

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO

Tomo II

- LA ETAPA INTERMEDIA
O DE PREPARACION DEL JUICIO
 - LA PRUEBA
- LA ETAPA DEL JUICIO ORAL
 - LOS RECURSOS
- LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
 - EJECUCION DE LAS SENTENCIAS
CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS
DE SEGURIDAD
- LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

© MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 144.078, año 2004
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de julio de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1584-6



teóricas, etc.) no deben ser atendidas. Si no abriga esas dudas, sino que por el contrario tiene la certidumbre personal de que existe determinado hecho, entonces tendrá que constatarlo, por lo que de ese modo estará convencido de la verdad de aquel hecho.²¹⁶ Como afirma CHIESA: "la prueba más allá de toda duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuzgado".²¹⁷

Aunque el problema pudiera parecer algo ajeno a nuestro sistema teniendo en cuenta que en Chile nos encontramos ante jueces profesionales que no requieren, como los jurados, recibir instrucciones sobre puntos de derecho, lo cierto es que la determinación del alcance del concepto "duda razonable" no puede menos que ser problemático para los propios jueces, teniendo en cuenta que se trata de un término tomado de sistemas procesales extranjeros ajenos a nuestra tradición. En este sentido, la identificación del estándar con la idea de "certeza" parece desde todo punto de vista conveniente, no sólo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino porque que este concepto sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados.²¹⁸

4. LA PRUEBA ILÍCITA

4.1. GENERALIDADES

El primer problema que plantea el tema de la prueba ilícita es el de su denominación, ya que suele ser designado de maneras muy diversas.

²¹⁶ WALTER (G.), cit., p. 151.

²¹⁷ CHIESA (E.), cit., v. III, p. 378.

²¹⁸ El art. 456 bis del CdPP de 1906 establece que "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley". Al amparo de esta norma, la doctrina nacional ha definido el estándar de convicción vigente bajo el antiguo Código como de "certeza legal condenatoria y moral absoluta". Vid., por todos, MORALES ROBLES (E.), cit., pp. 262-263.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, el tema es estudiado en relación con su consecuencia, la *regla de exclusión* ("exclusionary rule"). Se trata de una regla que no se aplica solamente a los casos en que existe violación de una garantía constitucional, por lo que, para ser preciso, lo que nosotros entendemos por prueba ilícita surge allí cuando la razón de la exclusión es la violación de una garantía constitucional, caso en el cual es denominada *prueba inconstitucional, ilegal o imprudentemente obtenida* ("illegally, improperly or unconstitutionally obtained evidence").²¹⁹

En Alemania, el fenómeno se conoce bajo la denominación de *prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba* ("Beweisverbote").²²⁰ Este concepto agrupa "todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal"²²¹ y se dividen en dos grupos: las *prohibiciones de producción de la prueba*, que impiden su práctica, y las *prohibiciones de valoración de la prueba*, que impiden el aprovechamiento de sus resultados.²²²

La doctrina española utiliza diversas denominaciones. Así, por ejemplo, mientras ORTELLS —siguiendo la terminología del art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)— se refiere a *pruebas con violación de derechos y libertades fundamentales*,²²³ MORENO

²¹⁹ Según explica CHIESA, la regla de exclusión de evidencia se refiere a una norma cuyo efecto es excluir evidencia pertinente por falta de confiabilidad de la evidencia —escaso valor probatorio— o por consideraciones de interés público. Ejemplo clásico de lo primero sería la exclusión de la prueba de referencia (*hearsay*); ejemplo de lo segundo sería, entre otras, la evidencia obtenida en violación de la protección que la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos proporciona en contra de detenciones, registros e incautaciones irrazonables. CHIESA (E.), cit., v. I, p. 184, nota 7.

²²⁰ El término fue acuñado por BELING a comienzos del siglo XX en su obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* ("Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal"). MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 15, nota al pie N° 1. GOMEZ COLOMER, por su parte, advierte que la denominación "prueba prohibida", utilizada también, habitualmente, para referirse al mismo problema, constituye una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea la palabra "prohibiciones" siempre en plural, debido a que existen varios supuestos de prohibición y no uno solo. GOMEZ COLOMER (J.), cit., p. 133, nota 26.

²²¹ ROXIN (C.), cit., p. 190.

²²² Vid., por todos, GOMEZ COLOMER (J.), cit., pp. 133-138.

²²³ ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., t. III, p. 271.

CATENA la denomina indistintamente *prueba prohibida* o *prueba ilícita*.²²⁴

A veces, la diversa nomenclatura obedece a la consideración de diferentes categorías conceptuales, lo que tiene su origen en los esfuerzos doctrinarios por clasificar de diversas formas la prueba ilícita, atendiendo a criterios que buscan ajustar la nomenclatura a la regulación normativa local del problema. Este esfuerzo por clasificar la prueba ilícita, asignando a cada categoría resultante un nuevo nombre, ha promovido una infinidad de denominaciones que han contribuido notablemente a la confusión reinante en la materia.

Así, por ejemplo, atendiendo al momento en que se produce la ilicitud, MONTERO AROCA usa el concepto de *prueba ilícita o prohibida* para referirse a la obtención ilícita de la fuente de prueba, y *prueba ilegal* para referirse al medio de prueba que se realiza contraviniendo las normas que lo regulan.²²⁵ Atendiendo a la jerarquía normativa de la norma infringida, GIMENO SENDRA reserva el concepto de *prueba ilícita* para referirse a la que "infringe cualquier ley", y denomina, en cambio, *prueba prohibida*, a la que "surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales".²²⁶ Atendiendo, en cambio, a la causal de la ilicitud, MIRANDA ESTRAMPES elabora una clasificación tripartita, denominando a las categorías resultantes *pruebas expresamente prohibidas por ley*, *pruebas irregulares o defectuosas* y *pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales*.²²⁷ Finalmente, atendiendo a las consecuencias que se asignan a la ilicitud, la prueba ilícita ha sido también clasificada en *prueba de producción prohibida*, cuando la consecuencia de la ilicitud consiste en la prohibición de admitir el elemento de prueba en el proceso, y *prueba de violación prohibida*, cuando

²²⁴ MORENO CATENA (V), *El proceso penal*, v. III, pp. 2285-2286.

²²⁵ MONTERO AROCA (I.), *La prueba en el proceso civil*, Falt. Civitas, Madrid, 1996, pp. 82 y ss., citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 29, nota 38. En la misma línea, MIRANDA ESTRAMPES distingue entre una *ilicitud extraprocesal* y una *ilicitud intraprocesal* (MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 26-29) y CAFFERATA NORES, entre *obtención ilegal* e *incorporación irregular*. CAFFERATA NORES (I.), cit., pp. 18-24.

²²⁶ GIMENO SENDRA (V), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 384.

²²⁷ MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 29-49.

la consecuencia de la ilicitud es una prohibición de valoración de la prueba al momento de la dictación de la sentencia.

Como si lo anterior fuera poco, en Latinoamérica se han creado nuevas categorías, reutilizando varias de las denominaciones involucradas. Así, por ejemplo, PELLEGRINI GRINOVER distingue entre *prueba ilegal*, *prueba ilegítimamente producida* y *prueba ilícitamente obtenida*. En su concepto, "se dice que la prueba es *ilegal* toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida".²²⁸

La elaboración de estos criterios de clasificación se basa exclusivamente en objetivos pedagógicos, sino que obedece a los marcos normativos que los diferentes sistemas establecen para la prueba ilícita y, fundamentalmente, a las consecuencias que se les asignan desde el punto de vista de su eficacia. Así, por ejemplo, la clasificación que atende al momento en que se produce la ilicitud y a la jerarquía normativa de la norma infringida tiene especial relevancia en España, porque la doctrina debe lidiar allí con lo dispuesto por el art. 11.1. LOPI, que reza textualmente: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales" (la directramente, violentando los derechos o libertades fundamentales" (la cursiva es nuestra). Se entiende, entonces, que desde la perspectiva del derecho español se requiera analizar los problemas de obtención como algo distinto de los problemas de incorporación, y las infracciones constitucionales como un problema distinto de las infracciones legales, con el objeto de establecer los alcances del art. 11.1. LOPI y determinar las consecuencias jurídicas que la ley asigna a las hipótesis de ilicitud no cubiertas por dicha norma. Por otra parte, la distinción que atende a las consecuencias de la ilicitud tiene mucho sentido en Alemania, donde las normas jurídicas distinguen explícitamente las consecuencias jurídicas de la ilicitud en cada caso, permitiendo trazar claramente una categoría de pruebas de producción prohibida y otra de pruebas de valoración prohibida, lo que ha dado origen a un intenso desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba.

²²⁸ PELLEGRINI (A.), *Pruebas ilícitas*, cit., p. 307.

La única conclusión que se puede extraer de un panorama como el anteriormente descrito es que resulta necesario reconducir el tema a sus elementos esenciales. Sólo en la medida en que seamos capaces de focalizar el concepto de *prueba ilícita* en su denominador común, seremos capaces de distinguir los temas que realmente corresponde analizar dentro de este capítulo, de aquellos que le han sido añadidos sin otra razón que la de ajustar las denominaciones empleadas a las realidades normativas de cada sistema.

4.2. CONCEPTO

El denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe ser utilizado como punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal.

En efecto, como hemos dicho al analizar los límites formales a la actividad de investigación,²²⁹ ésta se desarrolla en una etapa que suele ser denominada "preprocesal" o "extraprocesal", por que es anterior al proceso penal propiamente tal. Se trata, fundamentalmente, de una actividad que tiene por objeto *obtener* los elementos probatorios (o fuentes de prueba) que serán más tarde incorporados al proceso como medios de prueba. Esta actividad está regida por el principio de investigación oficial y no forma parte de la actividad probatoria, pero se encuentra íntimamente vinculada a ella, ya que constituye su antecedente necesario.²³⁰

Al derecho procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen los elementos de prueba, ya que es la actividad del Estado dirigida a esta finalidad la que crea mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales, según se expresa habitualmente cuando se señala la existencia de una tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal. En un Estado democrático, el sistema procesal penal está interesado en averiguar la verdad, pero no de hacerlo

²²⁹ Vid. supra IX.B.1.

²³⁰ CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 41.

"a cualquier precio".²³¹ Lo anterior impone un límite ético a la actividad de persecución penal, que permite conceptualizar como "ilícita" la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen la afectación de garantías fundamentales.

Previo a toda consideración en cuanto a la forma en que los distintos sistemas procesales enfrentan el problema de la prueba ilícita, parece necesario entonces definir la prueba ilícita simplemente como *aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*. Definir la prueba ilícita de este modo reconduce la materia a su común denominador en los diferentes sistemas procesales y permite dejar fuera de su ámbito de preocupación problemas anexos que complican su análisis hasta límites intolerables.²³²

4.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD

El carácter ilícito de una prueba depende, como veremos más adelante, de los diferentes alcances que los sistemas jurídicos asignen a sus derechos fundamentales y de la forma en que se entiende que la actividad de investigación colisiona con ellos.

Si embargo, decidir que una prueba es ilícita no nos dice nada sobre las consecuencias jurídicas que dicha ilicitud acarrea. Una vez establecido que la prueba ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cuál es la consecuencia asociada a la obtención de prueba en tales circunstancias?

²³¹ Vid. infra nota 256. También tomo I, I.1.2.

²³² Descarto así, para efectos de mi análisis, los problemas planteados por la denominada *prueba irregular o ilegal*, en que existe la violación de una norma legal que no importa infracción de garantías constitucionales. (En la misma línea está CAROCCA (A.), *Una primera aproximación...*, cit., pp. 307-308.) Descarto también la infracción de garantías fundamentales que se produce con ocasión de la *rendición* o producción de la prueba durante el juicio oral. (En la misma línea está PELLEGRINI, quien afirma que "El problema de las pruebas ilícitas, así determinado, está circunscrito a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio". PELLEGRINI (A.), cit., p. 308. Véase, también, DIAZ GABIALE (J.) y MARTÍN MORALES (R.), *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 22.) Lo que propongo, entonces, es un concepto que cabe dentro de lo que MIRANDA ESTRAMPES denomina *concepciones restrictivas* de la prueba ilícita. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 20-22.

La respuesta a este problema sólo puede ser dada en dos etapas:

La primera, consiste en responder si la ilicitud de la prueba debe tener algún efecto desde el punto de vista probatorio, o debe conformarse con hacer efectivas las responsabilidades civiles, penales y administrativas del autor de la ilicitud.

La segunda, que supone la aceptación de un efecto probatorio, consiste en dilucidar si dicho efecto ha de ser la inadmisibilidad de la prueba o una prohibición de su valoración.

Nos referiremos, a continuación, a estos problemas.

4.3.1. *Eficacia o ineffectividad probatoria de la prueba ilícita*

4.3.1.1. Posiciones que postulan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita

Hasta hace poco, la posición doctrinaria predominante en Iberoamérica había defendido la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente.²³⁵ Se trata, obviamente, de una posición ajustada a los fundamentos esenciales del sistema inquisitivo, en que la búsqueda de la verdad material aparece como un objetivo central del procedimiento.²³⁴

En el fondo, los partidarios de esta posición veían en la fuerza de convicción del elemento de prueba y su utilidad para el descubrimiento de la verdad, una razón suficiente para su admisión y valoración, con independencia de la forma en que hubiere sido obtenido. MUÑOZ SABATE, quien es, probablemente, el que de manera más gráfica ha explicado el punto de vista de los partidarios de esta tesis, argumentaba al respecto señalando que "El carácter expoliativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los museos de Londres y París no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schliemann, un Champollion o un Howard Carter".²³⁵ En otras palabras, si el elemento probatorio ayuda en el objetivo de reconstrucción histórica, parecería no existir ninguna razón para

desconocerle admisibilidad o valor probatorio que tuviere una justificación desde el punto de vista de los objetivos del proceso.²³⁶ Así, por ejemplo, un partidario de esta tesis defendería la admisibilidad y valoración del arma homicida encontrada en un domicilio particular, aun cuando la entrada y registro de ese lugar se hubiere efectuado sin respetar la exigencia de emisión previa de una orden judicial de entrada y registro.

Los partidarios de esta tesis no alcanzan a comprender en qué medida la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida podría resultar de utilidad desde el punto de vista jurídico. Como explicaba gráficamente Cardozo, citado por el juez Burger en voto disidente de este último, en *Biens v. Six unknown named agents*: "El criminal va a seguir libre porque la policía ha cometido un error... Una habitación es registrada contra la ley, y el cuerpo de un hombre muerto es encontrado... La privacidad del hogar ha sido infringida, y el asesino sale libre".²³⁷ Y más explícitamente, la Corte Suprema norteamericana en *Irvine v. California*: "El rechazo de la evidencia no hace nada por sancionar al oficial que actuó mal, mientras que puede, y probablemente provocará, liberar al imputado que actuó mal. Privar a la sociedad de sus remedios contra un quebrantador de la ley porque ha sido perseguido por otro. Protege a alguien contra el cual es descubierta evidencia incriminatoria, pero no hace nada por proteger a las personas inocentes que son las víctimas de los ilegales pero infructíferos registros".²³⁸

²³⁵ Lo anterior significa desconocer completamente que el respeto a los derechos fundamentales esté considerado dentro de los objetivos del proceso. En palabras de MUÑOZ SABATE: "Ciertamente la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad, como dice CORDERO, en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso". MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 78.

²³⁶ "The criminal is to go free because the constable has blundered... A room is searched against the law, and the body of a murdered man is found... The privacy of the home has been infringed, and the murderer goes free." (Traducción nuestra.) *Biens v. Six unknown named agents*, 403 U.S. 388, 413. La cita de CARDOSO está tomada de *People v. Defon*, 242 N. Y. 13, 21, 23-24, 150 N. E. 585, 587, 588 (1926).

²³⁷ "Rejection of the evidence does nothing to punish the wrong-doing official, while it may, and likely will, release the wrong-doing defendant. It deprives society of its remedy against one lawbreaker because he has been pursued by ano-

²³⁵ MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 51.

²³⁴ Vid. tomo I, 1.2.

²³⁵ MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 78.

Los partidarios de esta tesis no necesariamente desprecian los valores comprometidos en el respeto de las garantías constitucionales afectadas por la ilicitud, pero argumentan que en la ponderación de los valores en juego debería prevalecer la necesidad de que la sentencia definitiva responda a la verdad material, porque éste sería un interés de carácter público y, por lo tanto, preponderante ante la lesión de un derecho individual que tendrían, por el contrario, un carácter privado.²³⁹ Conjuntamente con lo anterior, argumentan que el respeto de las normas cuya infracción constituye la prueba en ilícita, puede ser obtenido sin sacrificar el valor de la verdad material, asignándole consecuencias jurídicas que no afecten su admisibilidad y valor probatorio. Entre estas consecuencias, generalmente se mencionan como disponibles las acciones de indemnización de perjuicios que puede interponer el afectado, y las sanciones penales y administrativas que se pueden imponer al funcionario que comete la ilicitud.

4.3.1.2. Posiciones que impugnan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita

La posición contraria a la posibilidad de reconocer eficacia probatoria a la prueba ilícita ha sido discutida en Estados Unidos, como se ha visto, a propósito de la *regla de exclusión* ("exclusionary rule"), que constituye propiamente una barrera puesta a la incorporación de la prueba ilícita en la fase de *admisión*. La regla de exclusión es una creación jurisprudencial, vigente en el sistema federal norteamericano a partir del caso *Boyd v. United States*.²⁴⁰ En *Weeks v. United States*, la regla de exclusión aparece

ther. It protects one against whom incriminating evidence is discovered, but does nothing to protect innocent persons who are the victims of illegal but fruitless searches." (Traducción nuestra.) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 136 (1954).

²³⁹ Así resume esta posición, desde una visión crítica, la Sentencia de la Sala 2a. del Tribunal Supremo español de 29 de marzo de 1990 (R.A.2647). Citada por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 52.

²⁴⁰ 116 U.S. 616 (1886). La discusión central de esta decisión, sin embargo, no versa sobre el problema de la eficacia probatoria de la prueba ilícita. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos, tras constatar que el requerimien-

declarada como de aplicación obligatoria en la jurisdicción federal.²⁴¹ Muy posteriormente es incorporada también a los sistemas estatales, a partir del caso *Mapp v. Ohio* del año 1961.²⁴²

En los Estados Unidos, donde la ineficacia de la prueba ilícita es sinónimo de inadmisibilidad a través de la regla de exclusión, se han dado tres fundamentos para la aplicación de dicha regla. Siguiendo a CHIESA, quien se refiere al tema en relación con la Enmienda Cuarta de la Constitución Federal de los Estados Unidos (protección contra detenciones, registros e incautaciones irrazonables), ellos son los siguientes:

"1º) Disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas";

"2º) Evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente";

"3º) Impedir que el Estado se beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales".²⁴³

to de producción de una factura, la orden en virtud de la cual había sido emitida y la ley que autorizaba la dictación de la orden eran inconstitucionales y nulas, declaró sencillamente que, en consecuencia, la inspección por el fiscal de la factura producida en obediencia del requerimiento y su admisión como evidencia por el tribunal, eran procedimientos erróneos e inconstitucionales. 116 U.S. 616, 639.

²⁴¹ 232 U.S. 383 (1914). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, en la jurisdicción federal, la utilización de evidencia obtenida a través de un registro o incautación ilegal (illegal search and seizure) estaba prohibida por aplicación de la Cuarta Enmienda, que establece: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized". [El derecho de las personas a la seguridad de sus personas, hogares, papeles y efectos, contra registro e incautaciones irrazonables, no será violado, y no se emitirá ninguna orden, sino sobre causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar que será registrado y las personas o cosas que serán arrestradas o incautadas] (traducción nuestra)]. La regla de exclusión no venía impuesta explícitamente por la Constitución ni surgía de ningún acto legislativo, por lo que se trata, propiamente, de una creación judicial.

²⁴³ CHIESA (E.), cit., v. I, p. 184.

De estos tres fundamentos, el que aparece como principal en la jurisprudencia norteamericana es, sin lugar a dudas, el del efecto disuasivo de la regla de exclusión ("deterrence"), lo que evidencia una preocupación por la conducta de los agentes encargados de la persecución penal que excede, con mucho, el ámbito del caso concreto en el cual se plantea el problema.

Los partidarios de la regla de exclusión reclaman su aplicación sosteniendo que las alternativas propuestas para lograr el respeto a los derechos fundamentales (sanciones penales, civiles, administrativas) no son igualmente disuasivas, porque no se aplican efectivamente en la práctica. Las razones abarcan desde la ingenuidad que constituye pretender que los propios organismos responsables de la ilicitud o los interesados en su admisibilidad (la policía y el ministerio público) instruyan las investigaciones administrativas y penales que les competen para la aplicación de estas sanciones, hasta la escasa relación de causa-efecto que existe habitualmente entre la violación de un derecho fundamental y la existencia de perjuicios indemnizables. El juez Murphy, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al redactar el voto disidente en el caso *Wolf v. Colorado*, resumió esta idea en dos frases: "No hay sino una alternativa, la regla de exclusión. Que no haya ninguna sanción en absoluto".²⁴⁴

²⁴⁴ "There is but one alternative to the rule of exclusion. That is no sanction at all." *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 41 (1949). El argumento del juez Murphy prosigue del siguiente modo: "Little need be said concerning the possibilities of criminal prosecution. Self-scrutiny is a lofty ideal, but its exaltation reaches new heights if we expect a District Attorney to prosecute himself or his associates for well-meaning violations of the search and seizure clause during a raid the District Attorney or his associates have ordered. But there is an appealing ring in another alternative. A trespass action for damages is a venerable means of securing reparation for unauthorized invasion of the home. Why not put the old writ to a new use? When the Court cites cases permitting the action, the remedy seems complete. (...) But what an illusory remedy this is, if by 'remedy' we mean a positive deterrent to police and prosecutors tempted to violate the Fourth Amendment. The appealing ring softens when we recall that in a trespass action the measure of damages is simply the extent of the injury to physical property. If the officer searches with care, he can avoid all but nominal damages; a penny, or a dollar." ["Necesita decirse algo acerca de las posibilidades de la persecución criminal. El autocontrol es un noble ideal, pero su exaltación alcanza nuevas alturas si esperamos que un fiscal se persiga a sí mismo o a sus asociados por significativas violaciones de la cláusula contra registros e incautaciones ilegales durante una redada que el fiscal o sus asociados han orde-

4.3.1.3. Morigeración de la posición que postula la ineficacia de la prueba ilícita: teoría de la ponderación de los intereses en conflicto

Situándose entre la posición que postula la absoluta eficacia y la que postula la absoluta ineficacia de la prueba ilícita ha surgido una posición que a menudo es calificada como "intermedia".²⁴⁵ En rigor, sin embargo, se trata de una posición que, aceptando la ineficacia de la prueba ilícita en principio, persigue mitigar su aplicación evitando que ella cubra casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la entidad de la infracción al derecho fundamental comprometido.

Como explica PELLEGRINI, la tendencia dominante a aceptar la ineficacia de la prueba ilícita ha sido atenuada por otra tendencia "que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional".²⁴⁶ Esta tendencia ha tenido gran desarrollo en Alemania, al amparo del principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).²⁴⁷ El principio de proporcionalidad impediría aquí el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad.

nado. Pero existe una alternativa llamada a otra alternativa. Una acción por daños causados por la entrada ilegal es un venerable medio de asegurar reparación por invasiones no autorizadas del hogar. ¿Por qué no darle un nuevo uso al antiguo mandato? Cuando la Corte cita casos permitiendo la acción, el remedio parece completo. (...) Pero qué ilusorio remedio es éste, si por 'remedio' entendemos un positivo disuasivo para los policías y fiscales tentados a violar la Cuarta Enmienda. La atractiva llamada se suaviza cuando uno recuerda que en una acción por daños causados por la entrada ilegal la medida de los perjuicios es simplemente la extensión del daño a la propiedad física. Si el oficial registra con cuidado, puede evitar todos, salvo daños nominales, un centavo o un dólar" (el voto disidente continúa explicando en detalle otras dificultades para que una acción por daños prospere en casos concretos. Traducción nuestra)]. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 42-43.

²⁴⁵ Ver v. gr., LOPEZ BARRA DE QUIROGA (J.), cit., p. 282; MIDON (M.), cit., pp. 113 y ss.

²⁴⁶ PELLEGRINI (A.), cit., p. 308.

²⁴⁷ PELLEGRINI (A.), cit., p. 308.

Esta posición ha sido denominada "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto".²⁴⁸

El Tribunal Supremo Federal (BGH) ha desarrollado esta línea en Alemania al pronunciarse sobre las relaciones entre las prohibiciones de producción de prueba y las prohibiciones de valoración de la prueba,²⁴⁹ esto es, al responder si pueden ser *valorados* los elementos probatorios obtenidos con incumplimiento de sus requisitos de producción, esto es, si a las prohibiciones de producción corresponden siempre prohibiciones de valoración.²⁵⁰ Con la intención de dar una respuesta general a este problema, el Tribunal Supremo Federal desarrolló la "teoría del entorno jurídico" (*Rechtskreisstheorie*).²⁵¹ También tradujo como "teoría del círculo jurídico",²⁵² "teoría de la esfera de los derechos"²⁵³ o "teoría del ámbito de los derechos".²⁵⁴ Conforme a esta teoría, en el caso de que se infrinjan prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y valorar los elementos probatorios obtenidos depende de si "la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. En este análisis se debe considerar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en el interés de quién ha sido creada".²⁵⁵

Entre nosotros BOFILL ha hecho ver que esta tendencia surge del fracaso en el intento por establecer principios de validez general en materia de exclusión de pruebas y se traduce, en definitiva, en "la descripción de casos o grupos de ellos en los que sea posible distinguir la vigencia de un principio o criterio de terminado, llevando a una ponderación de intereses en cada si-

²⁴⁸ Vid., por todos, LOPEZ BARRIA DE QUIROGA, (J.), cit., p. 282.

²⁴⁹ Para una explicación de las diferencias entre ambas nociones véase ROXIN (C.), cit. pp. 188 a 207; GOMEZ COLOMER (J.), cit., pp. 133 a 138; o HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 27-41.

²⁵⁰ ROXIN (C.), cit., p. 191.

²⁵¹ GOMEZ COLOMER (J.), cit., p. 136.

²⁵² BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba...*, cit., p. 5.

²⁵³ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 31.

²⁵⁴ ROXIN (C.), según traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, cit., p. 192.

²⁵⁵ BGHSt (GS) 11.215. Citado por ROXIN (C.), p. 192. Véase también BOFILL, *La prueba en el proceso penal*, p. 28, y HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 30.

tuación particular".²⁵⁶ Como explica HERNANDEZ BASUALTO, la doctrina del Tribunal Supremo alemán supone "una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio..., pero en la cual, además y entre otros, debe considerarse especialmente un criterio ya empleado con anterioridad, cual es el de los *intereses de una efectiva persecución penal*".²⁵⁷ Como resulta evidente, la teoría impone así la necesidad de resolver los problemas que se presentan mediante respuestas particulares que son confiadas entonces al desarrollo de la jurisprudencia.

