertinente las disposiciones del Código Procesal Penal.

### **1.1. Principios básicos**

Este cuerpo normativo dedica sus primeros artículos a establecer los principios que inspiran e informan sus normas. Respecto de éstos, sólo nos limitaremos a señalar que se realiza una bajada normativa de ciertas disposiciones constitucionales, al consagrar el principio de inocencia en la forma de que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a alguna de las medidas de seguridad establecidas en el código sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial, y que ninguna persona podrá ser considerada culpable ni tratada como tal mientras no exista condena por medio de una sentencia firme, además de reiterar la facultad del Ministerio Público de investigar los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, recayendo en éste entonces la obligación de obtener la evidencia que servirá de sustento para acreditar los hechos materiales que deberán ser calificados jurídicamente por el juez.

De importancia es también el artículo 7 que en su inciso segundo, respecto a los derechos y garantías de los imputados, se encarga de explicar qué se entenderá como primera actuación del procedimiento, lo cual debe entenderse como cualquier diligencia o gestión, de investigación, cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. Entonces, no es aplicable estrictamente a diligencias investigativas per se, sino también a diligencias cautelares, ya que de todos modos se está atribuyendo la comisión de un hecho punible.

A su vez, el artículo 9 asegura que toda actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe a una persona, ya sea el imputado o un tercero, del ejercicio de sus derechos asegurados en la Constitución,

requerirá de una autorización judicial previa. En virtud de esto, cada vez que el fiscal necesite realizar una diligencia que implique la privación, restricción o perturbación de dichos derechos para ejercer las atribuciones y deberes que le confirió la Constitución y las leyes, deberá acudir al Juez de Garantía correspondiente para pedir la autorización necesaria que legitime su accionar.

## **1.2. Actividad procesal**

El Título II del Libro primero relativo a disposiciones generales trata de la actividad procesal. En lo que se refiere al párrafo 2 de las comunicaciones entre autoridades, vale la pena señalar que el artículo 19 dispone que todas las autoridades y órganos del Estado tienen el deber de realizar las diligencias y proporcionar sin demora la información que les requieren el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal, estableciendo así la relación que existe entre el ente persecutor, los tribunales, y los órganos del Estado, que referido al propósito de este trabajo, son las Fuerzas de Orden y Seguridad.

Relativo a lo dispuesto en el párrafo 5 sobre resoluciones y otras actuaciones judiciales, en el artículo 36 se consagra la obligación de los tribunales de fundamentar las resoluciones que dicten, exceptuando a aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite. Éste es el artículo que a nivel legal impone a los tribunales el deber de fallar fundadamente. Y no sólo eso; el inciso segundo agrega que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación. Esto tiene especial importancia en resoluciones tan importantes como son las sentencias definitivas, porque la absolución o condena del imputado deberá basarse en el razonamiento fáctico y jurídico que realice el juez y no en una mera enumeración de motivos esgrimidos por las partes, sino que una relación y ponderación de éstos, explicando por qué se opta por una interpretación en favor de otra.

### **1.3. Sujetos procesales relevantes a la obtención de medios de prueba**

Más adelante, el Título IV del mismo código se encarga de regular a los sujetos procesales. Pasaremos a revisar a continuación las disposiciones que tengan relación con el ente persecutor del proceso penal, es decir, el Ministerio Público, y con los funcionarios policiales.

#### **1.3.1. Ministerio Público**

El párrafo 2 del Título IV se dedica a regular al Ministerio Público, consagrando sus facultades en el artículo 77. Estas facultades consisten en ejercer y sustentar la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Para el cumplimiento de éstas se le entrega a este órgano la facultad de practicar todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación, y también la dirección de la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad.

#### **1.3.2. La policía**

Es precisamente el siguiente párrafo, o sea el 3, el encargado de regular a la policía en función al procedimiento penal. El artículo 79 le impone a la Policía de Investigaciones de Chile el deber de auxiliar al Ministerio Público en las tareas de investigación, debiendo llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir con los fines previstos en el presente código. También se le impone el deber de ejecutar las medidas de coerción que se decreten.

Por otro lado, respecto de Carabineros de Chile, se le impone el mismo deber, al disponer que en el mismo carácter auxiliar del Ministerio Público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo así lo dispusiere. El último inciso dispone que respecto de la investigación de hechos cometidos al interior de establecimientos penales, podrá el Ministerio Público impartir las mismas instrucciones a Gendarmería de Chile.

### **A) Relación con el Ministerio Público**

Es importante recalcar el contenido del artículo 80, para entender de mejor manera la relación que tiene el Ministerio Público con las mencionadas instituciones. Este artículo regula la dirección que tiene el ente persecutor respecto de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, y Gendarmería de Chile en los casos que corresponda. Precisamente, señala que los funcionarios señalados en el artículo anterior que cumplieran las funciones previstas por el Código Procesal Penal, las ejecutarán bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales, de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartan, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecen. También están obligados a cumplir las órdenes que impartan los jueces para la tramitación del procedimiento. Y el último inciso agrega además que los todos los funcionarios mencionados deberán cumplir las órdenes de los fiscales y jueces de inmediato y sin más trámite, sin poder calificar su oportunidad o conveniencia, aunque sí pudiendo exigir la exhibición de la autorización judicial previa, exceptuando claro los casos a los que se refiere el inciso final del artículo 9.

De lo señalado en el párrafo anterior se puede evidenciar la forma en que el ente persecutor y las policías se relacionan entre sí en la realización de diligencias investigativas para esclarecer los hechos, a través de la determinación de hechos constitutivos de delito y de los correspondientes responsables. Es el Ministerio Público el órgano que tiene por mandato constitucional el deber de cumplir esta función, la que puede realizar por su cuenta, o acudiendo a las Fuerzas de Orden y Seguridad de la forma dispuesta por este código. A su vez, los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad, además de regirse por las normas y jerarquías internas de sus instituciones, deben someterse a las órdenes del Ministerio Público, además de aquellas que impartan los tribunales para la tramitación del procedimiento.

## **B) Facultades policiales autónomas**

Está claro entonces que la investigación debe dirigirla el Ministerio Público, pudiendo actuar por sí o por medio de los funcionarios policiales a los cuales les imparte las órdenes que estime pertinentes para el buen desarrollo de la investigación. Sin embargo, tanto los funcionarios de Carabineros de Chile como de la Policía de Investigaciones tienen facultades para realizar actuaciones sin necesidad de orden previa del ente persecutor, y éstas se encuentran enumeradas en los artículos 83 y siguientes.

Si bien estamos revisando disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, enunciados que se ubican en el mundo del deber ser, lo cierto es que no siempre los funcionarios policiales actúan conforme a la ley. Evidencia de ello podemos encontrar en los fallos de la Corte Suprema, acogiendo recursos de nulidad interpuestos en razón de la causal del artículo 373 letra a) de este código, es decir, por infracción sustancial en los derechos o garantías asegurados por la Constitución o tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Una cantidad no menor de estas sentencias versan sobre la procedencia o no de estas facultades autónomas.

Precisamente, una de las diligencias en las que suelen ocurrir ilegalidades es el control de identidad. Considerando que es en virtud de un control de identidad que los funcionarios policiales pueden tomar conocimiento de la comisión de un delito, reviste de gran importancia la legalidad de éste, considerando que esta actuación será el origen de los medios de prueba que incriminen a la persona controlada.

A modo de ejemplo podemos citar jurisprudencia de la Corte Suprema; la sentencia definitiva de la causa rol 4058-2021<sup>88</sup>, que acogió un recurso de nulidad en virtud de un control de identidad ilegal al no existir a juicio del máximo tribunal, elementos de carácter objetivos de los que se

---

<sup>88</sup> Corte Suprema, 21 de julio de 2021, Rol N° 4058-2021.

podría desprender la existencia de un indicio que ameritara la aplicación del control de identidad.

### **C) Falta contra el buen servicio**

Volviendo a la regulación de la policía en el Código Procesal Penal, el artículo 87 bis dispone que se considerará falta contra el buen servicio de los funcionarios policiales el incumplimiento de las instrucciones impartidas por los fiscales a las policías, dando lugar a las responsabilidades administrativas que correspondan, según lo establecido en sus respectivos reglamentos.

Es interesante recalcar que si bien los funcionarios policiales pertenecen a sus propias instituciones y deben cumplir las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos, también son dependientes en cierta medida del Ministerio Público, no sólo por el deber que tienen de cumplir con las órdenes que emita el ente persecutor, sino además por el hecho de que pueden terminar siendo responsables administrativamente por no cumplir con las instrucciones dictadas por un órgano al que no pertenecen.

### **D) Otras diligencias investigativas**

Los artículos siguientes regulan ciertas diligencias que tienen relevancia por la capacidad que tienen de producir medios de prueba, como lo son el examen de vestimenta, equipaje o vehículos del artículo 89, el levantamiento del cadáver del artículo 90, y las declaraciones del imputado ante la policía del artículo 91, que dispone que sólo se podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor, y si éste no estuviera presente durante el interrogatorio, las preguntas que se le pueda hacer sólo podrán versar en la constatación de la identidad del sujeto.

En todo caso, la ley admite que el imputado declare en ausencia de un defensor que lo asesore, si es que manifiesta su deseo de declarar, en

cuyo caso la policía deberá tomar las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si eso no fuera posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

Nuevamente podemos encontrar jurisprudencia de la Corte Suprema, respecto al derecho del imputado de declarar en presencia de su defensor. Por poner un ejemplo, está la sentencia de la causa rol 29.158-2020<sup>89</sup>, que acoge un recurso de nulidad interpuesto por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en razón a que el imputado, adolescente, declaró sin presencia de su abogado, cuando el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente expresamente exige su presencia.

#### **1.4. Medidas cautelares personales**

Los párrafos del Título V del Libro primero se dedican a regular las medidas cautelares personales que comprende este cuerpo legal; la citación, la detención, la prisión preventiva, y otras medidas cautelares personales. No nos detendremos a analizar rigurosamente los requisitos y condiciones de procedencia de cada una de estas medidas, sino que tenemos el propósito de tener muy presente la finalidad y alcance de éstas, explicitadas en el artículo 122, que dispone que sólo procederá su imposición cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento, pudiendo durar solamente mientras subsista la necesidad de su aplicación.

##### **1.4.1. Detención**

A efectos de responder la pregunta de investigación, especial atención merece la figura de la detención, por la importancia que reviste en relación a la producción de la prueba, por lo que pasaremos a revisarla. El

---

<sup>89</sup> Corte Suprema, 25 de febrero de 2020, Rol N° 29.158-2020.

artículo 125 regula la procedencia de la detención, asegurando que ninguna persona podrá ser detenida sin orden de un funcionario público expresamente facultado por ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, salvo que haya sido sorprendida en delito flagrante, en cuyo caso la detención tendrá como único objeto el ser conducida ante la autoridad que corresponda.

El artículo 129 regula la detención en caso de flagrancia, indicando que cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más cercana. A su vez, el artículo 130 se encarga de regular cuándo se entiende que hay flagrancia, para poder así acreditar en la procedencia de medidas que derivan de ésta, como la del artículo anterior. El supuesto de la letra a) explicita lo que significa la flagrancia en su sentido más puro, es decir, encontrarse actualmente cometiendo el delito.

No nos detendremos sobre cada uno de los supuestos que el artículo en cuestión considera como flagrancia, pero sí haremos notar, que a medida que avanzan las letras en el artículo, los supuestos se van alejando cada vez más de lo que constituye verdaderamente una flagrancia. Pero hay que tener en mente que han sido elevadas a rango legal como circunstancias en las que se entiende hay flagrancia, sin existir entonces distinción entre ellas en el plano jurídico. Sin perjuicio de que claramente los supuestos de hecho de las letras del artículo 130 son diferentes entre sí, como se evidencia tomando por ejemplo el supuesto de la letra c) en que el individuo huye del lugar y es designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice. No equivale a sorprender a alguien cometiendo el delito como lo exige el supuesto de la letra a), pero a efectos legales, no existe distinción o categorías de flagrancias completas o atenuadas.

No merece la pena analizar los distintos tipos de flagrancia ni discutir la conveniencia o no de incluir supuestos que no configuran exactamente la

definición de atrapar a alguien en el acto, al menos para los efectos del presente trabajo. Pero sí es necesario decir que la calificación de si hubo flagrancia o no en un caso determinado puede traer importantes consecuencias en lo que se refiere a la legalidad de la prueba obtenida producto de una detención.

Los artículos siguientes establecen los límites de tiempo de la detención, distinguiendo según si ésta se efectúa en el cumplimiento de una orden judicial o en caso de flagrancia. El último inciso del artículo 132 es importante, ya que señala que si se llegara a declarar ilegal la detención, el fiscal podrá de todos modos formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que procedieren, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. Y agrega además que la declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba de las que versa el artículo 276. Sobre esto se volverá más adelante.

En lo que respecta a los recursos, el artículo 132 bis admite que la resolución que declara la ilegalidad de la detención sea apelable. Y respecto de ciertos delitos, la ley dispone que la apelación será apelable en el sólo efecto devolutivo.

Lamentablemente, y pese a la extensa regulación que existe a nivel legal respecto a medidas cautelares personales como la detención, en los hechos existen fallos que han debido anular procedimientos enteros en virtud de detenciones efectuadas ilegalmente, puesto que se contaminan por esa ilicitud las pruebas que hayan sido obtenidas a propósito de éstas.

Un ejemplo de aquello puede evidenciarse en la sentencia definitiva dictada por la Corte Suprema en el caso rol 41.240-2019<sup>90</sup>, que acoge un recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de fondo, en razón de que los funcionarios policiales

---

<sup>90</sup> Corte Suprema, 7 de mayo de 2020, Rol N° 41.240-2019.

detuvieron a la imputada en circunstancias en las que no se configuraban uno de los supuestos de flagrancia, siendo la detención ilegal y también en consecuencia la droga obtenida en dicha diligencia.

### **1.5. Etapa de investigación**

Siguiendo con el orden del código, a continuación corresponde revisar algunas disposiciones contenidas en el Libro segundo destinado a regular el procedimiento ordinario en materia penal. El Título I regula la etapa de investigación, y especial atención merece el párrafo 3 referente a las actuaciones de la investigación.

#### **1.5.1. Investigación de los fiscales**

El artículo 180 reitera la idea ya presentada de que los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que considerasen conducentes al esclarecimiento de los hechos. El inciso tercero agrega que los fiscales podrán exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por ley. Luego, el artículo 181 se refiere a las actividades de la investigación, que se llevarán a cabo a modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y la identificación de los partícipes en el mismo. El resto del artículo se dedica a detallar de qué manera se realizará esto.

#### **1.5.2. Actividades de la investigación**

Las siguientes disposiciones regulan la gran diversidad que conforman las actuaciones de investigación. Se regula la proposición de diligencias al fiscal en beneficio del imputado y demás intervinientes como manifestación del deber de objetividad del ente persecutor, la declaración del imputado como medio de prueba y la prohibición expresa de todo método de investigación o interrogación que menoscabe o coarte la libertad

del imputado a declarar, además de la prohibición de prolongar excesivamente la declaración, ni realizar exámenes corporales sin su consentimiento.

Son muchas las diligencias que merecen ser observadas a efectos de regular de mejor manera la prueba, sin embargo, ésta no es la oportunidad para revisarlas. De todos modos, consideramos necesario mencionar que a efectos de la ilicitud de la prueba, de gran importancia es lo dispuesto en los artículos 204 y 205 del Código Procesal Penal respecto a la entrada y registro en lugares de libre acceso público y cerrados, respectivamente, además de la situación especial del artículo 206 referente a las llamadas de auxilio.

También existen a este respecto sentencias en que se anulan procedimientos en virtud de una obtención ilícita de los medios de prueba. Ejemplo de esto es el fallo de la causa rol 29.375-2014<sup>91</sup>. Al igual que los demás fallos revisados, éste es dictado por la Corte Suprema, acogiendo un recurso de nulidad en virtud de la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, al estimarse vulnerados los derechos a un debido proceso en virtud de que se efectuaron actuaciones policiales no autorizadas por la ley ni por el juez.

### **1.5.3. Cierre de la investigación**

Hasta el momento nos hemos concentrado en la etapa investigativa del procedimiento penal. Sin embargo, en algún momento la investigación debe llegar a un cierre. Esta etapa, como lo dispone el artículo 247, puede durar un máximo de dos años desde la fecha de la formalización, sin perjuicio que mientras no se produzca dicha actuación, no empieza a transcurrir el plazo mencionado, encontrándose en ese caso el Ministerio Público libre de plazos para investigar, teniendo como única presión de tipo temporal el plazo de prescripción de la acción penal.

---

<sup>91</sup> Corte Suprema, 8 de enero de 2015, Rol N° 29.375-2014.

## **1.6. Etapa preparatoria del juicio oral**

Terminado el período de investigación, si el fiscal estima haber pruebas suficientes que sirvan de fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, formulará la acusación, dando paso a la siguiente etapa del procedimiento penal, que es la preparación del juicio oral, regulada en el Título II.

Es en el contexto de la audiencia de preparación de juicio oral que es importante revisar el artículo 272 del Código Procesal Penal, que dispone que durante el desarrollo de ésta cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276, que revisaremos a continuación.