En España, la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto ha sido defendida por PASTOR BORGONON, quien sostiene que "el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable".²⁵⁸ Ha tenido también reconocimiento jurisprudencial en sentencias del Tribunal Constitucional español, que, basadas en el criterio de proporcionalidad, han exigido una ponderación entre la sanción jurídica y la entidad real del delito.²⁵⁹

La consideración de criterios que morigeran la rígida aplicación de la regla de exclusión, más que una teoría intermedia es, en mi opinión, una exigencia que surge naturalmente en el mismo momento en que se reconoce la posibilidad de excluir prueba con base en la infracción de garantías fundamentales.

²⁵⁶ BOFILL (J.), *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 28.

²⁵⁷ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 32.

²⁵⁸ PASTOR BORGONON, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, R. Just. 86, 2, pp. 337 y ss. Citada por LOPEZ BARRIA DE QUIROGA, *Instituciones...*, cit., p. 282.

²⁵⁹ STC N° 180 de 12/11/1987 y 263 de 22/12/1988. Citadas por HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 93.

Dado que, en esta materia, las declaraciones de garantías contenidas en la Constitución o en los tratados se mueven generalmente a nivel de *principios*, resulta absolutamente imposible decidir, en un caso concreto, que una infracción de este tipo se ha producido o no, sin establecer al mismo tiempo un criterio jurisprudencial válido para casos similares, que establezca los alcances y los límites de la garantía fundamental en juego y genere reglas que los agentes de persecución penal debieran en el futuro observar. Esto es así tanto en Alemania como en España o Estados Unidos y será así también en Chile, con independencia del mayor o menor valor que deba reconocerse a la decisión, en cada sistema, conforme al valor general o particular del precedente.

4.3.2. *Ineficacia de la prueba ilícita, ¿problema de admisibilidad o problema de valoración?*

Las posiciones que afirman la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tienen dos vertientes: la que considera que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse al nivel de *admisión*, y la que considera que ella debe establecerse al nivel de *valoración*.

La diferencia dista mucho de ser banal. Establecer una barrera al nivel de la *admisibilidad de la prueba* conlleva impedir que el órgano jurisdiccional encargado de adoptar la decisión de absolución o condena conozca de manera alguna el elemento de prueba obtenido mediante la actividad ilícita. Esto significa, por ejemplo, que durante el debate contradictorio el tribunal del juicio oral no tomará conocimiento de que el arma homicida obtenida como producto de una entrada y registro ilegal fue siquiera encontrada en el domicilio del acusado. El arma, sencillamente, no existirá como elemento probatorio. Por el contrario, establecer una barrera al nivel de *valoración de la prueba*, implica aceptar que el tribunal conocerá de la existencia y circunstancias de obtención del elemento probatorio, pero sujeto a la prohibición de reconocerle valor al momento de formar su convicción. En el ejemplo, el tribunal, teniendo ante sí el arma homicida y conociendo la ilicitud de su obtención, debería en la sentencia negarle valor como elemento probatorio, esto es, suprimirlo mentalmente como elemento válido para formar su convicción.

En mi opinión, la inadmisibilidad de la prueba es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el solo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento. Como expresa DAMASKA: "no parece probable que la mente humana sea capaz de una manera de procesar información tan estrechamente compartimentalizada".²⁹⁰ Por esta razón, cuando la prueba ilícita se ataca a nivel de valoración, lo único que realmente sucede es que los sentenciadores distraen, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando también la prueba ilícitamente obtenida. Y esto lo hacen, incluso, actuando de absoluta buena fe, en la convicción de que son capaces de prescindir mentalmente de dichos elementos probatorios.

Como admite el propio MUÑOZ SABATE: "Bajo nuestra concepción fenomenológica de la prueba es indudable que el único modo de hacer valables (sic) la tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrándose su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de no violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada".²⁹¹

El énfasis con que se reconoce la importancia de controlar la ineficacia probatoria en fase de admisión ha llevado a parte de la doctrina a identificar todo el problema de la prueba ilícita como un problema de admisión de prueba.²⁹² Lo anterior, sin

²⁹⁰ DAMASKA (M.), *Evidence law and ethics*, cit., p. 48.

²⁹¹ MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 77.

²⁹² Así, por ejemplo, CAROCCA, para quien "el tema de la ilicitud de la prueba surge... en relación a la admisión de los concretos medios de prueba que pueden proponer las partes, ya que, aunque en general el medio probatorio sea procedente, en el caso concreto pueden aparecer ciertas prohibiciones para su admisión, que tienen que ver con los denominados *límites a la prueba*" (en cursiva en el original). Para CAROCCA "Este es la ubicación (sic) de esta cuestión en el con-

embargo, es un error, ya que implica convertir en sinónimos los conceptos de *prueba ilícita* y *regla de exclusión*, en circunstancias que se trata de dos problemas distintos. La *regla de exclusión* debe ser entendida como una regla de admisibilidad de prueba que permite impedir, en fase de admisión, que sea incorporada al juicio la *prueba ilícita*, pero que opera también en virtud de otras causas diversas de la ilicitud probatoria.²⁶³ Por su parte, el fenómeno de la prueba ilícita no sólo puede ser enfocado como un problema de *admisibilidad* de la prueba, sino también como un problema de *valoración* o, en términos más generales, de *inutilidad* o *ineficacia* de la prueba obtenida ilícitamente. Es en este sentido más general que lo consideramos en esta obra.

4.4. EL FUNDAMENTO DE LA INEFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

El tema de la prueba ilícita ha surgido en el derecho procesal penal chileno sólo con la entrada en vigencia del CPP del año 2000. Se trata de la imposición legislativa de una problemática que era, hasta esa fecha, completamente extraña a nuestra tradición inquisitiva y que carecía, casi absolutamente, de consideración doctrinaria y jurisprudencial.²⁶⁴

Esta circunstancia torna el problema de la prueba ilícita particularmente complejo, porque, dentro de una cultura fuertemente inquisitiva como la nuestra, la prescindencia de elementos

texto de una moderna consideración de los problemas en torno a la prueba". CA-ROCCA (A.), *Una primera aproximación...*, cit., p. 306.

²⁶³ Así, por ejemplo, se aplica en Chile a la prueba *impertinente*, conforme a lo previsto por el art. 276 CPP. Algo similar ocurre en Estados Unidos con la prueba inadmisibile por falta de confiabilidad. Vid. supra nota 220.

²⁶⁴ De hecho, con anterioridad al proceso de reforma solo se encuentran referencias al tema en BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal*, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988; *Garantías constitucionales y proceso penal*, Gaceta Jurídica N° 146, 1992, y *La prueba en el proceso penal*, RDJ, tomo XCI, N° 1, año 1994. A la inexistencia de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales relativos al tema en el derecho procesal penal chileno previo a la reforma, me he referido anteriormente en LOPEZ MASLE (J.), *El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, SELA 1998, Buenos Aires, 1999, pp. 203-222.

probatorios pertinentes y útiles para el esclarecimiento de la verdad en función de su ilicitud parece un hecho incomprensible, en cuanto obstaculiza la única finalidad que se reconocía al proceso penal en dicho sistema, esto es, la reconstrucción histórica de la verdad.

Por lo anterior, resulta imprescindible detenernos un momento en los fundamentos que se han dado para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, ya que sólo después de haber comprendido y aceptado éstos es posible abocarse al estudio de las normas que así lo ordenan. La comprensión y aceptación de estos fundamentos permitirá, al mismo tiempo, resolver muchos de los problemas interpretativos que la prueba ilícita plantea.

A mi modo de ver, son tres los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita: primero, la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisfacen exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); segundo, la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basan en medios ilícitos (criterio de la integridad judicial), y tercero, la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales (criterio de la prevención o disuasión).

A continuación, analizaremos estos fundamentos en el mismo orden.

4.4.1. Criterio de la confiabilidad de la evidencia

El primer fundamento invocado para reclamar la ineficacia de la prueba ilícita aparece asociado a consideraciones de verdad material. Este criterio es el que predomina en la primera fase de justificación norteamericana de las reglas de exclusión de confesiones involuntarias, las que se entendían concebidas como un sistema de salvaguardas contra confesiones falsas.²⁶⁵ Como se observa, el fundamento de la exclusión no consiste aquí en un

²⁶⁵ ISRAEL (J.), KAMISAR (Y) y LAFAVE (W.), cit., p. 267. En el mismo sentido, DAMASKA (M.), *Evidence law adrift*, cit., p. 13.

posteriormente, por el juez Frankfurt, aplicando la doctrina de *Silverthorne* a un caso de interceptación de comunicaciones telefónicas en *Nardone v. United States*,³⁹⁴ y supone que la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, de toda la prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria.³⁹⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Nardone*, la exclusión de evidencia que procedía en virtud de la ilicitud de la interceptación telefónica no se aplicó sólo a las palabras oídas a través del acto ilícito, sino a toda evidencia obtenida posteriormente en virtud de esa información.

Como resulta evidente, la existencia o inexistencia de esta conexión causal es un problema que sólo puede ser resuelto caso a caso.³⁹⁶

La aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, en cuanto supone una relación causal, excluye la posibilidad de que la exclusión se aplique a los casos en que esa relación causal aparezca rota. Aunque a estas situaciones suele considerárselas como límites a la teoría, la verdad es que no constituyen más que aplicaciones de la misma regla, y son fundamentalmente tres: la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del vínculo atenuado.³⁹⁷

4.8.2.1. Doctrina de la fuente independiente

La doctrina de la fuente independiente surge simultáneamente con la teoría de los frutos del árbol envenenado. En el mismo caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, la Suprema Corte de los Estados Unidos, junto con establecer que la esencia de la regla de exclusión era impedir absolutamente el uso de la evidencia obtenida ilícitamente, señaló que "Por supuesto, esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados c in-

accesibles. Si se obtiene el conocimiento de ellos de una *fuentes independiente*, ellos pueden ser probados como cualquier otro, pero el conocimiento obtenido por el propio error del Gobierno no puede ser usado por éste en la manera propuesta".³⁹⁸

La teoría de la fuente independiente aparece más tarde precisada en *Wong v. United States*,³⁹⁹ en el cual se indica: "No necesitamos sostener que toda la evidencia es 'fruto del árbol envenenado' simplemente porque no habría salido a la luz sino por las acciones ilegales de la policía. Antes bien, la pregunta más apropiada en tal caso es 'si, habiéndose establecido la ilegitimidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la exploración de esa ilegalidad o, en su lugar, por medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original'".⁴⁰⁰

4.8.2.2. Doctrina del descubrimiento inevitable

La doctrina del descubrimiento inevitable surge en la jurisprudencia norteamericana como una extensión de la doctrina de la fuente independiente, tendiente a abarcar aquellos casos en que, si bien la evidencia derivada se encuentra en relación causal con la información obtenida ilícitamente, el tribunal se siente capaz de predecir, con cierto grado de certeza, que dicha relación causal resulta irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso.

³⁹⁴ "Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed" (traducción nuestra). 251 U.S. 385, 392.

³⁹⁵ 371 U.S. 471 (1963).

³⁹⁶ "We need not hold that all evidence [371 U.S. 471, 488] is 'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt question in such a case is whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint" (traducción nuestra). 371 U.S. 471, 487-488. La parte final de la parte trascribida corresponde a la cita que la propia sentencia hace a *MAGUIRE, Evidence of guilt*, 221 (1959).

³⁹⁴ 308 U.S. 338 (1939).

³⁹⁵ Así se deduce, claramente, de *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 341.

³⁹⁶ Así *MIRANDA ESTRAMPES*, siguiendo a GIMENO SENDRA, *MIRANDA ESTRAMPES* (M.), cit., p. III.

³⁹⁷ En este punto sigo a *CHIESA* (E.), cit., v. I, pp. 208-214.

4.8. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

El último problema que plantea el tema de la prueba ilícita es el de determinar sus alcances.

4.8.1. *Efecto principal: exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido*

La primera afirmación que debe hacerse en esta materia es que la declaración de ineficacia de la prueba ilícita no afecta propiamente al *medio de prueba* mediante el cual se haya pretendido incorporar el elemento probatorio, sino al *elemento probatorio en sí mismo*. Así, por ejemplo, si se ha excluido como prueba ilícita el arma homicida que ha sido recogida como consecuencia de una entrada y registro ilegal, debe entenderse que no sólo está prohibida la producción de esa arma *como objeto* (art. 333 CPP), sino también a través de cualquier otro medio de prueba que se pretenda usar para incorporarlo. En el caso propuesto, sería una burla para la administración de justicia que se admitiera como válida, por ejemplo, la declaración testimonial de los policías en torno a la existencia del arma, que no es sino otra forma de incorporar el elemento probatorio utilizando un medio de prueba distinto.

Por cierto, en casos como éste resultará difícil para el tribunal de juicio oral controlar que las partes no utilicen formas veladas para eludir los efectos de la regla de exclusión. En el caso propuesto, por ejemplo, una inocente pregunta formulada al policía en torno al procedimiento seguido en la escena del crimen podría permitir a éste narrar en términos detallados el descubrimiento del arma, sus características y la forma en que se determinó que se trataba del arma homicida. En casos como éstos, los partidarios de reconocer al tribunal de juicio oral facultades para suprimir la valoración de la prueba ilícita, propugnan probablemente que el problema sea resuelto por esa vía. En mi opinión, como ya he dicho, esta solución no hace sino

duda la corrección de las actuaciones de la investigación" y una vez "alcanzado este umbral" debería ser el Estado quien demuestre, más allá de toda duda razonable, la corrección de sus actos". HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 95.

reducir a una mera declaración de intenciones la explícita preferencia de la ley chilena por la solución de los problemas de licitud de la prueba en fase de admisión. Producida ilícitamente la prueba en el juicio oral con infracción de una exclusión previamente decretada, la única respuesta consistente del tribunal de juicio oral ya contaminado por el conocimiento de la existencia del elemento probatorio sería declarar de inmediato y de oficio la nulidad de la audiencia de juicio oral, de conformidad con lo previsto por los arts. 163 y 160 CPP. Si el tribunal de juicio oral no lo hace, queda abierto el camino para la interposición posterior de un recurso de nulidad con base en el art. 373 letra a) CPP.

4.8.2. *Efecto secundario: exclusión de los elementos probatorios derivados (teoría de los frutos del árbol envenenado)*

La aceptación de la regla de exclusión como efecto apropiado para los elementos probatorios ilícitamente obtenidos conlleva el problema de determinar si deben correr la misma suerte los elementos probatorios obtenidos en forma derivada. La pregunta se contesta afirmativamente siguiendo la *teoría de los frutos del árbol envenenado*.³³¹

La teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruits of the poisonous tree*) tiene su origen en la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*.³³² Sentando allí una doctrina que se ha denominado a prácticamente todos los sistemas procesales penales que han optado por la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, sostuvo la Corte que "la esencia de la provisión que prohíbe la adquisición de evidencia de una cierta manera es que no solamente la evidencia así adquirida no será usada ante el tribunal, sino que no será usada en absoluto".³³³ La denominación "fruto del árbol envenenado" ("*fruit of the poisonous tree*") fue acuñada,

³³¹ En esta línea, también, MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 110, y HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 76.

³³² 251 U.S. 385 (1920).

³³³ "The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all" (traducción nuestra). 251 U.S. 385, 392.

la persecución penal. Si la defensa ofrece prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, más allá de las responsabilidades civiles o penales en que puedan incurrir los autores de ella, no se observan razones de interés público que justifiquen la exclusión de la prueba, más aún si se considera que el ministerio público está regido por el criterio de objetividad, que le impone la obligación de considerar no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenuen (art. 3° LOCMP).

Al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto a las garantías fundamentales cuando la violación de éstas sea presupuesto de una sentencia condenatoria, porque en el conflicto entre el interés estatal en la aplicación de la pena y el interés público existente en el respeto a las garantías fundamentales debe primar este último. Pero cuando se trata de prueba de descargo, parece evidente que el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes. La exclusión de prueba exculpatoria no cumple ninguna función de interés público, porque no previene la mala conducta de los agentes estatales en la investigación de los delitos ni preserva la integridad judicial, y no tiene, por tanto, ningún sustento constitucional aceptable.

El CPF chileno lo ha entendido así, indudablemente, al tener de lo dispuesto por el art. 277 CPF, que declara procedente el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de apertura del juicio oral "cuando lo interpusiera el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo precedente". La idea de que la exclusión de pruebas sólo puede constituir un agravio para el ministerio público evidenciarla aquí que, legalmente, no está previsto que pueda éste solicitarla.³⁹⁹

³⁹⁹ La misma conclusión surge de esta norma HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 64-65.

4.7.3. Justificación de la ilicitud

Cualquier pretensión de que se declare la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, supone como presupuesto necesario la declaración de que el acto en virtud del cual fue obtenida la evidencia es ilícito, esto es, fue realizado con inobservancia de garantías fundamentales.

Lo anterior constituye, por cierto, un supuesto de hecho que el tribunal no podría declarar sin tener a la vista antecedentes suficientes que le permitan hacer dicha declaración. En la mayoría de los casos, la ilicitud del acto de investigación habrá dejado sus huellas en los propios registros de la investigación, haciendo innecesario que el tribunal reciba antecedentes adicionales. Ocasionalmente, sin embargo, el tribunal requerirá que se justifique ante él la ilicitud, con el objeto de permitirle un pronunciamiento sobre el punto.

Conforme a lo que se ha afirmado en este trabajo en cuanto a las oportunidades para hacer valer la prueba ilícita, la excepción de los antecedentes que justifican la ilicitud o ilicitud del acto cuestionado puede tener lugar durante la etapa de investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral, o durante la tramitación del recurso de nulidad (art. 359 CPF). En los primeros dos casos, se trata de incidentes que debieran ser resueltos por el juez de garantía previa fijación de una audiencia especial para recibir los antecedentes, si resulta necesario; en el último caso, se trata propiamente de prueba de la causal que fundamenta el recurso de nulidad, que debe ser recibida por la Corte en la forma prevista para la recepción de la prueba en el juicio oral (art. 359 CPF).

La valoración de los antecedentes por parte del tribunal que ha de resolver sobre la ilicitud debe hacerse, a mi modo de ver, sobre la base de las reglas generales. En un sistema que se funda en la igualdad de las partes, y no existiendo norma alguna sobre el particular, no corresponde elaborar presunciones a favor de la licitud o ilicitud de la prueba, crear criterios extralegales para la resolución del punto, ni exigir el mismo estándar de convicción previsto para la sentencia de condena.³⁹⁰

³⁹⁰ En contra, HERNANDEZ BASUALTO, quien considera que corresponde a la defensa allegar antecedentes "que permitan al menos *poner seriamente en*

tación de garantías constitucionales de terceros. El tema, por cierto, se plantea cuando se trata de la infracción de garantías constitucionales que no tienen un carácter judicial, como sucede, verbigracia, con el derecho a la privacidad. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un documento incriminatorio que ha sido obtenido como consecuencia de la entrada y registro ilegal practicado en el domicilio de un tercero distinto del imputado.

Como bien señala HERNANDEZ BASUALTO, se trata de un problema que no puede ser resuelto mediante el simple reconocimiento de las facultades del juez para declarar la ilicitud de la prueba de oficio, porque lo que está en juego es la posibilidad de hacerlo a favor de quien no ha sufrido personalmente la afectación de la garantía constitucional que se invoca.³²³

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que para invocar la supresión de evidencia, el peticionario requiere tener "standing", esto es, ser el titular del derecho constitucional afectado, sin que sea suficiente que la prueba obtenida le sea perjudicial. El caso principal en esta materia es *Rakas v. Illinois*, en que el problema se planteó a raíz del registro ilegal de un vehículo en el que los imputados iban como pasajeros.³²⁴ En Alemania la situación parece ser similar, teniendo en consideración que la teoría del entorno jurídico exige la constatación de afectación del ámbito de los derechos del imputado.³²⁵

En Chile, el tema ha sido planteado por HERNANDEZ BASUALTO, quien, aun manifestando dudas, se inclina a favor de la exclusión de la prueba ilícita incluso en el caso en que el imputado no es el titular del derecho afectado, por parecerle "la única opción para preservar los presupuestos de legitimación del ejercicio del *ius puniendi*, pues, en efecto, desde dicha perspectiva ciertamente no existe mayor diferencia entre que se hayan vulnerado los derechos a A o de Z".³²⁶ Comparto esa opinión en el entendido de que la admisión de la prueba obtenida en estas circunstancias atentaría contra los dos fundamentos esgrimidos

³²³ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 70.

³²⁴ CHIESA (E.), cit., t. I, pp. 202 y ss. Nótese, sin embargo, que en los sistemas estatales la doctrina del *standing* aparece cuestionada por la jurisprudencia MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 139.

³²⁵ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 41.

³²⁶ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 70.

para la justificación de la ilicitud probatoria, ya que tanto desde la perspectiva de la prevención como de la integridad judicial la declaración de la ilicitud de la prueba parece necesaria.

Existen, además, razones que están vinculadas con el rol que se asigna al juez de garantía en la protección de las garantías fundamentales en nuestro sistema, las que no sólo alcanzan a las garantías del imputado, sino también de terceros. La exigencia de autorización judicial previa para las actuaciones que privan al imputado o a terceros de los derechos constitucionales, o los restringen o perturban, que la Constitución Política de la República establece en el art. 80 A inc. 3° y que el CPP reitera en el art. 9°, carecería de todo sentido si no se admitiera la posibilidad de exclusión en este caso, ya que el ministerio público quedaría compelido a requerir la autorización judicial exclusivamente en el caso en que el derecho afectado fuera del imputado.

Lo anterior no implica, sin embargo, que el titular de la garantía fundamental afectada no pueda renunciar a ella o incluso "sancar" la prueba ilícita mediante un acto posterior.³²⁷ El interés del imputado en la exclusión de la prueba no puede sostenerse, a mi modo de ver, más allá del interés del propio afectado por resistir la afectación de su derecho.

4.7.2.2. ¿Puede el Estado solicitar la exclusión de prueba con base en la inobservancia de garantías fundamentales?

El punto aparece en evidente relación con la posibilidad de que pueda ser materia de exclusión la prueba de descargo. Por las mismas razones que se expondrán al tratar ese tema,³²⁸ me parece que resulta claramente inaceptable que el ministerio público, órgano encargado de la persecución penal, pretenda reclamar la exclusión de prueba ofrecida por la defensa.

La temática de la prueba ilícita y de la inobservancia de las garantías fundamentales está indisolublemente unida a los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y, fundamentalmente, en la actividad de investigación propia de

³²⁷ Así, también, opina HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 84.

³²⁸ Vid. infra IX.C.4.8.3.1.

no a las medidas intrusivas.³¹⁸ Comparto esta opinión, pero con un alcance amplio que incluye a las medidas intrusivas, ya que si hemos de reconocer en nuestro sistema la teoría de los frutos del árbol envenenado,³¹⁹ me parece incoherente aceptar que nuevas actuaciones o diligencias de prueba puedan ser autorizadas u ordenadas por el juez de garantía con fundamento en el mérito de elementos probatorios obtenidos ilícitamente, ya que los elementos probatorios que eventualmente se obtengan como resultado de esas nuevas actuaciones o diligencias deberán también ser excluidos por aplicación de dicha teoría. Por otra parte, tanto en la decisión de medidas cautelares como de medidas intrusivas se encuentran en juego, con mayor o menor nivel de afectación, garantías fundamentales del imputado y de terceros. Me parece que es igualmente inaceptable, en ambos casos, pretender que el juez que tiene precisamente a su cargo la protección de las garantías durante la etapa de investigación, dilate un pronunciamiento en torno al tema hasta la audiencia de preparación del juicio oral y se permita, entretanto, dictar resoluciones fundadas que afectan garantías fundamentales con base en elementos probatorios que han sido obtenidos en forma ilícita.³²⁰

4.7. FORMA DE HACER VALER LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

La impugnación de la prueba ilícita, cualquiera sea la oportunidad procesal que se estime adecuada al efecto, exige resolver varios problemas.

4.7.1. Posibilidad de exclusión de prueba ilícita de oficio

En primer lugar, se ha planteado el problema de determinar si se requiere siempre petición de parte para la exclusión de la prueba ilícita o el tribunal puede excluir prueba de oficio.³²¹

³¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 88-89.

³¹⁹ Vid. infra IX.C.4.8.2.

³²⁰ En la misma línea, PAZ RUBIO, J.M., "La prueba en el proceso penal", en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.17, Madrid, 1992, citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 126.

³²¹ HERNÁNDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 72-73.

A mi modo de ver, la respuesta es clara, porque el art. 276 es categórico en cuanto impone en términos imperativos al juez de garantía la aplicación de la regla de exclusión. Así, su inciso 1° señala que "El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundamentalmente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios". Y en su inciso 3° prescribe que: "Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

Lo anterior resulta de toda lógica si se considera que al juez de garantía corresponde, conforme al art. 14 letra a) COT, la función de "asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal". Siendo la función de control de la prueba ilícita el arma más poderosa en manos del juez de garantía para asegurar que los actos de investigación no afecten garantías fundamentales durante la etapa de investigación, resultaría un contrasentido entender que esta función básica del juez pudiera quedar condicionada a la iniciativa de las partes.³²²

4.7.2. Legitimación activa para impugnar la prueba ilícita

4.7.2.1. ¿Debe ser el imputado el titular de la garantía afectada?

Un primer problema que plantea la legitimación activa para solicitar la declaración de ilicitud de la prueba dice relación con la legitimación activa para invocarla, problema que la jurisprudencia norteamericana suele analizar bajo el concepto de "standing".

El problema se refiere a la posibilidad de que el imputado solicite la declaración de ilicitud de la prueba invocando la afec-

³²² Así, también, HERNÁNDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 72-73.

¿Significa lo anterior que el juez de garantía está obligado a considerar la prueba ilícita para justificar sus resoluciones durante la etapa de investigación? A pesar de todo, mi opinión es negativa, porque existe una segunda alternativa para hacer valer la ilicitud probatoria que, utilizando la terminología del procedimiento penal italiano, denominaremos en este trabajo como *inutilizabilidad*.

4.6.4.2. Segunda vía: la *inutilizabilidad*

Como hemos dicho anteriormente, un procedimiento penal coherente, que entienda la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar.

Por esta razón, aun en los casos de ilicitud probatoria directamente fundada en la infracción de garantías fundamentales, en los cuales resultan inaplicables las normas sobre nulidad procesal, debe entenderse que constituye un deber del juez de garantía, en cumplimiento de la función de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares e intrusivas. Esto es así porque la *prueba ilícita*, aun antes de ser declarada inadmisibles, es derechamente *inutilizable* incluso como fundamento de resoluciones provisionales.³¹⁴

presente que "Las resoluciones no son objeto de nulidad, sino de impugnación. Hay mecanismos de impugnación, como la casación, en que se solicita la nulidad". PFEFFER (E.), cit., p. 183.

³¹⁴ El término *inutilizabilidad* lo hemos tomado del art. 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, que establece: "Art. 191 (Prove illegittimamente acquisite) - 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento". ["(Prueba ilegítimamente adquirida) 1. Las pruebas adquiridas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas. 2. La inutilizabilidad es declarable también de oficio en cada estado y grado del procedimiento"] (traducción nuestra. Agradezco la colaboración de Luis Alberto Véliz Schrader, que nos permitió detectar incluso errores de transcripción en la fuente utilizada originalmente)].