Pues bien, es en esta etapa de preparación del juicio oral que se fija la prueba que sustenta materialmente a la acusación y que será conocida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en el juicio de fondo, lo que implica que es otro juez el encargado de determinar qué prueba será conocida por el tribunal referido. Para esto, se abre un período de debate en que las partes puedan cuestionar las pruebas ofrecidas por los otros intervinientes, para que el Juez de Garantía proceda a una eventual reducción y exclusión de pruebas.

### **1.6.1. Exclusión de pruebas para el juicio oral**

La regla general es la libre admisión de los elementos de prueba, por lo que cualquier exclusión o reducción es excepcional, debiendo operar sólo en los casos que la ley así lo disponga. Pues bien, el Juez de Garantía puede reducir prueba por razones de eficiencia, si se tratara de pruebas que no tienen relación con el objeto del juicio, tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios, o fuera superabundante y dilatoria. Pero también puede excluir prueba presentada por los intervinientes del conocimiento del

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en razón de su ilicitud. Todo esto se encuentra regulado en el artículo 276.

Como ya se advirtió, el enfoque de este trabajo respecto de la regulación de la prueba en el proceso penal se concentrará en los casos referidos a la legalidad o ilegalidad de la prueba, más que en los casos de su pertinencia. Es por esto que pondremos especial énfasis en el tercer inciso del artículo 276, que dispone que el Juez de Garantía excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Entonces, el ordenamiento jurídico chileno entiende que existe prueba ilícita en dos supuestos distintos. Sólo se requiere que concurra uno de éstos para entender que la prueba en cuestión se obtuvo ilícitamente, y al menos dentro del Código Procesal Penal no se contemplan hipótesis adicionales a las ya mencionadas.

Tal como sostiene Hernández<sup>92</sup>, no hay en la historia fidedigna del establecimiento de la ley procesal penal constancia del fundamento para adoptar esta regla general de ilicitud de la prueba que se divida en dos hipótesis. Compartimos la incertidumbre del jurista respecto de la razón del legislador de regular la exclusión de la prueba ilícita en base a estos supuestos en vez de acudir a una formulación genérica y universal, especialmente considerando los distintos niveles en los que se desenvuelven cada uno de éstos, teniendo en cuenta que un supuesto es de tipo material al existir una vulneración de una garantía fundamental, mientras que el otro consiste en un presupuesto de tipo formal como lo es la declaración de nulidad de la actuación en la que se produjo el medio de prueba a excluir.

Cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el denominador común de ambos presupuestos previstos por el artículo 276 inciso tercero? No se puede subsumir uno en el otro, no existe entre ellos una relación de género a

---

<sup>92</sup> HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit., pp. 43-44.

especie; no puede ser el género la vulneración de garantías fundamentales puesto que no toda declaración de nulidad de una actuación procede en virtud de una vulneración de tal calidad, ni puede ser el género la declaración de nulidad de una actuación ya que la nulidad procesal sólo puede recaer respecto de actuaciones judiciales, lo que dejaría afuera las actuaciones consistentes en las diligencias investigativas que realizan las policías y el Ministerio Público, que son aquellas que producen el material de prueba que sustenta la acusación y cuya ilicitud no acostumbra ser algo inusual, como ocurre en detenciones ilegales, allanamientos ilegales, interceptación de comunicaciones ilegales, entre otras, como ya se ha evidenciado de la exposición de fallos en el desarrollo de este capítulo.

### **1.6.2. Auto de apertura del juicio oral**

La etapa de preparación del juicio oral finaliza con el auto de apertura del juicio oral. Éste deberá indicar, entre otras cosas, las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, según lo dispone la letra d) del artículo 277. La prueba referida en la letra es la prueba ya filtrada por el Juez de Garantía, es decir, aquella que fue valorada y ponderada, realizando las exclusiones pertinentes al caso concreto en razón de su ineficiencia o ilicitud.

La información contenida en este auto es lo que llegará al conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, la cual por las razones ya señaladas y explicadas derivadas de la aplicación del artículo anterior, no coincidirá necesariamente con las pruebas que hayan sido ofrecidas en la audiencia de preparación. Esto sucede deliberadamente, como una suerte de filtro para que el juez del fondo no sea contaminado con el conocimiento de prueba que no debería poder valorar en virtud de la forma en que se obtuvo.

El penúltimo inciso del artículo 277 permite que el Ministerio Público apele el auto de apertura en razón de la exclusión de pruebas que haya hecho el Juez de Garantía en virtud del inciso tercero del artículo 276, recurso que será concedido en ambos efectos, situación que se aleja de la

regla general relativa a los efectos de la interposición de recursos del artículo 355. La ley se encarga de aclarar además que este recurso de apelación procede sin perjuicio de la eventual procedencia del recurso de nulidad que pueda interponerse en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, según las reglas generales. Y el último inciso agrega que si se excluyeren por resolución firme pruebas que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, que el juez competente decretará en una audiencia convocada al efecto.

### **1.7. Juicio oral**

El Título III del Código se encarga de regular las actuaciones que componen el juicio oral, etapa en que la causa pasa a ser conocida por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal para dictar sentencia definitiva absolviendo o condenando al imputado.

#### **1.7.1. Disposiciones generales sobre la prueba**

El párrafo 4 relativo a las disposiciones generales sobre la prueba se encarga de consagrar en el artículo 295 la libertad de prueba, que asegura que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley, fórmula que se distancia del sistema legal tasado que nuestro ordenamiento jurídico prevé para el proceso civil.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 297 le permite a los tribunales apreciar la prueba con libertad, siempre que no contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El Código asume que a estas alturas del procedimiento la prueba ineficiente o ilícita fue purgada de entrar a la etapa de juicio oral, teniendo teóricamente los jueces del fondo sólo medios de prueba obtenidos lícitamente y útiles para arribar a una conclusión respecto

de la acusación que se formula contra el imputado. Es por eso que el inciso segundo le impone al tribunal el deber de hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

Sin embargo, en los hechos es posible que por una u otra razón no se haya excluido en la etapa de preparación de juicio oral aquella prueba obtenida ilícitamente, pasando a ser conocida por el juez de fondo. Sin perjuicio de esto, la obligación del artículo 297 inciso segundo persiste. En razón de esta encrucijada, es que algunos jueces han decidido fallar sin valorar toda la prueba que llega a su conocimiento, optando precisamente por no valorar aquella prueba obtenida con infracción a los derechos fundamentales, como bien lo ejemplifica el considerando séptimo del fallo de la causa rol 20397-2019<sup>93</sup>. Este es el fenómeno jurisprudencial conocido como la valoración negativa de la prueba.

Se podría decir que el ordenamiento jurídico reconoce implícitamente esta facultad en el artículo 342 que regula el contenido que debe tener la sentencia definitiva. Pues bien, el artículo 342 en su letra c) se remite expresamente al artículo 297 que trata sobre la valoración de la prueba. Si una prueba ilícita pudo desecharse anteriormente, con mayor razón puede hacerse en esta oportunidad procesal, pese a que no sea la ideal, porque es una señal manifiesta de que se cometió un error en la etapa de preparación del juicio oral.

De hecho, hay que considerar que el inciso penúltimo del artículo 277 sobre el auto de apertura reconoce la eventual procedencia de recurrir de nulidad la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral en virtud del artículo 373 letra a), recurso que en caso de ser admitido desecharía todo lo

---

<sup>93</sup> Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019, Rol N° 20397-2019.

obrado en el juicio, teniendo que repetirse con las correcciones pertinentes ante un tribunal no inhabilitado.

### **1.7.2. Sentencia definitiva**

El juicio oral llega a su conclusión natural con la dictación de una sentencia definitiva, regulada en el párrafo 10 del mismo título estudiado. Es recién en esta instancia del proceso que el juez falla sobre la culpabilidad o inocencia de los delitos que se le imputan al acusado.

#### **A) Convicción del tribunal**

El artículo 340 regla el estándar de convicción al que debe arribar el tribunal para estimar que el imputado es culpable y proceder a condenarlo; nadie podrá ser condenado por cometer un delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Esta convicción deberá formarse en base a la prueba producida durante el juicio oral, agrega el inciso segundo.

#### **B) Contenido de la sentencia definitiva**

El artículo 342 regula el contenido que debe tener la sentencia definitiva. A efectos de este trabajo, nos importa especialmente la exigencia de la letra c) de contener la exposición clara, lógica y completa de la valoración de los medios de prueba que fundamenten la acreditación de los hechos alegados y las conclusiones que se deriven de éstos, que es la consecuencia lógica de la exigencia del artículo 297 inciso segundo ya revisado.

### **1.8. Recurso de nulidad**

En lo que respecta al régimen de recursos, contenido en el Libro tercero del Código Procesal Penal, mención especial amerita el recurso de

nulidad, regulado en el Título IV. Tal como señala el artículo 372, este medio de impugnación se concede para invalidar la sentencia definitiva, y eventualmente el juicio oral que la antecede, según corresponda, en virtud de causales expresamente señaladas en la ley.

La causal que merece nuestra atención es aquella contenida en la letra a) del artículo 373, que habilita la declaración de nulidad si en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Como ya se habrá apreciado de la exposición en las páginas anteriores de la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a la obtención de prueba ilícita, la manera de reclamar sobre dicha ilicitud, cuando no se logró excluir oportunamente en la etapa de preparación del juicio oral ni se valoró negativamente por parte del tribunal del fondo al momento de dictar la sentencia definitiva, es precisamente a través del recurso de nulidad, en virtud de la causal del artículo 373 letra a), con la debida preparación del recurso claro está. Es en virtud de esta causal que la Corte Suprema ha podido invalidar procedimientos enteros en virtud a que el juez falló sustentándose en medios de prueba obtenidos con vulneración a derechos fundamentales para acreditar las acusaciones.

Definitivamente, el Código Procesal Penal regula la prueba en el proceso penal de manera extensa, según cada etapa del proceso, partiendo por la etapa investigativa hasta llegar a la sentencia definitiva. Corresponde ahora rescatar lo mencionado en el capítulo anterior referente a la situación de otros países, con el propósito de realizar las propuestas de modificación de la prueba en el proceso penal a nivel legal.

## **2. Propuestas**

Ya se mencionaron en el capítulo anterior los ordenamientos jurídicos de derecho comparado que inspiran a este trabajo en el ofrecimiento de propuestas que tengan como norte la mejor regulación de la prueba en el proceso penal chileno, teniendo en cuenta el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales. Especialmente, ya se desarrollaron los casos de la jurisprudencia estadounidense en que los tribunales se desprenden de la regla general de exclusión de prueba que haya sido obtenida ilícitamente. No es nuestro propósito reiterar lo ya desarrollado en el capítulo anterior, que puede ser revisado para complementar a éste.

### **2.1. Regla general de prohibición de aprovechar prueba ilícita**

Es en virtud del contenido de las páginas anteriores que contamos con una serie de propuestas de modificación al Código Procesal Penal con el propósito de una regulación más eficiente de la prueba en el proceso penal.

En primer lugar, debemos consagrar a nivel legal lo que se propuso también a nivel constitucional, esto es, la prohibición de aprovechar prueba obtenida con vulneración a derechos fundamentales, lo que se traduce en la prohibición de ser admitida en juicio y valorada. Sin perjuicio de que se propondrán excepciones debidamente fundadas que buscan lograr el equilibrio entre los objetivos planteados en el capítulo preliminar, nunca hay que perder de vista que la regla general sigue siendo la prohibición del aprovechamiento de estos medios de prueba.

Es en virtud de aquello, que proponemos ciertas modificaciones. Respecto del actual artículo 276, si bien entendemos en parte por qué el legislador decidió encapsular los supuestos de ilicitud de la prueba en las dos circunstancias ya estudiadas, no dejamos de encontrar extraña la técnica legislativa del producto final, por lo que recomendamos que el artículo 276

tenga la mayor claridad posible e indique expresamente que el Juez de Garantía deberá excluir toda prueba que haya sido obtenida ilícitamente.

Asimismo, tampoco queremos desechar los aportes que ha traído la actual redacción de este artículo, por lo que aconsejamos de todos modos dejar esta nomenclatura, pero sólo a modo de ejemplo, a continuación de la fórmula firme y sencilla propuesta en las líneas anteriores. Más adelante, claramente, tendría que incluirse la excepción o excepciones a esta regla general de exclusión, ya explicitadas en los párrafos anteriores.

## **2.2. Reglas de exclusión en relación a la prueba y al actuar de los funcionarios policiales**

Dicho esto, corresponde hacer notar que muchos de los supuestos de excepción que nacieron de los tribunales estadounidenses son, valga la redundancia, muy excepcionales, ya que escapan a la regla general que debe seguir siendo la exclusión de prueba cuando es ilícita. Son excepcionales también porque regulan supuestos específicos que ni la Constitución ni la ley estadounidenses pudieron prever, y que tampoco lo hace nuestro ordenamiento jurídico. Proponemos aprender de la experiencia de otros países e incluir algunas reglas que nacieron de estos tribunales en el Código Procesal Penal.

### **2.2.1. Fallos de la Corte Suprema**

Cabe legítimamente hacerse la pregunta de por qué incorporar estas reglas a nivel legal, en vez de permitir que la jurisprudencia chilena naturalmente arribe a estas conclusiones, especialmente considerando que ya existe jurisprudencia al respecto emanada de la propia Corte Suprema.

Pues bien, podemos encontrar fallos como el de la causa rol 42.776-2020<sup>94</sup>, en que el máximo tribunal rechazó un recurso de nulidad en virtud de la doctrina de la fuente independiente. En este caso, la policía se

---

<sup>94</sup> Corte Suprema, 29 de mayo de 2020, Rol N° 42.776-2020.

contactó con la víctima, quien describió a su agresor, aportando características coincidentes con un sujeto conocido por los funcionarios, por lo que efectúan un reconocimiento fotográfico sin contar con la instrucción del fiscal y logran dar varias horas después de los hechos constitutivos de delito con el imputado, procediendo a su detención. Después de todo esto llamaron al fiscal para que instruyera el reconocimiento fotográfico y actas respectivas, es decir, cuando ya se habían llevado a cabo.

Otro fallo que merece mención es aquel de la causa rol 14.317-2021<sup>95</sup>, en el que la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto en virtud de la causal del artículo 373 letra a), en relación a las garantías de un debido proceso y el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de comunicaciones, en base a la doctrina del descubrimiento inevitable, al sostener que el imputado no contaba realmente con la expectativa razonable de privacidad que alega tener. En este caso, la prueba obtenida para inculpar al sujeto en cuestión provino de su propio teléfono y computador personal, que fue revisado por su cónyuge, situación que según la Corte se ampara en el supuesto del descubrimiento inevitable, basado en que tarde o temprano la cónyuge iba a descubrir tal evidencia, dado el contexto de convivencia dentro del hogar en común. Estimamos que en los términos que se plantea esta sentencia, perfectamente podría tratarse también de un caso en que proceda la aplicación de otra regla de exclusión; aquella sustentada en la actuación de particulares.

Por último, podemos mencionar como ejemplo el fallo de la causa rol 30.581-2020<sup>96</sup>, en que se aplica la regla de exclusión de la buena fe del agente. En este caso en concreto, un funcionario de policía no se ajustó a los requerimientos del artículo 25 de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas referente a la técnica de agente revelador. Existía autorización del fiscal para utilizar la técnica del referido

---

<sup>95</sup> Corte Suprema, 8 de abril de 2021, Rol N° 14.317-2021.

<sup>96</sup> Corte Suprema, 8 de mayo de 2020, Rol N° 30.581-2020.

artículo en relación de una persona determinada, pero el intento de transacción falla porque ella dice no tener droga, refiriendo al agente revelador a un domicilio diverso, perteneciente a otra persona, que es respecto de quién se terminó utilizando la técnica en cuestión.

### **2.2.2. Necesidad de consagrar en la ley las reglas de exclusión**

Pues bien, respecto a la interrogante sobre por qué se propone imponer por medio de la ley, que es general y obligatoria, estas soluciones, en vez de proponerlas desde un punto de vista meramente doctrinario, no imperativo, y otorgándole la libertad a los jueces de adoptar según estimen prudente las reglas que consideren justas y eficaces a efectos del objetivo del presente trabajo. La razón de esto recae en la misma razón que se otorgó en el capítulo anterior referente a modificaciones de orden constitucional, que es la gran diferencia entre el ordenamiento jurídico estadounidense y el chileno, al pertenecer a familias jurídicas distintas.

Es sostenible la existencia de estas creaciones jurisprudenciales en el ordenamiento jurídico estadounidense porque éste reviste las características de la familia del Common Law, en el que se entrega un gran poder a los tribunales y las sentencias que éstos dicten, por medio del sistema de precedente, que se contrapone diametralmente al efecto relativo de las sentencias propio de nuestro sistema, que se alinea con los planteamientos y estructura de la familia del derecho continental o romanista.