Las razones que nos han movido a negar la posibilidad de que el tribunal de juicio oral se niegue a valorar la prueba ilícita en la audiencia del juicio oral no son aplicables al juez de garantía durante la etapa de investigación, porque ante éste no se realiza actividad probatoria ni existe, en la presentación de antecedentes orientados a justificar sus resoluciones, una fase de admisibilidad controlada por un órgano independiente que pueda ser considerada en oposición a una fase de valoración. Puesto en posición de dictar una medida cautelar o una medida intrusiva con base en elementos probatorios obtenidos ilícitamente, el juez de garantía debe, entonces, negarse a reconocerles valor para tal efecto, en el entendido de que dichos elementos no son eficaces para justificar una decisión de condena, ni pueden serlo para justificar una resolución provisional orientada a ese mismo fin.

La opinión favorable a la declaración de la ilicitud probatoria durante la etapa de investigación se encuentra bastante difundida en la doctrina española.³¹⁵ En Italia, como hemos dicho, constituye una posibilidad legalmente prevista, al amparo del concepto de *inutilizabilidad* de la prueba ilícita, que abarca en términos amplios tanto la fase de admisión como la fase de valoración de la prueba, al declarar la ley que puede ser denunciada "en cualquier estado y grado del procedimiento".³¹⁶ Distinta es la situación en Estados Unidos, donde se ha resuelto que no cabe invocar la regla de exclusión en procedimientos o audiencias preliminares.³¹⁷

En Chile, la posibilidad de considerar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita durante la etapa de investigación ha sido defendida por HERNÁNDEZ BASUALTO, aunque con un alcance restringido a la justificación de las medidas cautelares personales y

³¹⁵ Véase MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 126-129. Nótese, sin embargo, que la aceptación doctrinaria no va de la mano con la aplicación práctica, ya que, en el sistema español, la decisión sobre la ilicitud en la etapa de insuñción es de competencia del propio juez de instrucción que obtuvo ilícitamente el elemento probatorio. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 128.

³¹⁶ Vid supra nota 310.

³¹⁷ Concretamente, se ha declarado que la regla de exclusión no se aplica al procedimiento ante un gran jurado, ni tampoco en una vista preliminar o procedimientos de causa probable. Según CHIESA, la justificación de este criterio se encontraría en que el efecto disuasivo que persigue la regla de exclusión se vería suficientemente logrado con su aplicación al acto del juicio. CHIESA (E.), cit., v. I, p. 191.

modificación, los legisladores argumentaron que "como fluye del propio concepto de nulidad, recogido en la segunda parte del artículo al aludir a la *inobservancia de las formas procesales*, ella sólo se aplica a las actuaciones judiciales, y no a las diligencias realizadas por el ministerio público, para las cuales la ley no contempla mayores formalidades..."³⁰⁹ A mi modo de ver, la intervención del Senado en este punto fue completamente errónea. Para afirmar que la ley no contempla mayores formalidades para las actuaciones del ministerio público no sólo se necesita desconocer todo el contenido normativo del párrafo 3° del Título I del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que regula minuciosamente las formalidades de concesión y ejecución a que están sometidas las medidas intrusivas, sino que desconocer también, completamente, la función que estas formalidades cumplen en la protección de garantías fundamentales. Como ha dicho BINDER: "un principio *está garantizado sólo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado*. Para garantizar el cumplimiento de ese principio se establecen requisitos para los actos procesales o se regulan secuencias entre actos. Esos requisitos legales o esas secuencias necesarias previstas en la ley son las *formas procesales*. Cuando no se cumple una *forma* (se incumple un requisito legal o se rompe una secuencia necesaria) la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa. En esta técnica normativa específica... *las formas son la garantía*..."³¹⁰

El CPP, en cuanto regula minuciosamente los requisitos formales para la concesión y ejecución de medidas intrusivas tales como la incautación de objetos, documentos e instrumentos (arts. 187 y 217 CPP); los exámenes corporales (art. 197 CPP); la diligencia de entrada y registro (arts. 204 a 216 CPP); la retención e incautación de correspondencia (art. 218 CPP); y la interceptación de comunicaciones telefónicas (arts. 222 a 225 CPP), entre otras, contempla, por cierto, exigencias formales que se aplican precisamente a los actos de investigación del ministerio público y la policía con el objeto de proteger las garantías cons-

³⁰⁹ PEETER (E.), cit., p. 182.

³¹⁰ BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales...*, cit., p. 56 (con cursivas en el original).

titucionales que dichas medidas afectan, y es la infracción de estas normas la fuente más prolífica de prueba ilícita.³¹¹

De esta manera, al acordar el Senado restringir la posibilidad de aplicación de la sanción de nulidad procesal a las actuaciones o diligencias *judiciales*, el efecto que se logró fue el de convertir a la nulidad procesal en una sanción del todo inoperante de cara a su aplicación como hipótesis de prueba ilícita. En efecto, si el art. 276 había considerado necesario establecer formalmente una hipótesis de prueba ilícita indirecta, esto es, "prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas", la disposición actual del art. 159 supone que la exclusión de dicha prueba sólo se aplica a la que proviniere de actuaciones o diligencias *judiciales* que hubieren sido declaradas nulas. Y como resulta evidente, en un sistema que asigna prácticamente toda la responsabilidad en la obtención de pruebas al ministerio público, con auxilio de la policía, las actuaciones o diligencias judiciales generadoras de prueba son prácticamente inexistentes. Haciendo un serio esfuerzo interpretativo por dotar de alguna extensión a la hipótesis de prueba ilícita indirecta, HERNANDEZ BASUALTO ha considerado que junto a la audiencia de prueba testimonial anticipada (arts. 191 y 280 CPP) y al excepcionalísimo caso en que la audiencia de declaración del imputado como medio de defensa puede llegar a servir de prueba para el juicio oral conforme a lo previsto por los arts. 98 y 331 letra d) CPP, la hipótesis podría tener aplicación en todos los casos en que la prueba se obtiene en virtud de una medida intrusiva previa autorización u orden judicial.³¹² Esto último, sin embargo, me parece un error. La autorización u orden judicial dada para la práctica de una medida intrusiva no puede ser considerada como una *actuación o diligencia*, porque es siempre una resolución judicial y, como sabemos, las resoluciones judiciales sólo pueden impugnarse a través de recursos y no de incidentes de nulidad.³¹³

³¹¹ Lo anterior no significa, por cierto, que todas las formalidades procesales deban ser entendidas como tuteladoras de garantías constitucionales. Es la importancia de la formalidad infringida y la entidad de la infracción lo que determinará, en definitiva, si existe o no en el caso concreto una inobservancia de garantía fundamental, lo que debe ser decidido caso a caso.

³¹² HERNANDEZ BASUALTO (II), cit., pp. 44-48.

³¹³ Esto último lo tuvo presente incluso el Senado al discutir la disposición del actual art. 160 CPP. Existe constancia en las actas legislativas que se tuvo

que tanto las medidas cautelares como las medidas intrusivas son medidas instrumentales que sólo se justifican en cuanto satisfacen necesidades de la persecución penal, de manera tal que no es posible reconocerles un valor autónomo de la persecución penal a la cual sirven.³⁰⁶ Dicho en otras palabras, si los elementos probatorios reunidos durante la etapa de investigación no son eficaces para justificar una decisión de condena, mal podrían ser eficaces para justificar una medida cautelar que busca precisamente asegurar la efectiva aplicación de esa condena o una medida intrusiva que busca precisamente obtener antecedentes adicionales para fundamentar la misma decisión. Por otra parte, tanto las medidas cautelares como las medidas intrusivas constituyen formas de afectación de derechos fundamentales que sólo se encuentran legalmente justificadas cuando se satisfacen los estándares que la ley impone para su dictación. Sería absurdo sostener que el juez de garantía puede legítimamente satisfacer los estándares legales y justificar una afectación de derechos fundamentales con base en elementos probatorios obtenidos, a su vez, mediante la afectación de derechos fundamentales.³⁰⁷

La pregunta que hay que responder, sin embargo, es ¿cómo se evita, formalmente, que los elementos probatorios obtenidos ilícitamente durante la etapa de investigación sean considerados para justificar resoluciones dictadas durante esa etapa?

A mi modo de ver existen dos vías para esto: la primera es la declaración de nulidad del acto ilícito y la segunda es la que llamaremos *inutilizabilidad* de la prueba ilícitamente obtenida.

4.6.4.1. Primera vía: la nulidad procesal

Cuando la garantía constitucional afectada por un acto ilícito está concretada o precisada en una disposición de rango legal,

³⁰⁶ En relación con las medidas cautelares véase, al respecto, el art. 122 CPP.

³⁰⁷ En el caso de las medidas intrusivas la situación parece particularmente evidente, porque—como veremos—por lo general se acepta que la prueba obtenida en forma derivada de la prueba ilícita originaria debe también ser excluida por aplicación de la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, lo que tornaría estéril el producto de cualquier orden o autorización judicial cuyos requisitos formales se dieran por satisfechos con base en un elemento probatorio ilícitamente obtenido. Vid. *infra* IX.C.4.6.4.2.

la forma natural de resolver el problema es a través del régimen de la nulidad. Como hemos visto,³⁰⁸ la posibilidad de declarar la nulidad del acto de investigación en virtud del cual se obtuvo la prueba ilícita constituye una declaración formal de ineficacia muy anterior a la aplicación de la regla de exclusión, que habilita al juez de garantía para desconocerle todo valor al acto durante la etapa de investigación. Si el régimen legal de nulidad fuera lo suficientemente amplio, podría llegar a constituir por sí mismo una solución suficiente que vendría a cerrar el círculo: la regla de exclusión operaría durante la audiencia de preparación del juicio oral, una vez que la prueba ilícita hubiera sido ofrecida, pero en forma anticipada las partes habrían dispuesto de una forma de obtener su declaración de ineficacia a través del incidente de nulidad, la que operaría como antecedente de la regla de exclusión posterior.

Aunque no me atrevo a sostener que éste haya sido el diseño consciente del régimen de prueba ilícita en el proyecto original, la verdad es que la solución legislativa se habría acercado bastante a la expuesta si se hubiera conservado la redacción original del art. 159 CPP, ya que éste permitía en términos amplios la declaración de nulidad de “las actuaciones o diligencias defectuosas del procedimiento”, lo que permitía entender incluidas, por cierto, las practicadas por el ministerio público y la policía, que son por excelencia las actuaciones o diligencias que permiten la obtención de pruebas y cuyo carácter defectuoso da origen a la prueba ilícita. Bajo esa hipótesis, incluso, se habría podido sostener que el diseño sólo facultaba para declarar la ineficacia de la prueba ilícita durante la etapa de investigación en la medida en que pudiera considerarse constitutiva también de una infracción legal, quedando reservada la hipótesis de ilicitud probatoria fundada directamente en infracción de garantías constitucionales para la operación de la regla de exclusión durante la audiencia de preparación.

Sin embargo, el texto original de la norma fue modificado por el Senado, quien precisó que la nulidad sólo podía declararse con relación a las “actuaciones o diligencias judiciales”, según expresa actualmente el art. 159 CPP. Para efectuar esta

³⁰⁸ Vid. *supra* IX.C.4.5.2.

Lo anterior, por cierto, no impide a los intervinientes cuestionar la prueba ilícita y al tribunal del juicio oral desestimarla sobre la base de su poca o nula credibilidad, si el cuestionamiento de la credibilidad tiene como fundamentos los mismos hechos que constituyen la ilicitud. Pensemos, por ejemplo, en la droga que ha sido incorporada al juicio después de haber sido obtenida ilegalmente, y que el defensor sostiene que fue "plantada" por la policía. El hecho de que la solicitud de exclusión de prueba no haya prosperado no significa que el defensor no pueda cuestionar la credibilidad del elemento probatorio planteando dudas en cuanto a su verdadero origen. Sólo significa que lo que perseguirá durante el juicio no es que la sentencia definitiva suprima mentalmente la valoración de esa prueba, sino que la valore en su justa dimensión, incluso desestimándola completamente por inverosímil, si es lo que en definitiva corresponde. Esta consideración tiene, sin embargo, una limitación: sólo en la medida en que el problema que suscita la discusión sobre ilicitud plantea también un problema de credibilidad de la evidencia obtenida—lo que no sucede en todos los casos—será posible sostener que se trata de un aspecto pertinente y admisible en los términos del art. 292 CPP, sobre el cual podrá incluso rendirse prueba al tenor de lo previsto por el inciso 2° del art. 336 CPP. En los demás casos la discusión será sencillamente improcedente, como lo reafirma, a mi juicio, la consagración explícita de la excepción contemplada en el inc. 2° del art. 334 CPP.³⁰⁴

4.6.4. *La ilicitud de la prueba durante la etapa de investigación*

Resuelto así el problema planteado por la prueba ilícita durante la etapa del juicio oral, sólo queda por resolver qué sucede con la prueba ilícita durante la etapa de investigación.

Conveniamos, desde ya, en que no existe en el CPP ninguna norma que autorice la aplicación de la *regla de exclusión* de la prueba del art. 276 CPP en forma previa a la audiencia de preparación del juicio oral. Lo anterior, más que un vacío legal, es

³⁰⁴ En contra, HERNANDEZ BASUATO (II), cit., p. 91, quien no considera el art. 334 inc. 2° CPP como una norma excepcional, sino como ejemplo de la amplia admisión del debate sobre prueba ilícita durante el juicio oral.

una circunstancia completamente lógica si se tiene en consideración que la regla de exclusión de prueba (fase de admisibilidad de la actividad probatoria) sólo puede aplicarse a la prueba que ha sido ofrecida por los intervinientes (fase de proposición de la actividad probatoria), lo que sólo sucede formalmente con la acusación. Como hemos dicho al comenzar este capítulo,³⁰⁵ toda la actividad que se realiza durante la etapa de investigación es ajena a la actividad probatoria y sólo tiene por finalidad inmediata obtener los elementos de prueba que han de ser incorporados más tarde al juicio, por lo que no cabe hablar de su admisión o valoración durante la etapa de investigación.

No obstante lo anterior, hemos señalado también que, más allá de esta finalidad inmediata, los actos de investigación tienen también una finalidad inmediata, que es la de obtener elementos probatorios que han de servir de base para justificar ante el juez de garantía la adopción de medidas cautelares y medidas intrusivas. Es aquí donde surge la duda: si el elemento probatorio ilícitamente obtenido no podrá ser posteriormente incorporado en forma válida para fundamentar la decisión de absolución o condena, ¿es aceptable que sea utilizado para fundamentar una resolución provisional durante la etapa de investigación? ¿Podrían los intervinientes invocar la ilicitud cometida en la obtención de la prueba para impedir que el juez justifique sus decisiones sobre medidas cautelares y medidas intrusivas con base en estos elementos probatorios?

A mi modo de ver, un procedimiento penal coherente, que entienda la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar. Aceptar lo contrario significaría romper la unidad del sistema generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, con el solo objeto de justificar medidas cautelares y medidas de carácter intrusivo, y otra, en la que se exigiría el respeto a los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral. Lo anterior resulta insostenible, por-

³⁰⁵ Vid. supra IX.A.2.2.3.

traría en el art. 297 CPP, titulado "Valoración de la prueba", que en su inciso 2º señala que "el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado..." A mi modo de ver, sin embargo, esta norma no está referida al fenómeno de la ilicitud probatoria, sino al de la valoración de la prueba, de modo tal que su alusión a la prueba "desestimada" no puede entenderse referida sino a aquella que el tribunal ha considerado insuficientemente persuasiva como fundamento de su convicción. Leída de esta manera, la disposición opera exactamente en el sentido contrario al de permitir la omisión de valoración de la prueba ilícita, porque resulta imposible desestimar prueba sin haberla valorado previamente.

La inexistencia de un fundamento normativo para fundar la supuesta facultad de omitir la valoración de la prueba ha llevado a HERNANDEZ BASUALTO a invocar como sustento de la supuesta facultad las actas del Senado, en las que se dejó constancia que la disposición del actual art. 276 CPP "evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar". De ello se deduciría, aparentemente, que el legislador habría considerado que al tribunal de juicio oral correspondería omitir la valoración de la prueba ilícita erróneamente admitida al juicio. La pretensión de fundar la imposibilidad de valoración de la prueba ilícita por el tribunal de juicio oral con base exclusiva en esta constancia de las actas me parece exagerada, en cuanto atribuye a la discusión parlamentaria un nivel de precisión técnica que no le es propio y sólo sirve como argumento de interpretación de la ley. A mi modo de ver, por el contrario, lo que las actas manifiestan no es una discusión en torno a la posibilidad de controlar también la ilicitud de la prueba en fase de valoración, sino una preferencia legislativa por el control en fase de admisión. Lo anterior parece evidente si se tiene en consideración que en las mismas actas se dejó constancia que: "se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos".³⁰² La posición que defien-

³⁰² PFEFFER (E.), cit., p. 285.

de la posibilidad de que el tribunal de juicio oral omita la valoración de la prueba en la sentencia traiciona precisamente esta preferencia y es por lo mismo que resulta inadecuado considerar que haya sido ésa la intención del legislador.

Por el contrario, en defensa de la posición que niega facultades al tribunal de juicio oral para negarse a valorar la prueba admitida en el auto de apertura bajo pretexto de ilicitud, me parece concluyente el inciso final del art. 277 CPP, que al limitar la posibilidad de apelar de la decisión adoptada por el juez de garantía permitiéndole hacerlo sólo al ministerio público, declara a renglón seguido que "lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales". Si relacionamos esta disposición con la del art. 373 letra a) CPP, que declara la procedencia de la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia "cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", me parece que la conclusión obvia es que, declarada erróneamente admisible la prueba ilícita por el juez de garantía, la vía natural para renovar la discusión sobre ese punto es la interposición del correspondiente recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fundamento en la prueba ilícita rendida ante el tribunal del juicio oral. La necesaria valoración de la prueba ilícita por parte del tribunal del juicio oral es así un presupuesto indispensable para que el recurso de nulidad sirva a este propósito, conforme a lo previsto por el art. 375 CPP.

Como se aprecia entonces, lo que la posición que defiende impone a los jueces no es el deber de "fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías constitucionales", sino el deber de admitir que, muy a su pesar, han dictado el fallo con fundamento en prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales, que el juez de garantía no declaró inadmisibles y que debe, por tanto, ser revisada a través del recurso de nulidad.

³⁰³ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

prueba en el auto de apertura del juicio oral.²⁹⁸ Entre nosotros, HERNANDEZ BASUALTO ha llegado a afirmar que "de las diversas posiciones que podrían mantenerse en esta materia hay al menos una que *no parece admisible desde un punto de vista material*, como es la de entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita, sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar".²⁹⁹ Y luego de entregar sus argumentos para defender la posibilidad de que el tribunal del juicio oral se niegue en la sentencia a valorar esta prueba, concluye que: "cualquier otra interpretación implicaría sostener un supuesto deber de los jueces de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales".³⁰⁰

Puesto así en la encrucijada de defender la única posición que "no parece admisible desde un punto de vista material", me animo a entregar mis razones para negarle al tribunal del juicio oral la posibilidad de negarse a valorar la prueba considerada por éste como ilícita. A mi modo de ver, lo que está en juego detrás del problema planteado es la completa estructura de la prueba ilícita en el proceso penal chileno. No se trata tanto de un problema de distribución de competencias entre juez de garantía y tribunal del juicio oral (que sin embargo existe), sino de los efectos que provoca en el sistema la facultad que se atribuye a los jueces del tribunal de juicio oral para resolver los problemas de la prueba ilícita en sede de valoración. Estos efectos son evidentes y comienzan ya a ser perceptibles: desconocida la responsabilidad privativa de los jueces de garantía en el control de la prueba ilícita, se impone como exigencia de una buena praxis profesional la renovación ante el tribunal de juicio oral de todas las solicitudes de declaración de prueba ilícita que hayan fracasado ante el juez de garantía, lo que debilita la función de éste en la materia y constituye un estímulo para que el juez

²⁹⁸ Véase, por ejemplo, CAROCCA (A.), "La prueba en el nuevo proceso penal", en AA.VV., *El nuevo proceso penal*, Cuadernos de trabajo N° 2, UDP, Santiago, 2000, pp. 192 y ss., y, especialmente, HERNANDEZ BASUALTO (H.), *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, cit., pp. 89-93.

²⁹⁹ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

³⁰⁰ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

se incline por negar lugar a la exclusión en la fase de admisión, transfiriendo así la función de controlar la prueba ilícita al tribunal de juicio oral en fase de valoración. El fenómeno sólo acarrea efectos negativos para el sistema: la audiencia de juicio oral debe asumir la carga de recibir, no ya sólo la prueba de los hechos que fundamentan la acusación y la defensa, sino también la prueba sobre la licitud de la prueba, la que en el mejor de los casos convencerá al tribunal de juicio oral que nunca debió haber oído la prueba que llegó a sus oídos y le exigirá entonces el esfuerzo de la supresión mental de la prueba ilícita durante la valoración, con resultados del todo inciertos. Todo el esfuerzo sistemático del ordenamiento procesal penal chileno por asegurar la ineffectividad de la prueba ilícita a través de su exclusión en fase de admisión se habrá ido por la borda, y la declaración formal efectuada por el tribunal de juicio oral en la sentencia definitiva, en orden a que no ha valorado la prueba ilícita, no tendrá otro efecto que el de impedir que la parte afectada pueda impugnar la sentencia definitiva a través del recurso de nulidad. Formalmente, no existirá infracción alguna que haya influido en su parte dispositiva, porque los jueces habrán declarado en la sentencia que la prueba ilícita que se rindió ante ellos no fue considerada en absoluto; en la realidad de los hechos, sin embargo, la prueba ilícita indebidamente producida habrá determinado su convicción de una manera que es imposible soslayar.

Pero no son sólo razones de buen funcionamiento del sistema las que me inclinan a negarle al tribunal de juicio oral facultades para declarar la prueba ilícita en fase de valoración. Lo que sucede es que no existe en el CPP chileno ninguna norma de carácter general que autorice al tribunal de juicio oral para supervisar la valoración de la prueba rendida ante él, al momento de dictar sentencia definitiva, bajo el argumento de considerarla ilícita.³⁰¹ Se ha sostenido, en contrario, que dicha norma se encon-

³⁰¹ Discrepo con HERNANDEZ BASUALTO cuando afirma que el art. 276 cumple en nuestro ordenamiento la función de una *prohibición general de valoración de la prueba*. HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90. Más allá de la discutible validez de las categorías dogmáticas del derecho procesal alemán para resolver el problema que aquí nos ocupa, lo cierto es que el art. 276 CPP no contiene ninguna referencia a la valoración de la prueba, sino exclusivamente a su admisibilidad. Se trata, entonces, en el mejor de los casos, de una *prohibición general de producción de la prueba* y no de una prohibición de valoración.

de apreciarse, de una respuesta consistente con la preferencia legislativa por solucionar los problemas de la prueba ilícita ante un órgano jurisdiccional distinto del que adoptará la decisión sobre absolución o condena, ya que si se permitiera la discusión en torno a la admisibilidad de la prueba en la audiencia del juicio oral, el efecto inevitable de tal discusión sería poner en conocimiento del tribunal del juicio la existencia de la prueba cuya ilicitud se pretende, de manera tal que la eventual exclusión operaría de manera más bien nominal. El tribunal no haría más que declarar inadmisibles la rendición de una prueba cuya existencia y alcances conocería y cuya influencia efectiva en la formación de su convicción sería imposible determinar.²⁹⁷

Lo anterior no significa que el Tribunal de Juicio Oral carezca absolutamente de facultades para controlar la admisibilidad de la prueba durante el desarrollo del juicio. Por el contrario, durante la audiencia del juicio oral es muy probable que se promuevan incidentes sobre la admisibilidad de la prueba, que surgen de la aplicación de alguna de las normas que regulan el juicio oral y no ha podido, por tanto, plantearse al juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral. Pensemos, por ejemplo, que una parte pretendiera que se recibiera en ese momento la declaración de un testigo no incorporado al auto de apertura ni cubierto por la excepción del art. 336 CPP, o que se diera lectura a las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía (art. 334 CPP), o que se pretendiera interrogar a un testigo acerca de la discusión habida entre las partes en torno a una suspensión condicional del procedimiento que fracasó (art. 335 CPP). En todos esos casos, en que lo que se precisa es la aplicación directa de una norma que regula un problema de admisibilidad de la prueba planteada durante el mismo debate, las facultades del tribunal de juicio oral para rechazar la prueba surgen de sus propias facultades para resolver los incidentes que se planteen durante el juicio (art. 290 CPP) e integran las facultades del juez presidente para dirigir el debate, ordenar la rendición de las pruebas, e impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles (art. 292 CPP).

²⁹⁷ Vid. supra IX.C.4.3.2.

No obstante lo anterior, la posibilidad de que el tribunal de juicio oral controle la admisibilidad de la prueba por esta vía está a mi juicio condicionada por la posibilidad real de que pueda resolver el incidente sin tomar al mismo tiempo conocimiento del contenido de la prueba ofrecida o, para ser más preciso, del elemento probatorio que se pretende incorporar a través de ella. Esto no sucede jamás tratándose de prueba que es considerada inadmisibles por problemas de ilicitudes cometidas en su obtención. Así, por ejemplo, la sola insistencia de un fiscal en incorporar un arma que ha sido considerada inadmisibles por el juez de garantía pondría al tribunal del juicio oral en conocimiento de su existencia, resultando artificial e inútil una declaración judicial de inadmisibilidad proveniente del mismo tribunal. En estos casos, en que el tribunal del juicio oral no puede controlar la admisibilidad de la prueba sin adquirir simultáneamente conocimiento de la existencia de la prueba inadmisibles, la única solución plausible ante la ilegalidad cometida al pretender su incorporación es la nulidad de la audiencia, ya sea que la declare en forma inmediata el tribunal del juicio oral conforme a lo dispuesto por los artículos 159 y ss. CPP, ya sea que surja como consecuencia del recurso de nulidad interpuesto en conformidad a lo previsto por los artículos 372 y siguientes CPP.

4.6.3.2. Facultades del tribunal del juicio oral para negarse a valorar la prueba ilícita (fase de valoración)

No obstante lo anterior, la situación más compleja que plantea el problema de la prueba ilícita en Chile se vincula a la posibilidad de que el tribunal de juicio oral se niegue a valorar, en la sentencia definitiva, la prueba que el juez de garantía declaró admisible en la audiencia de preparación del juicio oral, por estimar que se trata de prueba ilícita y, por lo tanto, ineficaz para formar su convencimiento.

En nuestro medio parece haberse instalado como opinión predominante la idea de que el tribunal de juicio oral puede y debe negarse a valorar todo o parte de la prueba ilícita que ha sido indebidamente admitida por el juez de garantía, como una manera de corregir el error cometido por éste al admitir dicha

lance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, a través de la elaboración de una jurisprudencia consistente en esta materia. De esta intención quedó explícita constancia en las actas legislativas.²⁹¹

En la resolución de un recurso de nulidad interpuesto por la causal del art. 373 letra a) CPP con base en la admisión indebida de prueba ilícitamente obtenida, adquirirá especial relevancia la determinación de si la prueba así incorporada constituye o no una infracción de la sentencia recurrida que haya influido en su parte dispositiva.²⁹² En este sentido, se puede afirmar que nuestro sistema procesal penal confluye con la doctrina norteamericana del "error inofensivo" (*harmless error*), conforme al cual el error en la admisión de la prueba de cargo en violación de la regla de exclusión no acarrea necesariamente la revocación de la convicción aunque implique violación de derechos constitucionales, si el tribunal superior queda convencido más allá de duda razonable de que, de no haberse cometido el error, el resultado hubiere sido el mismo.²⁹³

Frente a la aplicación natural de la regla de exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral, posteriormente controlada por la vía de los recursos de apelación y de nulidad, se ha planteado el problema de resolver qué sucede con la prueba ilícita antes y después de ese momento crucial. En ausencia de normas legales que regulen el tratamiento que debe darse a la prueba ilícita antes y después de esa oportunidad procesal, parece obvio plantearse dos preguntas: La primera: ¿tiene el tribunal del juicio oral alguna facultad para resolver la ilicitud de prueba que no ha sido declarada como tal por el juez de garantía en la audiencia de preparación?; la segunda: ¿puede declararse la ilicitud de la prueba con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral? Son esas preguntas las que trataré de responder en los apartados siguientes.