Aunque hipotéticamente hablando, por alguna razón los tribunales chilenos comenzaran a utilizar masivamente las excepciones a la regla de exclusión que pretendemos implantar, esto no se masificaría de la forma en que lo haría una norma contenida en la ley, ni lograría arribar a una aplicación uniforme que otorgue la certeza jurídica necesaria para saber cuándo procedería aplicarla, o mejor dicho aún, si el juez de una determinada causa la aplicará o no en virtud de sus convicciones personales, ya que por el efecto relativo de las sentencias no estaría en absoluto obligado a fallar de la forma en que hayan fallado otros tribunales, y ni

siquiera estaría obligado a fallar como lo ha hecho él mismo anteriormente, por lo que el uso de estas creaciones sería errático e imposible de controlar si no existiera una ley que las cristalizara e impusiera la obligatoriedad de su aplicación.

La familia jurídica a la que pertenece nuestro ordenamiento jurídico tiene como fuentes más relevantes la ley y la Constitución, por lo que la consagración positiva de estas normas es fundamental, y deben armonizarse con los principios y derechos consagrados en la carta fundamental<sup>97</sup>, teniendo en este caso especial consideración respecto a las normas de rango constitucional propuestas.

### **2.2.3. Posible problema de constitucionalidad**

Respecto a estas propuestas de incorporar a nivel legal la regla general de prohibición de aprovechamiento de prueba obtenida ilícitamente y sus debidas excepciones, cabe advertir un posible problema de constitucionalidad con las normas que se propuso incluir en la Constitución. En primer lugar, hay que recordar que en ese capítulo se propuso la consagración de la prohibición de aprovechamiento de toda prueba que haya sido obtenida ilícitamente, lo que se contradice con la propuesta de establecer excepciones a nivel legal.

Ante esa aparente contradicción se aplicaría el principio de jerarquía, primando lo dictado en la norma constitucional por sobre la norma legal. Esto, sin embargo, minaría los esfuerzos que persiguen las normas propuestas a nivel legal, al no poder ser jamás aplicadas por contravenir una norma de mayor jerarquía.

Es en razón de lo anterior, entre otras razones ya explicitadas en el capítulo anterior y mejor desarrolladas por Pezoa, Cumming, Méndez y

---

<sup>97</sup> MIRANDA, Manuel, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010, n° 22, p. 135.

Cerda<sup>98</sup>, que se optó por proponer la consagración explícita del derecho a probar en el texto constitucional, no bastando entender que tiene actualmente rango constitucional de forma implícita al ser una manifestación del debido proceso.

Se pretende que del conjunto de las propuestas constitucionales y legales se arribe a la comprensión sistemática de que la prohibición de aprovechar prueba ilícita debe ser la regla general, pero que también pueden darse situaciones excepcionales y debidamente fundadas en que se pueda admitir y valorar dicha prueba, en conformidad a las propuestas presentadas en este capítulo.

#### **2.2.4. Reglas de exclusión**

Dicho lo anterior, y ya conociendo las reglas de exclusión emanadas de la Suprema Corte estadounidense, es que pasaremos a seleccionar aquellas reglas que consideramos deberían incorporarse en el ordenamiento jurídico para admitir en juicio la prueba que haya sido obtenida ilícitamente. Además, adelantando el contenido de la segunda parte de este capítulo, determinaremos las consecuencias disciplinarias que recaerán en los funcionarios policiales involucrados en la obtención ilícita de dicha prueba en cada regla de exclusión.

##### **A) Actuaciones de buena fe**

Consideramos por ejemplo, que nuestro ordenamiento jurídico debería rescatar la excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita cuando se trate de actuaciones en cuyo desarrollo se hayan vulnerado derechos fundamentales pero éstas hayan sido llevadas a cabo de buena fe por parte de los funcionarios policiales involucrados, debiendo claro está tratarse de una buena fe subjetiva y objetiva, exigiendo un estándar de

---

<sup>98</sup> PEZOA, Paulina; CUMMING, Natalia; MÉNDEZ, Juan Pablo; CERDA, Rodrigo, ob. cit., pp. 10-29.

seriedad y eficacia que no de paso a negligencias que terminen creando un vacío legal en que se termine premiando la incompetencia de los funcionarios policiales.

Esto, inspirado en el caso *United States v. Leon*<sup>99</sup>, al que ya nos referimos en el capítulo anterior, que trataba de funcionarios que actuaron de buena fe bajo la creencia de que la orden judicial que los autorizaba para actuar era válida. El mismo fallo menciona a título ejemplar situaciones en que un oficial razonablemente bien entrenado no debería confiar en la validez de la orden impuesta.

Sin embargo, y esto debe quedar claro, consideramos que esta regla debería rescatarse a efectos de no sancionar al funcionario de policía que haya actuado conforme a esta buena fe, y no como regla que permita la aportación de la prueba obtenida ilícitamente al juicio, en la base de que si no fuera procedente la dictación de la autorización judicial que permitió la actuación, no debería poder aprovecharse la prueba que nació de ésta.

En otras palabras, en relación a esta regla, consideramos que en ningún caso debería incorporarse en la ley chilena como excepción a la regla general de prohibición de valoración de prueba obtenida ilícitamente que se propuso en el capítulo anterior referido a normas constitucionales, pero sí debería incorporarse a efectos de eximir al funcionario policial que actuó de buena fe subjetiva y objetiva de una eventual responsabilidad administrativa.

## **B) Actuaciones exclusivamente privadas**

Respecto de la excepción referida a las actuaciones exclusivamente privadas, y teniendo en cuenta que ni el Estado ni los privados deberían atentar contra la Constitución y las leyes, consideramos que debería ser

---

<sup>99</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 5 de julio de 1984, “United States v. Leon”, 897, L., Ed. 2d 677.

recogida a nivel legal para admitir la prueba obtenida en este contexto, pero siempre que la actuación de los privados no esté involucrada en instancias de cooperación con agentes estatales, para evitar la utilización de éstos para poder realizar diligencias que ellos no podrían llevar a cabo por el rigor que deben tener en el desempeño de una función pública.

Debería comprobarse entonces que los particulares no actuaron bajo órdenes o guía de las policías o el Ministerio Público al momento de obtener medios de prueba con vulneración a los derechos fundamentales. Y claro está, para no incentivar la justicia de propia mano y mantener el poderío que tiene el Ministerio Público de dirigir la investigación, debería existir algún tipo de sanción a las personas que realicen vulneraciones de este tipo a los imputados y afectados, sin perjuicio de que se admitiría finalmente la prueba ilícita.

Básicamente, proponemos admitir esta regla de exclusión en la ley para poder admitir y apreciar la prueba que se haya obtenido ilícitamente bajo este supuesto, con las exigencias de no haber mediado colaboración entre privados y agentes estatales, teniendo el Ministerio Público la carga de la prueba para acreditar aquello, y aplicando las responsabilidades que correspondan según las reglas generales respecto a los privados que intervinieron, ya sean de tipo civil o penal, según el caso.

Teóricamente no debería proceder responsabilidad alguna respecto de los funcionarios policiales, considerando que esta regla de exclusión se refiere precisamente al supuesto en que éstos no actúan en la diligencia investigativa, sino los particulares. En caso de que hayan colaborado en el accionar ilícito con ellos, no operaría esta regla de exclusión, no pudiendo ser aprovechada la prueba, pero procedería la correspondiente responsabilidad administrativa.

### **C) Doctrina de la fuente independiente**

Respecto de la doctrina de la fuente independiente, consideramos que ésta debería ser acogida como excepción a la regla de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, como ocurrió en el fallo de *State v. O'Bremski*<sup>100</sup>, permitiendo una separación entre prueba obtenida de forma ilegal y aquella que ha sido obtenida por medios lícitos, bajo la premisa de que el fundamento de la exclusión de prueba ilícita no convierte a los hechos en sagrados o inaccesibles como consecuencia.

Claramente, la independencia de fuentes será evidente cuando la prueba obtenida de forma legal sea anterior al acto ilegal, caso en que tendrá que admitirse la prueba para ser incorporada al auto de apertura sin más, pero no debería cerrarse la puerta a la prueba obtenida con posterioridad al acto ilegal, siempre que se logre demostrar que no existe verdaderamente un vínculo entre ésta y la ilicitud, acreditación que será de cargo del Ministerio Público.

En virtud de lo anterior, es que proponemos que esta regla de exclusión se consagre a nivel legal en el ordenamiento jurídico chileno, permitiendo el aprovechamiento de la prueba que haya sido obtenida bajo el supuesto que esta regla regula. Sin perjuicio de ello, consideramos que será procedente la responsabilidad administrativa del funcionario policial que practicó la diligencia investigativa ilegal.

### **D) Regla del descubrimiento inevitable**

También consideramos que nuestro ordenamiento jurídico debería incorporar la regla del descubrimiento inevitable, que procede aplicar en casos en que la prueba haya sido obtenida de forma ilícita, pero el descubrimiento de ella se hubiera llevado a cabo de todos modos, como lo dice el nombre, inevitablemente.

---

<sup>100</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 2 de febrero de 1967, "*State v. O'Bremski*", 70 Wash. 2d 425, 423 P. 2d 530.

Esto, según la solución adoptada en el caso *Nix v. Williams*<sup>101</sup>, en que se logró encontrar el cadáver de la víctima en labores de búsqueda de la policía mientras que a la vez el imputado era interrogado obteniendo ilegalmente la información de la ubicación del cuerpo.

Para que sea procedente la aplicación de esta regla de exclusión, tendrá el Ministerio Público que probar el carácter de inevitable del descubrimiento, además de su carácter de oportuno, y el juez deberá fallar al respecto de la veracidad de esta afirmación a conciencia.

Dicho lo anterior, y para no incentivar la negligencia, incompetencia, o derechamente malicia de los funcionarios policiales al admitir este tipo de pruebas en el juicio, deberá sancionarse a aquellos que hubieran actuado vulnerando derechos fundamentales al momento de llevar a cabo la actuación que produjo el medio de prueba que será admitido.

#### **E) Principio del vínculo atenuado**

Respecto a esta regla de exclusión, proponemos el mismo tratamiento que el expuesto arriba sobre la regla del descubrimiento inevitable. Esto implica que en caso de que el tribunal estime lo suficientemente frágil el vínculo, deberá aplicar la regla de exclusión, admitiendo la prueba obtenida en la diligencia viciada, pero sancionando disciplinariamente a los funcionarios policiales relacionados con la ilicitud.

### **2.3. Necesidad de consagración en la ley de las reglas de exclusión y supuestos de hecho ejemplificadores**

No es la intención de este trabajo eliminar el efecto relativo de las sentencias del artículo 3 del Código Civil, ni mucho menos proponer un cambio radical y total de la naturaleza del ordenamiento jurídico chileno que abandone el sistema romanista y se una a la familia del Common Law.

---

<sup>101</sup> Suprema Corte (Estados Unidos), 11 de junio de 1984, “*Nix v. Williams*”, 431, L. Ed. 2d 377.

Pero eso no implica que no podamos mirar a nuestros vecinos, observar cómo ellos han resuelto las problemáticas que se han ido suscitando, e inspirarnos en ellas para lograr uniformar criterios y regular de mejor manera qué prueba es admitida o excluida en el proceso penal.

Dicho lo anterior, consideramos que la ley debería guiar a los jueces otorgando ejemplos no taxativos en que puedan ser aplicables las disposiciones propuestas, tal como lo hizo la Suprema Corte estadounidense al incorporar en sus sentencias relativas a la regla de exclusión de buena fe del agente policial los casos en que debe entenderse que no opera ésta, en razón de exigencias de buena fe objetiva.

Estos ejemplos facilitarían la labor del tribunal para saber si el caso concreto presentado a su conocimiento entra en alguno de los supuestos sugeridos o puede asimilarse a éstos, o por el contrario, va en contra del espíritu general de dicha excepción.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la prohibición de la utilización de la analogía en el derecho penal, que es la razón por la que proponemos que esas sugerencias no taxativas sean simplemente manifestaciones de la regla en cuestión, siendo ésta última la verdaderamente obligatoria, por lo que si un juez estimare que el caso concreto sometido a su conocimiento no se circunscribe a ninguno de los supuestos ejemplificadores en la ley pero sí al contenido y sentido mismo de la excepción a la regla general de exclusión, pueda efectivamente hacerla valer y admitir la prueba ilícita en el auto de apertura.

#### **2.4. Apelación del auto de apertura en relación a la prueba ilícita**

Respecto del artículo 277 inciso penúltimo, consideramos que en virtud del principio de contradicción que asegura consecuentemente el debido proceso, debería admitirse que el auto de apertura del juicio oral sea susceptible de apelación por parte del imputado. No estimamos justo que en

la regulación actual sólo proceda la impugnación para el Ministerio Público, ya que el imputado debería también poder contar con esta oportunidad procesal para diferir de la decisión del Juez de Garantía de incluir en el auto de apertura prueba que a su juicio sea ilícita y le pueda perjudicar, sin perjuicio de la posibilidad de pedir la nulidad del juicio más adelante.

Esto evitaría la eventual contaminación del juicio oral que ocurre cuando ingresa a éste prueba que no debería ser rendida en virtud de su ilicitud, al otorgarle a todas las partes la oportunidad no sólo de debatir la licitud de los medios de prueba, cosa que el ordenamiento ya permite, sino también de ejercer el derecho al recurso y permitir que alguien más revise la decisión del juez en la materia. Así se lograría evitar que tribunales deban declarar la nulidad de todo el juicio rendido en virtud de la falta de esta instancia creada para evitar que llegue prueba ilícita al juicio, situación que vuelve inútil los esfuerzos anteriores y perjudica tanto a la víctima como al imputado y demás sujetos procesales involucrados.

Adicionalmente, siempre en razón del principio contradictorio, consideramos que debería además poder interponer este recurso el acusador particular o adhesivo. Respecto al efecto del recurso coincidimos con la regulación actual en el sentido de que debe concederse en ambos efectos, en razón de las consideraciones de las anteriores líneas.

## **2.5. Oportunidad para reclamar la ilicitud de la prueba**

Finalmente, consideramos que hay que pronunciarse respecto a cierto fenómeno jurisprudencial que se ha suscitado en los tribunales penales chilenos. Si bien el ordenamiento jurídico chileno contempla la etapa de preparación al juicio oral como la oportunidad para excluir la prueba ilícita del conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, lo cierto es que en la práctica esto sucede de todos modos, sin perjuicio de la utilidad que presenta contar con este filtro previo.

Este fenómeno llamado valoración negativa de la prueba consiste entonces en la decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de no tomar en consideración para resolver el asunto sometido a su conocimiento la prueba ilícita tenga a su disposición para deliberar, en contra de lo que la ley le exige, como se explicitó en las páginas anteriores relativas a la normativa vigente de la materia en el Código Procesal Penal.

No se puede permitir que se arribe a una decisión en base a prueba que le quita legitimidad al proceso penal, que fue creado como manifestación y consecuencia necesaria del derecho a un debido proceso que a su vez legitima monopolio de la fuerza que tiene el Estado. La verdad no puede obtenerse a cualquier precio.

Dicho lo anterior, consideramos que la garantía epistémica puede salvarse en los casos excepcionales propuestos en las páginas anteriores, manteniendo a su vez las funciones de un adecuado desempeño de la función jurisdiccional y de las policías. Es por eso que proponemos que la ley admita expresamente al tribunal del fondo valorar negativamente la prueba en caso de que sea ilícita, siendo en todo caso recurrible la sentencia definitiva para que un tribunal superior pueda revisar la pertinencia de tal decisión, es decir, si la prueba que decidió no valorarse fue efectivamente obtenida con infracción a los derechos fundamentales.

En todo caso, de más está decir que esta proposición en modo alguno pretende empequeñecer el rol del Juez de Garantía respecto a la exclusión de prueba ilícita en la etapa preparatoria del juicio oral, puesto que no se propone revocar la facultad que tiene en virtud del artículo 276 inciso tercero. Solamente se propone consagrar legalmente un mecanismo adicional que actúe en el hipotético caso de que el Juez de Garantía haya fallado en filtrar la prueba a rendir en el juicio oral, para atajar la ilicitud a como dé lugar, en caso de no operar una regla de exclusión.

### **3. Regulación de ciertos sujetos procesales relevantes en la obtención de la prueba**

Ya se habló latamente de la regulación de la prueba a nivel legal contenida en el Código Procesal Penal. Ahora corresponde revisar otros cuerpos legales encargados de regular a ciertos sujetos procesales del proceso penal. Esto porque no podemos quedarnos solamente con cómo la ley regula el destino de los medios de prueba en el desarrollo de un procedimiento penal, sino que también hay que tener en consideración el cómo actúan las personas que por mandato del ordenamiento jurídico tienen la facultad y el deber de investigar los hechos constitutivos de delitos.

Ya se ha mencionado con anterioridad que la etapa de investigación es desformalizada, y que en virtud de esto pueden llevarse a cabo diligencias investigativas antes de que exista una formalización en la que se le imputen cargos penales a un individuo. Es en esta etapa que se consiguen los medios de prueba que llevarán al ente persecutor a alcanzar la convicción de perseguir criminalmente al sospechoso o imputado y sostener dicha acusación durante el transcurso del juicio, para arribar a una eventual condena.