²⁹¹ PÉREZ (E.), p. 370.

²⁹² Sobre la exigencia de que la infracción influya en lo dispositivo de la sentencia cuando el recurso de nulidad se interpone por la causal del art. 373 letra a) CPP, véase infra XI.D.2.5.1.

²⁹³ CHIESA (E.), v. I, p. 192, citando en nota a pie de página N° 33 los casos *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42 (1970), *Whitley v. Warden*, 401 U.S. 560 (1971) y especialmente *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967).

4.6.3. La ilicitud de la prueba durante la audiencia de juicio oral

En el lapso que lleva vigente en Chile la reforma procesal penal, se ha planteado con alguna frecuencia la pregunta de si puede o no el tribunal de juicio oral, durante la audiencia del juicio, declarar la ilicitud de prueba que no ha sido previamente declarada como tal por el juez de garantía durante la audiencia de preparación.

Responder esta pregunta exige, a mi modo de ver, distinguir entre las facultades que tiene el tribunal de juicio oral para resolver el problema de la prueba ilícita en *fase de admisión* o en *fase de valoración* y aun, en el primer caso, distinguir el fundamento fáctico de la inadmisibilidad invocada.

4.6.3.1. Facultades del tribunal de juicio oral para negarse a admitir la prueba ilícita (fase de admisión)

La primera situación que se presenta en relación con este tema es la posibilidad de que alguno de los intervinientes plantee una discusión en torno a la admisibilidad de la prueba que, pudiendo hacerlo, no planteó oportunamente ante el juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral o que, habiéndolo hecho, fue rechazada por dicho tribunal. En tal caso, me parece evidente que no puede permitirse que se plantee nuevamente el problema ante el tribunal de juicio oral o que ante él se renueve la discusión. La ley ha previsto una oportunidad procesal específica para la formulación de una solicitud de exclusión de prueba, que es la audiencia de preparación del juicio oral (art. 276 CPP) y ha regulado incluso el régimen de recursos al que están sometidas las decisiones que adopte el juez de garantía en esta materia. Si la parte interesada no ha planteado formalmente la solicitud en dicho momento o si, habiéndolo hecho, ha sufrido el revés de una decisión desfavorable, debe entenderse que su derecho ha precluido, y que no puede por tanto ejercerlo ante el tribunal del juicio oral. La ley ha previsto explícitamente una solución para ese caso, que es la posibilidad de impugnar el juicio oral al que se incorpore la prueba ilícita y la sentencia definitiva que en él se dicte por la vía del recurso de nulidad (art. 277 inc. final CPP). Se trata, como pue-

La solución chilena parece desde todo punto de vista preferible a la de aquellos países que han puesto el control de licitud de la prueba en manos del propio tribunal que juzgará sobre los hechos, lo que ha sido considerado siempre como un elemento distorsionador de la eficacia del control. Al fijar el control de admisibilidad en un órgano distinto y liberar así al tribunal del juicio oral de la insoportable carga de discriminar entre los elementos de prueba que debe considerar y dejar de considerar para formar su convicción, el sistema chileno reproduce la separación entre admisibilidad y valoración que existe en los tribunales bifurcados, en que el juez del derecho controla la admisibilidad de la evidencia que llega a oídos de los jueces de los hechos (jurado), otorgando la que ha sido considerada como la más eficiente garantía de control para la efectiva eficacia de la prueba ilícita.²⁹²

4.6.2. *La ilicitud de la prueba como fundamento del recurso de nulidad*

Ahora bien, puede perfectamente suceder que el juez de garantía falle en el control de admisibilidad de la prueba, admitiendo que sea rendida en el juicio oral prueba ilícitamente obtenida. Esta situación puede dar lugar a la nulidad del juicio y la sentencia a través del recurso de nulidad contemplado en los artículos 372 y siguientes CPP.

Así lo declara explícitamente el inciso final del artículo 277 CPP, que, al limitar la aplicación del recurso de apelación del auto de apertura al caso en que la resolución excluya prueba y no al caso en que se niegue lugar a la exclusión, agrega en la parte final, a modo de compensación: "Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas generales".

Evidentemente, la rendición durante el juicio oral de prueba obtenida ilícitamente debe ser impugnada invocando la causal de la letra a) del art. 373 CPP, que declara procedente la

²⁹² DAMASKA (M.), cit., p. 47.

declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia "cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

Aun cuando la responsabilidad deba imputarse al juez de garantía que admitió la prueba y no al tribunal del juicio oral que la recibe y valora, lo cierto es que, para los efectos del art. 373 letra a) CPP, la *recepción de prueba ilícita* por el tribunal de juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida durante la tramitación del juicio, así como la *valoración de prueba ilícita es una infracción cometida en el pronunciamiento de la sentencia*.²⁹³

Los derechos fundamentales afectados pueden ser cualesquiera de los contenidos en el catálogo de la Constitución o de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque, por las características del problema de la ilicitud probatoria, resulta previsible esperar que entre ellos adquieran especial relevancia los que dicen relación con el derecho de defensa, especialmente principio de no autoincriminación (art. 19 N° 3° CPR; art. 8° CADH; art. 14 PIDCP), el derecho a privacidad (art. 19 N° 4° y 5° CPR; art. 11 CADH; 17 PIDCP) y el derecho a la libertad personal y seguridad individual (art. 19 N° 7° CPR; art. 7° CADH; arts. 7°, 9° y 10 PIDCP).

El conocimiento del recurso corresponde siempre, en este caso, a la Corte Suprema (art. 376 CPP), lo que manifiesta la intención de entregar a ésta la última palabra en materia de ba-

²⁹³ En este sentido, es erróneo el criterio insinuado por nuestra Corte Suprema en algunos fallos recientes, conforme al cual la exigencia legal del art. 373 letra a) CPP de que la infracción se hubiere cometido "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia" y el art. 161 CPP impedirían que las infracciones constitucionales cometidas durante la etapa de investigación pudiesen servir posteriormente de fundamento a un recurso de nulidad. Ese criterio no advierte que muchas infracciones que pueden servir de base al recurso de nulidad no son impugnables a través del incidente de nulidad y deja sin aplicación el inciso final del art. 277 CPP, que prevé explícitamente el recurso de nulidad para el control de la decisión adoptada en esta materia. Vid. sentencia de la Corte Suprema de 30 de junio de 2003 en recurso de nulidad rol N° 1.831-03, RPP N° 12, agosto de 2003, pp. 30 y ss. y sentencia de la Corte Suprema de 27 de noviembre de 2003 en recurso de nulidad rol N° 4.502-03, RPP N° 17, enero de 2004, pp. 33 y ss.

Debe advertirse, sin embargo, que la extensión que alcanzan estas aplicaciones en el procedimiento penal chileno están condicionadas al alcance que se le reconoce en el mismo a la nulidad procesal, problema sobre el cual volveremos más adelante.²⁸⁸

4.6. OPORTUNIDAD PARA HACER VALER LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE

En Chile, la ineficacia de la prueba ilícita aparece legalmente reconocida en el art. 276 CPP como un problema que afecta la admisibilidad de la prueba ofrecida, que debe ser por lo tanto declarada en la audiencia de preparación del juicio oral y cuya denegación puede ser luego revisada por la vía del recurso de nulidad.²⁸⁹ Adicionalmente, sin embargo, se ha postulado que sería posible también que el tribunal de juicio oral declarara la ineficacia de la prueba durante la audiencia del juicio oral, fundado en que la ilicitud no fue declarada oportunamente por el juez de garantía. Surge también el problema de determinar si es posible cuestionar la eficacia probatoria de la prueba ilícita durante la etapa de investigación. A estas cuatro oportunidades para plantear el problema de la ilicitud probatoria me referiré en las líneas siguientes.

4.6.1. *La ilicitud de la prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral*

La regla que hace operativa en materia procesal penal la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, es la denominada *regla de exclusión de prueba* y se encuentra consagrada en Chile en el art. 276 inc. 3º CPP, que ordena al juez de garantía excluir, durante la audiencia de preparación del juicio oral, "las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con

²⁸⁸ Vid. infra IX.C.4.6.4.1.

²⁸⁹ Como hemos visto, la resolución que ordena la exclusión de prueba puede, en cambio, ser apelada, pero sólo por el ministerio público. Vid. supra VIII.2.5.6.

inobservancia de garantías fundamentales". La audiencia de preparación del juicio oral resulta ser, así, por excelencia, la oportunidad legal para controlar la licitud de la prueba.

El hecho de que la ley haya asignado al juez de garantía —y no al tribunal de juicio oral— la función principal en la exclusión de prueba ilícita, evidencia que el sistema procesal penal chileno manifiesta una preferencia por establecer el control de la prueba ilícita a nivel de admisibilidad, a objeto de evitar que el tribunal de juicio oral llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido. Para asegurar la efectividad de la exclusión, el CPP no ha incluido la decisión sobre exclusión de prueba entre las menciones que deben incorporarse al auto de apertura y ha precisado que las pruebas que se fijan en dicha resolución no son las que las partes han ofrecido, sino las que han sido *admitidas* por el juez de garantía, esto es, "las que deberan rendirse en el juicio oral" (art. 277 letra e) CPP). Discutiendo modificaciones al texto original de esta norma, en las actas del Senado se dejó constancia que su propósito "obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos".²⁹⁰ Al acordarse el establecimiento de un recurso de apelación contra la resolución que ordena la exclusión de prueba ilícita, se precisó también en el Senado que: "De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar".²⁹¹ Resulta evidente, entonces, que la función de control de la prueba ilícita está puesta en nuestro sistema sobre los hombros del juez de garantía y durante la audiencia de preparación del juicio oral, lo que supone un control impuesto en la fase de admisibilidad por un órgano distinto del que interviene en la fase de valoración y, resulta indudablemente eficiente para impedir cualquier tipo de valoración, formal o informal, por parte del tribunal que adoptará la decisión de absolución o condena.

²⁹⁰ PEFFER (E.), cit., p. 285.
²⁹¹ PEFFER (E.), cit., p. 285.

rechos fundamentales existe una segunda categoría en que hay una norma legal que concreta o precisa la garantía fundamental involucrada, de tal manera que para declarar la ilicitud probatoria no es necesario acudir a la determinación de los alcances de la garantía constitucional involucrada, porque tal violación se encuentra "objetivada" por una disposición de carácter legal.²⁸³ Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria en el CPP chileno es una forma de reconocer la existencia de una declaración "anticipada" de la ilicitud probatoria, en el sentido de que es anterior a la audiencia de preparación del juicio oral, que impone al juez la exclusión automática de la prueba obtenida de ese modo y libera de la necesidad de entrar a considerar recién en ese momento si existe o no violación de garantías fundamentales.

Como se observa, si entendemos el problema del primer modo, la hipótesis de nulidad como base de la regla de exclusión queda fuera del concepto de prueba ilícita en el sentido restringido en que lo utilizamos en esta obra; si entendemos el problema del segundo modo, la hipótesis de nulidad, en cambio, no sólo queda incorporada dentro del marco del concepto de prueba ilícita que utilizamos en este trabajo sino que aporta, además, a su sistemática, la idea de que es posible acudir a las reglas sobre nulidad probatoria para determinar la ineficacia probatoria anticipadamente, esto es, en forma previa a la aplicación de la regla de exclusión.

Más allá de sus repercusiones sistemáticas, sin embargo, nos parece que ambas modalidades son completamente válidas des-

²⁸³ En el mismo sentido y aplicando la idea de *prohibición probatoria*, MIRANDA ESTRAMPES afirma que éstas "pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma que, aun no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales", caso en el cual afirma que nos encontraríamos "ante lo que podríamos denominar prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no especificadas expresamente como tales en la ley". MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 31. La distinción recuerda, también, la que existe en Alemania para distinguir entre prohibiciones de valoración dependientes, que "suponen la infracción de una prohibición de producción de prueba, establecida con rango legal", y las prohibiciones de valoración independientes, "que no suponen una tal infracción previa, sino que derivan directamente de un principio general, habitualmente consagrado en la Constitución". HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 29.

de un punto de vista normativo, esto es, que la incorporación de esta hipótesis secundaria en el art. 276 CPP cumple ambas funciones.²⁸⁴ En efecto, si consideramos, en primer lugar, el problema de la prueba irregular o ilegal, parece evidente que no basta con reconocer su existencia como alternativa a la de la prueba inconstitucional o *ilícita*, sino que es necesario resolver qué sucede cuando los agentes de la persecución penal incurrir en tal tipo de ilegalidad. La lógica de la admisibilidad probatoria se traspasaría a sí misma si, fundada en el alcance constitucional del concepto de *prueba ilícita*, decidiera que está obligada a reconocer admisibilidad y eficacia a la prueba irregular o ilegal.²⁸⁵ La respuesta más razonable para este problema parece ser, entonces, la que ofrece el art. 276 CPP: que estas situaciones deben resolverse por la vía de la nulidad procesal y, de esta manera, ser declaradas ineficaces, lo que conllevará los mismos efectos de ineficacia probatoria que la declaración de ilicitud con base en inobservancia de garantías fundamentales.²⁸⁶ En segundo lugar, si consideramos el caso de las garantías fundamentales objetivadas por una disposición legal, la respuesta más razonable sigue siendo la que ofrece el art. 276 CPP: que se permita al juez de garantía pronunciarse a través del incidente de nulidad en torno a la ineficacia probatoria del elemento obtenido a través del acto cuestionado, permitiendo así resolver de manera consistente el problema de la eficacia de la prueba ilícita durante la etapa de investigación. Se trata, además, de una conclusión que es absolutamente coherente con la función reconocida a las formas procesales como mecanismos legales para el resguardo de garantías.²⁸⁷

²⁸⁴ En este sentido me parece falso el dilema planteado por HERNANDEZ BASUALTO, quien considera que es necesario resolver si las dos hipótesis del art. 276 CPP están o no en una relación de género a especie, donde la inobservancia de garantías fundamentales sería el género y la declaración de nulidad de la actuación, la especie. HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 43-44.

²⁸⁵ Según MIRANDA ESTRAMPES, parte de la doctrina española piensa, con base en el tenor literal del art. 11.1 LOPJ, que se refiere exclusivamente a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, que la prueba irregular sería plenamente admisible y eficaz. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 67.

²⁸⁶ Así lo entienden PELLEGRINI (A.), cit., p. 307. En la doctrina española están en la misma línea VEGAS TORRES (J.), cit., p. 125, y HERNANDEZ ENTRALGO (J.), *Las reglas...*, cit., p. 124, citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 71.

²⁸⁷ Al respecto véase BINDER (A.), *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 55-117.

4.5. HIPÓTESIS LEGALES DE PRUEBA ILÍCITA

La norma legal que incorpora la consideración de la prueba ilícita como parte esencial del control de garantías dentro del sistema procesal penal chileno se encuentra contenida en el inciso 3º del art. 276 CPP, en que, tras enunciarse la regla de exclusión que se aplica a la prueba sobrecabundante e imperitente, se señala:

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

A partir del tenor literal de esta norma, se ha sostenido que la prueba ilícita en Chile comprendería dos hipótesis alternativas. Sería prueba ilícita, primero, la que *proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas* y, segundo, la que *hubieren sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*.²⁷⁹

Analizaremos la efectividad de esta afirmación al analizar por separado ambas hipótesis, en orden inverso.

4.5.1. *Hipótesis principal: prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*

Hemos dicho ya que la inobservancia de garantías fundamentales cometida con ocasión del acto de investigación en virtud del cual se ha obtenido la prueba constituye el denominador común a todas las definiciones de prueba ilícita existentes en los diferentes sistemas, por lo que su inclusión como hipótesis resulta consustancial a la consagración del instituto.

Como se puede apreciar, el establecimiento de la prueba ilícita, en este caso, resulta de la impugnación de un acto de investigación como constitutivo, en forma directa, de una infracción constitucional. Por garantías fundamentales debemos entender, para estos efectos, todas aquellas que se encuentran contenidas en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.²⁸⁰

²⁷⁹ Así lo entiende HERNÁNDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 13.

²⁸⁰ Así también, CAROCCA (A.), *Una primera aproximación...*, cit., p. 308.

Pretender determinar el alcance que debe darse a las garantías fundamentales en relación con los actos de investigación que podrían llegar a afectarlas es, sin lugar a dudas, una tarea jurisdiccional que nuestro CPP ha puesto fundamentalmente sobre los hombros del juez de garantía, por la vía de decisiones sobre exclusión de prueba (art. 276 CPP) de las cortes de apelaciones, conociendo de las apelaciones interpuestas por el ministerio público contra esas decisiones (art. 277 inc. final CPP), y de la Corte Suprema, por la vía del recurso de nulidad (art. 376 inc. 1º CPP).

4.5.2. *Hipótesis secundaria: prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas*

El hecho de que la ley haya considerado necesario reconocer como segunda hipótesis de prueba ilícita su origen en actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas sólo puede entenderse de una de dos maneras: la primera, es que frente a la ilicitud probatoria originada en violación de garantías fundamentales existirían casos en que la violación afecta normas de rango legal que no alcanzan a constituir violación de derechos fundamentales. En este último caso, estaríamos ante lo que la doctrina española suele denominar *prueba irregular o ilegal*.²⁸¹ Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria es una forma en que el CPP extiende la regla de exclusión de prueba a la *prueba irregular*, resolviendo así un problema arduamente discutido por la doctrina española.²⁸² La segunda manera es entender que frente a la ilicitud probatoria derivada directamente de la infracción de de-

²⁸¹ Vid., por todos, MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 47.

²⁸² Véase MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 67-84. Nótese que la doctrina jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español citada por este autor ha trazado una distinción entre *prueba ilícita*, fundada en vulneración constitucional al amparo del art. 11.1 LOPJ, y *prueba irregular*, fundada en el incumplimiento de exigencias procesales o legales previstas en la LECr y resuelto a través del régimen de nulidad, con consecuencias distintas para cada caso. Así, mientras en el evento de prueba ilícita el resultado debiera tenerse como inexistente y el vicio contaminar todas las diligencias probatorias derivadas, en el caso de prueba irregular la nulidad no afectaría la validez de las pruebas derivadas de él. Este tipo de dudas es la que, a mi modo de ver, resuelve el art. 276 CPP al profigar a ambas hipótesis un tratamiento unitario.

4.4.3. Criterio de la prevención

Muy ligado al anterior en cuanto se funda también en consideraciones de política pública (policy), ajenas a la búsqueda de la verdad, se ha dicho que constituiría un fundamento independiente para sostener la ineficacia de la prueba ilícita el interés de disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas, criterio que aparece como principal en la jurisprudencia norteamericana más reciente y que se conoce como "*deterrence*".²⁷⁵

El criterio puede ser muy bien explicado como un mensaje dirigido a la policía y, también, a los demás agentes de la persecución penal, en orden a disuadirlos de violar las garantías fundamentales privando de eficacia el resultado de las actuaciones que lo hagan. El mensaje puede perfectamente ser verbalizado: "No lo haga, no se arriesgue, porque en ese caso no sirve".²⁷⁶

Se ha afirmado que este fundamento sería *utilitarista*, afirmación que me parece correcta en cuanto justifica la exclusión de prueba sobre la base de un interés público que excede el marco del caso concreto en el cual se resuelve la exclusión de la prueba y favorece un mayor goce general de las libertades individuales, pero incorrecto en cuanto pretenda asociarlo a puro pragmatismo ajeno a consideraciones de orden ético.²⁷⁷ No puede desconocerse, sin embargo, que el énfasis puesto por la jurisprudencia norteamericana en este fundamento ha tenido principalmente por objeto restringir la aplicación de la regla de exclusión sosteniendo que la ilicitud no sería suficiente para

²⁷⁵ CHIESA (E.), cit., t. I, p. 185.

²⁷⁶ Esta forma de verbalizar el mensaje es atribuida por HAIRABEDIAN a CAFFERATA NORES. HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 47.

²⁷⁷ Así, HERNÁNDEZ BASUALTO, quien tras calificar este fundamento de *utilitarista* lo entiende como contrapuesto a un fundamento ético, que sería el criterio de preservación de la integridad judicial. (HERNÁNDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 14, 28 y 63-64). Entendiendo el utilitarismo como una corriente de la ética, no alcanzo a ver en qué sentido el fundamento de preservación de la integridad judicial pueda ser más "ético" que el fundamento de la *deterrence*. Lo que el fundamento de la *deterrence* plantea es que, excluyendo la prueba en ese caso particular, se logrará obtener un mayor goce de las libertades individuales y una persecución penal más íntegra en un sinnúmero de otros casos. Esto es puro utilitarismo, pero también pura ética.

excluir prueba si no puede justificarse adicionalmente que dicha exclusión pueda cumplir algún rol disuasivo en la conducta de la policía.

Como explica CHIESA, el criterio de la "*deterrence*" supone que la exclusión de evidencia opera cuando el balance de intereses entre la búsqueda de la verdad y el valor disuasivo de la regla de exclusión es favorable a esta última, de manera que cuando ello no sucede, se establecen excepciones a la aplicación de la regla.²⁷⁸ En este sentido, la consideración del criterio de prevención como un fundamento autónomo y distinto del criterio de preservación de la integridad judicial motigra la aplicación de la regla de exclusión y permite admitir prueba ilícita en casos que bajo este último criterio serían inaceptables.

En cualquier caso, lo que tienen en común el criterio de la preservación de la integridad judicial y el criterio de prevención es que ellos operan con independencia de consideraciones de verdad material y, de hecho, propugnan el sacrificio de esa verdad en pos de valores que se sitúan en un rango superior. Se trata de criterios que de ningún modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, criterio que, nos parece, debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile.

En definitiva, sólo asumiendo que el proceso penal cumple otros objetivos de igual o mayor rango —esto es, la protección de los derechos fundamentales del imputado y de la sociedad toda ante el poder de persecución penal del Estado— es posible comprender la ineficacia de evidencia pertinente y útil en el caso concreto. En todas las situaciones en que se obtiene prueba ilícitamente se produce, sin duda, una tensión entre las necesidades de la persecución penal en ese caso y la necesidad de asegurar el respeto de las libertades individuales en todos los casos. El sacrificio del primer valor en pos del segundo supone una jerarquía de valores que sólo tiene cabida en el estado de derecho propio de un régimen democrático.

²⁷⁸ CHIESA (E.), v. I, p. 189.

terio de la integridad judicial aparece explícito en el voto disidente del juez Brandeis en *Olmstead v. United States* cuando afirma que "la decencia, la seguridad y la libertad, por igual, demandan que los oficiales de gobierno estén sometidos a las mismas reglas de conducta que constituyen mandatos para los ciudadanos. En un gobierno de leyes, la existencia misma del gobierno estaría en peligro si éste fallara en observar la ley escrupulosamente. Nuestro gobierno es el potente y omnipotente profesor. Para bien o para mal, él enseña a toda la gente a través de su ejemplo. El crimen es contagioso. Si el gobierno se convierte en un infractor de la ley, engendra desprecio por la ley; invita a cada hombre a ser la ley de sí mismo; invita a la anarquía. Declarar que en la administración del derecho criminal el fin justifica los medios—declarar que el gobierno puede cometer delitos en orden a asegurar la condena de un criminal particular—traería una terrible retribución. Contra esta perniciosa doctrina esta Corte debería dar la cara resueltamente."²⁶⁹ Esta idea fue aceptada más tarde en *McNabb v. United States*, caso en el cual se sostuvo que "una condena que descansa en evidencia conseguida a través de semejante flagrante desprecio por el procedimiento que el Congreso ha ordenado no puede permitirse que se mantenga sin convertir a los propios tribunales en

extranías ofenden un principio subyacente en la aplicación de nuestro derecho penal; que el nuestro es un sistema acusatorio y no inquisitivo (...). La atención del juez debe centrarse (en sí la) conducta de la policía fue tal como para imponerse a la voluntad del peticionario de resistir y contrarrestar una confesión que no fue libremente autodeeterminada—una pregunta que debe ser respondida con absoluta independencia sobre si el peticionario dijo o no la verdad" (traducción nuestra). Citado por ISRAEL (J.), KAMISAR (O.) y LAFAVE (W.), cit., p. 266.

²⁶⁹ "Decency, security, and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for the law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means—to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal—would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face" (traducción nuestra). *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485.

cómplices de deliberada desobediencia de la ley".²⁷⁰ El criterio fue aparentemente denominado como de "integridad judicial" a partir de *Elkins v. United States*, en el cual el voto de mayoría aludió a esta consideración como el "imperativo de la integridad judicial".²⁷¹

El mismo criterio ha sido explicitado por el Tribunal Supremo Federal Alemán, al señalar que en materia penal "no es un principio de la StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana) que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio".²⁷² Como explica ROXIN: "El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeta a límite alguno entranaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado".²⁷³

El criterio de integridad judicial tiene en su base la idea de correlación entre fines y medios, esto es, la idea de que un fin lícito como es la sanción de los delitos no puede ser perseguido por cualquier medio. Como ha dicho, entre nosotros, BOHLL, "el Estado no puede olvidar que sus propias acciones están limitadas por el principio del Estado de Derecho, puesto que constituiría un contrasentido sin solución defender ciertos y determinados valores sociales con medios que suponen, precisamente, un desconocimiento de estos valores. Dicho de otro modo: el Estado de Derecho se abandonaría a sí mismo si para combatir a sus oponentes violara los límites que le impone el principio del Estado de Derecho".²⁷⁴

²⁷⁰ "A conviction resting on evidence secured through such a flagrant disregard of the procedure which Congress has commanded cannot be allowed to stand without making the courts themselves accomplices in willful disobedience of law" (traducción nuestra). 318 U.S. 332, 345.

²⁷¹ En este caso la Corte recordó los precedentes de los votos disidentes del caso *Olmstead* denominando a la consideración "the imperative of judicial integrity" (traducción nuestra). *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 222.

²⁷² BOHLL 14, 358, 365. Citada por ROXIN (C.), cit., p. 191.

²⁷³ ROXIN, cit., p. 191.

²⁷⁴ BOHLL (J.), *Las prohibiciones de prueba*, cit., p. 235. Señala también BOHLL, que: "Los jueces, en cuanto órgano del Estado, son los primeros obligados a obedecer y realizar el mandato constitucional. Representaría una doble moral inaceptable el hecho de acoger como válida una prueba tal, ilícitamente obtenida, con el fin de sancionar a un sujeto por una conducta indebida". Ídem, p. 236.

reparo a los medios empleados para la obtención de la evidencia, sino a la dificultad de confiar en la prueba obtenida de ese modo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la razón invocada para excluir una confesión obtenida bajo tortura sería la desconianza en torno al hecho de que la confesión obtenida por ese medio sea verdadera y no una simple concesión para que la tortura cese; del mismo modo, podría entenderse que la justificación para excluir la prueba obtenida en un registro sin orden judicial sería la desconianza de que la prueba obtenida de ese modo haya sido realmente encontrada en el lugar o en las condiciones en que la policía lo reporta posteriormente y no, por ejemplo, "plantada" por los propios agentes de la persecución penal.