#### **3.1. Sujetos procesales a analizar**

También hay que tener presente en todo caso, que si bien como dice el artículo 180 del Código Procesal Penal el Ministerio Público puede realizar por sí mismo la investigación, en los hechos quien termina llevándola a cabo son los funcionarios de policía, es decir, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, y muy excepcionalmente Gendarmería de Chile. Es por eso que nuestros esfuerzos se enfocarán en analizar la regulación legal de las instituciones de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

A su vez, se excluirá de esta sección al Ministerio Público, debido a que si bien dirige la investigación, en los hechos no suele intervenir directamente en ella, y escapa a los objetivos de este trabajo cuestionar la

eficiencia o pertinencia de las decisiones que toma el ente persecutor desde un punto de vista estratégico para cumplir con su cometido, y a Gendarmería de Chile, por el carácter muy excepcional y circunstanciado que tiene respecto del cumplimiento de órdenes impartidas por el Ministerio Público.

Antes de continuar, debemos recordar que tanto Carabineros de Chile como Policía de Investigaciones forman parte de la Administración del Estado según la ley 18.575 de bases generales de la administración del Estado que enumera en su artículo 1 inciso segundo los órganos que la constituyen, incluyendo expresamente a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. La consecuencia de esta inclusión deriva en que a estas instituciones se regirán por ende según lo que disponga esta ley, cosa que hay que tener permanentemente en mente.

### **3.2. Ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile**

Una vez precisados los sujetos procesales relevantes a la obtención de prueba que se analizarán, corresponde revisar la ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile, promulgada el año 1990.

#### **3.2.1. Disposiciones generales**

En el artículo 1 se define a Carabineros de Chile como una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho, teniendo como finalidad garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomienden la Constitución y la ley.

A su vez, el artículo 4 establece el deber de esta institución de colaborar con los fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos cuando así lo dispongan, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares

de los fiscales. Añade además que deberá cumplir sin más trámite sus órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso. En este sentido, los funcionarios de esta institución se distancian de la regla general en las normas aplicables a los funcionarios de la administración del Estado del sistema de deliberación reflexiva, en el que puede representarse a quien impartió la orden la legalidad de la misma, debiendo cumplir con ésta en caso de que el representado insista, pero siendo exonerado el que la representó de toda responsabilidad administrativa sobreviniente.

### **3.2.2. Deberes y obligaciones**

El artículo 36 regula la potestad disciplinaria, señalando que ésta será ejercida por las autoridades institucionales a través de un racional y justo procedimiento, agregando el inciso segundo que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de Disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera afectarle.

Entonces, además de lo dispuesto en la ley general de bases de la administración del Estado que sea aplicable a esta institución, lo que se refiere a responsabilidad administrativa se remite a un reglamento, es decir, a una norma de carácter administrativo.

### **3.3. Ley orgánica constitucional de Policía de Investigaciones de Chile**

Una vez revisadas todas las disposiciones de la ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile atinentes a la pregunta de investigación de este trabajo, corresponde hacer lo mismo respecto de la ley orgánica constitucional de la Policía de Investigaciones, promulgada en el año 1979.

### **3.3.1. Disposiciones generales**

El primer artículo define a la Policía de Investigaciones como una institución policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden. Los artículos siguientes regulan la organización jerárquica de la institución, los organismos encargados de la capacitación e instrucción de sus funcionarios, etc. Es en el artículo 4 que se define la razón de ser de esta institución, indicando que su misión fundamental consiste en investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales.

### **3.3.2. Deberes y obligaciones**

El artículo 5 señala como deberes de esta institución, entre otros, prevenir la perpetración de hechos delictuosos, dar cumplimiento a las órdenes emanadas del Ministerio Público para los efectos de la investigación, así como las órdenes emanadas de las autoridades judiciales. No hay mención en la ley respecto a la responsabilidad administrativa en los términos generales que lo hace la ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile, sino que la regula respecto a los delegados del Director General.

## **4. Propuestas aplicables a ambas instituciones**

En consideración de lo mencionado en la sección anterior es que amerita hacer algunas observaciones con el propósito de proponer una mejor regulación de la actuación de los funcionarios policiales en relación a la obtención de prueba que será aportada al proceso penal. Antes de eso, sin embargo, conviene nuevamente observar lo que ocurre en el derecho comparado respecto de estas instituciones.

#### **4.1. Principio de respeto a los derechos humanos, entre otros**

Pondremos nuestro enfoque en el ordenamiento jurídico mexicano, específicamente en su Código Nacional de Procedimientos Penales. Si bien este cuerpo normativo sería el equivalente a nuestro Código Procesal Penal, es en éste que se regula la actuación de las policías, en su capítulo VI.

El artículo 132 de este cuerpo normativo dispone que la policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución. De lo revisado en nuestro ordenamiento jurídico, ni en el Código Procesal Penal chileno ni en las leyes orgánicas de los sujetos procesales estudiados se encuentra una disposición de este tipo, en que se impongan estos deberes que parecen tan obvios, pero a la vez son tan necesarios de recalcar.

Es en razón de esto que proponemos que una norma en el mismo sentido sea agregada a las leyes orgánicas constitucionales que regulan las instituciones de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, para que sea siempre el enfoque a los derechos humanos el norte de su actuación, no sólo para darle legitimidad a su accionar y en consecuencia al Estado, sino también para tener procedimientos más eficaces.

##### **4.1.1. Ley 21.427 que moderniza la gestión institucional y fortalece la probidad y la transparencia en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública**

Hay que señalar en todo caso que, sin perjuicio de la propuesta presentada al respecto, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la ley 21.427 que moderniza la gestión institucional y fortalece la probidad y la transparencia en las fuerzas de orden y seguridad pública, promulgada en febrero del año 2022 y que entrará en vigencia el 17 de agosto del mismo año, que modifica la ley orgánica constitucional de Carabineros de Chile.

### **A) Modificaciones referentes a Carabineros de Chile**

Relativo a estas modificaciones, se incorpora un artículo 2 bis que dispone que esta institución está al servicio de la comunidad y sus acciones se orientarán a la prevención de delitos, al control y restablecimiento del orden público y a la seguridad pública, así como a otras que le asignen las leyes, con la importante adición del inciso segundo, que consagra que en el ejercicio de sus funciones, el personal de Carabineros de Chile deberá respetar, proteger y garantizar sin discriminaciones arbitrarias los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, lo cual es una excelente adición que satisface con creces la propuesta de igualar el estándar mexicano.

Además, esta nueva ley agrega un nuevo Título VI relativo a la responsabilidad funcionaria, que dispone en el artículo 84 bis, que todo hecho constitutivo de falta administrativa dará origen a una medida disciplinaria de conformidad al Reglamento de Disciplina y de Sumarios Administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle.

El artículo 84 ter se encarga de regular la extinción de la responsabilidad administrativa, el plazo de prescripción de la responsabilidad administrativa y su interrupción. A su vez, el artículo 84 quáter crea un sistema para la interposición, tramitación y resolución de reclamos en contra de Carabineros de Chile por parte de la ciudadanía para evaluar y controlar la adecuada respuesta de la institución ante abusos u otros actos arbitrarios de su personal en el ejercicio de sus funciones.

### **B) Modificaciones referentes a Policía de Investigaciones**

Esta nueva ley también realiza modificaciones a la ley orgánica de Policía de Investigaciones, agregando un artículo 1 bis que en su inciso segundo dispone que en el ejercicio de sus funciones, el personal de este

cuerpo policial deberá respetar, proteger y garantizar sin discriminaciones arbitrarias los derechos humanos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En otras palabras, se trata de la misma fórmula, que merece los mismos comentarios que los mencionados más arriba. Lo mismo aplica para el artículo 7 bis que agrega la nueva ley, que repite la misma fórmula que el artículo 84 quáter mencionado en el párrafo anterior, como forma de control ciudadano de las fuerzas de orden y seguridad.

Respecto a la relación que tienen estos cuerpos policiales con el Ministerio Público, consideramos que ésta es adecuada, y compartimos el modelo existente, consistente en que el ente persecutor dirija la investigación y pueda impartirle órdenes a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, teniendo estos dos últimos la obligación de cumplirlas en los términos que regula el Código Procesal Penal, y sufriendo las consecuencias pertinentes en caso de no cumplirlas.

También abogamos porque estos cuerpos policiales puedan actuar en casos determinados por su cuenta sin necesidad de orden o autorización alguna en los términos del mismo código. Dicho lo anterior, consideramos que sería conveniente que en ciertas circunstancias, cuando no se den los supuestos del artículo 9 inciso del Código Procesal Penal ya revisado, el funcionario policial tuviera la opción de representar de forma inmediata al Ministerio Público la legalidad orden, debiendo cumplirla en caso de insistencia, pero siendo exonerado de toda responsabilidad administrativa sobreviniente, como es la regla general en el derecho administrativo.

#### **4.2. Responsabilidad administrativa y reglas de exclusión**

Por último, referido directamente a la conducta de los funcionarios policiales como individuos al momento de realizar las diligencias en las que se producen los medios de prueba que podrán ser aportados en el proceso penal, para evitar que el accionar de éstos derive en la ilicitud de toda

prueba obtenida en dicha diligencia y su consecuente exclusión de la ponderación que hace el juez para arribar a una convicción, es que hemos decidido adoptar dos posturas distintas en principio contradictorias, pero que pueden terminar complementándose.

Por una parte, es necesario sancionar a los funcionarios policiales que actúen de forma que vulneren los derechos fundamentales de las personas al momento de obtener prueba, que terminará siendo excluida en razón de la ilicitud de su obtención. Esto significa que cuando el Juez de Garantía decida excluir ciertos medios de prueba determinados en virtud de la ilicitud de su obtención, o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal decida no valorar prueba que llegó a su conocimiento por la misma razón, o el tribunal correspondiente declare la nulidad de todo lo obrado en el procedimiento en el que se valoró tal prueba ilícita, deberá perseguirse administrativamente a los funcionarios responsables de esta ilicitud. Esto siempre claro siguiendo reglas propias del derecho como la imposibilidad de culpar a los funcionarios en caso de que haya obrado fuerza mayor o caso fortuito.

Hay que tener muy presente en todo caso, que el castigo o no de un funcionario puede o no vincularse con el destino de la prueba ilícita. Es decir, la regla del párrafo anterior no puede ser tan absoluta, o no puede ser por lo menos la única regla. Proponemos que se hagan las distinciones en los casos que corresponda, separando lo que es la exclusión de la prueba por la ilicitud de su obtención de la concurrencia de la responsabilidad del agente policial.

Esta propuesta básicamente presupone la concurrencia de cuatro situaciones distintas. En primer lugar, encontramos medios de prueba que fueron obtenidos lícitamente, por lo que no es necesaria la aplicación de una regla de exclusión ni amerita entonces aplicación de sanción alguna respecto del funcionario que realizó la diligencia investigativa conforme a derecho.

En segundo lugar, encontramos a aquellos medios de prueba que fueron obtenidos de forma ilícita, pero que en virtud de una regla de exclusión podrán ser aprovechados en juicio, sin perjuicio de que habrá concurrido el funcionario diligenciador en responsabilidad administrativa, en el sentido que se propuso respecto a la positivación en el Código Procesal Penal de la regla de exclusión de la doctrina de la fuente independiente.

En tercer lugar, nos situamos en el supuesto totalmente contrario, en que prueba que fue obtenida de forma ilícita deberá ser excluida, prohibiéndose su aprovechamiento en el proceso al no concurrir excepción válida alguna, pero eximiéndose el funcionario policial que realizó la diligencia de toda responsabilidad administrativa, como ocurriría por ejemplo en caso de que se aplicare la regla de exclusión relativa a la buena fe del agente policial en los términos propuestos.

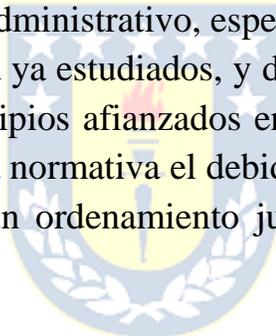
Y por último, en cuarto lugar nos situamos en aquella situación en que el medio de prueba en cuestión fue obtenido de forma ilícita y no procede regla de exclusión alguna, por lo que está prohibido su aprovechamiento, y además sobreviene responsabilidad administrativa respecto del funcionario diligenciador que cometió la infracción.

### **4.3. Capacitación de los funcionarios**

Por otra parte, de forma complementaria a las sanciones a aplicar en los casos que corresponda, consideramos que el ordenamiento jurídico debe adoptar un rol preventivo respecto al actuar de los funcionarios policiales, y no llegar solamente a castigar las negligencias, sin perjuicio de que es necesario desincentivar este tipo de conductas para que dejen de ocurrir. Dicho esto, proponemos que la ley se encargue a asegurar a los funcionarios de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones una capacitación adecuada con enfoque en derechos humanos respecto a cómo proceder en las diligencias de investigación, ya sean las que pueden realizar por su cuenta, ya sean aquellas que requieren orden o autorización judicial.

Lo anterior es de fundamental importancia, especialmente considerando los cambios normativos que se realizarían en el ordenamiento jurídico en caso de que se positivizaran todas las propuestas contenidas en el presente trabajo, además del hecho de que pronto entrará en vigencia la ley 21.427 revisada, y la posibilidad de que se apruebe el Proyecto de Nueva Constitución, en virtud de las importantes propuestas que presenta precisamente respecto a la formación de los funcionarios policiales. Tanto el desarrollo de la responsabilidad administrativa como de la capacitación se tratará en el siguiente capítulo.

Dicho lo anterior, es con esto damos por finalizado el capítulo de propuestas normativas a nivel legal sobre la mejor regulación de la prueba en el proceso penal, para seguir con la bajada normativa y analizar el estado actual del nivel normativo administrativo, especialmente en lo que se refiere a los funcionarios de policía ya estudiados, y determinar cómo en definitiva aterrizar las normas y principios afianzados en las páginas anteriores, para asegurar en toda la jerarquía normativa el debido respeto a la Constitución y a las leyes, y contar con un ordenamiento jurídico coherente respecto al tema de estudio.



## **CAPÍTULO III**

### **Modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal a nivel administrativo**

#### **1. Jurisprudencia que da cuenta de las diligencias investigativas realizadas por funcionarios policiales con infracción a derechos fundamentales**

Siguiendo con las propuestas de modificación de la regulación de la prueba en el proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde en este capítulo continuar con la bajada normativa que se ha desarrollado en los capítulos anteriores, y continuar con las propuestas a nivel administrativo.

El enfoque de este capítulo será el mismo que el de la segunda parte del capítulo anterior. Esto significa que las propuestas de modificación tendrán que ver con el régimen de responsabilidad administrativa de los funcionarios que participan en las diligencias investigativas de las que se obtienen los medios probatorios que sirven de sustento fáctico de la acusación que realiza el Ministerio Público, y en consecuencia, de la sentencia que dicta el tribunal, sea absolviendo o condenando al imputado.

Hay que recordar que si bien los funcionarios policiales se encuentran en cierta medida subordinados al Ministerio Público, órgano que tiene el deber constitucional de investigar los hechos constitutivos de delito y determinar la participación punible, en su colaboración con éste, dichos funcionarios deben actuar en todo momento de la forma en que la Constitución y las leyes les impongan, no pudiendo vulnerar esos límites

bajo pretexto de la obtención de la verdad, puesto que ésta no es un valor absoluto, y no puede obtenerse a cualquier precio<sup>102</sup>.

Lamentablemente, la forma en que los agentes policiales se comportan referente a la forma de cómo obtener la prueba necesaria para fundamentar el caso en no pocas ocasiones acarrea la muerte de muchos procedimientos.

Lejos de consistir en una situación excepcional, es que contamos con fallos de la Corte Suprema que acreditan que el interés que merecen las instituciones objeto de este capítulo no debe ser menospreciado. Algo de esto se adelantó en el capítulo anterior, en las oportunidades en que se trajo a colación la jurisprudencia respecto a ciertas diligencias probatorias, concediendo recursos de nulidad en virtud de la ilicitud de éstas, que contaminaron la prueba y el procedimiento.

Un ejemplo podemos encontrar en la sentencia de la causa rol 7345-2018<sup>103</sup>. En lo que respecta a los hechos, a través de una llamada anónima funcionarios de policía se percatan de la presencia de dos sujetos con ropas oscuras que se encontraban merodeando unos vehículos que se encontraban estacionados, por lo que proceden a efectuarles un control de identidad.

La discusión jurídica en este caso en concreto radicó en la existencia o no de indicios que pudieran justificar la aplicación de esta facultad autónoma, cuestionándose si la llamada anónima en conjunto con el andar de los sujetos en las circunstancias de la fecha y lugar puede constituir un indicio para hacer operar el control de identidad. En este caso, la Corte Suprema falló a favor del imputado, invalidando el juicio anterior y su posterior sentencia, reestableciéndose la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

---

<sup>102</sup> PEZOA, Paulina; CUMMING, Natalia; MÉNDEZ, Juan Pablo; CERDA, Rodrigo, ob. cit., p 5.

<sup>103</sup> Corte Suprema, 28 de mayo de 2018, Rol N° 7345-2018.

Por otro lado, encontramos fallos como el de la causa rol 3761-2018<sup>104</sup>, en el que se realiza una denuncia por hurto en las cercanías del lugar donde se encontraba el acusado, lo que desencadena un operativo policial para dar con el paradero del autor, contando con la descripción del mismo. Dado el parecido entre la descripción y el acusado, y su actitud evasiva frente a la presencia policial, es que uno de los funcionarios de Carabineros estima concurrente el control de identidad.

Precisamente, la Corte indica en el considerando octavo que el cuestionamiento sobre la objetividad de los requisitos habilitantes para el ejercicio de la prerrogativa del artículo 85 debe realizarlo el policía ex ante. En este caso, a diferencia del anterior, el tribunal estimó correcta la ponderación realizada por los agentes policiales, siendo el control legal, y rechazando por ende el recurso de nulidad.

A su vez, de interés es el fallo contenido en la causa rol 6996-2015<sup>105</sup>, relativo al delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Funcionarios de policía, con la respectiva autorización del fiscal, concurren al domicilio de la imputada para utilizar la técnica del agente revelador, debidamente autorizada. Al tomar contacto con la mujer, ella se negó a venderle droga al agente revelador debido a que no lo conocía. Posteriormente, al percatarse de la presencia policial a las afueras de su domicilio, lanzó desde dicho inmueble una bolsa de nylon contenedora de 387,8 gramos de cannabis sativa, hecho visto por los funcionarios, frente a lo cual, la imputada accedió en conocimiento de sus derechos al registro voluntario de su domicilio, encontrándose más droga, procediendo su detención e incautación de las especies encontradas.

En el considerando sexto de la sentencia, el tribunal aclara que la diligencia investigativa del agente revelador no tiene como finalidad

---

<sup>104</sup> Corte Suprema, 24 de abril de 2018, Rol N° 3761-2018.

<sup>105</sup> Corte Suprema, 23 de julio de 2015, Rol N° 6996-2015.

obtener confesiones o declaraciones incriminatorias del supuesto vendedor o proveedor de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, sino únicamente develar un acto concreto e inequívoco de venta, suministro o provisión ilícita que permita constatar que la sustancia en cuestión está destinada a su comercialización, lo que implica que si no se concretase la manifestación de la sustancia, la diligencia no habrá logrado su objetivo. La Corte Suprema es enfática en señalar que los policías realizaron gestiones que sólo el Ministerio Público puede ordenar, que fue ir al domicilio de la acusada, esta vez sin ocultar su calidad de funcionarios policiales, para poder ingresar al inmueble con su consentimiento. Estimándose que la ilicitud fue sustancial en el caso de autos, es que se decide acoger el recurso de nulidad, invalidándose en consecuencia la sentencia de fondo y el juicio oral que la antecedió, reestableciéndose la causa al estado de nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba obtenida en virtud de la diligencia descrita.

Revisados someramente dichos casos con el propósito de contextualizar la justificación de este capítulo, hay que recordar que ya se explicitó en el capítulo anterior la facultad que tiene el Ministerio Público para investigar por su cuenta hechos que puedan constituir delitos y la respectiva responsabilidad penal de quienes los cometieron. También se trató la facultad que tiene el ente persecutor para delegar sus funciones investigativas en los funcionarios de policía, es decir, en Carabineros de Chile, en Policía de Investigaciones, o en Gendarmería de Chile. Lo usual es que la gran mayoría de diligencias se encomienden a las primeras dos instituciones. Es por esto mismo que en los hechos, terminan siendo los funcionarios de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones los que recaban las pruebas que terminan siendo revisadas en la gran mayoría de juicios. Es en virtud de aquello, que el análisis y propuestas de modificación de normas a realizar en este capítulo corresponderán exclusivamente a estas dos instituciones.

En un ánimo de mejorar la actividad de estos funcionarios policiales, siempre en función de la pregunta de investigación de este trabajo y los objetivos que persigue conjugar, es que se busca presentar propuestas normativas a nivel administrativo que regulen la eventual responsabilidad administrativa de los funcionarios policiales en caso de que se extralimiten en sus funciones y la prueba que recaben de los procedimientos que realicen sea obtenida vulnerando las garantías fundamentales.

Hay que dejar desde ya claro que el enfoque de la responsabilidad que recaiga sobre los funcionarios policiales por las conductas descritas será relativo a la responsabilidad administrativa que éstos puedan sufrir, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de tipo penal o civil que sobrevenga por el mismo hecho.

## **2. Reglamento de disciplina de Carabineros de Chile**

Para poder realizar lo anterior, primero es necesario revisar la actual regulación al respecto. Corresponde empezar revisando el Decreto 900 que aprueba el Reglamento de Disciplina N° 11 de Carabineros de Chile, promulgado el 20 de junio de 1967, con sus respectivas modificaciones que datan hasta el año 2015.

### **2.1. Generalidades**

El cuerpo normativo referido empieza con el Título I de Generalidades, señalando en el artículo 1 que el régimen disciplinario de Carabineros se ceñirá a las disposiciones del presente reglamento, que serán aplicables a todo el personal que preste servicios en la Institución.

El artículo 2 dispone que se entenderá para efectos de este cuerpo normativo que las faltas son toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales. Este artículo viene anticipando la

idea de que el actuar de Carabineros puede traer aparejada distintos tipos de responsabilidad, concentrándose este reglamento en la responsabilidad de sede administrativa.

## **2.2. Órdenes**

El Título II regula las órdenes, definiendo qué son, cómo se transmiten, y cómo deben ser, señalando que las órdenes son y deben ser imperativas, personales, y concretas. Esto implica que debe tener los caracteres de mandato, ser dirigida a uno o más subalternos determinados, y ser tan clara que no esté sujeta a la apreciación del subalterno mandado a cumplirla.

El artículo 7 indica que quien reciba una orden de superior competente deberá cumplirla sin réplica. Sin embargo, el mismo artículo admite supuestos que permiten que el subalterno suspenda el cumplimiento de la orden o la modifique, dando inmediata cuenta a su superior. Si éste insistiere en mantener su orden, el subalterno deberá cumplirla en los términos que corresponda.

Dentro de las excepciones que permiten al subalterno replicar la orden se encuentran supuestos como fuerza mayor, o temer justificadamente que de su ejecución resulten graves males que quien dictó la orden no pudo prever, entre otros, pero no se encuentra entre éstos la posible ilegalidad de la orden. Dicho lo anterior, el inciso segundo advierte que no representar al superior con el debido respeto las observaciones necesarias a aquellas órdenes que atiendan a algunas de las consecuencias señaladas, se tendrá como falta de interés por el servicio y constituirá una falta grave.

## **2.3. Deberes disciplinarios**

Respecto a los deberes disciplinarios, el Título IV se encarga de regularlos, señalando en el artículo 9 el deber de los Oficiales de Orden y Seguridad de Carabineros y eventualmente de los Suboficiales Mayores y

Suboficiales de Orden y Seguridad de conocer y resolver las faltas que cometan sus subalternos. El artículo 10 agrega que las faltas se sancionarán de acuerdo con las atribuciones disciplinarias de que está investido cada superior y con arreglo al propio juicio que se forme sobre aquellas. A su vez, el artículo 11 les impone a los funcionarios con facultades disciplinarias proceder con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia, considerando principalmente la verdadera responsabilidad del inculcado, en relación con la naturaleza o importancia de la falta.

El artículo 12 viene adelantando la forma en que se determina la responsabilidad administrativa, distinguiendo cómo proceder según si el funcionario es sorprendido en falta por un funcionario más antiguo o confiesa su culpabilidad, o si la falta no se advierte de manera indubitada o el inculcado no confiesa su responsabilidad. En este último caso, el reglamento establece que la responsabilidad deberá esclarecerse a través de una investigación que se regirá en lo pertinente por las reglas contenidas en el Reglamento de Sumarios Administrativos. El último inciso señala que el superior con potestad disciplinaria tendrá la obligación de verificar personalmente la forma en que la sanción afectará al proceso calificadorio y clasificatorio del afectado.

El artículo 13 vendría a consagrar el principio *non bis in ídem* al disponer en su primer inciso que una misma falta deberá ser castigada por un solo superior y con una sola sanción disciplinaria, es decir, que una falta podrá castigarse sólo una vez en sede administrativa, no pudiendo eludir esta norma distribuyendo la impartición de sanciones entre distintos funcionarios con facultades disciplinarias. El inciso segundo repite la idea de que la sanción administrativa es independiente de la eventual responsabilidad penal y civil que sobrevenga producto de la falta, lo que significa que, tal como lo señala la norma de forma textual, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.

Volviendo a los supuestos de hecho presentados en los capítulos anteriores del presente trabajo respecto a las formas en que los funcionarios policiales pueden obtener de forma ilícita evidencia, es que podemos encontrar que puede existir distintos tipos de responsabilidad. Pongamos un ejemplo; funcionarios policiales detienen de forma legal a un sospechoso de cometer un delito. Pero una vez que se encuentra en dependencias de Carabineros, éste es golpeado brutalmente para obligarlo a confesar su participación en un hecho punible, logrando el objetivo. Mucho podríamos decir respecto a la baja calidad epistémica que tiene una confesión obtenida a golpes, y además está la mención a la grosera ilicitud que contamina la confesión del imputado. Este actuar claramente podría tener consecuencias de tipo disciplinario respecto del funcionario que maltrató al detenido. Pero también puede traer consecuencias de tipo penal, si las lesiones fueran de cierta gravedad para ser consideradas como constitutivas del delito de lesiones, ya sea como lesiones graves, menos graves, leves, etc.

Ahora pongamos otro ejemplo, esta vez relativo a una eventual responsabilidad civil. Un funcionario de Carabineros ingresa al domicilio del sospechoso sin orden que lo autorice ni la concurrencia de los supuestos habilitadores de los artículos 204, 205 y 206 del Código Procesal Penal, rompiendo la puerta de entrada. Una vez adentro consigue evidencia que apunta a la responsabilidad penal de quien vive en el domicilio. Esa prueba es obtenida de forma ilegal, y ya se verá más adelante el ámbito administrativo de la responsabilidad. Pero cabe decir que perfectamente en este caso podría sobrevenir responsabilidad civil respecto del funcionario que destruyó la puerta de entrada para poder ingresar al domicilio, debiendo indemnizar al dueño de casa por los daños patrimoniales producidos, además de la eventual concurrencia de responsabilidad penal en virtud de la comisión del delito de violación de morada.

Lo que se quiere dejar en claro acá es que si bien un mismo hecho no puede castigarse dos veces en virtud del principio *non bis in ídem*, un

mismo hecho sí puede ser constitutivo de distintos tipos de responsabilidad, aparejando cada una, sanciones de diversa naturaleza.

El artículo 20 del reglamento regula la prescriptibilidad de la facultad de castigar las faltas, que será de seis meses contados desde la fecha en que se cometió, pero si un proceso militar, civil o administrativo da como resultado que el hecho en cuestión debe ser sancionado disciplinariamente, podrá aplicarse la sanción correspondiente aún después de este término.

#### **2.4. Faltas**

El Título V relativo a la clasificación de las faltas distingue en el artículo 22 las faltas relativas a la integridad moral del funcionario o al prestigio de la institución, contra la subordinación y el compañerismo, contra el buen servicio, contra la reserva en asuntos del servicio, de abuso de autoridad, y contra el régimen institucional. Cada una de éstas cuenta con una lista no taxativa que describe conductas que el reglamento estima son constitutivas de dichas faltas.

Respecto a las faltas contra el buen servicio del n° 3 podemos mencionar algunas como: a) no cumplir con el debido interés de los deberes, profesionales o funcionarios, e) el trato descortés o inculto para con el público, entre otros. Relativo a las faltas constitutivas de abuso de autoridad del n° 5, el artículo señala que se considerarán como tales toda extralimitación de atribuciones, ya sea contra los subalternos o contra el público, y todo hecho que pueda calificarse como abuso de funciones, siempre que no alcance a constituir delito.

Si bien podría interpretarse que la falta de abuso de autoridad del artículo 22 n° 5 podría ser aplicable a los casos en que funcionarios de Carabineros cometan ilegalidades para obtener evidencia relevante para el proceso penal, la verdad es que no existe una mención explícita que castigue esta conducta y forma de proceder. Y no sólo eso, sino que por la forma en que está redactada la definición de falta de abuso de autoridad,

surgiría el problema de la imposibilidad de calificar actitudes que claramente constituyen un abuso de poder como tales en el caso de que sean a su vez constitutivas de delito, caso en que por obvias razones son más graves aún y con mayor razón merecen ser sancionadas, puesto que la misma definición exige que estas conductas no alcancen a colmar un tipo penal.

### **2.5. Sanciones disciplinarias**

El Título VI regula las consecuencias a las faltas descritas en el artículo anterior, es decir, las sanciones disciplinarias. Los artículos 23 y 24 distinguen las sanciones a aplicar según si los responsables son parte del Personal de Nombramiento o del personal de Orden y Seguridad a contrata. Las sanciones que se pueden aplicar son las siguientes; amonestación, reprensión, arresto hasta cierta cantidad de días según el cargo desempeñado, licenciamiento por razones de ética profesional con la nota de conducta que corresponda según la hoja de vida, disponibilidad hasta por tres meses, suspensión del empleo hasta por dos meses, calificación del servicio, separación del servicio y baja por mala conducta.

Como se puede observar, salvo la situación especial de inasistencia a un turno del artículo 24, no está consagrado en estas disposiciones la sanción de multa, pese a definirla el artículo 58.

El artículo 25 define las sanciones enumeradas y regula la forma de ejecutarlas. Mencionaremos someramente algunas de ellas que consideramos relevantes a efectos del propósito de este trabajo. Pues bien, respecto de la amonestación, contenida en el n° 1, se señala que esta sanción procede cuando la naturaleza o magnitud de la falta no mereciera otro castigo mayor.

En el n° 5 se define a la suspensión del empleo como la privación durante el tiempo que dure el castigo de todas las funciones inherentes al empleo, así como de los ascensos que pudieran corresponder al afectado,

teniendo sólo derecho a percibir sus remuneraciones en la forma establecida por el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile por el tiempo de la suspensión.

A su vez, en el n° 6 se define a la calificación de servicios como la declaración que se hace en tal sentido en contra de un Oficial por medio de un decreto supremo. Cabe recordar que esta calificación se realiza periódicamente.

Y la sanción más dura contenida en este artículo, la de separación del servicio, es definida en el n° 7 como la eliminación del funcionario de las filas de la institución, dispuesta mediante un decreto supremo. Esta sanción implica la desvinculación total del funcionario respecto de la Institución, por lo que es mucho más grave que la disponibilidad o la suspensión del empleo, razón por la que consideramos que esta sanción debería aplicarse respecto de las faltas más graves. Mención también merece la baja por conducta mala del n° 9, que se aplicará según lo disponga el Reglamento de Selección y Ascensos del Personal de Carabineros de Chile n° 8.

A su vez, el artículo 28 admite en principio la posibilidad de los funcionarios con facultades disciplinarias de modificar o invalidar las sanciones que hubieren impuesto, previa solicitud de reconsideración formulada por escrito por el afectado. Esto siempre que las circunstancias justificadas así lo aconsejen o cuando se compruebe fehacientemente, con nuevos antecedentes, que se ha cometido algún error o injusticia.

Además de las sanciones disciplinarias mencionadas, el artículo 29 agrega que deberá dejarse constancia en el Libro de Vida toda sanción disciplinaria que se aplique al personal de nombramiento supremo y a contrata, señalando el artículo 30 que no podrán ser anuladas o modificadas sino en los casos que admite el artículo 28.

El artículo 32 regula los llamados de atención u observaciones que pueden realizar los superiores jerárquicos para corregir a sus subordinados,

dejando en claro el reglamento que éstas no constituyen sanciones disciplinarias, y no acarrear entonces las consecuencias propias de éstas señaladas en los párrafos anteriores. Esto deja a entrever que no todo error o mala conducta de parte de los funcionarios policiales es necesariamente constitutivo de responsabilidad disciplinaria, lo que no implica que no pueda el superior jerárquico hacer algo al respecto para evitar que la situación se repita, y mejorar el actuar de sus subalternos. Este artículo vendría en adelantar la idea de que no siempre la mejor forma de asegurar el debido cumplimiento de las funciones es por medio de un castigo. A veces, una reeducación es el mejor camino.

## **2.6. Competencia disciplinaria**

El Título VII viene a regular lo que es la competencia disciplinaria, es decir, quiénes tendrán las atribuciones para imponer las correspondientes sanciones disciplinarias al personal de su dependencia, según las reglas de los artículos 35 a 39. En estos momentos no es relevante estudiar rigurosamente quién regula a quién dependiendo del grado jerárquico al que pertenece; sólo basta con señalar que por razones obvias el control se realiza dentro de los funcionarios de la misma institución, sin perjuicio de la vinculación que tiene con el Ministerio Público en la forma regulada por el Código Procesal Penal, ya revisada extensamente en el capítulo anterior.

## **2.7. Recursos**

El Título VIII regula los recursos que proceden respecto de la imposición de una sanción disciplinaria. El artículo 40 señala que en tal caso procede el recurso jerárquico, dirigido ante el superior directo que emitió la sanción, admitiendo el artículo 41 como regla general la posibilidad de apelar ante el superior directo del jefe que resolvió el recurso jerárquico en caso de quedar inconforme con la forma en que se resolvió el recurso jerárquico del artículo anterior.

Sin embargo, el artículo 43 precisa que en caso de tratarse de sanciones disciplinarias expulsivas, el recurso de apelación interpuesto será conocido y resuelto por el General Director. Estos artículos explicitan que la apelación será la última instancia.