Como observa HAIRABEDIAN, se trata de casos en que "la ilicitud puede afectar la aptitud de la evidencia para reflejar la veracidad y puede permitir o provenir de una manipulación del elemento de prueba".²⁶⁶

Aunque es evidente que en muchos casos la infracción de garantías fundamentales en la obtención de la evidencia afecta su credibilidad, considerar que éste es el único fundamento de la prueba ilícita resulta sumamente reduccionista, porque se trata de un criterio que permanece ligado a consideraciones de veracidad material, las que podrían perfectamente resolverse por vía de valoración de la prueba sin necesidad de que opere una declaración formal de la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida. Se trata, además, de un fundamento que tolera todos los atentados a las garantías fundamentales que no pongan en cuestión la credibilidad de la prueba obtenida y permite siempre la legitimación del acto ilícito a través de la corroboración posterior de la verdad del hecho acreditado. Aunque hoy por hoy se encuentra absolutamente abandonado, no debe perderse de vista, porque aparece muchas veces inspirando erróneamente decisiones sobre prueba ilícita que buscan reducir el instituto a su mínima expresión.

²⁶⁶ HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 41.

4.4.2. Criterio de la integridad judicial

El fundamento de la integridad judicial, por el contrario, propone la ineficacia de la prueba ilícita por razones absolutamente ajenas a la búsqueda de la verdad material. Esto significa que, independientemente de lo confiable que pueda resultar el elemento probatorio ilícitamente obtenido, lo que justifica la regla de exclusión es la convicción de que en la persecución penal no pueden admitirse métodos que "ofendan el sentido comunitario de juego limpio y decencia".²⁶⁷ En nuestro ejemplo, no es la desconianza en la confesión obtenida bajo tortura, sino la reprobación que nos produce la tortura en sí misma como método de investigación la que justifica la aplicación de la regla.

Como se observa, la razón que justifica la ineficacia de la prueba, bajo este criterio, es la necesidad de que, en la persecución de un fin estatal, el Estado emplee medios lícitos, preservándose así la integridad judicial.

El criterio se identifica con una fase más avanzada de justificación de la exclusión de confesiones involuntarias en la jurisprudencia norteamericana, que funda la regla de exclusión en una preocupación por la mala conducta y los métodos policiales ("police misconduct" o "police methods" rationale).²⁶⁸ El cri-

²⁶⁷ La frase fue acuñada por el juez Frankfurter en *Rochin v. California*, al señalar que las confesiones involuntarias eran inadmisibles bajo la Cláusula del Debido Proceso, aunque las afirmaciones contenidas en ellas puedan ser establecidas independientemente como verdaderas, porque ellas "offend the community's sense of fair play and decency" (traducción nuestra). *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), citado por ISRAEL (J.), KAMISAR (Y) y LaFAVE (W.), cit., p. 268.

²⁶⁸ El cambio desde el criterio de poca confiabilidad de la evidencia al criterio de los "métodos policiales" (police methods) o "mala conducta policial" (police misconduct), se desarrolla en la jurisprudencia norteamericana a partir de *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944) y alcanza su mayor expresión en *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961). En este último caso el juez Frankfurter sostuvo, en voto disidente: "(Convictions based on involuntary confessions must fall) not so much because such confessions are unlikely to be true but because the methods used to extract them offend an underlying principle in the enforcement of our criminal law, that ours is an accusatorial and not an inquisitorial system (...). The attention of the trial judge should have been focused (on whether the) police behavior was such as to overbear petitioner's will to resist and bring about confessions not freely self determined - a question to be answered with complete disregard of whether or not a petitioner in fact spoke the truth". ["(Las condenas basadas en confesiones involuntarias deben caer) no tanto porque sea improbable que tales confesiones sean verdaderas sino porque los métodos usados para

cia, sin embargo, ningún fundamento razonable para haber excluido de la posibilidad de revisión vía nulidad de la sentencia condenatoria del segundo juicio, cuando la primera también lo hubiere sido.

El nuevo juicio oral que se realiza como consecuencia de la declaración de nulidad de un juicio anterior está sometido a los mismos principios y reglas de procedimiento y debe ofrecer al acusado las mismas garantías que el juicio anterior. Si durante el desarrollo de este nuevo juicio se infringieren sustancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes o se aplicara erróneamente el derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, no se aprecia ninguna justificación de política pública para negar al afectado el derecho al recurso que le reconocen los arts. 8.2.e) CADH y 14.5. PIDCP. Entender lo contrario significaría asumir que, en el segundo juicio oral que se realice como consecuencia de la nulidad del juicio anterior, el Estado tendría "patente de corso" para infringir todas las garantías constitucionales que el sistema asegura al acusado sin que éste dispusiera de medio alguno para su impugnación, lo que constituye un abierto atentado contra dichas garantías que son de rango constitucional.

En verdad, la única justificación que puede encontrarse para la disposición aludida es una razón de economía procesal. Sin embargo, como ha dicho MAIER: "Las limitaciones al recurso del imputado contra la condena o contra la decisión que le impone una medida de seguridad y corrección, fundadas... sobre argumentos relativos a la economía de los recursos o en simples razones prácticas, son ilegítimas frente a la cláusula de las convenciones y al carácter de 'garantía' que esa regla le atribuye al 'derecho al recurso'" ¹⁸⁸.

La norma en cuestión debiera, entonces, ser ajustada cuanto antes para satisfacer los estándares impuestos por nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen siempre y en todo caso el derecho a recurrir en contra de una sentencia condenatoria. Mientras esa modificación no se haga, sólo cabe considerar la disposición de la primera parte

¹⁸⁸ MAIER (J.), cit., t. I, p. 733.

del inciso 2° del art. 387 CPP, como una disposición que debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad. ¹⁸⁹

E. LA REVISION DE LAS SENTENCIAS FIRMES

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La revisión ha sido definida como "aquel proceso especial, por razones jurídico-procesales, que tiene por objeto impugnar una sentencia, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, en virtud de motivaciones que no pertenecen al proceso mismo en que la resolución impugnada se dicta, sino que son extrínsecas a dicho proceso y determinan, por lo tanto, la existencia de vicios trascendentes a él". ¹⁹⁰

Como explica GUASP, "el fundamento de la revisión estriba en ser la última posibilidad de realización de los valores a que el proceso, como todo el derecho, sirve". Y agrega: "Si bien el valor de seguridad puede quedar menoscabado por la aplicación de un recurso de revisión, aunque también la revisión, en cierto modo, sirve a la seguridad jurídica, la realización de la justicia impone el reconocimiento de un recurso de este tipo que prohíbe que resultados trascendentalmente injustos se consoliden definitivamente, pese al conocimiento y a la prueba de las causas de que esa injusticia se origina". ¹⁹¹

La naturaleza jurídica de la revisión de las sentencias firmes es un tema sumamente discutido en doctrina. ¹⁹² Mientras algunos consideran que se trata propiamente de un *recurso* en cuanto constituye una vía para la impugnación de una resolución judicial (la sentencia definitiva condenatoria), otros consideran que se trata más propiamente de una *acción*, ya que resultaría inconsistente darle la denominación de *recurso* a un medio que

¹⁸⁹ En el mismo sentido, han considerado también esta norma como inconstitucional MATT/RAÑA MIQUEL (C.), cit., p. 268 y CARROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, p. 276.

¹⁹⁰ GUASP (J.), cit., t. II, p. 713.

¹⁹¹ GUASP (J.), cit., t. II, pp. 716-717.

¹⁹² Un análisis de los argumentos a favor y en contra de su consideración como recurso puede consultarse en HITTERS (J.C.), *Revisión de la cosa juzgada*, Librería Editora Platense, 2ª. ed., La Plata, 2001, pp. 13-16.

blemas que suscita la determinación de la pena, incluyendo no sólo la debida consideración de la pena abstracta que la ley señala al delito, sino también la forma en que influyen en ella su grado de desarrollo, la participación que le cupo al acusado y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

En este caso, la misma Corte debe dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley.

Como se puede apreciar, para que opere esta hipótesis no sólo se requiere que el error pueda ser enmendado directamente por la Corte sin necesidad de una nueva vista, sino que se requiere también que se trate de un recurso de nulidad interpuesto *a favor del imputado*, porque lo que se permite enmendar directamente es, en las tres hipótesis mencionadas, una sentencia de carácter condenatorio.¹⁸⁵ Lo anterior implica que, en las hipótesis inversas, esto es, cuando no se hubiere calificado de delito un hecho que la ley considere tal, no se hubiere aplicado pena procediendo aplicarla o se hubiere impuesto una pena inferior a la que legalmente corresponda, la situación no queda cubierta por el art. 385, sino por el art. 386 CPP, debiendo el tribunal anular tanto la sentencia como el juicio oral.

La diferencia resulta desde todo punto de vista coherente con los alcances del derecho al juicio previo, en los términos concebidos por el art. 1° CPP. Lo que la ley desea es que la sentencia condenatoria sea siempre la consecuencia de la convicción directamente obtenida por un tribunal con respeto a los principios de publicidad, oralidad e inmediación, lo que se vería afectado si, tras una sentencia absolutoria, se permitiera al tribunal *ad quem* dictar directamente una sentencia de reemplazo de contenido condenatorio.

2.11.2. Invalidez del juicio oral y la sentencia

El tribunal *ad quem* debe invalidar tanto el juicio oral como la sentencia en todos los casos no previstos por el art. 385 CPP, de-

¹⁸⁵ En la misma línea véase TAVOLARI OLIVEROS (R.), "Informe en derecho sobre recurso de nulidad", en Boletín Ministerio Público N° 3, p. 41; ARIAS VICENCIO (C.), "El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal", en REJ N° 1, año 2002, p. 163; y MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 269.

terminando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenado la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral (art. 386 CPP).

La ley dispone que no será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia (art. 386 inc. 2° CPP).

2.12. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS

El art. 387 inc. 1° CPP establece que la resolución que fallare un recurso de nulidad no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme, cuya naturaleza de recurso ha sido discutida, como veremos más adelante.¹⁸⁶ Lo anterior resulta de toda lógica, ya que se trata de un recurso extraordinario cuya decisión no es revisable por un tribunal superior.¹⁸⁷

El inciso 2°, por su parte, dispone que "Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generales".

La parte final del inciso segundo, al permitir la revisión de la sentencia condenatoria a través del recurso de nulidad, materializa el principio de *doble conformidad* y obedece plenamente a la lógica del sistema que supone siempre la posibilidad de esta revisión cuando el juicio oral o la sentencia que le sirven de base adolece de alguno de los vicios previstos por la ley. No se apre-

¹⁸⁶ Vid. infra XI.E.1.

¹⁸⁷ La improcedencia de recursos en este caso es absoluta, incluyendo, por cierto, al recurso de queja, cuya admisión como vía de impugnación de la sentencia del recurso de nulidad parece carente de todo fundamento legal y profundamente contradictorio con la estructura, principios y distribución de competencias en el nuevo sistema procesal penal. Un excelente análisis del problema en ARIAS VICENCIO (C.), "El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal", en RDJ N° 1, año 2002, pp. 161-178.

rendición es absoluta responsabilidad de la parte interesada (art. 359 CPP).

Debe tenerse presente que, cuando el juicio oral se hubiere desarrollado en una ciudad distinta a la de asiento de la Corte, el acusado dispone hasta el momento mismo de esta audiencia para solicitar la designación de un defensor penal público con domicilio en la ciudad asiento de la Corte que asuma su representación en el recurso (art. 382 inc. final CPP).

2.10. FALLO DEL RECURSO

El art. 384 CPP dispone que el tribunal *ad quem* debe fallar el recurso de nulidad dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado de conocer de él. Esta norma constituye regla especial con respecto a lo dispuesto por el art. 358 CPP, que impone, en general, el deber de fallar los recursos *de inmediato*, a menos que esto *no fuere posible*.¹⁸²

Ríge, sin embargo la disposición del art. 358 inciso final CPP en cuanto a que el tribunal debe pronunciar la sentencia en un día y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, y que la sentencia debe ser redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designare y el voto disidente o la prevención, por su autor.

En la sentencia del recurso de nulidad, el tribunal debe exponer los fundamentos que sirven de base a su decisión y pronunciar sobre las cuestiones controvertidas, lo que debe entenderse como una referencia a cada una de las causales que haya invocado el recurrente. Sin embargo, si se acogiere el recurso, el tribunal puede limitarse a la causal o causales que le hubieren sido suficientes. La sentencia debe incluir, como es natural, la declaración de si son nulos o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula la sentencia, según el caso.¹⁸³

Debe recordarse que ríge también, por regla general, en materia de recurso de nulidad, la restricción impuesta por el

¹⁸² Vid. supra XI.C.6.5.

¹⁸³ Vid. infra XI.D.2.11.

art. 360 CPP en cuanto a que el tribunal sólo puede pronunciar-se sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido entender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por éstos o más allá de los límites de lo solicitado (art. 360 inc. 1° CPP).

Se aplican en esta materia las mismas reglas y excepciones que analizamos ya al estudiar el tema en relación con el recurso de apelación.¹⁸⁴

Existe, sin embargo, una excepción adicional, que está contemplada en el art. 379 inciso 2° CPP: la Corte está facultada, actuando de oficio, para acoger el recurso que hubiere sido deducido en favor del imputado cuando observare la existencia de cualquiera de los motivos absolutos de nulidad contemplados en el art. 374 CPP, aunque ese motivo no hubiere sido invocado por el recurrente al interponer el recurso.

2.11. EFECTOS DEL FALLO QUE ACOGE EL RECURSO

Al acoger el recurso, la Corte tiene dos posibilidades, dependiendo de cual sea la causal que motive la declaración de nulidad: la primera consiste en invalidar solamente la sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo; la segunda, consiste en invalidar tanto el juicio oral como la sentencia, con el objeto de que se realice un nuevo juicio oral.

2.11.1. *Invalidación de la sentencia*

El tribunal *ad quem* debe invalidar solamente la sentencia, conforme a lo previsto por el art. 385 CPP, "si la causal de nulidad no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente corresponde". La última hipótesis cubre, evidentemente, todos los pro-

¹⁸⁴ Vid. supra XI.C.6.5.

En los casos en que el recurso se haya interpuesto para ante la Corte Suprema, ésta tiene la posibilidad de omitir un pronunciamiento sobre su admisibilidad y ordenar que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, en tres casos que el art. 383 inc. 3° CPP establece en los siguientes términos:

- "a) Si el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), y la Corte Suprema estimare que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374;
- b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del artículo 373, letra b), la Corte Suprema estimare que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no fueren determinantes para la decisión de la causa, y
- c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del artículo 376, la Corte Suprema estimare que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones previstas en las letras a) y b) de este artículo".

En la hipótesis de la letra a), lo que ocurre es que la Corte Suprema estima innecesaria la invocación de la causal genérica del recurso, por encontrarse incluida la hipótesis planteada dentro de las causales objetivas establecidas en el art. 374 CPP, que son de competencia de la Corte de Apelaciones; en la hipótesis de la letra b), lo que ocurre es que no existe, en la realidad de los hechos, el fundamento que justifica la atribución de la competencia a la Corte Suprema, en este caso; finalmente, la hipótesis de la letra c) debe entenderse referida a los casos en que, habiéndose fundado la aparente competencia de la Corte Suprema en que el recurso o recursos contenían varias causales, una de las cuales era de competencia de la Corte Suprema, ésta considera que esa causal —que supuestamente justificaba su competencia para conocer íntegramente del recurso o recursos— era en realidad un motivo absoluto de nulidad o no existían las distintas interpretaciones invocadas o no eran determinantes para la decisión de la causa, por lo que corresponde que el o los recursos interpuestos sean conocidos por la Corte de Apelaciones respectiva. Para que este caso opere, no basta con que la Corte Suprema encuentre una causal en que lo anterior ocurra, sino

que debe llegar a la conclusión de que, tras aplicar las reglas de las letras a) y b) del mismo inciso, no subsiste ninguna causal que justifique su competencia al tenor de lo previsto por el inciso final del art. 376 CPP.

La resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso es susceptible del recurso de reposición dentro de tercero día, por aplicación de la regla general del art. 362 CPP.¹⁸⁰

2.9.4. Vista del recurso

La vista del recurso de nulidad se rige por las reglas generales relativas a la vista de los recursos en materia penal, que ya hemos revisado al tratar el recurso de apelación y al cual nos remitimos.¹⁸¹

Conviene recordar, sin embargo, que consiste en una audiencia pública, a la cual deben comparecer los intervinientes directamente sin necesidad de cumplir un trámite escrito de comparecencia previa como el que se exige en materia civil, que la audiencia sólo puede ser suspendida en casos excepcionales, y que se desarrolla sin previa relación, a través de un debate contradictorio que se lleva a cabo ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso.

La única diferencia, aunque sumamente relevante, es que en el recurso de nulidad sí puede producirse prueba, la que debe recaer sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada y debe haber sido ofrecida en el escrito de interposición del recurso (art. 359 CPP). La obligación de ofrecimiento se impone sólo a la parte recurrente, pero no está excluida la posibilidad de que rinda prueba también la parte recurrida, la que se encuentra no obstante liberada de la carga de ofrecerla.

Esta prueba se rinde en la audiencia de vista del recurso y su recepción se rige por las reglas establecidas para el juicio oral (art. 359 inc. 2° CPP). La ley establece expresamente que la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba "en caso alguno" dará lugar a la suspensión de la audiencia, por lo que su

¹⁸⁰ En el mismo sentido, MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 264.

¹⁸¹ Vid supra XI.C.6.4.

contra de una resolución impugnada por esta vía, y si se ha deducido dentro de plazo (art. 380 inc. 2º CPP). El tribunal declarará admisible el recurso si se cumplen estas dos condiciones, y lo declarará inadmisiblemente en caso contrario.

La resolución que declare la inadmisibilidad del recurso es susceptible de reposición, que debe ser interpuesta en el plazo de tres días (art. 380 inc. final CPP).

2.8.4.1. Remisión de antecedentes.

Concedido el recurso, el tribunal a quo debe remitir al tribunal *ad quem* copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnaren y del escrito en que se hubiere interpuesto el recurso (art. 381 CPP).

2.9. TRAMITACIÓN DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL *AD QUEM*

2.9.1. Ingreso del recurso

Como explicamos al analizar el recurso de apelación, el ingreso del recurso es un trámite administrativo que se cumple por el secretario o secretaria del tribunal de alzada y que consiste en certificar la fecha de ingreso estampándola en los antecedentes remitidos y en incorporar el recurso al *libro de ingresos* asignándole un *número de ingreso* con el cual se lo identifica en la Corte.

Este trámite resulta importante en relación con el recurso de nulidad, porque a contar de él comienza a correr para los recurridos el plazo de cinco días para realizar actuaciones previas al control de admisibilidad del recurso, las que analizaremos inmediatamente a continuación.

2.9.2. Actuaciones previas al control de admisibilidad

A partir del momento de ingreso del recurso a la Corte, se abre un plazo de cinco días para que las partes recurridas soliciten

que se declare inadmisiblemente, se adhieran a él o le formulen observaciones por escrito (art. 382 inc. 1º CPP).

La solicitud de que se declare inadmisiblemente el recurso deberá centrarse, como es natural, en los aspectos que el tribunal deberá tener en consideración al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, y a los cuales nos referiremos más adelante; la adhesión al recurso, por su parte, debe cumplir con todos los requisitos necesarios para interponer el recurso de nulidad,¹⁷⁸ debiendo su admisibilidad ser resuelta de plano por la Corte (art. 382 inc. 2º CPP).

En cuanto a la posibilidad de formular al recurso observaciones por escrito, debemos manifestar que parece una facultad absolutamente carente de sentido, si se tiene en consideración que, bajo el régimen de recursos del CPP, la vista del mismo se desarrolla en una audiencia sin previa relación, de manera tal que no se aprecia siquiera quién sería el pretendido destinatario o "lector" de estas observaciones ni qué efectos podrían tener en la resolución del recurso.

2.9.3. Control de admisibilidad ante el tribunal *ad quem*

El tribunal *ad quem* debe pronunciarse en cuenta sobre la admisibilidad del recurso, una vez transcurrido el plazo de cinco días aludido en el número anterior (art. 383 inc. 1º CPP).

Se trata, en este caso, de un control de admisibilidad más completo que el que realiza el tribunal a quo, en cuanto no sólo implica controlar si el recurso se ha interpuesto contra una resolución impugnada y si ha sido deducido dentro de plazo, sino que, además, si el escrito de interposición expresa los fundamentos de hecho y de derecho, si contiene peticiones concretas y si ha sido preparado oportunamente en los casos en que así se requiere.¹⁷⁹ Si el tribunal estima que no se cumple con alguno de estos requisitos, declarará inadmisiblemente el recurso, resolución que es susceptible del recurso de reposición conforme a lo previsto por el art. 362 CPP.

¹⁷⁸ Vid. supra XI.D.2.8.2.

¹⁷⁹ Vid. supra XI.D.2.7.

damentar separadamente cada causal o "motivo de nulidad" (art. 378 CPP).

Cuando el recurso se funde en la causal del art. 373 letra b) (errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo) y el recurrente sostuviere que, por aplicación del art. 376 inc. 3° CPP, su conocimiento corresponde a la Corte Suprema, debe no sólo señalar esta circunstancia, sino que, además, indicar en forma precisa los fallos en que se hubieren sostenido las distintas interpretaciones que invocare y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hubieren efectuado del texto íntegro de las mismas (art. 378 inc. final CPP). En todo caso, la sanción al incumplimiento de este requisito no es la inadmisibilidad del recurso, sino su remisión a la Corte de Apelaciones, conforme a lo previsto por el art. 383 inc. 3° CPP.

Aunque la ley no lo diga explícitamente, el recurso debería explicar la forma en que se ha preparado el recurso o indicar que se trata de un caso en que tal preparación no es necesaria, conforme a lo previsto por el art. 377 CPP, toda vez que el análisis de dicha circunstancia forma parte del control de admisibilidad del recurso ante el tribunal *ad quem*, conforme a lo previsto por el art. 383 inc. 2° CPP.

Otra consideración importante que se debe tener en cuenta es que si el recurrente desea producir prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, *debe ofrecerla* en el escrito de interposición del recurso, so pena de no ser recibida posteriormente, si así no lo ha hecho (art. 359 inc. 1° CPP).

2.8.3. Efectos de la interposición del recurso

Los efectos de la interposición del recurso varían según la resolución impugnada sea una sentencia condenatoria o absolutoria.

Si se trata de una sentencia condenatoria, la interposición del recurso de nulidad suspende sus efectos; si se trata de una sentencia absolutoria, la interposición del recurso no tiene efectos suspensivos (arts. 379 CPP y 468 inc. 1° CPP).

Aunque el CPP regula estos efectos mediante una norma especial (art. 379 CPP), la verdad es que se trata de una norma superflua, ya que al mismo resultado se habría llegado por

aplicación del art. 355 CPP, que, al fijar la regla general en materia de recursos, dispone que la interposición de éstos no suspenderá la ejecución de la decisión "salvo que se impugnare una sentencia definitiva condenatoria".

La ejecución inmediata de las sentencias absolutorias aparece reafirmada por otras disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, el art. 153 CPP ordena al tribunal poner término a la prisión preventiva cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y cuando se decretare sobreseimiento definitivo o temporal, "aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas". La norma es consistente con lo dispuesto por el art. 347 CPP, conforme al cual, inmediatamente después de comunicada a las partes la decisión absolutoria prevista en el artículo 343 (esto es, antes incluso de la redacción y lectura de la sentencia), el tribunal debe disponer, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado y ordenar se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren, ordenando al mismo tiempo la cancelación de las garantías de comparecencia que se hubieren otorgado. Esta última norma está, sin embargo, en evidente contradicción con el inciso final del art. 153 CPP, que, no obstante la dictación de la sentencia absolutoria, permite imponer en sustitución de la prisión preventiva alguna de las medidas cautelares generales del art. 155 CPP "cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado" y con el art. 148 CPP, que exige para la cancelación de la caución impuesta para reemplazar la prisión preventiva, que la sentencia absolutoria fuere una "resolución firme". El conflicto de normas debe resolverse a favor de la disposición del art. 347 CPP por aplicación de la regla de especialidad y conforme a un criterio interpretativo *pro libertatis*.

2.8.4. Control de admisibilidad ante el tribunal a quo

El recurso de nulidad está sometido, al igual que el recurso de apelación, a un doble control de admisibilidad, tanto por el tribunal *a quo* como por el tribunal *ad quem*.

El control de admisibilidad ante el tribunal *a quo* comprende de sólo dos aspectos: primero, si el recurso se ha deducido en

haya utilizado a lo menos uno de los medios establecidos en la ley para reclamar del vicio, sin que sea exigible que se haya efectuado una utilización de todos ellos".¹⁷³ En cualquier caso, la reclamación debe haber sido "oportuna", lo que significa que no puede considerarse válida una reclamación hecha en forma extemporánea y a nuestro juicio debe también haber sido *idónea*, lo que implica que el medio de impugnación empleado no haya sido abictricamente impropediente de conformidad a la ley, como ocurriría, por ejemplo, si se apelara de una resolución inapelable.

El art. 165 inc. final CPP señala que "la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviera la cuestión de conformidad a lo solicitado". Entendemos, no obstante, que para que así sea, el incidente de nulidad debe ser a lo menos admisible, lo que no ocurriría si se inculcara, por ejemplo, en contra de una resolución judicial o de una actuación *del ministerio público o de la policía*. Visto desde otra perspectiva, cuando el acto defectuoso no es impugnado por la vía del incidente de nulidad, resulta erróneo exigir que se haya promovido dicho incidente como requisito de preparación del recurso de nulidad interpuesto.

La exigencia de preparación del recurso no se aplica cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contiene el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular; ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia (art. 377 inc. 2º CPP).

Lo que se persigue mediante la exigencia de preparación es asegurar que el tribunal haya tenido una oportunidad de corregir oportunamente el vicio evitando la nulidad del acto, garantizando así la buena fe de los litigantes en cuanto a no reservar sus objeciones para hacerlas valer sólo en el evento de una sentencia desfavorable.¹⁷⁴

El incumplimiento de la exigencia de preparar el recurso puede dar lugar a la declaración de su improcedencia durante

¹⁷³ MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 255.

¹⁷⁴ En la misma línea, MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 257.

el control de admisibilidad del recurso por parte del tribunal *ad quem*, según veremos más adelante.¹⁷⁵

2.8. TRAMITACIÓN DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL A QUO

2.8.1. Plazo

El recurso de nulidad debe interponerse ante el tribunal que dictó la sentencia definitiva que se desea impugnar¹⁷⁶ en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva (art. 372 inc. 2º CPP). Se trata de un plazo de días corridos, fatal e improrrogable, que, si venciere en día feriado, debe entenderse ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado (arts. 14 y 16 CPP).¹⁷⁷

2.8.2. Forma de interposición del recurso

El recurso debe interponerse por escrito (art. 372 inc. final CPP) y debe ser fundado, esto es, debe "consignar los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometan al fallo del tribunal" (art. 378 CPP). La exigencia de expresar los fundamentos comprende tanto los fundamentos de hecho como de derecho, según se deduce de lo dispuesto por el art. 383 inc. 2º CPP.