### **3. Reglamento de disciplina de Policía de Investigaciones**

Más adelante tendremos la oportunidad de realizar las propuestas de modificación de normas del cuerpo normativo revisado, sin perjuicio de haber adelantado ya algunas falencias que presenta. Es momento ahora de pasar a la revisión del reglamento encargado de regular la disciplina de otro cuerpo policial, como es la Policía de Investigaciones de Chile.

#### **3.1. Régimen disciplinario y obligación de obediencia**

El Decreto 40 del 15 de junio de 1981 que aprueba el Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile empieza con el Título I relativo al régimen disciplinario y de la obligación de obediencia de forma similar al reglamento de Carabineros, señalando en su artículo 1 que el régimen disciplinario de Investigaciones de Chile se ajustará a las disposiciones del presente reglamento, que serán aplicables a todo el personal de la institución. El artículo 2 define qué es ordenar, y cómo pueden ser estas órdenes.

De la misma forma que en el reglamento de la institución anterior, el artículo 4 le impone al funcionario que reciba una orden el deber de cumplirla. Si al momento de cumplir con la orden el subalterno comprobare que ésta fue impartida como consecuencia de un error o que su cumplimiento se hubiera hecho improcedente, suspenderá la ejecución, dando cuenta inmediata al superior que la dispuso. Sin embargo, la norma dispone además que si el funcionario mandatado estimare la orden ilegal o antirreglamentaria, deberá representarlo al funcionario que dictó la orden en

forma respetosa. En caso de que el superior insista, estará el funcionario obligado a proceder a la ejecución de la orden, pero quedando exento de responsabilidad. Esta causal para representar una orden no se encontraba explicitada en el reglamento anterior, pero en este sí, lo que ya va marcando una diferencia entre ambos cuerpos normativos.

### **3.2. Faltas**

El Título II regula las faltas, definiéndolas en el artículo 5 como toda infracción a las leyes de Investigaciones de Chile, a la reglamentación interna o a las órdenes de la Institución que establecen los deberes y obligaciones del personal. Desde ya adelantamos que preferimos esta definición por sobre la propuesta en el artículo 2 del reglamento de Carabineros de Chile, sin perjuicio de ciertas precisiones que se propondrán al final de este capítulo.

En el artículo 6 se clasifican las faltas según las siguientes categorías; relativas a la integridad moral del funcionario o al prestigio de la institución, contra el sistema jerárquico y el compañerismo, contra el buen servicio, contra la reserva de asuntos en el servicio, de abuso de autoridad, y contra el régimen institucional.

Siguiendo la misma fórmula que el reglamento anterior, cada clasificación de faltas va aparejada de la enumeración de ciertas conductas no taxativas que se estiman constitutivas de tales. Dentro de las faltas contra el buen servicio reguladas en el n° 3 vale la pena mencionar; c) efectuar deliberadamente diligencias sin autorización o conocimiento de su superior, h) permitir sin causa justificada en el ejercicio de sus funciones o en el cumplimiento de una misión determinada la intervención de terceros, causal que tiene relevancia respecto a la regla exclusión originaria de la jurisprudencia norteamericana aplicable al caso en que la obtención ilícita de prueba haya sido llevada a cabo por particulares civiles.

Por otra parte, respecto a las faltas de abuso de autoridad del n° 5, se vuelve a definir a estas como todo acto que ejecute un funcionario abusando de su calidad de tal en contra del público o de sus subalternos, o cualquier hecho que pueda ser calificado como extralimitación de sus funciones. A diferencia del reglamento disciplinario de Carabineros, no se exige que este abuso de la autoridad no alcance a ser constitutivo de delito.

### **3.3. Deberes disciplinarios**

El Título III regula los deberes disciplinarios, exigiendo en el artículo 7 a los superiores que constaten que algún subalterno de su dependencia ha cometido una falta que le apliquen la sanción correspondiente. El artículo 8 le entrega a dichos superiores la facultad de sancionar de propia iniciativa a sus subalternos cuando las faltas cometidas estén claramente establecidas o aparezcan de manifiesto en antecedentes fidedignos, siempre que no sean de mucha gravedad. En los demás casos, la responsabilidad administrativa se determinará a través de la instrucción de un sumario administrativo o investigación sumaria.

A su vez, el artículo 9 consagra explícitamente el principio *non bis in idem* al prohibir que se sancione dos veces a un funcionario por una misma falta. Por su parte, el artículo 11 le entrega la competencia para conocer y resolver los hechos constitutivos de falta al superior directo del infractor.

El artículo 19 establece el mismo límite de tiempo que el reglamento anterior, al señalar que la facultad de sancionar una falta prescribe una vez transcurridos seis meses contados desde la fecha en que se cometió, pero si un proceso militar, penal o administrativo revelare que el hecho en cuestión debe ser sancionado, podrá aplicarse la sanción correspondiente aún después de este término.

### **3.4. Sanciones disciplinarias**

Más adelante, en el Título IV se regulan las sanciones administrativas y su ejecución. El artículo 20 las enumera, éstas son; amonestación simple, amonestación severa, permanencia en el cuartel hasta por quince días, petición de renuncia, y separación, aplicable a Oficiales y Empleados Civiles, y baja por mala conducta, aplicable al personal de Servicios Generales.

El artículo 21 se encarga de definir las sanciones recién mencionadas. Mencionaremos aquellas que consideramos de más relevancia a efectos del presente trabajo. Pues bien, la sanción de petición de renuncia se encuentra definida en el n° 4 como la medida disciplinaria que obliga al funcionario a hacer dejación de su cargo, manifestándolo así por escrito a la Superioridad de la Institución. Si no se presentara la renuncia dentro del plazo de dos días, se procederá a la declaración de vacancia del empleo. Por su parte, las sanciones de separación y baja por mala conducta, como lo señala el n° 5, son medidas por las cuales se le pone término a los servicios del afectado. En este artículo no hay mención alguna a una sanción de tipo pecuniario como lo es la multa.

El artículo 22 distingue qué tipo de procedimiento debe llevarse a cabo para determinar la responsabilidad administrativa, distinguiendo según las eventuales sanciones a aplicar. Respecto de las medidas disciplinarias más gravosas, es decir, la petición de renuncia, separación y baja por mala conducta, deberán ser aplicadas previo establecimiento de responsabilidad mediante sumario administrativo.

### **3.5. Competencia disciplinaria**

El Título V regula la competencia disciplinaria, es decir, quiénes dentro de la institución tienen la facultad de imponer medidas disciplinarias respecto de sus subordinados. Al igual que con el reglamento anteriormente revisado, esta no es la instancia para revisar el detalle de la competencia

disciplinaria dentro de esta institución, ya que es irrelevante a efectos de este trabajo, sino que simplemente basta con saber que la determinación de responsabilidades y sanciones se realiza desde el interior de la institución, en base a su estructura jerárquica.

### **3.6. Reclamaciones**

Por último, el Título VI regula las reclamaciones que pueden interponerse en contra de las medidas disciplinarias impuestas de propia iniciativa. La norma distingue los plazos y formas de realizar el reclamo en virtud de la sanción que se haya impuesto, y dispone que el superior que conozca del reclamo practicará las diligencias probatorias que estime necesarias, sin sujeción a formalidades especiales.

## **4. Vacíos en la regulación**

De lo que se pudo observar del análisis de ambos reglamentos disciplinarios, no existe mención alguna respecto a la eventual infracción que constituiría un mal actuar por parte de un funcionario de Carabineros de Chile o de Policía de Investigaciones que resulte en una prueba obtenida de forma ilícita. Simplemente no hay mención de ese supuesto como una posible causal de responsabilidad de tipo administrativo.

Pese a ello, reconocemos que no es del todo pacífico concebir la atribución de responsabilidad y su correspondiente castigo a una conducta en base a un resultado como éste, puesto que la conducta originadora de tal ilegalidad puede ser tan diversa, como se puede evidenciar de los ejemplos ficticios presentados varios párrafos más arriba al momento de tratar la aplicación del principio *non bis in ídem*, y de los ejemplos de la vida real rescatados en la jurisprudencia de la Corte Suprema, revisados en este capítulo y el anterior.

Hay que aclarar por cierto que la falta de mención de una eventual responsabilidad administrativa en base a este supuesto de ninguna manera implica que no pueda perseguirse la eventualidad responsabilidad civil o penal que derive del hecho en virtud de las reglas generales.

A su vez, tampoco se aprecia del estudio de estos cuerpos normativos relación alguna con la institución del Ministerio Público. Si bien Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y el Ministerio Público son instituciones distintas, contando cada una con su propio régimen de organización interna, hay que considerar que las dos primeras están por ley obligadas a cumplir con las órdenes de la última, como se pudo apreciar de lo estudiado en las disposiciones del Código Procesal Penal en el capítulo anterior.

## **5. Propuestas aplicables a ambos cuerpos normativos**

En vista de lo mencionado en las páginas anteriores es que corresponde ahora realizar una serie de propuestas de modificación a la regulación actual de ambos cuerpos normativos. Para estos efectos, no se realizará distinción alguna entre el reglamento disciplinario de Carabineros de Chile y el de Policía de Investigaciones, ya que consideramos que las siguientes propuestas pueden y deben aplicarse en un plano de igualdad entre ambas instituciones.

Pues bien, la existencia misma de este capítulo se debe al papel fundamental que juegan los funcionarios policiales en la obtención de medios de prueba en el proceso penal. Perfectamente podríamos habernos dedicado exclusivamente a realizar proposiciones de modificaciones de normas relativas a la prueba en un sentido más directo y a la vez abstracto, como lo sería la norma del actual artículo 276 del Código Procesal Penal, en la forma que precisamente se propuso modificar en el capítulo anterior, normas que en todo caso son indispensables, que no quepa duda de eso.

Sin embargo, no nos detuvimos ahí, precisamente porque estimamos que para que cualquier propuesta que se realice logre cumplir con su objetivo al ser implementada, se necesita ir a donde ocurren los hechos, es decir, a su materialización. Es por esto que se decidió dedicar parte de este trabajo a los funcionarios policiales como individuos en lo que se refiere a responsabilidad administrativa y a su capacitación, puesto que es mediante su actuar que se aterrizan las normas del mundo del deber, para pasar a convertirse en hechos concretos conforme a derecho.

Debemos recordar que el fundamento de la exclusión de prueba ilícita en el derecho estadounidense se apoya en el efecto disuasorio que tendría en los funcionarios policiales la prohibición de aprovechar aquella prueba obtenida con infracción a los derechos fundamentales, a efecto de disciplinarlos, al saber que sus esfuerzos resultarían inútiles para incriminar al imputado. A su vez, podía sustentarse la regla general de exclusión en la integridad judicial, que implica que los jueces no pueden convertirse en cómplices de la ilicitud, sino todo lo contrario, puesto que si actúan en cumplimiento de su deber, será a través de la exclusión decretada judicialmente que se afirmará la vigencia del derecho esencial vulnerado<sup>106</sup>.

Sin embargo, concerniente a los agentes policiales, somos de la idea de que no se puede hablar verdaderamente de un efecto disuasorio de la exclusión de prueba ilícita si la única consecuencia jurídica es precisamente dicha exclusión, y nada más. En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, no hay referencia a un castigo alguno por este accionar ni en las sentencias judiciales que anulan los procedimientos penales en virtud de fundarse sus sentencias en prueba obtenida ilícitamente como las citadas en este trabajo, ni en las disposiciones de los reglamentos disciplinarios de las dos instituciones policiales referidas, recién revisados.

---

<sup>106</sup> RETTIG, Mauricio, La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Gonzalo Hoyl editor, Valencia, 2021, pp.169-221.

No se niega en todo caso que exista en cierta medida un componente disuasorio en saber que el tiempo invertido en reunir las pruebas y darle forma a un caso puede ser desechado si no se actúa conforme lo imponga el ordenamiento jurídico.

Pero finalmente, referente a este efecto disuasorio, aquellos que se ven mayormente perjudicados en ese supuesto de exclusión de prueba por ilicitud no son los funcionarios policiales, sino los jueces, que invierten tiempo valioso en conocer causas y llevar a cabo procedimientos que en virtud de la ilicitud de la prueba obtenida están condenados a fracasar, aportando estas causas a la congestión del sistema procesal penal, y las víctimas, que ven cómo por una irregularidad se desmorona ante sus ojos la posibilidad de hacer justicia.

Es por esto que consideramos necesario realizar cambios relacionados a las consecuencias emanadas del actuar de los funcionarios policiales al obtener prueba ilícitamente. A lo largo de este trabajo se ha tenido en consideración el objetivo de la eficacia del proceso penal, conjugado con el objetivo de respetar los derechos fundamentales. Es en virtud de la búsqueda de este equilibrio que se han planteado en los capítulos anteriores las propuestas de modificación al ordenamiento jurídico para mejorar la regulación de la prueba en el proceso penal, y este caso no será la excepción. En razón de esto, que un buen actuar de los funcionarios policiales debe asegurarse por medio de medios tanto represivos como preventivos.

### **5.1. Infracción referida a la obtención de prueba de forma ilícita**

El cambio más significativo que se propone respecto a estos reglamentos es incluir en términos explícitos la falta o infracción administrativa de realizar diligencias investigativas que sean vulneratorias de los derechos y garantías fundamentales. Como puede desprenderse implícitamente de esta propuesta, se pretende prescindir del éxito o fracaso

de la diligencia, para no caer en el absurdo supuesto de la imposibilidad de castigar una vulneración a los derechos fundamentales cuando la actuación, pese a su objetivo, haya sido fallida en el sentido de no haber podido recabar medios de prueba para sustentar una posterior acusación.

### **5.1.1. Diligencias investigativas**

Para aquello, se entenderá como diligencias investigativas aquellas actuaciones cuyo propósito sea o pueda ser obtener evidencia que sirva para determinar la responsabilidad penal del sospechoso. Se decidió para esta propuesta no distinguir entre diligencias mandatadas por orden del Ministerio Público, y aquellas que el ordenamiento jurídico permite a los funcionarios policiales realizar sin tener que mediar orden previa, en virtud de las normas ya estudiadas en el capítulo anterior. Lo que verdaderamente importa a efectos de esta falta es que la obtención de prueba haya sido con infracción a garantías fundamentales.

### **5.1.2. Determinación de responsabilidad**

Como ya se adelantó anteriormente, lo que se busca en función a la misión y propósito del presente trabajo es, en principio, que solamente la prueba obtenida de forma lícita y con respeto a los derechos fundamentales pueda pasar la etapa de filtro que es la audiencia preparatoria y pase a formar parte del material probatorio con el que cuenta el juez de fondo para adoptar una decisión final. Esto implica que no puede superar ese filtro aquella prueba que haya sido obtenida con infracción a estos derechos y garantías, sin perjuicio de las reglas de exclusión que se proponen incorporar a nuestro ordenamiento jurídico en los términos desarrollados en el capítulo anterior.

Y como ya ha quedado en evidencia a estas alturas de este trabajo, esta ilicitud puede sobrevenir de distintas formas y de distintas fuentes, de manera que el legislador nunca podrá prever todos los supuestos de hecho que constituyan formas de comisión de obtención de prueba ilícita.

Tampoco puede pretenderse que se llegue a tal nivel en sede administrativa, pese a su carácter más especializado.

Entonces, cabe hacerse la pregunta, ¿cómo determinar a efectos de la responsabilidad administrativa la concurrencia de la causal de haber infringido los derechos fundamentales al momento de obtener material probatorio? La respuesta que proponemos ante tal incógnita consiste en vincular la determinación de tal responsabilidad a la decisión que tomen los tribunales al respecto.

En relación a lo anterior, quién será el juez o tribunal encargado de tomar tal decisión puede variar, considerando que en virtud de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico podría ser el Juzgado de Garantía al declarar la ilegalidad de la detención o al determinar excluir del auto de apertura cierta evidencia en base a la ilicitud de su obtención, o bien podría ser el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al momento de dictar la sentencia definitiva si valora negativamente tal prueba, o la Corte Suprema al fallar sobre un recurso de nulidad, acogéndolo en virtud de haberse vulnerado derechos y garantías en la obtención de la prueba que sirvió de sustento para la dictación de la sentencia definitiva, invalidándola y ordenando un nuevo juicio sin la prueba declarada ilegal.

### **5.1.3. Plazo de prescripción de la facultad para sancionar la infracción**

Dicho lo anterior, hay que considerar que según cómo y cuándo se determine la responsabilidad administrativa, señaladas las oportunidades para aquello en el párrafo anterior, el tiempo que transcurra entre la infracción y la decisión del tribunal de no aprovechar la prueba obtenida ilícitamente puede variar enormemente. También, cabe recordar que el actual plazo de prescripción de las infracciones es de 6 meses, según lo establecen los reglamentos de ambas instituciones.

Proponemos que el plazo para perseguir la responsabilidad administrativa del funcionario se extienda hasta dos años desde que ocurrió la ilicitud, mismo plazo que la ley da al ente persecutor para cerrar la investigación una vez formalizada. Sin perjuicio de aquello, proponemos que dicho plazo se suspenda mientras esté en transcurso la causa a la que pertenecen dichos medios de prueba obtenidos ilícitamente, partiendo este período desde la formalización del imputado.