El recurso puede fundarse en varias causales (art. 378 inc. 2º CPP), pero debe expresarlas *todas*, ya que, una vez interpuesto, precluye el derecho del recurrente, quien no puede invocar nuevas causales (art. 379 inc. 2º CPP). En este caso, la ley exige indicar si se invocan en forma conjunta o subsidiaria y fun-

¹⁷⁵ Vid infra XI D. 2.9.3.

¹⁷⁶ El art. 372 inc. final CPP se refiere a él como "el tribunal que hubiere conocido del juicio oral".

¹⁷⁷ Pese a su ubicación dentro de las disposiciones generales relativas a los recursos, no resulta aplicable al recurso de apelación el art. 353 CPP, que amena el plazo para la interposición de recursos en caso de que el juicio oral se hubiere conocido por un tribunal que se hubiere constituido y funcionado en una localidad situada fuera de su lugar de asiento, toda vez que el art. 364 CPP declara inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.

disposición alguna del Código Procesal Penal". Se dejó constancia que "Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior".¹⁷¹

A nuestro juicio, el criterio de la Corte Suprema no sólo torna inoperante la disposición del art. 376 inc. 3° CPP, sino que pone al máximo tribunal en la incómoda posición de tener que cumplir la función nomofiláctica que la ley le asigna *caso a caso*, recargando así su trabajo con el conocimiento y resolución individual de los recursos de nulidad que inevitablemente se presentarán al amparo de los criterios interpretativos que previamente hayan sido impuestos por la Corte.

Finalmente, debe tenerse presente que los problemas de competencia que podrían plantearse por la invocación de diversas causales o la interposición de diversos recursos, se resuelven siempre a favor de la competencia de la Corte Suprema, por lo que parece correcto afirmar que su competencia tiene un carácter preferente. Así, si un recurso se funda en distintas causas y corresponde el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta debe pronunciarse sobre todas. Del mismo modo, si se dedujeren diversos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una

¹⁷¹ El acuerdo tuvo el voto en contra de los ministros señores Libedinsky, Chaigneau y Cury, quienes "fueron de opinión de que el Tribunal Pleno debe pronunciarse sobre la materia en debate e instruir a los jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal en el sentido de que, en los supuestos a que se alude en el inciso 3° del artículo 376 del Código Procesal Penal, los pronunciamientos de la Sala Penal de esta Corte Suprema pasan a revestir el carácter de obligatorios, por cuanto es evidente que, en esos casos de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos, la citada disposición ha perseguido una finalidad unificadora de la jurisprudencia -necesaria para hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley- que sólo puede lograrse reconociendo la calidad de preceptivo al fallo de la mencionada Sala especializada de este Tribunal". Vid. Boleín de Jurisprudencia. Ministerio Público, N° 12, septiembre de 2002, pp. 120-121. El acuerdo ha sido anteriormente citado en MATORANA MIQUEL (C.), cit., pp. 244-245.

respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema, debe ésta pronunciarse sobre todos los recursos (art. 376 inc. final CPP).¹⁷²

2.7. PREPARACIÓN DEL RECURSO

El art. 377 CPP prescribe que "si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley que regular el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto".

La exigencia de preparación se aplica, entonces, a los recursos de nulidad fundados en la causal del art. 373 letra a) CPP, pero no en la causal del art. 373 letra b) CPP. Con respecto a la letra a), debe tenerse en consideración que no existe identidad entre *infracción de ley que regular el procedimiento* en los términos del art. 377 CPP y el concepto de *infracción sustancial de derechos o garantías cometido en la tramitación del juicio*, en los términos del art. 373 letra a) CPP. Por una parte, el art. 377 CPP está referido exclusivamente a infracciones de ley y no a infracciones constitucionales directas de principios que regulan el procedimiento, por lo que debe entenderse que, si este último es el caso, el recurso no requiere de preparación; por otra parte, como hemos dicho anteriormente, la infracción sustancial de derechos o garantías ocurrida en la tramitación del juicio incluye la recepción de prueba ilícitamente obtenida durante la etapa de investigación, por lo que debemos entender que la reclamación del vicio de procedimiento ocurrida durante dicha etapa constituye suficiente preparación para estos efectos.

La preparación del recurso no exige, como ocurre en materia civil, que se reclame de la infracción "ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley" (art. 769 CPC), sino que se satisfice con que se haya "reclamado oportunamente del vicio o defecto" (art. 377 CPP). Se ha entendido que esto significa que debe entenderse preparado el recurso "por la sola constancia en el expediente que el recurrente

¹⁷² El Senado justificó esta norma en "razones de economía procesal". PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 371.

cos básicos, en una función que no sólo es de control, sino de carácter normativo, de la cual resulten ciertos criterios que apunten a la uniforme aplicación del Derecho".¹⁶⁷

La alusión obedece, sin dudas, al rol que debe jugar la Corte Suprema en la definición de la extensión y alcances de las garantías individuales dentro de la sociedad chilena. Al haberse entregado competencia para decidir cuándo existe o no infracción sustancial de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales, se está confiando al máximo tribunal no sólo la función de asegurar el respeto de esos derechos en las causas criminales, sino también la función de explicitar, con un alcance que excede el de cada caso concreto, cuál es la extensión que tienen los derechos y las libertades individuales en nuestra sociedad.

2º) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal prevista en el art. 373 letra b) CPP y existieren, respecto de la materia de derecho objeto del mismo, distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (art. 376 inc. 3º CPP), lo que el recurrente deberá indicar en su recurso, acompañando copia de las sentencias o publicaciones pertinentes (art. 378 inc. final CPP).

En el Senado se explicó la atribución de estos casos a la Corte Suprema, señalándose que, sin perjuicio de la competencia normal de las Cortes de Apelaciones para resolver los problemas generados por la errónea aplicación del derecho, "existe la posibilidad de que respecto de la materia de derecho objeto del recurso existan distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores". (...) "En este evento, se consideró desde todo punto de vista recomendable, para velar por la uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro ordenamiento como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que el conocimiento del recurso no quede radicado en la Corte de Apelaciones, sino en la Corte Suprema".¹⁶⁸

En lo que va corrido de la reforma, la Corte Suprema ha interpretado ya esta atribución considerando que las "distintas in-

terpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores" a que alude la disposición, debería constar en sentencias que "correspondan a asuntos que fueron conocidos por tribunales del nuevo sistema procesal penal".¹⁶⁹ Consideramos, con BOFILL, que lo anterior constituye un error, ya que lo que persigue básicamente esa disposición es la uniforme aplicación del derecho penal sustantivo, que sigue siendo el mismo bajo el antiguo y el nuevo sistema.¹⁷⁰

Un segundo problema que ha planteado esta norma es el de la real posibilidad de que a través de su aplicación se logre el objetivo de uniformar la jurisprudencia considerando el efecto relativo que tienen las sentencias en nuestro país. La Corte Suprema ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre el punto con motivo de la remisión de antecedentes que la Segunda Sala de la Corte hizo al Tribunal Pleno, informando que diversos juzgados de garantía habían persistido en dar a la norma del art. 395 CPP una interpretación diferente a la decidida por dicha Sala conociendo de recursos de nulidad. En el Acuerdo del Tribunal Pleno, de fecha 19 de julio de 2002, consta que "Producido el debate acerca de los alcances que tienen los pronunciamientos de esta Corte en los asuntos que contempla el artículo 376 inciso 3º del citado cuerpo legal (CPP), se acordó que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las atrevidas cuestiones, en atención a que conforme el artículo 3º del Código Civil sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por

¹⁶⁹ Sentencia dictada en recurso de nulidad rol N° 3155-01 (considerando 3º) y sentencia dictada en recurso de nulidad rol N° 3903-01 (considerando 4º).

¹⁷⁰ Para una completa crítica a este criterio jurisprudencial véase BOFILL (J.), "Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2001", en REJ N° 1, año 2002, pp. 179-185. En el mismo sentido se manifiesta MATUREANA MIQUEL, aunque precisando que el criterio de la Corte Suprema sí podría ser considerado correcto si la "errónea aplicación del derecho" invocada como causal se refiriera a "disposiciones procesales del nuevo sistema procesal penal". MATUREANA MIQUEL (C.), cit., p. 244.

¹⁶⁷ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.

¹⁶⁸ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 370-371.

a quo), para ante el tribunal superior jerárquico previsto por la ley (tribunal *ad quem*).

El tribunal *ad quem* competente para conocer del recurso puede ser la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema, según cuáles sean las causales que fundamentan el recurso. La determinación del tribunal competente en consideración de la causal invocada se efectúa durante el control de admisibilidad.¹⁶⁵

2.6.1. Corte de Apelaciones respectiva

Corresponde el conocimiento del recurso de nulidad a la Corte de Apelaciones que sea superior jerárquico del tribunal oral en lo penal o juez de garantía que dictó la sentencia impugnada, en los siguientes casos:

1°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal del artículo 373 letra b), esto es, errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia (art. 376 letra b) CPP);

2°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en alguno de los motivos absolutos de nulidad contemplados en el art. 374 CPP.

Pese a que, como veremos, la Corte Suprema tiene una competencia preferente para conocer del recurso cuando las causas invocadas abarcan la competencia de ambos tribunales, la estimación legislativa es que estas dos causales serían representativas de la mayor parte de la carga de trabajo que generaría, para los tribunales, la interposición de recursos de nulidad.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Vid infra XI.D.2.9.3.

¹⁶⁶ Así, en el Senado se dejó constancia que entre los fundamentos tenidos a la vista para incorporar el recurso de nulidad se había considerado que: "A la Corte Suprema se le han ido entregando cada vez mayores atribuciones, pero esa acumulación parece haber excedido los límites que aconsejaría la eficiencia para el buen cumplimiento de sus funciones esenciales. / Es necesario dar más énfasis a la función de gobierno judicial que debe cumplir la Corte Suprema, y en ese contexto, contemplar la posibilidad de que, al menos en lo que concierne al conocimiento de los recursos penales, ella quede más aliviada de su actual carga de trabajo, y en condiciones de enfrentar de mejor manera los nuevos requerimientos derivados del aumento sustancial de tribunales que contempla la reforma. / Por ello es conveniente establecer, como regla general, que la revisión de los fallos de los tribunales de juicio oral en lo penal (y de los jueces de garantía, cuando resuelvan los asuntos sometidos al procedimiento simplificado o al

2.6.2. Corte Suprema

Corresponde el conocimiento del recurso de nulidad a la Corte Suprema en los siguientes casos:

1°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal prevista en el art. 373 letra a) CPP, esto es, infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, que se haya cometido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia (art. 376 inc. 1° CPP).

La justificación para la atribución de estos casos a la Corte Suprema, conforme a la discusión del tema en el Senado, es "la necesidad de que la Corte Suprema no sólo continúe desarrollando, sino que robustezca, su papel de fijar estándares jurídicos

procedimiento abreviado) quede radicada en las Cortes de Apelaciones. Esto es explicable sobre todo si se piensa que las sentencias que examinarán provenientes de los tribunales de juicio oral habrán sido dictadas por tres jueces de derecho, al término de un juicio público rodeado de garantías para todas las partes, lo cual debería reducir significativamente las posibilidades de error o incorrección" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 368-369). Discutiendo directamente la competencia asignada a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, según la cual fuere la causal invocada, se dejó constancia, por otra parte, de que "Le corresponderá conocer del recurso a la respectiva Corte de Apelaciones... cuando concurren determinadas circunstancias, que se denominan motivos absolutos de nulidad, porque importan necesariamente perjuicio para el interviniente, y sustancial, desde el momento en que constituyen una infracción manifiesta de garantías" (...). En lo que concierne al segundo rubro de causales, consistente en la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, se estimó que las controversias de fondo en cuanto a la aplicación de la ley penal, con toda la trascendencia que tienen, es una materia que las Cortes de Apelaciones están, o deberían estar, perfectamente capacitadas para dirimir. / Si tales conflictos tuviesen que ser resueltos siempre en último término por la Corte Suprema, tal como ocurre en buena medida a consecuencia del recurso de casación, se liberaría a las Cortes de Apelaciones de una responsabilidad que debían asumir cabalmente y haría recaer sobre la Corte Suprema un peso que retrasaría y dificultaría el despacho de los numerosos otros asuntos que reclaman su atención. Por lo demás, no se recarga el trabajo actual de las Cortes de Apelaciones, considerando que, con el nuevo sistema, se contemplan varios mecanismos alternativos, de forma tal que sólo llegará a juicio oral una parte muy reducida de las causas actuales, y el trabajo de apelación de las resoluciones relativas a las libertades provisionales también se verá disminuido, a consecuencia de que sólo podrá apelarse de aquellas que se hayan debatido en una audiencia oral, por lo que su labor penal se verá reducida significativamente" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370).

solutorias en base a insuficiente fundamentación adquiere dimensiones del todo intolerables. Si se admitiera lo anterior, se estaría permitiendo que el Estado se beneficie de su propia negligencia o, en el mejor de los casos, de su propia incapacidad para expresar adecuadamente los motivos que lo han llevado a absolver, permitiéndole entonces –como si tal negligencia o incapacidad mereciera ser premiada– disponer de una nueva oportunidad para obtener la condena del que anteriormente había declarado inocente.¹⁵⁸

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341.

El derecho comprometido en este caso es el derecho de defensa, más concretamente el principio de correlación entre imputación y fallo, en cuanto éste garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación.¹⁵⁹

Debe observarse, como dijimos en su momento, que la falta de correlación constituye motivo absoluto de nulidad sólo cuando se produce entre acusación y sentencia, mas no así cuando se produce entre formalización y acusación, pese a que la ley chilena también exige correlación entre ellas.¹⁶⁰

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

La garantía comprometida en este caso es la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, también conocida como principio de *non bis in idem*.¹⁶¹

Se trata de una causal de nulidad que opera sólo cuando la sentencia anterior es absoluta, ya que, por principio, las sentencias condenatorias en materia penal no producen jamás el

¹⁵⁸ Tal ocurrió, precisamente, en el *Caso de los Lances Mapuches*, en que el recurso de nulidad acogido por la Corte Suprema dio lugar a un nuevo juicio oral cuya sentencia, dictada con fecha 27 de septiembre de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral de Angol, condenó a los acusados Pascual Huancuqueo Pichón Paillao y Segundo Ancico Nortín Cairrman, quienes habían sido absueltos en el juicio anterior, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Causa RUC 0100083503-6, RTT 2/2003.

¹⁵⁹ Vid. tomo I, III.D.3.1.3.3.

¹⁶⁰ Vid. tomo I, III.D.3.1.3.3.

¹⁶¹ Vid. tomo I, II.C.2.2.5.

efecto de cosa juzgada, toda vez que es siempre posible su impugnación por la vía del recurso de revisión.¹⁶²

2.5.2. *Errónea aplicación del derecho*

La segunda causal genérica de nulidad se configura cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Conforme a la discusión legislativa de la norma pertinente en el Senado, el objetivo al que apunta sería “el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico”.¹⁶³

Para que la errónea aplicación del derecho pueda servir de base a un recurso de nulidad debe haber influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conforme a lo previsto por el propio art. 373 letra b) CPP. La idea la reafirma el art. 375 que, refiriéndose a los “defectos no esenciales”, declara que “No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso”. Esta disposición resulta superflua, porque, como decíamos, la exigencia venía ya expresada en el art. 373 letra b), y su referencia a los “errores de la sentencia” la convierte en una norma inaplicable a las restantes causales de nulidad.¹⁶⁴

2.6. TRIBUNALES COMPETENTES

Como llevamos dicho, el recurso de nulidad se interpone siempre ante el tribunal que dictó la sentencia impugnada (*tribunal*

¹⁶² COUTURE (E.), cit., p. 407, citando a FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, p. 450.

¹⁶³ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369.

¹⁶⁴ Vid. supra XI.D.2.5.1.

cia impugnada no constituye un modelo de resolución por la forma sucinta (sic) en que aparece fundamentada, en especial en lo que se refiere a los hechos no demostrados en torno a la participación criminal y ciertamente por el ligero análisis de las pruebas verificadas en la audiencia del juicio". En su opinión, sin embargo, "dichas anomalías, en lo que atañe a un imputado, no resultan bastantes para convencer de la concurrencia de la causal de nulidad absoluta" (considerando 5°). A juicio del disidente, "el grado de exigencia en cuanto a los requisitos de la sentencia definitiva escrita, necesariamente deberá ser distinto según sea la decisión de condena o absolución que se adopte" (considerando 7°). Añadió, asimismo: "Que lo anterior no significa desmerecer la exigencia de fundamentación de las sentencias que exigen los artículos 36, 297 y 342 del Código Procesal Penal, que sigue siendo básica para que la sociedad comprenda las razones contenidas en las decisiones jurisdiccionales. El disidente sólo enfatiza que es fundamental explicar con el máximo de detalles y con valoración absoluta de la prueba en cuanto a la convicción de condena, ya que en esta situación el Estado debe explicar a través de la jurisdicción que la calidad de inocencia de un imputado ha sucumbido frente a la prueba de cargo, la que en su valoración ha permitido dar por probados hechos y circunstancias básicos relativos a la existencia del hecho punible y a la culpabilidad del imputado y, en esta tarea, la exigencia frente al castigo indudablemente tiene que ser de mayor rigurosidad que cuando el acusador no logra vencer esta convicción de condena que conlleva a la absolución" (considerando 10°).

A nuestro modo de ver, el cuestionamiento que plantea el voto disidente a la necesidad de fundamentación de la sentencia condenatoria debe ser llevado a términos absolutos, hasta el punto de entender que no sólo la obligación de fundamentación es *más liviana*, sino *completamente inexistente* como causal del recurso de nulidad. La primera razón para sostener esta tesis tiene que ver con la historia de la ley: en la incorporación de esta causal como fundamento del recurso de nulidad, en el Senado, fue considerada —como decíamos antes— la manera de recoger la inquietud que había tenido la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario, que sólo permitía impugnar las sentencias que se apartaran manifiesta y arbitrariamente de la prue-

ba rendida en la audiencia del juicio oral cuando se trataba de *sentencias condenatorias*.¹⁵⁶ A la misma conclusión se llega, por otra parte, si se tiene en consideración la función que cumplen en el sistema los motivos absolutos de nulidad. Si estos han de ser considerados formas objetivadas de la infracción sustancial de derechos o garantías aludida en el art. 373 letra a) CPP, parece evidente que la fundamentación de la sentencia sólo constituye un *derecho o garantía* cuando sirve de base a una sentencia condenatoria. Así, el art. 1° CPP, al traducir a términos legales el derecho al juicio previo, señala que "Ninguna persona podrá ser *condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad* establecidas en este Código, sino en virtud de una *sentencia fundada*, dictada por un tribunal imparcial". Como se ve, si bien la sentencia absolutoria requiere también fundamentación, conforme al art. 36 CPP, tal exigencia no alcanza a ser considerada como integrante de un derecho o garantía constitucional, al tenor del art. 1° CPP.

Pero lo anterior no se desprende solamente de ese principio, sino en especial del art. 344 CPP. Dicha norma, que fija plazo para la redacción de la sentencia definitiva, contempla como sanción a su infracción la nulidad del juicio "a menos que la decisión hubiere sido de absolución del acusado". Y añade luego que "si siendo varios los acusados, se hubiere absuelto a algunos de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados". Como resulta obvio, si la ley ha contemplado una hipótesis en que la decisión de absolver subsiste incluso frente a la completa omisión posterior de las obligaciones de redacción y lectura de la sentencia, no puede pretenderse que un defecto de insuficiente fundamentación en una sentencia absolutoria efectivamente redactada pueda constituir un motivo suficiente para declarar su nulidad.

Como hemos advertido previamente, la sola posibilidad de impugnar sentencias absolutorias es una característica de nuestro sistema que pone en duda la consistencia de nuestro procedimiento penal con la prohibición de doble incriminación.¹⁵⁷ Admitir, sin embargo, la posibilidad de que se impugnen sentencias ab-

¹⁵⁶ Véase texto de la norma propuesta por la Cámara de Diputados en PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367.

¹⁵⁷ Vid. supra XIA.3.4.

lación, en la sentencia, de los límites impuestos a la valoración de la prueba, es declararla nula por falta de una debida fundamentación de la sentencia.¹⁵⁰

La vinculación entre apreciación de la prueba, motivación de la sentencia y control de ambas a través del régimen de recursos, ha sido destacada, entre otros, por FERRAGOLI, para quien "los criterios, los métodos y las reglas de la inducción son criterios, métodos y reglas epistemológicos antes que jurídicos", pero que, al ser incorporados en la ley (como lo hace nuestro art. 297 inc. 1° C/P), pasan a ser "doblemente normativos, esto es, no sólo como reglas lógicas, sino también como reglas jurídicas". Y si bien "se obtiene así que, tanto para ellas como para todas las normas, la única garantía de efectividad es la censura jurisdiccional de su violación. A diferencia de la inducción científica, donde la falta de respeto a las reglas de la lógica tiene como sanción el rechazo de las tesis así inducidas por parte de la comunidad científica, la inducción judicial concluye con una sentencia. Y por tanto, la falta de respeto a tales reglas puede ser reparada sólo mediante la censura por parte de otro órgano de autoridad. En este sentido, se puede decir que el control lógico del razonamiento probatorio constituye una unidad con la garantía de la motivación y, más aún, con la garantía de la prueba".¹⁵¹

En segundo lugar, resulta importante destacar que la garantía comprometida en este artículo es el derecho al juicio previo, en cuanto éste conlleva el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena y la obligación de fundamentación de las sentencias como una garantía del imputado.¹⁵² Esta constatación deja en evidencia la íntima vinculación de este motivo absoluto de nulidad con la sentencia condenatoria en materia penal, pero plantea al mismo tiempo un problema: ¿constituye también un motivo absoluto de nulidad cuando

la falta de esa fundamentación es un defecto del que adolece la sentencia *absolutoria*?

Si recordamos que la intención legislativa al incorporar esta causal era recoger la inquietud de la Cámara de Diputados en torno a la posibilidad de que se dictara arbitrariamente una sentencia *condenatoria*,¹⁵³ parece evidente que la respuesta debiera ser negativa.

Sin embargo, el problema se ha resuelto ya, de manera definitiva, en el que ha sido conocido públicamente como *Caso de los Loncos Mapuches*.¹⁵⁴ En este caso, el ministerio público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia dictada con fecha 14 de abril de 2003, fundado, entre otras causales, en el motivo absoluto de nulidad del art. 374 letra e) C/P. La sentencia dictada por la Corte Suprema acogió el recurso, considerando que el motivo se encontraba configurado, en la especie, porque la sentencia absolutoria carecía de suficiente fundamentación. En su párrafo más relevante, sostuvo la Corte que "resulta claro y evidente que sobre la eventual participación de los imputados tanto el ministerio público como los querellantes rindieron durante la secuela del juicio oral una serie de pruebas a que se hizo expresa referencia, las que, sin embargo, el único fundamento (sic) que trala sobre la materia las ignora absolutamente y, por lo tanto, no se hace cargo de ella, no da razones para su eventual exclusión o aceptación, no las valora del modo que exige la ley, de suerte que los hechos que los jueces den por acreditados no contragran realmente los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, única forma de impedir cualquiera peregrina idea de arbitrariedad por parte del sentenciador".¹⁵⁵

El ministro Juica, en voto disidente de este mismo fallo, discrepó de la mayoría, lo que hizo "aun aceptando que la senten-

¹⁵⁰ Hemos dicho ya que este control es necesario para evitar, en casos extremos, la arbitrariedad del tribunal de primera instancia en la formación de su convicción, pero que, al mismo tiempo, genera el riesgo de que los tribunales superiores lo utilicen a través de una interpretación amplia, como un mecanismo para entrar en una revisión de los hechos, amenazando el principio de inmediación que busca garantizar el juicio oral. Vid. supra IX.C.2.4.3.

¹⁵¹ FERRAGOLI (L.), *Los valores...*, cit., p. 47.

¹⁵² Vid. tomo I, II.C.2.2.1.1.

¹⁵³ Vid. nota 152.

¹⁵⁴ Contra Pascual Picón Paillao y otros, R.U.C. N° 0100083503-6, R.I.T. N° 2-2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Argoi, recurso de nulidad ante la Corte Suprema rol N° 1.743-03.

¹⁵⁵ Recurso de nulidad rol N° 1.743-03. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chiarenza del Campo, Enrique Cury Urzúa, José Luis Pérez Zañartu, y Nibaldo Segura Peña (redactor). Considerando 8°.

Un primer aspecto que debe ser analizado con relación a esta causal es el alcance que el legislador pretendió darle como medio de controlar el respeto a las normas relativas a la apreciación de la prueba, cuya infracción estaba originalmente considerada como causal del denominado "recurso extraordinario". Este recurso había sido propuesto por la Cámara de Diputados y tenía por objeto permitir la impugnación de "la sentencia definitiva condenatoria del juicio oral que se *aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia*".¹⁴⁸ Aunque esa iniciativa no prosperó en el Senado, se dejó constancia que el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del art. 374 CPP, "consiste en que la sentencia hubiera omitido alguno de los contenidos que necesariamente deben figurar en ella, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieren por probados", y se añadió a renglón seguido que: "*De esta manera se recoge la inquietud que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario, pero con mayor propiedad, puesto que la causal que éste contemplaba, en orden a que los jueces del juicio oral se hubiesen apartado en forma manifiesta y arbitraria de la prueba rendida o, lo que es lo mismo, que apreciaron mal la prueba, no se compadece con el hecho de que ellos tienen la facultad de apreciar libremente la prueba, salvo ciertos límites que tienen que ver con las reglas de lógica formal, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos afianzados*". Si se apreció bien o mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo".¹⁴⁹

¹⁴⁸ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367 (el destacado es nuestro).

¹⁴⁹ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370. En el Informe del Senado se dejó constancia de las razones por las cuales se prefirió esta solución a la alternativa propuesta por la Cámara de Diputados al crear un recurso extraordinario que procedía contra "la sentencia condenatoria del juicio oral que se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367). Consideró al respecto, el Senado, que "La idea que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario fue la de cubrir un ámbito de arbitrariedad que hoy es remediable por el recurso de casación cuando se infringen las leyes reguladoras de la prueba, en el contexto de la prueba legal o tasada. Pero, dentro del nuevo Código, que instaura un sistema de apreciación de la prueba

Resulta evidente, entonces, que el sistema procesal chileno, no obstante reservar los problemas de apreciación de la prueba al tribunal de primera instancia, faculta al tribunal superior que conoce del recurso de nulidad para revisar que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos afianzados. Esta es la conclusión que surge de la vinculación entre el motivo absoluto de nulidad del art. 374 letra e) CPP, que consagra como tal la omisión en la sentencia del requisito del art. 342 letra c) CPP, que, a su vez, requiere que la sentencia contenga "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297". El art. 297 CPP, por su parte, señala en su inciso 1° que "los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados". Lo que el tribunal de alzada hará, entonces, cuando observe la vio-

no sometido a determinadas valoraciones legales, no resultaría procedente recurrir de casación fundada en la violación de las normas de apreciación de la prueba. Se quiso, entonces, que en casos excepcionales, generados por ejemplo por el hecho de que la presión social en un lugar determinado hubiere llevado al tribunal de juicio oral a apreciar abiertamente en forma arbitraria la prueba rendida y, sobre esa base, dictar sentencia condenatoria en circunstancias que debió absolver, pudiera subsanarse esa injusticia. Y la forma de remediarla no sería anulando el fallo y dictando sentencia de reemplazo, sino ordenando la repetición del juicio oral. Se consideró razonable esa preocupación, pero surgió el temor de que el recurso extraordinario, en la práctica, se transforme en ordinario, y, so pretexto de que el tribunal se ha apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, se pida habitualmente que la Corte de Apelaciones revise los registros del juicio oral. Eso, por una parte, recargaría el sistema indebidamente, al permitir que se eleven a la Corte de Apelaciones todas, o casi todas, las causas falladas por el tribunal de juicio oral con resultado de condena. Por otra parte, sería incongruente con el rechazo del recurso de apelación, lo que se acordó por entender que el tribunal de juicio oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar la sentencia, ya que, en el fondo, desde el punto de vista de la valoración de la prueba, se permitiría que la Corte de Apelaciones hiciera, vía recurso extraordinario, lo que no se quiso que se realizara vía recurso de apelación" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369). Sobre la significación de la "libre valoración de la prueba" y el deber de motivar la sentencia de modo íntegro, lógico y racional, véase también supra X.3.3.

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continua exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286.

Esas personas son los jueces que integran el tribunal de juicio oral en lo penal, el fiscal y el defensor.

Las garantías comprometidas por este motivo absoluto de nulidad son, entre otras, el derecho al juicio previo y el derecho de defensa, sin excluir, por cierto, el derecho al juicio oral en cuanto garante de la inmediación.

En relación con la aplicación de la hipótesis a los jueces, debe tenerse presente que la ausencia de un solo juez no es causal suficiente de nulidad, ya que ella puede ser suplida a través de su reemplazo por uno de los denominados "jueces alternos",¹⁴⁵ que son aquellos convocados adicionalmente, conforme a lo previsto por el art. 281 inc. 5° CPP.¹⁴⁶ Aun cuando no existiera juez alterno, la ausencia de un solo juez no es suficiente para configurar el motivo absoluto de nulidad si se puede aplicar lo dispuesto por los arts. 284 inc. 2° y 76 CPP, que permiten la validez del juicio y la sentencia si los dos jueces restantes que hubieren concurrido a toda la audiencia alcanzan en la unanimidad en el pronunciamiento del fallo. En relación con la exigencia de presencia continua del fiscal, debe tenerse presente que ello se entiende sin perjuicio de la hipótesis de forzamiento de la acusación conforme a lo dispuesto por el art. 258 CPP, en que se ha autorizado al querellante para formular y sostener la acusación en lugar del ministerio público. Cualquier infracción a la obligación de presencia ininterrumpida de los jueces y del ministerio público que no quede comprendida en estas situaciones excepcionales conlleva la nulidad del juicio oral y la sentencia, conforme a lo previsto por el inciso final del art. 284 CPP. En lo que se refiere al defensor, la exigencia de presencia ininterrumpida durante todo el juicio oral adquiere un carácter absoluto, porque no admite excepciones: el art. 286 CPP precisa que se trata de un requisito de validez de la audiencia anticipando su consagración como motivo absoluto de nulidad.

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.

¹⁴⁵ Vid. CERDA SAN MARTÍN (R.), cit., pp. 64-65.

¹⁴⁶ Vid. tomo I, III, C.2.2.2.

La garantía comprometida por este motivo absoluto de nulidad es, por cierto, el derecho de defensa. Las facultades que la ley otorga al defensor han sido ya analizadas anteriormente en esta obra.¹⁴⁵

Nótese que la ley no ha considerado como motivo absoluto de nulidad la circunstancia de que se le hubiere impedido al fiscal ejercer las facultades que la ley le otorga. Este hecho, es, a nuestro juicio, una manifestación de que la ley no ha considerado las facultades del ministerio público como parte de un derecho o garantía constitucional que pudiese haber sido afectado, lo que reafirma la idea de que el ministerio público carece de legitimación activa para interponer el recurso de nulidad por infracción del art. 373 letra a) CPP.¹⁴⁶

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.

Las garantías comprometidas en este caso son el derecho al juicio oral y público, a cuyos alcances nos hemos referido ya, con anterioridad.¹⁴⁷

e) Cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).

La disposición debe ser relacionada con la exigencia legal de fundamentación de las sentencias, que en la disposición aludida requiere que ésta contenga: "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dicen por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297" (art. 342 letra c) CPP); "las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo" (art. 342 letra d) CPP); y "la resolución que condenare o absolviera a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciar sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar" (art. 342 letra e) CPP).

¹⁴⁵ Vid. tomo I, III.D.3.2.4.

¹⁴⁶ Vid. supra XI.D.2.4.

¹⁴⁷ Vid. tomo I, III.C.2.3 y supra X.2.1.

Como hemos dicho anteriormente, esta exigencia debe ser interpretada precisamente en el sentido de *influencia en lo dispositivo del fallo* o, si se prefiere, como "desventaja de la parte respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable".¹³⁴ De esta manera, el carácter *sustancial* de la infracción supone también, en segundo lugar, que ella influya en lo dispositivo del fallo.

La conclusión anterior viene reafirmada por la consagración en el art. 374 CPP de los motivos absolutos de nulidad, ya que, conforme a la discusión de la norma en el Senado, se trata de situaciones que "importan necesariamente perjuicio para el interviniente, y sustancial, desde el momento en que constituyen una infracción manifiesta a las garantías".¹³⁵ Si el legislador consideró necesario establecer, en ciertos casos, causales específicas para excluir al recurrente de la necesidad de demostrar el perjuicio ocasionado por la infracción de derechos o garantías resulta evidente que, en los casos no cubiertos por esas causales específicas, dicho perjuicio se debe demostrar, lo que supone una relación directa entre la infracción cometida y la decisión jurisdiccional adoptada.

2.5.1.1. Los motivos absolutos de nulidad

El art. 374 CPP establece los denominados "motivos absolutos de nulidad", que fueron establecidos con la intención de crear formas objetivadas de la causal genérica del art. 373 letra a) CPP.¹³⁶

embarco, con su pretensión de que esta exigencia sea suficiente para definir el concepto de "infracción sustancial", ya que ella deja de lado el problema de la entidad de la infracción con respecto al derecho comprometido. Cfr. MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 245.

¹³⁴ Vid supra XI.D.1.2.

¹³⁵ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.

¹³⁶ Precisamente por esta razón hemos optado por analizar los motivos absolutos de nulidad dentro de la causal genérica de "infracción sustancial de derechos o garantías". Alternativamente, se las estudia en forma independiente de las causales genéricas de nulidad bajo la dominación de "causales específicas", lo que nos parece también válido como método de sistematización alternativo (cfr. MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 242-254; CERDA SAN MARTIN (R.), cit., pp. 279-292).

Se trata, conforme quedó constancia en las actas legislativas, de "casos en que el propio legislador determina que, por la gravedad de los hechos en que se sustentan, ha existido infracción sustancial de las garantías".¹³⁷ Lo anterior significa que en las hipótesis del art. 374 CPP nos encontramos ante causales objetivas de nulidad procesal en que no cabe entrar a discutir si la infracción es sustancial o no, esto es, si afecta o no la garantía en sus aspectos esenciales y si influye o no en lo dispositivo del fallo.

Los motivos absolutos de nulidad enumerados por el art. 374 CPP son los siguientes:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviera pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieran asistido al juicio.

Este motivo absoluto de nulidad está vinculado con el derecho al juez imparcial¹³⁸ y natural,¹³⁹ el derecho al juicio previo¹⁴⁰ y el derecho al juicio oral.¹⁴¹

Debe tenerse presente que, para que se active esta hipótesis, basta la concurrencia de un solo juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente.¹⁴² Aquí no es aplicable la disposición del art. 76 inc. final CPP, porque la inhabilidad del juez no ha sido declarada durante el desarrollo del procedimiento, conforme lo exige dicha norma, y no se ha excluido al juez implicado o recusado del proceso de deliberación. La participación del juez implicado o recusado en la deliberación contamina así toda la sentencia, aun cuando el pronunciamiento hubiere sido unánime.

¹³⁷ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.

¹³⁸ Vid. tomo I, II.C.2.1.3.

¹³⁹ Vid. tomo I, II.C.2.1.2.

¹⁴⁰ Vid. tomo I, II.C.2.2.1.

¹⁴¹ Vid. tomo I, II.C.2.3.2.

¹⁴² En el mismo sentido MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 247.

Así entendido el problema, es perfectamente posible la interposición de un recurso de nulidad fundado en los efectos que en la dictación de la sentencia produjo, por ejemplo, la vulneración de una garantía de la que es titular una persona diversa del imputado o de una garantía que no tiene naturalmente una dimensión judicial, como es el derecho a la privacidad.¹²⁷ La conclusión anterior parece evidente si se considera que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 276 inc. 3º y 277 inc. final CPP, el auto de apertura no es apelable en cuanto niega lugar a la solicitud de exclusión de prueba ilícita, lo que, sin embargo, se entiende "sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales". Como se aprecia, entonces, resulta completamente procedente y la ley ha previsto explícitamente la posibilidad de que el recurso de nulidad tenga por fundamento la infracción de un derecho o garantía ocurrido durante las etapas de obtención de prueba, lo que parece quedar excluido por la errónea identificación de la causal del art. 372 letra a) con la garantía del debido proceso.¹²⁸ En los casos que proponemos, la admisión de la prueba ilícita en la tramitación del juicio oral y la apreciación que el juez hace de ésta en la sentencia definitiva es lo que constituye la infracción sustancial de derechos o garantías ocurrido en la *tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia*, en los términos del art. 373 letra a) CPP.¹²⁹

La infracción de derechos o garantías debe haber sido *sustancial*, lo que implica que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia. El carácter *sustancial* de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. En este punto, la idea de infracción sustancial podría ser perfectamente asociada a la teoría del entorno jurídico desarrollada por la jurisprudencia alemana en relación con la prueba ilícita, que exige que la infracción cons-

titucional alegada afecte en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no sea de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él.¹³⁰ Nuestra Corte Suprema ha avanzado ya, en esta línea, declarando que, al requerir la ley que la infracción sea "sustancial", está exigiendo que "sea trascedente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso".¹³¹

A nuestro juicio, la exigencia de "infracción sustancial" pretende sustituir, para efectos del recurso de nulidad fundado en la letra a) del art. 373 CPP, la exigencia de "influencia en la parte dispositiva de la sentencia", que el art. 375 contempla con respecto a "los errores de la sentencia recurrida", expresión que entendemos aplicable exclusivamente al art. 373 letra b) CPP.¹³² No obstante, sea que el art. 375 CPP se considere o no aplicable a la hipótesis del art. 373 letra a) CPP, nos parece que la exigencia de *influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia* le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del perjuicio aplicable a todo recurso, y para la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad. Para que la infracción sustancial de derechos o garantías pueda servir, así, de fundamento suficiente a un recurso de nulidad, debe haber "ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad", que existirá "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" conforme a lo previsto por el art. 159 CPP.¹³³

¹²⁷ Vid. supra IX.B.4.3.1.3.

¹²⁸ Sentencia de la Corte Suprema en recurso de nulidad rol N° 3.319-02 (considerando 9º), RPP N° 4, diciembre de 2002, p. 41. En el caso planteado la infracción constitucional imputada se basaba en el incumplimiento de las formas previstas para la incarceration, registro y conservación de un arma, las que fueron consideradas insuficientes para satisfacer el estándar legal de "sustancialidad".

¹²⁹ En la misma línea, aparentemente, CAROCCA PÉREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, p. 321. En contra, también aparentemente, CIAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 356.

¹³⁰ MATUNANA MIOQUEL, participa de esta idea en cuanto considera aplicable al recurso de nulidad el requisito que establece el art. 159 CPP conforme al cual la inobservancia de las formas procesales debe haber importado "una violación de un derecho o garantía que ha atentado contra las posibilidades de actuación del interviniente del procedimiento que deduce el recurso". Discrepamos, sin

¹²⁷ Vid. supra IX.B.1.2.

¹²⁸ Vid. supra IX.B.4.7.2.1.

¹²⁹ En la misma línea, CERDA SAN MARTÍN (R.), *Etapas intermedias...*, cit., p. 292.

"*Causales del recurso*. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo".

A continuación, analizaremos estas causales en el mismo orden.

2.5.1. *Infracción sustancial de derechos o garantías*

La infracción sustancial de derechos o garantías es la primera causal genérica del recurso de nulidad. Conforme a la discusión legislativa de la norma en el Senado, el objetivo al que apunta sería "la cautela del racional y justo procedimiento", lo que se lograría "mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule".¹²² La misma identificación entre el concepto de infracción sustancial de derechos o garantías ocurrido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, por una parte, y garantía del debido proceso, por la otra, ha manifestado buena parte de la doctrina nacional.¹²³

En realidad, sin embargo, lo que protege el recurso de nulidad conforme a lo expresado por el art. 373 letra a) son todos los "derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", lo que excede con mucho el marco del derecho al debido proceso, a menos, claro, que se entienda que todos los derechos y garantías de la Constitución y los tratados pueden ser incluidos dentro de dicho concepto de debido proceso,

¹²² PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369.

¹²³ Vid., por todos, CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, pp. 318-320.

algo que nos hemos resistido a aceptar ya, anteriormente.¹²⁴ Por lo pronto, debe tenerse presente que la protección de las garantías constitucionales durante el desarrollo del procedimiento penal no sólo comprende los derechos del imputado, sino también de "terceros", como se desprende de los arts. 80 A inc. 3° CPR y 9° CPP, y que las garantías comprometidas por la investigación no son sólo de orden judicial, sino que incluyen libertades individuales de alcance más amplio, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la privacidad.¹²⁵

Lo que parece haber motivado la confusión entre la hipótesis del art. 373 letra a) y la garantía del debido proceso es la exigencia que esta norma contempla en orden a que la infracción de derechos o garantías se haya cometido "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia". Aunque la referencia al juicio debe, naturalmente, entenderse hecha al juicio oral, ello no significa que una inobservancia formal ocurrida durante la etapa de investigación o la etapa intermedia no pueda también dar lugar a la invocación de esta causal, ya que lo normal será que la infracción sustancial de derechos o garantías que afecta al acto en esas etapas vicie también de nulidad el acto de recepción de la prueba así obtenida y que se rinde luego durante el desarrollo del juicio oral.¹²⁶

¹²⁴ Sobre nuestros reparos a la utilidad del concepto de debido proceso en Chile, vid. tomo I, II.C.2.2.1.2.

¹²⁵ Vid. supra IX.B.1.2.

¹²⁶ En este sentido, resulta preocupante el criterio insinuado por nuestra Corte Suprema en sentencia de 4 de junio de 2003 en la que, observando que el vicio imputado se habría cometido en la etapa de investigación y recordando que el artículo 373 letra a) CPP se refiere a infracciones cometidas "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia", sostuvo que "De lo anterior se sigue que la infracción denunciada para fundar el recurso ha de haberse cometido en las oportunidades señaladas, lo que no ocurre en la especie, puesto que el reproche se dirige a una actuación procesal anterior a la apertura del juicio oral, de manera que el recurso planteado no puede admitirse, atendido que la naturaleza de la resolución recurrida no la hace impugnabile por este medio". Recurso de nulidad ingreso N° 1.932-03, considerando 3°. De asentarse un criterio interpretativo de este tipo, la totalidad de los problemas planteados por la admisión incorrecta de prueba ilícitamente obtenida quedaría sin control a través del recurso de nulidad, lo que contradice abiertamente el sentido del art. 277 inciso final CPP y afecta uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de garantías. Confiamos en que las decisiones posteriores de nuestra Corte Suprema corregirán el error aquí planteado.

En nuestra opinión, el ministerio público está impedido de interponer recursos de nulidad fundados en la infracción de derechos y garantías constitucionales, toda vez que, en el proceso penal, tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no en favor del Estado.¹¹⁸ Para resolver el problema suscitado por la invocación de estos derechos por parte del ministerio público debe recordarse que, bajo el principio acusatorio formal, el Estado como monopolizador del poder de persecución penal divide las funciones de acusar y decidir en dos órganos distintos, que no por ello dejan de ser los representantes y detentadores, en su conjunto, de la totalidad de ese poder. De esta manera, cada vez que el ministerio público invoca la afectación de derechos fundamentales por parte del tribunal del juicio cae en una contradicción esencial, cual es la de afirmar que el Estado, al cual representa como acusador, ha sufrido una afectación en sus derechos por parte del propio Estado, al que el tribunal representa como decisor y, como si lo anterior fuera poco, lo hace para solicitar que se le conceda una nueva oportunidad para obtener la condena del acusado. A nuestro modo de ver, no se puede aceptar que el Estado se beneficie de su propia culpa o dolo ni puede obligarse al acusado a sufrir perjuicios por los errores cometidos por los órganos de la persecución penal.

Es cierto que el ministerio público puede ver afectadas sus posibilidades de obtener éxito en su pretensión punitiva por la violación de las reglas de procedimiento cometida por el tribunal, pero otra cosa es considerar que esas violaciones puedan considerarse atentatorias contra un derecho o garantía constitucional del ministerio público. Como hemos visto, la violación de las formas procesales que atenta contra las posibilidades de actuación del ministerio público está explícitamente sancionada en nuestro sistema a través de la nulidad procesal del art. 159 CPP, pero no siempre a través del recurso de nulidad, que no tiene en este punto la misma extensión. Lo anterior implica que los vicios de procedimiento cometidos durante un juicio oral en

perjuicio del ministerio público pueden dar motivo a la declaración de nulidad de la audiencia a través del incidente de nulidad regulado por el Título VII del Libro I CPP, pero no a través del recurso de nulidad regulado en el Título IV del Libro III CPP.

2.4.1. *Renuncia y desistimiento del recurso*

Conforme a las reglas generales aplicables a todos los recursos, el recurso de nulidad se puede renunciar por el agraviado, antes de su interposición, ya sea en forma expresa o tácita. Si el recurso ya ha sido interpuesto, el recurrente puede también desistirse del mismo (art. 354 CPP).

Las normas que facultan la renuncia y desistimiento del recurso de nulidad se encuentran dentro de las disposiciones generales aplicables a todo recurso que analizamos en el capítulo relativo al recurso de apelación, al cual nos remitimos, en lo pertinente.¹¹⁹

2.5. CAUSALES

Como hemos dicho, el recurso de nulidad es un recurso extraordinario, ya que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 372 CPP, se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, "por las causales expresamente señaladas por la ley".

Las causales de nulidad del CPP chileno fueron concebidas por el legislador teniendo en mente la intención de establecer un "recurso amplio... que facilite la revisión por parte del tribunal superior", considerándose que si se hubiera estructurado sobre la base de causales demasiado específicas se habría vulnerado la garantía del derecho a revisión del fallo condenatorio reconocido por el art. 8° de la CADH o "Pacto de San José de Costa Rica".¹²⁰

Por esta razón, el CPP contempla dos *causales genéricas*,¹²¹ que se consagran en el art. 373 CPP. Esta disposición reza textualmente:

¹¹⁸ Vid. *supra* XI.C.4.1.1.

¹¹⁹ Vid. PFEFFER, cit., pp. 360-70.

¹²⁰ Tomamos la expresión de la discusión legislativa (PFEFFER URQUIGANA (E.), cit., p. 369).

¹¹⁸ Vid. HORVITZ (M.) "Estatos de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", REJ, N° 3, año 2003, pp. 133-143.

testimonio de Alejandro Eugenio Cárcamo Castillo, uno de los testigos oculares de los hechos investigados, que, como el mismo fallo se permite aceptar, estaba en el lugar del homicidio, ha infringido formalidades del juicio de tal importancia que le han impedido la rendición de probanzas que ofreció uno de los intervinientes. Con ello, el ministerio público no pudo hacer uso de un medio probatorio que *lo priva injustificadamente del derecho a rendir prueba que la Constitución le garantiza* impidiendo que el tribunal reflexionara sobre ello deduciendo las consecuencias que estimara del caso" (el destacado es nuestro). A renglón seguido consideró que "por todo lo expuesto, el tribunal debe acoger la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal alegada por el recurrente en relación con el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República, ya que se ha negado al interviniente la rendición de la prueba de cargo ofrecida en su oportunidad".¹¹³ La decisión, sin embargo, tuvo la fuerte disidencia de los ministros señores Chaigneau y Juica, quienes, discrepando aparentemente con el criterio de los "casos excepcionales" utilizado en la sentencia de 2 de octubre de 2002, reiteraron los considerandos relativos a los orígenes y alcance del concepto de debido proceso que habían sido expuestos anteriormente en la sentencia de 30 de septiembre de 2002¹¹⁴ y añadieron: "Que así planteadas las cosas, no se entiende cómo podría haberse incurrido en violación del debido proceso de las garantías del ministerio público. Si bien es cierto que la Constitución asegura a todas las personas, incluso las públicas, la garantía de que la sentencia dictada esté fundada en un proceso previo legalmente tramitado seguido conforme a un procedimiento e investigación racionales y justos, no es menos verdadero que en materia de persecución penal la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando éste tiene una organización

¹¹³ Recurso de nulidad rol N° 4.969-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Enrique Cury Urzúa, José Luis Pérez Zanartu y Nibaldo Segura Peña (no hay constancia del redactor). Considerandos 13° y 14°.

¹¹⁴ Cfr. decisión de mayoría de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor), Enrique Cury Urzúa, Milton Juica Arancibia y Nibaldo Segura Peña, considerandos 6° y 7°, recurso de nulidad rol N° 2.538-02, con voto disidente de los ministros señores Alberto Chaigneau del Campo y Milton Juica Arancibia, considerandos A, B y C, recurso de nulidad rol N° 4.969-02.

constitucional propia que le permite asegurar la presentación de las pruebas que demostrarían su pretensión punitiva".¹¹⁵

La clara definición de posiciones expresada en esta sentencia en torno al punto que nos ocupa pareció, sin embargo, diluirse parcialmente en sentencia de 9 de abril de 2003. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad en contra de una sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual de un menor, invocado violación del art. 19 N° 3° CPr, por el hecho de haber negado el tribunal del juicio oral a suspender la audiencia para asegurar la comparecencia de un perito médico cuya declaración –estimaba la fiscalía– hubiera permitido acreditar el acceso carnal y con ello obtener sentencia condenatoria por el delito de violación. La Corte, tras estimar que la causa de la incomparecencia del perito (un feriado y viaje al extranjero) no era justificada, y que el ministerio público podría haber obtenido oportunamente su declaración bajo la modalidad de prueba anticipada, omitió toda referencia a si éste podía o no invocar la infracción de derechos o garantías y pareció asumir que sí podía, al resolver: "Que de todo lo antes expuesto se deduce que no se ha conculcado el derecho del ministerio fiscal a rendir una determinada prueba violándose el debido proceso, sino que ello ocurrió por cuanto dicho ministerio no la solicitó y por tanto no la rindió en la oportunidad fijada por la ley, por lo que no se ve cómo se habría violado sustancialmente la garantía constitucional alegada por el recurrente".¹¹⁶ Sólo la prevención del ministro Chaigneau pareció recordar ligeramente la existencia de una controversia jurídica sobre la materia, al precisar que "sólo tiene presente para decidir como se ha hecho la circunstancia que al ministerio público no le asiste la facultad de reclamar violación del debido proceso en razón de no recibirse una prueba suya, toda vez que dispone de una organización y facultades que le permiten asegurar la presentación oportuna de las mismas".¹¹⁷

¹¹⁵ Recurso de nulidad rol N° 4.969-02. Voto disidente de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor) y Milton Juica Arancibia. Considerando D.

¹¹⁶ Recurso de nulidad rol N° 558-03. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa, Nibaldo Segura Peña y los abogados integrantes señores Fernando Castro A. (redactor) y Emilio Pfeiffer P. Considerando 10°.

¹¹⁷ Recurso de nulidad rol N° 558-03. Prevención del ministro señor Alberto Chaigneau del Campo.

juicio, y en este caso tanto el ministerio público, representante de la sociedad en la investigación en todo proceso penal, como a favor del o de los imputados".¹¹⁰

La discusión apareció nuevamente en sentencia de 2 de octubre de 2002 dictada en el recurso rol 1.989-02. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad contra una sentencia absolutoria, invocando nuevamente la infracción del art. 19 N° 3° CPP, esta vez porque el tribunal del juicio oral se había negado a suspender la audiencia para asegurar la comparencia de la víctima, cuya declaración era considerada por la fiscalía como "la parte más sustancial de la prueba ofrecida por el ministerio público".¹¹¹ La sentencia, aunque comienza cuestionando que esa fuera la oportunidad para entrar de lleno en el tema, termina adoptando una clara posición al respecto. Dice textualmente, en su considerando 2°: "Que, desde luego, no es ésta la sede apropiada para discutir sobre la cuestión de si la garantía del debido proceso alcanza también a la actividad del ministerio público, pero, en todo caso, una vez más debemos expresar nuestras dudas sobre el particular. El ministerio público, como se sabe, es el titular exclusivo de la investigación y el que ejercita y sustenta la acción penal pública (artículo 77 del Código Procesal Penal). Se trata, por consiguiente, de un codetentador de la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, el proceso penal es la forma institucionalizada del ejercicio de la violencia en que se materializa tal potestad punitiva, la cual, desde el momento en que fue monopolizada por el poder central, amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa. Esa formalización y regulación es lo que constituye el 'debido proceso', que, contra lo que pareciera despen-

derse de las argumentaciones del recurrente a este respecto, no tiene realmente por objeto instaurar el 'fair play' entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada. En gran medida el giro hacia un derecho procesal contradictorio, oral y público, se funda en el propósito de preservar este equilibrio delicado e incierto, haciendo descender al estrato y someterse al escrutinio del juez y la sociedad al que investiga y persigue, en consonante con la posición de privilegio que le acordaba el viejo sistema inquisitivo, característico del Estado absoluto. Y por eso despusguado en el presente. Por supuesto —y quizás por lo mismo que venimos argumentando— no puede excluirse por completo la posibilidad de que también el ministerio público esté en situación de invocar la garantía del 'debido proceso', pero, a la luz de cuanto se ha expresado, cabe afirmar que ello sólo ocurrirá en casos excepcionales. En términos generales no creemos que el presente se cuente entre ellos...".¹¹²

En sentencia de 31 de marzo de 2003 dictada en el recurso rol N° 4.969-02, la Corte Suprema pareció encontrar uno que satisficiera el criterio de los "casos excepcionales" impuesto en su fallo anterior. Se trataba de un recurso de nulidad deducido nuevamente por el ministerio público en contra de una sentencia absolutoria, invocando infracción del art. 19 N° 3° incisos 1° y 5° CPP. El fundamento de hecho era que el tribunal del juicio oral se había negado a recibir durante la audiencia la declaración del testigo Alejandro Eugenio Cárcamo Castillo debido a que en el Acta de Apertura del juicio oral aparecía erróneamente individualizado con el apellido paterno "Cármona", en lugar de "Cárcamo". La sentencia, tras considerar que, pese al error en cuestión, no existían dudas acerca de la individualidad del testigo ofrecido, sostuvo que "como corolario de todo lo expuesto se puede concluir que el Tribunal Oral de Talca, al negar lugar a la recepción del

¹¹⁰ Recurso de nulidad rol N° 2.538-02. Voto disidente del ministro señor José Luis Pérez Zañartu. Considerandos 1° y 2°.