En virtud de lo propuesto, el plazo de prescripción será de dos años y empezará a correr desde el día que se cometió la ilicitud. Si no se llega a formalizar al imputado para ese entonces, habrá operado la prescripción. En cambio, si la investigación es formalizada antes del transcurso de los dos años, se suspenderá el plazo de prescripción, pudiendo perseguirse la responsabilidad del funcionario mientras subsista la causa y hasta la finalización de ésta, de la forma que sea, cuando ya no procedan más recursos. Desde ese momento volverá a correr normalmente el plazo, computándose también el tiempo que haya alcanzado a transcurrir antes del inicio del procedimiento.

Cabe recalcar que no se trata de una interrupción del plazo, sino que se toma en consideración el tiempo que haya transcurrido antes de la formalización, en los términos señalados en el párrafo anterior.

Se espera que con el plazo de prescripción propuesto los funcionarios policiales se ajusten a la Constitución y a la ley en su actuar, puesto que para poder eludir la responsabilidad administrativa deberían dejar congelados los casos en los que trabajan por lo menos por dos años, lo que es mucho tiempo, mientras sigue corriendo el plazo de prescripción para perseguir los delitos en cuestión, afectando a la eficiencia del proceso, y en consecuencia, a su desempeño y a su calificación funcionaria, pudiendo incurrir de todos modos en responsabilidad administrativa, en virtud de otras causales.

De todos modos, es importante a efectos del plazo de prescripción recordar la disposición del artículo 186 del Código Procesal Penal, según la cual cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al Juez de Garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella, sin perjuicio de que el juez podrá fijar un plazo para que el fiscal formalice la investigación, lo que permite en definitiva el forzamiento del avance del proceso, y a efectos de esta propuesta en concreto, la suspensión del plazo de prescripción para perseguir la responsabilidad administrativa.

#### **5.1.4. Obligación de iniciar la investigación y facultad de iniciarla por cuenta propia**

La propuesta de que sea la decisión del juez de la causa plasmada en una resolución judicial el sustento para determinar la licitud de la prueba parece de toda lógica, especialmente considerando que el juez no persigue intereses propios como lo haría un interviniente, y que ya realiza esta función en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, recayendo en nuestro ordenamiento jurídico esta tarea principalmente en el Juez de Garantía.

Sin embargo, y pese a que nos mantenemos firmes en esta propuesta, no se pueden negar las complicaciones que traería que parte del Poder Judicial estuviera incidiendo en la determinación de eventuales responsabilidades administrativas que pudieran recaer respecto de un órgano perteneciente a la administración del Estado, que está demás decir, forma una institución totalmente diferente, que pertenece a otro poder o función del Estado.

Es por lo anterior que proponemos que el hecho de que el tribunal excluya por ilicitud, ya sea en el auto de apertura o en la sentencia definitiva, cierta prueba, no implique en sí mismo y sin más la determinación de responsabilidad administrativa, pero sí que origine la

obligación de abrir una investigación para determinar la responsabilidad del funcionario que corresponda.

También esta propuesta admite que se pueda iniciar una investigación a iniciativa de la institución a la que pertenece el funcionario policial en cuestión, es decir, Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, sin la necesidad de que el tribunal haya decretado la ilicitud, para así asegurar la independencia entre ambos órganos.

Dicho lo anterior, quedan preguntas que resolver al respecto, como por ejemplo, la duda sobre mantener o no la competencia disciplinaria en los términos contenidos en los reglamentos de las dos instituciones estudiadas. ¿La composición de quienes estén facultados para ejercer facultades disciplinarias podría ser distinta a aquella que actualmente existe? ¿Sería conveniente mantener la estructura interna de jerarquía en los términos que actualmente plantea la ley? Estas son preguntas que si bien son muy interesantes y relevantes, puesto que aterrizan las ideas que se presentan, sobrepasan las capacidades y objetivos del presente trabajo.

#### **5.1.5. Relación de la infracción con eventuales reglas de exclusión**

Respecto de la relación entre la ilicitud de la prueba y la sanción aparejada al funcionario responsable, estimamos necesario hacer una pequeña aclaración. Este capítulo y sus propuestas de modificación se ponen en el supuesto de que se hayan realizado las modificaciones legales pertinentes según las propuestas presentadas en el capítulo anterior.

Esto significa que para entender las propuestas del presente capítulo hay que tener en mente la existencia en el ordenamiento jurídico chileno de las reglas de exclusión a nivel legal. Como ya se advirtió a propósito de una de estas reglas, es posible que prueba sea obtenida ilegalmente mediando la buena fe del funcionario policial que llevó a cabo tal diligencia, como sería el supuesto de cumplir con una orden judicial que más adelante se conoce fue dictada por funcionario incompetente. Si bien parte del propósito de la

prohibición de aprovechamiento es sancionar a los funcionarios por su mal actuar respecto a la forma de obtener los medios probatorios, no es posible castigar a alguien que actuó de buena fe objetiva y subjetiva, puesto que no hay realmente una conducta que se deba enderezar.

Es en este caso excepcional que consideramos que no debería mediar sanción alguna dirigida al funcionario diligenciador, lo que no se contradice en nuestro concepto con la prohibición de valorar la prueba obtenida por éste de forma ilícita en juicio.

Lo descrito en los párrafos anteriores puede aplicarse en el sentido contrario, es decir, existe la posibilidad de que se presente un supuesto en que prueba que es inicialmente ilícita pueda ser admitida al juicio de fondo por medio de las reglas de exclusión, pero que a la vez impliquen necesariamente sancionar al funcionario que practicó la diligencia ilícita. Esto ocurriría en caso de que el tribunal admita la prueba ilícita en virtud de la regla del descubrimiento inevitable, como ya se desarrolló en el capítulo anterior. El Ministerio Público podrá y deberá probar la inevitabilidad del descubrimiento para que la prueba pueda ser admitida, pero de todos modos, para desincentivar la negligencia y el quebrantamiento de la ley y los deberes institucionales que impone, es que proponemos que sea imperativa la aplicación de una sanción respecto de los funcionarios involucrados que resulten responsables.

Para una mejor explicación referente a los distintos supuestos que pueden configurarse respecto a la regla de exclusión y la responsabilidad administrativa del funcionario diligenciador, nos remitimos a la última parte del capítulo anterior.

#### **5.1.6. Sanción de multa**

Relativo a las posibles sanciones a aplicar, consideramos que es necesario que se incorpore al catálogo de sanciones de ambos cuerpos normativos la multa. Esto es, una sanción de tipo pecuniario que importe

rebajar la remuneración de estos funcionarios por una cantidad determinada de tiempo. Cabe recordar que, si bien esta sanción está definida en el artículo 58 del reglamento disciplinario de Carabineros de Chile, no logra encontrarse su establecimiento como posible sanción a aplicar en términos generales en ninguno de los catálogos de sanciones de los reglamentos disciplinarios de las instituciones estudiadas, salvo la muy excepcional situación de inasistencia regulada en el artículo 24 del cuerpo normativo recién referido.

Pues bien, una vez hipotéticamente incorporada al catálogo de sanciones la multa, es procedente señalar que se propone que la regla general al momento de sancionar la conducta que se busca restringir sea ésta, es decir, la aplicación de una multa, por sobre otras sanciones como suspensión en el cargo o la eliminación de las filas de la institución, que son más gravosas.

Para entender el fundamento de esta situación es necesario situarse en la realidad de los hechos y revisar la actualidad de nuestro país en lo que se refiere a las fuerzas policiales. Al momento de escribir estas líneas, ha pasado poco más de una semana desde que se publicó en el diario La Tercera una noticia que da cuenta del éxodo masivo que se está llevando a cabo en la institución de Carabineros de Chile<sup>107</sup>. La noticia detalla que entre enero y julio del presente año se retiraron más de 700 oficiales y suboficiales de la institución. Para poner tal cifra en perspectiva, el medio aporta la estadística del año pasado a la fecha, altura a la que se habían retirado alrededor de 560 funcionarios.

La noticia agrega además, en voz de los funcionarios de Carabineros de Chile que se retiraron, que existen tres razones principales que motivan

---

<sup>107</sup> RIVERA, Víctor, *Carabineros en estado de alerta tras retiro de 700 policías*, La Tercera, 2022, <https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/carabineros-en-estado-de-alerta-tras-retiro-de-700-policias/MUYMHOAVOZDBTJQGRGPZO5GPQI/>, consultada: 24 de julio de 2022.

esta renuncia: la incertidumbre institucional, el exceso de carga laboral, y la amplia oferta que se abrió en el mundo privado.

Estas razones pueden ser analizadas con gran profundidad, pudiendo incluso instituir un trabajo de investigación en sí mismo, completamente distinto y dedicado exclusivamente a este fenómeno. Sin embargo, lamentablemente ese tipo de estudio sobrepasa las dimensiones y ámbitos de este trabajo y de su pregunta de investigación.

En definitiva, lo que es relevante a objeto de proponer modificaciones a la normativa actual para alcanzar una mejor regulación de la prueba en el proceso penal, es que por una u otra razón las instituciones policiales están sufriendo una considerable disminución en su personal, lo que se traduce en la decisión de abstenerse de proponer en este trabajo la aplicación de sanciones de destitución como consecuencia de infringir la Constitución y las leyes al obtener prueba ilícitamente que agraven más aún la falta de personal, salvo en casos especialmente graves.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que dejar en claro que no se sustenta la proposición de aplicación preferente de esta sanción de multa únicamente en motivos de fuerza mayor que presenta la realidad como lo son la crisis institucional de las policías, sino que es también producto de una concepción menos severa en el ámbito represivo, en pos de permitir una aproximación de tipo preventivo respecto al actuar de los funcionarios de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile.

Pues bien, es en virtud de lo señalado en los párrafos anteriores que se propone contar con la aplicación de la sanción de multa como regla general de entre las demás sanciones. El fundamento de esta decisión parte de la necesidad de castigar a los funcionarios cuando se extralimiten de sus funciones, pero también de educarlos y de darles la oportunidad para enderezar su forma de actuar, lo que no es posible en caso de destituirlos o desvincularlos de la institución.

Hay que ser severos con quienes entorpecen el debido proceso, pero por una parte, si la infracción no es de tal gravedad, consideramos excesivas sanciones como la eliminación de las filas, petición de renuncia, o cualquier término que se refiera a la sanción de cesar en sus funciones. Y por otro lado, creemos que una sanción de tipo pecuniaria puede resultar siendo incluso un incentivo respecto del funcionario infractor para corregir su actuar, que puede ser mucho más poderosa que sanciones que no tengan un efecto tangible, inmediato y relativamente duradero en la vida cotidiana del funcionario responsable.

Del párrafo anterior relativo a la gravedad de la infracción se puede inferir que consideramos que no todas las infracciones a las garantías fundamentales al momento de obtener material probatorio son de igual gravedad o naturaleza. Esto incide en las sanciones a aplicar al respecto, debiendo seguir el principio de proporcionalidad.

#### **5.1.7. Anotación en la Hoja de Vida del funcionario**

Consideramos además que cada vez que se determine la responsabilidad administrativa del funcionario policial, deberá dejarse anotación en la Hoja de Vida, teniendo repercusiones además para futuras calificaciones, lo que se sabe afecta a su posible ascenso en la Institución.

#### **5.1.8. Sanción de expulsión**

Dicho lo anterior, y sin perjuicio del ánimo ofrecer oportunidades a las policías para aprender de sus errores y educarse respecto a cómo accionar adecuadamente en la realización de diligencias investigativas, no podemos excluir de este conjunto de propuestas la aplicación de la sanción de expulsión, especialmente en aquellos casos que sean especialmente graves. Es por esto, que consideramos debería proceder la sanción de expulsión en dos supuestos.

El primer supuesto de aplicación sería cuando la prueba ilegal que haya sido declarada como tal, haya sido excluida o no del juicio respectivo en base a las reglas de exclusión, en virtud de haberse afectado los derechos fundamentales de la vida o integridad física de la persona afectada, con el propósito de evitar a toda costa la perpetración de tratos crueles o degradantes a las personas, como por ejemplo, la tortura.

Por otra parte, el segundo supuesto sería procedente en el caso de que exista reincidencia por parte del funcionario diligenciador, es decir, cuando ya se le hubieran otorgado las oportunidades suficientes de corregir su proceder y éste no lo hubiere hecho, pese a haber contado, como se propone en el capítulo anterior, con capacitaciones llevadas a cabo precisamente para evitar contaminar la prueba y la garantía epistémica en el proceso penal. El desafío que se presentará a efectos de esta situación será determinar qué se entenderá por reincidencia en términos específicos, es decir, la cantidad de reiteraciones en un lapso de tiempo determinado para entender que es procedente la sanción de expulsión y no una sanción pecuniaria.

## **5.2. Capacitaciones**

Y en último lugar, corresponde realizar la proposición de la implementación de capacitaciones para los funcionarios policiales, lo que constituye la bajada normativa de lo propuesto en los capítulos anteriores. Es conveniente recordar que se hizo referencia expresa a la necesidad de capacitaciones en el capítulo relativo a propuestas de normas legales, mientras que se explicitó el imperativo que tiene el Estado, representado en sus funcionarios, de respetar los derechos fundamentales y su ejercicio, proponiendo su positivización a nivel constitucional.

Efectivamente, como se puede desprender de dichas propuestas, consideramos que es a través de la educación, de la formación en respeto de los derechos humanos, entre otros aspectos, que se logra la excelencia profesional, de manera que los funcionarios policiales actúen no sólo

conforme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, sino que también de forma eficaz y eficiente, logrando equilibrar el respeto de los derechos fundamentales con el debido funcionamiento del proceso.

Es entonces que, una vez realizado el análisis a los reglamentos disciplinarios de las instituciones de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, identificadas sus falencias y vacíos, y entregadas las propuestas enfocadas a una mejor actuación de sus funcionarios, con la esperanza de que se traduzcan en una efectiva regulación de la prueba en el proceso penal, es que corresponde dar por finalizado el presente capítulo relativo a la propuesta de normas de orden administrativo que respondan a la pregunta de investigación, el último de este trabajo.



## CONCLUSIONES

**1.** Las propuestas de este trabajo se estructuraron en base a la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, y se plantearon con el propósito de dar una solución sistemática a la pregunta de investigación planteada sobre cómo regular de mejor manera la prueba en el proceso penal chileno. Para poder responder adecuadamente la pregunta de investigación, se tuvo siempre en mente los objetivos de la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales, intentando en la diversidad de propuestas presentadas alcanzar un equilibrio entre ambos.

Al efecto, entendimos la eficacia del proceso penal en base a la concepción instrumental del mismo, y concebimos a los derechos fundamentales en base a los elementos desarrollados por Díaz, los cuales son su carácter moral, la positivación, la jerarquía constitucional, y su capacidad de establecer derechos y obligaciones jurídicas.

**2.** Utilizando la metodología de investigación dogmática para responder la pregunta planteada, se analizaron diversos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico chileno. En primer lugar, se revisaron las disposiciones de la Constitución Política de la República, para luego examinar el derecho comparado, teniendo como referentes a Estados Unidos con sus reglas de exclusión, a Alemania con sus prohibiciones de prueba enfocadas a la protección de la personalidad del ser humano y sus derechos fundamentales, y a México, con una regulación constitucional rica y extensa relativa a la prueba en el proceso penal.

Tomando los ordenamientos jurídicos mencionados como inspiración, fue que se elaboraron propuestas de normas constitucionales que regulen de mejor manera la prueba, además de infundir el sentido de los capítulos dedicados a la bajada normativa. Se propuso la consagración explícita del principio de inocencia en base al rol fundamental que cumple en el proceso penal, y en el caso de este trabajo, en la obtención de prueba,

entendiéndolo de manera amplia y debiendo regir en todas las etapas del proceso. En relación a lo anterior, se optó por consagrar a nivel constitucional la prohibición de aprovechar cualquier prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales, estimando insuficiente su regulación a nivel legal como actualmente lo dispone el artículo 276 inciso tercero del Código Penal.

Como consecuencia de tales propuestas y con el propósito de encontrar el equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales y la eficacia del proceso penal, es que se opta por consagrar en la Constitución además el derecho a probar, evaluando ser insuficiente su inclusión como principio constitucional implícito al considerarse como manifestación del derecho al debido proceso, y estimándose necesaria su positivación para evitar eventuales problemas de constitucionalidad con las propuestas de normas de rango legal. Adicionalmente, se decidió consagrar constitucionalmente el deber de respeto irrestricto a los derechos fundamentales como obligación del Estado, que deberá ser cumplido en todas las etapas del proceso y por todos los funcionarios estatales, dentro de los que encontramos a las policías. Consecuencia de lo anterior, se decidió consagrar también la responsabilidad que incurra respecto de funcionarios policiales que actúen vulnerando los derechos fundamentales.

Realizadas dichas propuestas, se revisó lo dispuesto por el Proyecto de Nueva Constitución presentado por la Convención Constitucional, llegando a la conclusión que no hay nada muy novedoso en relación a las garantías de un debido proceso ni mención alguna a la prueba, menos aún en el contexto del proceso penal, sin perjuicio de que merecen ser rescatadas ciertas propuestas, especialmente aquellas relativas a la capacitación y formación de los funcionarios policiales en derechos humanos.

**3.** Luego se procedió realizar a la bajada normativa de las normas estudiadas y propuestas, partiendo por revisar las disposiciones del Código

Procesal Penal. En razón de esto, se decidió consagrar a nivel legal, tal como se propuso en el plano constitucional, la regla general de prohibición de aprovechamiento de la prueba ilícita, para no eliminarla del lugar en donde se encontraba en el ordenamiento jurídico chileno, sin perjuicio de que se le cambia la nomenclatura, dejando la distinción del artículo 276 referido a modo de ejemplo, bajo el nuevo enunciado de tipo genérico. A su vez, como excepciones a esta regla general, se propuso la consagración a nivel legal de las reglas de exclusión elaboradas por la doctrina estadounidense, es decir, las actuaciones de buena fe, las actuaciones exclusivamente privadas, la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable, y el principio del vínculo atenuado, con ciertas exigencias para su procedencia.

En relación a esta propuesta, y en virtud del funcionamiento tan distinto de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia jurídica del Common Law como lo es el país de origen de estas reglas de exclusión, es que se propone además para adaptar dichas reglas a nuestro ordenamiento jurídico, perteneciente al sistema romanista, la consagración de supuestos de hecho ejemplificadores de cada una de las reglas de exclusión para facilitar la comprensión del juez al momento de aplicarlas, siempre por cierto teniendo en cuenta la prohibición de la analogía.

Otra propuesta, que además de velar por una mejor regulación de la prueba busca fortalecer el principio de contradicción en el proceso penal y en consecuencia su garantía epistémica, consiste en permitir que el auto de apertura sea apelable en razón de inclusión o exclusión de prueba ilícita no sólo para el Ministerio Público como ocurre en la legislación actual, sino también para los demás intervinientes del juicio, es decir acusadores particulares, adhesivos, y claramente, el imputado. Por último, respecto a las modificaciones al Código Procesal Penal, se propuso consagrar en la ley el fenómeno de la valoración negativa de la prueba, señalando que sin perjuicio de las facultades del Juez de Garantía relativas a la exclusión de la

prueba del auto de apertura, también será oportuno el no aprovechamiento de ésta en el transcurso del juicio oral.

La segunda parte del segundo capítulo concentró sus esfuerzos en revisar las leyes orgánicas constitucionales de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile. Para mejorar la escasa regulación que contenían dichas leyes respecto de sujetos procesales tan importantes en la obtención de los medios de prueba que sustentan las proposiciones fácticas de los intervinientes, se propuso consagrar en los cuerpos normativos revisados el principio de respeto a los derechos humanos, advirtiendo en todo caso la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la ley 21.427 que pronto entrará en vigencia, y que soluciona de mejor manera que lo propuesto las deficiencias advertidas en estas leyes.

Adicionalmente, respecto a los funcionarios policiales se propuso la concurrencia de responsabilidad administrativa cuando en virtud de una diligencia investigativa se vulneren derechos fundamentales. Cabe mencionar que se planteó la elaboración de un sistema en que la concurrencia de responsabilidad administrativa del funcionario policial que obtuvo prueba ilícitamente y la aplicación de una regla de exclusión respecto de ésta sigan cursos distintos e independientes, según la regla de exclusión de que se trate, pudiendo ocurrir que prueba obtenida ilícitamente pueda ser admitida en juicio en virtud de una regla de exclusión y de todos modos se sancione administrativamente al funcionario diligenciador, o por el contrario, que una prueba obtenida ilícitamente no pueda ser ingresada a juicio al no configurarse ninguno de los supuestos regulados por las reglas de exclusión, pero que aun así no sobrevenga responsabilidad respecto del funcionario que participó en la ilicitud.

Finalmente, se propuso que a nivel legal se establezca la obligatoriedad de capacitaciones para los funcionarios policiales, es decir, que se cuente con una medida preventiva que evite que se originen

diligencias investigativas defectuosas e ilegales desde la raíz, o sea, desde la educación y entrenamiento de quienes participan en ellas.

**4.** Respecto del último capítulo de esta memoria, se revisó la normativa de los reglamentos disciplinarios de las instituciones de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, decidiendo que para mejorarlos es necesario realizar una serie de modificaciones, partiendo por establecer como infracción al reglamento la realización de diligencias investigativas que vulneren los derechos fundamentales, además de la persona competente mandatada a determinar la concurrencia de la responsabilidad, que será el juez de la causa y/o funcionarios de la institución a la que pertenezca el infractor según corresponda, y un plazo de prescripción especial respecto a la facultad de sancionar dicha infracción.

Adicionalmente, se realizaron ciertas proposiciones respecto a las sanciones a aplicar, priorizando la multa especialmente por sobre sanciones de naturaleza más gravosa, salvo en situaciones excepcionales, cuya regulación también se formula en este trabajo.

Y en último lugar, conscientes de que la vía represiva no debe ser la única solución a problemas de esta índole, es que también se planteó materializar lo dispuesto en las proposiciones de orden legal y constitucional y realizar la bajada normativa correspondiente para que los funcionarios policiales cuenten con las capacitaciones necesarias para mejorar su desempeño y evitar que se derrumben procedimientos enteros en virtud de prueba que fue obtenida de forma ilícita.

**5.** Todas las propuestas elaboradas en este trabajo fueron cimentadas en base al propósito de alcanzar una mejor regulación de la prueba en el proceso penal chileno, de acuerdo a la pregunta de investigación, que sea coherente sistemáticamente, y que vele por la eficacia del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales. Se espera que lo humildemente aportado pueda ser de utilidad en la búsqueda de ese deseado equilibrio.

Claro está señalar que la presentación de estas propuestas constituye abrir una puerta a diversas interrogantes que inevitablemente surgirán sobre cómo materializarlas de forma que se cumpla con el propósito de efectivamente mejorar la regulación de la prueba, en el supuesto que se optara por tomarlas por algo más que simples propuestas y proceder a su positivación. Esto porque si bien se puede tener en mente un propósito definido al proponer normas jurídicas, lo cierto es que es en su implementación que surgen las vicisitudes propias de la práctica que pueden entorpecerlo, algunas que se pueden prever, y algunas que no. En razón a esto, siempre es bienvenido el debate dogmático que tienda al mejoramiento del derecho y su aplicación.

Dicho lo anterior, y en último lugar, cabe expresar que durante el desarrollo de este trabajo y en el proceso de elaboración de las propuestas que se busca den respuesta satisfactoria a la pregunta de investigación planteada, llegamos a la conclusión de que para que se realicen los cambios necesarios para mejorar la regulación de la prueba en el proceso penal chileno y el derecho en general, más que normas positivas que faciliten la regulación de la materia y entreguen las herramientas jurídicas necesarias para asegurar un buen desenvolvimiento del derecho como mecanismo de control social, se necesitan ideas y creatividad, pues es gracias a éstas que se logrará llegar al establecimiento de un derecho más justo, por medio de la proposición de normas, para mejorar constantemente lo que ya existe y perfeccionarlo.

Y más importante aún que tener ideas o creatividad para cambiar el ordenamiento jurídico para mejor, es fundamental contar con la voluntad que las alimente para lograr los cambios que se necesitan. Al final del día, por muy intelectualmente estimulante que sea intentar elaborar una normativa infalible que logre el perfecto equilibrio entre la eficacia del proceso penal y el respeto de los derechos fundamentales en relación a la prueba, la verdadera forma de alcanzar aquello es a través de la voluntad de cambiar el derecho para mejor, aunque sea de a poco, lento, y dificultoso, lo

que motivará que se impulsen activamente modificaciones de normas jurídicas, y que da sentido a las acciones que día a día realizan los abogados para dar vigencia al derecho, sea relacionándose directamente con el proceso penal como intervinientes o jueces, sea a través de la discusión dogmática. No que hay esperar sentados a que se consagre en el ordenamiento jurídico un sistema de regulación de la prueba en el proceso penal perfecto para empezar a hacer algo al respecto ahora.



## BIBLIOGRAFÍA

### Listado bibliográfico

ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 138.

ALEXY, Robert, *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994, n° 1, p. 38. 86-87.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

ALVEZ, Amaya, *Norma y tipicidad iusfundamental*, en; CONTRERAS, Pablo; SALGADO, Constanza (eds.), *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*, Editorial LOM, 2017.

ANDRÉS, Perfecto, *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997, año 10, n° 13.

ARISTÓTELES, *La Política*, Editorial Gredos, Madrid, 1988, Libro I, pp. 49-50.

BAILONE, Matías, *¿Abolicionismo: o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo?*, en *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), 2003, p. 197.

BARRANCO, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 65.

BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 41-42.

BINDER, Alberto, *La Reforma Procesal Penal en América Latina*, Justicia Penal y Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp 204-208.

BINDING, citado por NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 14.

BUSTOS, Juan, *Obras completas*, Ediciones ARA, Lima, 2005, T. I, p. 22.

CAFFERATA, José, *La prueba en el proceso penal*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 2001, 4° ed., pp. 18-24.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni, *La justificación de la decisión judicial*, Editorial Palestra, Lima, 2021, p. 187.

CAROCCA, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal*, en: CAROCCA, Alex; DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián; BAYTELMAN, Andrés, VARGAS, Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, Editorial ConoSur, Santiago, 2000, p. 90.

CERDA, Rodrigo, *Apuntes de clases Proceso Penal*, Universidad de Concepción, Concepción, 2021, pp. 2-3, 13, 27, 188.

CERDA, Rodrigo, *Averiguación de la verdad como fin del proceso*, Revista de la justicia penal, Editorial Librotecnia, 2012, p. 200.

CERDA, Rodrigo, *El juicio oral*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 2003, p. 160.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos*, traducido por Antonio Rodríguez, Editorial Aguilar, Madrid, 1967, pp. 40-65.

COLOMA, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tralará...*, *O de límites a los dichos de los abogados*, Revista de Derecho (Valdivia), 2006, Vol. 19, n° 2.

CURY, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, 7° ed., p. 37.

DAVID, René; JAUNFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducido por Jorge Sánchez Cordero, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 11° ed., p. 80, 207, 267.

DE ASÍS, Rafael, *Derechos y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 362-363.

DE ASÍS, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Editorial Marcial Pons, 1995, pp. 99-101, 128.

DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 74.

DE ASÍS, Rafael, *Modelos teóricos del Estado de Derecho*, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1999, n° 22, p. 227.

DELGADO, José, *Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución*, LÓPEZ, José; Del Real, J. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 91-92.

DÍAZ, Iván. *Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2009, p. 11-20, 78-83, 96-114.

DÍAZ, Iván, *Destruyendo mitos. Derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos en el proceso penal*, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2010, año 1, n° 1, pp. 19-28.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Volumen 1*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002, pp. 24 y ss.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3° ed., 1997, T. I, p. 21.

FALCÓN, Alma, *Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal*, en *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), 2003, p. 218.

FERNÁNDEZ, Francisco, *La valoración negativa de la prueba ilícita ante el Tribunal Oral en lo Penal*, Tesis de Pregrado, Universidad de Concepción, Chile, no publicada, 2020, p. 147-153.

FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho penal fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 41.

FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, Universidad de Camerino, 2007, p. 15.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, España, 1998, 3°, pp 64, 214, 217.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 21 y 68.

GARCIA, Sergio, *Crimen y prisión en el nuevo milenio*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*, 2004, Vol. 37 n° 110, p. 591.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. I, p. 13.

GASCÓN, Marina, *Problemas de la fijación judicial de los hechos*, 2007, pp. 104-106.

GRECO, Luis, “*Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*”, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2007, N° 4, p. 14 y 22.

HAGAN, Frank, *Research methods in criminal justice and Criminology*, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1989, 2° ed., p. 16.

HERNÁNDEZ, Héctor. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, n° 2, 2005, pp. 10-41, 43-44.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, V. I, p. 7, 15.

LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, Asociación Juristas de la Salud, 1995, Vol. 3, N° 1, p. 26.

LÓPEZ, Jacobo, citado por RETTIG, Mauricio, *La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención*, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, HOYL, Gonzalo (Ed.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 188.

MARTÍNEZ-PEREZ, Mario, *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal en Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño*, 2008, p. 8.

MATHEUS, Carlos, *Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba*, Revista de Derecho (Valdivia), 2003, Vol. 14, p. 176.

MIRANDA, Manuel, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010, n° 22, p. 135.

MUÑOZ-CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 43-44.

MOLINA, Andrés. *Instituciones políticas*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, 16° ed., p. 109-142.

ONECA, Antón, citado por Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 3° ed., Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 23.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, 1° reimpresión, p. 40.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Editorial Latina, Madrid, 1980, p. 135, 342.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 235, 325.

PEZOA, Paulina; CUMMING, Natalia; MÉNDEZ, Juan Pablo; CERDA, Rodrigo, *La exclusión probatoria por ilicitud y el derecho a probar. Un debate pendiente en el proceso penal chileno*, Revista de la Justicia Penal, Librotecnia, 2022, n° 15, pp. 5, 10-29.

RETTIG, Mauricio, La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Gonzalo Hoyl editor, Valencia, 2021, pp.169-221.

ROXIN, ARTZ, TIEDEMAN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, traducido por Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 34-35.

RUAY, Francisco, *Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral*, Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, 2014, n° 12, p. 129.

RUÍZ, Luis, *El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental*, en *El Derecho Constitucional a la Prueba. Análisis de la Jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, pp.183-184.

SANHUEZA, Juana; CRUCES, Rubén; GONZÁLEZ-FUENTE, Rodrigo, *Nociones fundamentales de derecho penal*, Universidad de Concepción, 2007, pp 1-11

SARTORI, Giovanni; citado por ZÚÑIGA, Francisco, en *Sesión 1-19 de mayo de 2014*, en: SIERRA, Luis, *Diálogos constituyentes. La academia y la cuestión constitucional en Chile*, Santiago, 2015, p. 64.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978, 4° ed., p. 3.

TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 84.

TARUFFO, Michell, *Verdad negociada*, Revista de Derecho Austral de Chile, Vol. 21, n° 1, 2008, p. 136.

VACANI, Pablo. *Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Argentina, 2005, p. 2.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 4° ed., p. 11.

<sup>30</sup> ZULOAGA, John, *Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio”*, Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT, N° 6, 2007, sin paginación.

## Fuentes electrónicas

RIVERA, Víctor, *Carabineros en estado de alerta tras retiro de 700 policías*, La Tercera, 2022, <https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/carabineros-en-estado-de-alerta-tras-retiro-de-700-policias/MUYMHOAVOZDBTJQGRGPZO5GPQI/>, consultada: 24 de julio de 2022.

## Listado de jurisprudencia

Suprema Corte (Estados Unidos), 24 de febrero de 1914, "*Weeks v. United States*" 232 U.S. 383.

Suprema Corte (Estados Unidos), 26 de enero de 1920, "*Silverthorne Lumber Co. v. United States*", 385, S. Ct. 182.

Suprema Corte (Estados Unidos), 14 de enero de 1963, "*Wong Sun v. United States*", 371 U.S. 471.

Suprema Corte (Estados Unidos), 13 de junio de 1966, "*Miranda v. Arizona*" 384 U.S. 436.

Suprema Corte (Estados Unidos), 2 de febrero de 1967, "*State v. O'Bremski*", 70 Wash. 2d 425, 423 P. 2d 530.

Suprema Corte (Estados Unidos), 28 de julio de 1971, "*United States v. Bacall*" 433 F. 2d 1050.

Suprema Corte (Estados Unidos), 20 de febrero de 1980, "*Walter v. United States*", 447 U.S. 649.

Suprema Corte (Estados Unidos), 11 de junio de 1984, "*Nix v. Williams*", 467 U.S. 431.

Suprema Corte (Estados Unidos), 5 de julio de 1984, "*United States v. Leon*", 897, L., Ed. 2d 677.

Suprema Corte (Estados Unidos), 21 de marzo de 1989, "*Skinner v. Railway Labor Executives Association*", 489 U.S. 602, 109 S.Ct.

Tribunal Supremo Federal (Alemania), 21 de enero de 1958, *fallo del Gran Senado*, BGHSt. 11, 213.

Tribunal Federal de Justicia en materia penal (Alemania), 21 de febrero de 1964, BGHSt. 19, 32.

Tribunal Constitucional Federal (Alemania), 31 de enero de 1973, *3-Stufen-Theorie*, BVerfGE 34, 238.

Tribunal Federal de Justicia en materia penal (Alemania), 12 de abril de 1989, BGHSt. 36, 167.

Corte Suprema, 8 de enero de 2015, Rol N° 29.375-2014.

Corte Suprema, 23 de julio de 2015, Rol N° 6996-2015.

Corte Suprema, 24 de abril de 2018, Rol N° 3761-2018.

Corte Suprema, 28 de mayo de 2018, Rol N° 7345-2018.

Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019, Rol N° 20397-2019.

Corte Suprema, 25 de febrero de 2020, Rol N° 29.158-2020.

Corte Suprema, 29 de mayo de 2020, Rol N° 42.776-2020.

Corte Suprema, 7 de mayo de 2020, Rol N° 41.240-2019.

Corte Suprema, 8 de mayo de 2020, Rol N° 30.581-2020.

Corte Suprema, 2 de marzo de 2021, Rol N° 135.633-2020.

Corte Suprema, 8 de abril de 2021, Rol N° 14.317-2021.

Corte Suprema, 21 de julio de 2021, Rol N° 4058-2021.