¹¹¹ Vid. parte expostiva de la sentencia de la Corte Suprema en recurso de nulidad rol N° 1.989-02.

¹¹² Recurso de nulidad rol N° 1.989-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Enrique Cury Urzúa (redactor), Milton Jiraca Arancibia, Nibaldo Segura Peña y abogado integrante señor Fernando Castro A. Considerando 6°. El fallo tuvo nuevamente el voto disidente del ministro José Luis Pérez Zañartu, que reprodujo en términos literales los considerandos ya transcritos de su voto disidente en la sentencia de 30 de septiembre de 2003. Vid. considerandos 1° y 2° del voto disidente.

únicamente a la extensión de los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia en ciertos casos, pero no significa que el juicio oral, como tal, pueda ser impugnado por la vía de este recurso.¹⁰⁵ Debe recordarse, al efecto, que los recursos son medios de impugnación de resoluciones y no de actuaciones judiciales, según hemos tenido oportunidad de hacer notar ya, con anterioridad.¹⁰⁶

2.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA

En general, la legitimación activa del recurso de nulidad se concede a todos los intervinientes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 352 CPP. Debe recordarse que este derecho lo tiene la víctima aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento, conforme a lo previsto por el art. 109 letra f) CPP.

Se ha planteado, sin embargo, el problema de determinar si puede el ministerio público interponer recursos de nulidad fundados en la *infracción de derechos o garantías* (art. 373 letra a) CPP), o si, por el contrario, su posibilidad de ejercer tal recurso se encuentra limitada a la hipótesis de *errónea aplicación del derecho* (art. 373 letra b) CPP). Entre nosotros, CAROCCA PEREZ se ha manifestado partidario de un criterio restrictivo, señalando que "aunque el Código Procesal Penal no es claro, teniendo en cuenta que las garantías se le conceden al imputado en contra del Estado, sólo él puede recurrir por esta causal, sin que lo pueda hacer el ministerio público, ya que importaría que el Estado obtiene provecho de sus propias infracciones constitucionales".¹⁰⁷ MATURANA MIQUEL manifiesta discrepancia con esta posición, sosteniendo que "en el sistema acusatorio rige el principio de igualdad de armas, y si respecto del ministerio público se hubiere visto violado uno de sus derechos dentro del proceso, sufre un perjuicio que le permite también recurrir por este medio".

¹⁰⁵ En este sentido, nos parece incorrecta la afirmación de CHAHUAN SARRAS, en cuanto considera que el recurso de nulidad permite impugnar "sentencias o trámites" e incluye entre éstos el juicio oral. Cfr. CHAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 356.

¹⁰⁶ Vid supra IX.B.4.6.4.1.

¹⁰⁷ CAROCCA PEREZ, (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, cit., p. 265.

Añade que "además en nuestro sistema no se aprecia por qué razón se podría sostener semejante posición respecto del ministerio público y además de la víctima que pueda actuar como acusador particular, lo que importaría romper respecto de ella el principio de igualdad que se le debe reconocer para intervenir en el proceso al otorgársele mayores derechos con semejante interpretación solamente al imputado".¹⁰⁸

La discusión ha alcanzado ya a la Corte Suprema chilena, quien ha venido desarrollando una línea jurisprudencial algo vacilante y no completamente consolidada a la fecha. Al comienzo, esta discusión se planteó de manera bastante tímida, como se puede observar, por ejemplo, en la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2002 en el recurso rol N° 2.538-02. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad en contra de una sentencia absolutoria invocando la infracción de las garantías del art. 19 N° 3° incs. 1° y 5° (igualdad ante la ley y debido proceso) fundado en que durante el juicio oral el tribunal se había negado a suspender la audiencia para obtener la comparecencia forzosa de un testigo de cargo que la fiscalía consideraba fundamental. La sentencia rechazó el recurso sosteniendo que el concepto de *debido proceso* "forma parte de la temática de los derechos humanos y nació hacia el interior de la defensa de estas garantías en todo orden de situaciones y en especial el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella que regula el proceso penal".¹⁰⁹ Aunque podría considerarse que esta decisión no implicaba todavía un pronunciamiento explícito sobre el tema que nos ocupa, tal carácter sí parecía desprenderse de la preocupación que tuvo el ministro Pérez Zañartu al expresar en su voto disidente que "el artículo 19 N° 3° incisos 1° y 5° de la Constitución Política de la República establece la garantía del debido proceso, que obliga al tribunal a utilizar un procedimiento y una investigación racional y justa" y que "esta garantía constitucional debe respetarse respecto de todas las partes del

¹⁰⁸ MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 238, nota 30.

¹⁰⁹ Recurso de nulidad rol N° 2.538-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor), Enrique Cury Urzúa, Milton Juca Arancibia y Nibaldo Segura Peña. Considerando 6°.

concretamente cuáles son los actos a que la nulidad se extiende (art. 165 incisos 1° y 2° CPP). Esto no impide, por cierto, que la sanción de nulidad pueda aplicarse posteriormente a actos que emanen o dependan del acto viciado y que se ejecuten o celebren con posterioridad a la declaración de nulidad original.

Al declarar la nulidad, el tribunal puede ordenar que los actos viciados se renueven, rectifiquen o ratifiquen si esto resulta posible, pero tal facultad tiene un límite, que consiste en que no se puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con la sola excepción que constituyen en esta materia los efectos del *recurso de nulidad* (arts. 165 inc. 3° y 386 CPP). En este punto, el CPP ofrece ejemplos, señalando que "de este modo, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral" (art. 165 inc. 3° CPP).

2. EL RECURSO DE NULIDAD

2.1. CONCEPTO

El recurso de nulidad puede ser definido, en Chile, como un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo.

De la definición anterior se desprenden las características más importantes del recurso de nulidad: se trata de un recurso

extraordinario, porque para su interposición se requiere la concurrencia de una causal expresamente señalada en la ley; se trata de un recurso que, formalmente, se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución (tribunal *a quo*), quien lo debe elevar, para su conocimiento y fallo, al tribunal jerárquicamente superior que corresponda, según el caso (tribunal *ad quem*); y, finalmente, da lugar a una revisión que está restringida a las causales de nulidad invocadas, las que, en el caso de verificarse como concurrentes, permiten la invalidación del juicio oral y la sentencia, o solamente de esta última, según corresponda.

2.2. REGLAS APPLICABLES

El recurso de nulidad está regido por las reglas especiales relativas a este recurso contenidas en el Título IV del Libro Tercero CPP (arts. 364 y ss.) y las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, contenidas en el Título I del Libro Tercero CPP (arts. 352 a 361). Supletoriamente a las anteriores, se le aplican también, por remisión del art. 361 CPP, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP (arts. 281 a 351) y, finalmente, en forma supletoria a todas las anteriores, por remisión del art. 52 CPP, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

2.3. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

El recurso de nulidad procede sólo en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal del juicio oral en el procedimiento ordinario (arts. 372 CPP y 277 inc. final CPP) o por el juez de garantía en el procedimiento simplificado (art. 399 CPP) o en el procedimiento de acción penal privada (art. 405 CPP).¹⁰⁴

Aunque el art. 372 CPP expresa que el recurso de nulidad procede para invalidar "el juicio oral y la sentencia", ello alude

¹⁰⁴ Procede también, aunque sólo por las causales de los arts. 373 letra a) y 374 CPP, en contra de la sentencia definitiva que se pronuncie en el procedimiento de extradición pasiva (art. 450 CPP).

en conocimiento del interviniente a quien estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que "proceda como creyere conveniente a sus derechos" (art. 163 CPP).

1.4. OPORTUNIDAD Y FORMA DE PROMOVER EL INCIDENTE

La nulidad procesal puede ser declarada respecto de cualquier acto viciado, sea que éste haya tenido lugar en la etapa de investigación, durante la audiencia de preparación, o durante el desarrollo del juicio oral.

La oportunidad y forma de promover el incidente de nulidad procesal varía conforme a lo dispuesto por el art. 161 CPP. Al tenor de esta norma, el incidente debe promoverse "en forma fundada y por escrito" dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiera" o "verbalmente antes del término de la misma audiencia", si "el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia". A nuestro modo de ver, la aplicación de la segunda hipótesis supone que el perjudicado haya *estado presente* en la audiencia, ya que, de lo contrario, debe acudirse a la forma y oportunidad prevista para la primera hipótesis. De no entenderse así, todos los vicios cometidos en una audiencia en perjuicio del interviniente que no compareció quedarían saneados por el solo hecho de la incomparecencia, lo cual no parece razonable, particularmente si se tiene en consideración que, en muchos casos, será la propia audiencia la que será impugnada como acto viciado. Así, por ejemplo, si se hubiere omitido la citación de un interviniente a una audiencia de recepción anticipada de prueba y la audiencia se celebrare sin su consentimiento, es evidente que no podría impedirse al afectado promover el incidente de nulidad de la misma audiencia bajo el argumento de que debería haberlo promovido durante su desarrollo.

En relación con la alusión que la ley hace, dentro de la primera hipótesis, al momento en que el perjudicado "hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto", debemos entender, que se trata del conocimiento del "acto viciado" al que se refiere el art. 163 CPP, lo que supone conocimiento del vicio que afectaba al acto, ya que no se puede pretender el saneamiento de la

nulidad por el transcurso del plazo si el vicio permanecía oculto a la parte afectada por él. De hecho, ésta es la forma en que entendemos el alcance del art. 163 CPP en cuanto exige poner el "acto viciado" "... en conocimiento del interviniente". La norma cubre casos en que al tribunal no le basta con que la parte tenga conocimiento de la existencia del acto, sino que desea asegurar que la parte lo ha sancado con plena conciencia de la existencia del vicio que el tribunal estima haberse producido.

La oportunidad para promover incidentes de nulidad con respecto a actuaciones verificadas durante la etapa de investigación se extingue, por preclusión, con la audiencia de preparación del juicio, de manera tal que la ley prohíbe reclamar de ellas con posterioridad a dicha audiencia (art. 161 CPP).

1.5. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD

La nulidad procesal puede sanearse expresa o tácitamente.

El saneamiento expreso se produce cuando el interviniente perjudicado por el acto acepta expresamente sus efectos; el saneamiento tácito se produce cuando el interviniente perjudicado no impetra su declaración en la oportunidad prevista por la ley o acepta tácitamente los efectos del acto viciado (art. 164 CPP).

El art. 164 CPP considera también como una hipótesis de saneamiento que el acto "cumpliere su finalidad respecto de todos los interesados", aunque excluye de esta hipótesis los casos en que la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República conforme al art. 160 CPP. En este punto la ley, más que establecer una hipótesis adicional de saneamiento, reafirma la exigencia general de perjuicio del art. 159 CPP.

1.6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

La declaración de nulidad de un acto conlleva también la nulidad de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren, pero corresponde al tribunal, al declarar la nulidad, determinar

los de nulidad del art. 374 CPP, ya que a ellos no se aplica la exigencia de influencia en lo dispositivo de la sentencia.¹⁰⁰

Como consecuencia de lo anterior, parece claro que la nulidad procesal no requiere siempre de la inobservancia de una norma de rango constitucional, sino que basta, por el contrario, la infracción de una norma de rango legal cuyo resultado sea el de "atentar contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento", perjudicando sus posibilidades de obtener una decisión favorable.¹⁰¹ Lo anterior no implica atenuar los alcances del principio de trascendencia, sino especificar que la necesidad de *perjuicio* no debe vincularse a la infracción de una garantía constitucional, sino al efecto de la infracción en la decisión de la controversia. A nuestro juicio, la errónea identificación que ha venido desarrollando la doctrina entre el principio de trascendencia y la infracción de garantías constitucionales tiene su fundamento en el análisis unitario de la institución, enfocado en la estructura del proceso civil. Allí, por cierto, el entorpecimiento de las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes comporta siempre una infracción de rango constitucional tanto para el actor como para el demandado, porque no existe entre ellos una relación de poder y, por tanto, las posibilidades de actuación de ambos caen siempre dentro del alcance de garantías de orden constitucional. Pero en el proceso penal, en que el lugar del actor es ocupado por el Estado, los derechos fundamentales están establecidos a favor del imputado y las normas que garantizan las posibilidades de actuación del Estado en el procedimiento son normas de *fair play* que tienen un rango meramente legal, por la sencilla razón de que el Estado no es titular de derechos constitucionales en el marco del proceso penal.¹⁰²

¹⁰⁰ Vid. *infra* XI.D.2.5.1.

¹⁰¹ En el mismo sentido se ha manifestado, HERNANDEZ BASUALTO (H.) al negarse a considerar la hipótesis de prueba ilícita basada en la nulidad del acto como una especie dentro del género de prueba ilícita basada en la infracción de garantías constitucionales, señalando que "tal conclusión pasaría por alto que las reglas sobre nulidad procesal no son tan exigentes, y que es perfectamente posible una declaración de nulidad aun cuando no se esté en presencia de una garantía fundamental anagada", HERNANDEZ BASUALTO (H.), *cit.*, p. 44.

¹⁰² Vid. *infra* XI.D.2.4. Distinta, por cierto, es la situación del delito de acción penal privada, donde el actor es un particular que sí puede invocar en su favor

Lo anterior no va en desmedro de las posibilidades del ministerio público de solicitar la declaración de nulidad. Por el contrario, sólo en la medida en que no se identifique la exigencia de *perjuicio* del art. 159 CPP con la infracción de derechos o garantías constitucionales, el ministerio público tendrá derecho a promover el incidente de nulidad procesal. Dicho de otra manera, dado que el ministerio público no es titular de derechos fundamentales, la inobservancia de las formas procesales que atentan contra sus posibilidades de actuación en el procedimiento sólo tendrá cabida en la medida que se acepte la procedencia de la nulidad procesal por mera infracción de normas de rango legal.

Por último, debe tenerse presente que la aceptación de que la nulidad procesal procede cuando la infracción tiene rango simplemente legal permite aplicar también la institución a los casos de la llamada *prueba irregular*, en que el vicio que afecta a la obtención de prueba no alcanza a constituir violación de derechos fundamentales.¹⁰³

1.3. INICIATIVA

El incidente de nulidad procesal puede promoverse a petición de parte o de oficio. La legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad la tiene el interviniente que ha sido perjudicado por el vicio y que no ha concurrido a causarlo (art. 162 CPP). No obstante, el tribunal puede declarar de oficio la nulidad cuando su fundamento fuere una infracción que hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República (art. 163 CPP). En los demás casos, cuando el tribunal estime que se ha producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere sancionado aún, el tribunal tiene iniciativa para provocar la declaración de nulidad o su sancionamiento, poniendo el vicio

derechos constitucionales, y habría que decir lo mismo de la víctima como actor particular.

¹⁰³ Vid. *supra* IX.B.4.5.2.

distingue entre la posibilidad de declarar la nulidad de oficio (art. 163 CPP) u obtener el saneamiento de la nulidad en conformidad a la ley (art. 164 CPP). Más decisivo, sin embargo, resalta el hecho de que esta interpretación contradice el propio tenor del art. 160 CPP, porque éste establece una presunción de derecho de perjuicio alternativa al caso de infracción de garantías de rango constitucional, al señalar que se aplica también en el caso de que la infracción haya impedido "el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos... en las demás leyes de la República". De esto se deduce, claramente, que puede existir nulidad procesal por infracción de normas de rango legal sin que sea siempre necesario que esté comprometida simultáneamente una garantía de rango constitucional. Por otra parte, la pretensión de que el art. 160 CPP vendría a "objetivar" el perjuicio exigido por el art. 159 CPP resulta desde todo punto de vista ilusoria, si se tiene en consideración que no puede haber nada más subjetivo que la determinación de lo que significa "haberse impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Tan evidente es lo anterior que los motivos absolutos de nulidad del art. 374 (que supuestamente cumplirían la misma función del art. 160 CPP) fueron impuestos con la declarada intención de objetivar una expresión de similares características a la del art. 160 CPP, contenida a su vez en el art. 373 letra a) CPP. El legislador habría actuado de manera absolutamente inconsistente si hubiera considerado que la expresión usada en el art. 373 letra a) era tan subjetiva que requería ser objetivada, y hubiere luego utilizado una expresión similar a ella con la intención de "objetivar" la norma del art. 159 CPP.⁹⁸

⁹⁸ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 183 y 370. Nótese que el art. 373 letra a), cuyo tenor fue supuestamente "objetivado" por los motivos absolutos de nulidad, considera causal del recurso que, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, "se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". La expresión legislativa de la presunción de derecho que, supuestamente, cumple la misma función de los motivos absolutos "objetivando" el art. 159, declara que se presumirá de derecho la existencia del perjuicio "si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Como se aprecia, el art. 160 CPP se parece mucho más al art. 373 letra a) CPP que al catálogo de motivos absolutos de nulidad del art. 374 CPP,

La única interpretación que permite la coexistencia lógica de las disposiciones de los arts. 159 y 160 CPP supone que, cuando la primera de estas disposiciones alude a una inobservancia que "atenúa contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento", no está aludiendo a la garantía del debido proceso, sino a la posibilidad de que la inobservancia tenga la potencialidad de *influir finalmente en lo dispositivo de la sentencia*. En este sentido apunta correctamente CAROCCA PEREZ cuando sostiene que la exigencia del perjuicio impondría como requisito que las infracciones a las normas de procedimiento "se tradujeren en una desventaja respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable".⁹⁹ Puesto así, el art. 159 CPP no manifiesta ninguna exigencia respecto a la jerarquía de la norma infringida, la que podría ser constitucional o legal, como lo admite el art. 160 CPP. Bajo este concepto, el art. 160 CPP cobra un sentido completamente nuevo y distinto, ya que al presumir de derecho la existencia del perjuicio cuando existe la infracción de un derecho o garantía constitucional o legal, afirma que el afectado está eximido de demostrar que la inobservancia formal ha incidido en la sentencia definitiva, lo que implica que estaría privilegiando, en tales casos, la protección de la garantía con prescindencia del efecto que su infracción hubiere tenido en la resolución de la controversia, aspecto en el cual el art. 160 CPP sí se encuentra emparentado con los motivos absolu-

por lo que mal puede pretenderse asignar a ambas normas una misma función dentro del régimen de las nulidades procesales.

⁹⁹ CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, cit., p. 146. Resulta difícil afirmar, sin embargo, que CAROCCA PEREZ comparta este planteamiento, ya que éste afirma también que la norma del art. 159 CPP vendría a reflejar una nueva tendencia "a nivel de derecho comparado" que habría abandonado el examen de adecuación de los actos a las reglas de procedimiento poniendo la atención en el acto, reservándola como una infracción de "las garantías de orden procesal". En sus propias palabras: "Vale decir, ya no se considera cada acto procesal aisladamente, sino que en su conjunto como actividad y sólo en el evento de que la infracción legal haya traído aparejada para un litigante la privación de una garantía constitucional, tales como el derecho a la defensa, la igualdad procesal, el derecho a la prueba, etc., se admite que se pueda declarar la nulidad de un proceso o parte de él". Con este planteamiento, como es lógico, se acerca más bien a la primera postura o, a lo menos, integra ambas de una manera que no parece, todavía, suficientemente consistente. Cfr. CAROCCA PEREZ, (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, cit., p. 146.

1.2. REQUISITOS

Los arts. 159 y 160 CPP rezan textualmente:

"Art. 159. *Procedencia de las nulidades procesales.* Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento".

"Art. 160. *Presunción de derecho del perjudicado.* Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República".

Si se analizan en su conjunto las normas anteriormente transcritas, parece lógico concluir que la nulidad procesal requiere para su declaración en el procedimiento penal chileno de la existencia copulativa de tres requisitos:

- 1º) La inobservancia de formas procesales;
- 2º) La existencia de un perjuicio que debe consistir en que la inobservancia de las formas procesales atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento;
- 3º) La necesidad de que el perjuicio sea reparable únicamente con la declaración de nulidad.

No obstante lo anterior, el problema más importante que plantea la lectura conjunta de estas dos normas es que ellas dan lugar a un arduo problema interpretativo, porque exigen ponderar si, a partir de ellas, debe entenderse que en el derecho procesal penal chileno se requiere siempre de la afectación de una garantía constitucional para la declaración de la nulidad procesal, o es posible concebir inobservancia de formas procesales que, no obstante no conllevar infracción de garantías constitucionales, den lugar a la declaración de nulidad.

Una primera aproximación al problema consiste en entender que el art. 159 CPP exige siempre la infracción de la garantía del debido proceso y que el art. 160 CPP no constituye más que una forma de objetivar la existencia del perjuicio al que alude el art. 159 CPP. Como explica OTERO LATHROP: "el agravio

debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, *entrebé, límite o elimine su derecho constitucional al debido proceso*" (el destacado es nuestro). Y explica la relación entre los arts. 159 y 160 CPP señalando que "hay... un evidente subjetivismo para resolver si se produjo o no el vicio y si efectivamente existió o no perjuicio. El Código Procesal Penal precisamente para evitar este subjetivismo ha establecido, como una presunción de derecho, la existencia del perjuicio en las situaciones contempladas en los artículos 160 y 374".⁹⁶ Bajo esta interpretación, el artículo 160 CPP vendría a ser, entonces, una forma objetivada del perjuicio al que alude al art. 159 CPP cuando expresa que éste existe "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento". De hecho, esta interpretación es la que parece haber inspirado la discusión legislativa de la norma, ya que existe constancia de que el Senado "aceptó la idea de instaurar una presunción de derecho del perjuicio, en forma análoga a los *motivos absolutos de nulidad que se contemplan en el recurso respectivo*, lo que permite superar las dificultades que se han producido por el ritualismo del recurso de casación".⁹⁷

Esta aproximación no nos resulta persuasiva, porque si la altitud del art. 159 CPP al atentado "contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" debe entenderse como una referencia al derecho al debido proceso, cada vez que estuviéramos en la hipótesis del art. 159 CPP cesaríamos, a su vez, en la hipótesis del art. 160 CPP, porque se trataría inevitablemente de una infracción que "habría impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Esta identidad entre ambas convertiría una de las dos disposiciones legales en superflua y tornaría inoperantes otras disposiciones del mismo título del CPP, que están fundadas precisamente en una distinción entre ellas. Así ocurre, por ejemplo, con la que

⁹⁶ OTERO LATHROP (M.), cit., p. 109.

⁹⁷ PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 183 (el destacado es nuestro). Nótese, sin embargo, que la Cámara de Diputados, teniendo ante sí un texto idéntico, en sus aspectos esenciales, planteó a su turno "apreciaciones por la no existencia de causales objetivas de nulidad". PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 182.

La regla consistente en que el tribunal que conoce de un recurso de apelación sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes admite una excepción: en caso de que existan una pluralidad de imputados por un mismo delito, la decisión favorable a uno de ellos favorece a los demás que no hubieren interpuesto el recurso, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, lo que el tribunal debe declarar expresamente (art. 360 inc. 2º CPP).⁸⁷

D. RECURSO DE NULIDAD

1. LA NULIDAD PROCESAL

El recurso de nulidad ha sido considerado entre nosotros como "el corolario de la consagración del régimen de nulidad procesal que en el nuevo Código se contempla".⁸⁸ La estrecha relación existente entre la nulidad procesal y el recurso de nulidad exige que, antes de abocarnos al análisis de este recurso, nos refiramos brevemente al tema de la nulidad procesal.⁸⁹

1.1. CONCEPTO

La nulidad procesal ha sido definida por ALSINA como "la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ellos".⁹⁰ Explicando el concepto, señala COUTURE que "siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas

⁸⁷ Nótese que la disposición es nuevamente deficiente en cuanto utiliza la fórmula "Si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entablare el recurso contra la resolución...". Por cierto, el recurso puede ser entablado por más de un imputado (v. gr., dos imputados, existiendo tres), sin que existan razones para negar la extensión al tercero por el hecho de que *dos imputados* y no *sólo uno* hayan interpuesto el recurso.

⁸⁸ CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, cit., p. 318.

⁸⁹ Cumplimos así el compromiso adquirido en el tomo I de esta obra. Vid. tomo I, H.D.2.2.1.

⁹⁰ ALSINA (H.), *Las nulidades en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, p. 31, citado por COLOMBO CAMPBELL (J.), *Los actos procesales*, cit., t. II, p. 445.

de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley".⁹¹

Como se aprecia, entonces, el problema de la nulidad procesal aparece íntimamente vinculado a los vicios de forma, esto es, constituye la sanción procesal para la infracción de una regla de carácter formal.⁹² Normativamente, se trata de la sanción impuesta a "las actuaciones o diligencias defectuosas del procedimiento" debido a la "inobservancia de las formas procesales", según los términos que utiliza al efecto el art. 159 CPP.

Ahora bien, resulta actualmente pacífico que no todo vicio de forma conlleva necesariamente la nulidad de los actos procesales, sino que, por aplicación del *principio de trascendencia*, sólo resulta anulable el acto cuando ella acarrea un perjuicio para los intervinientes. Como explica COUTURE, analizando el problema desde una perspectiva de derecho procesal civil, "no hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio".⁹³ Entre nosotros, TAVOLARI OLIVEROS ha expresado el mismo principio señalando que "si no se reclama un perjuicio resultante precisamente de la inobservancia de tales formas, que ha de consistir, concretamente, en indefensión: si no se prueba ese perjuicio, no es posible emitir la declaración de nulidad".⁹⁴

Los conceptos expuestos, aunque tienen su origen en el tratamiento que se ha dado a la nulidad en el marco del proceso civil, se encuentran, sin lugar a dudas, en la base de la regulación de la nulidad procesal en el CPP chileno.⁹⁵

⁹¹ COUTURE (E.), cit., p. 374.

⁹² Para una crítica a la teoría unitaria de la nulidad incluyendo el "binomio formas-invalidez" véase BINDER (A.), *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 47 y ss.

⁹³ COUTURE (E.), cit., p. 251.

⁹⁴ TAVOLARI OLIVEROS (R.), *El proceso en acción*, cit., p. 264.

⁹⁵ Al respecto, véase la discusión legislativa de los arts. 159 y 160 CPP. PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 181-183.

Como afirma HERNANDEZ BASUALTO, quien razona evidentemente desde una perspectiva de integridad judicial "al admitir como prueba el fruto de la vulneración de una garantía fundamental, aunque realizada por un particular, esto es, al amparar procesalmente la vulneración, es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso".³⁶⁴

A nuestro juicio, entonces, no cabe reconocer una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita por el hecho de que la afectación de garantías sea imputable a particulares y no al Estado. Resolver lo contrario resultaría, por lo demás, particularmente peligroso en un sistema que, como el nuestro, prevé la intervención del querellante particular desde el mismo instante en que se da inicio a la investigación.

³⁶⁴ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 66. En la misma línea parece estar BOFILL, si se extrapola lo que afirma al referirse a los vicios cometidos en los métodos de interrogación policial, cuando señala que "desde una perspectiva ética no es correcto que los órganos judiciales puedan obtener un provecho de la comisión de hechos punibles" BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba*, cit., p. 235.

4.8.3.3. Afectación de garantías fundamentales cometidas por particulares

Una última excepción aparente a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita está relacionada con la pretendida admisibilidad de la prueba ilícita obtenida por particulares, donde no es posible imputar al Estado, en su origen, la vulneración de los derechos fundamentales que han resultado afectados.³⁶⁷

Pensemos, por ejemplo, en la grabación subrepticia de una conversación privada efectuada por un particular, sin el consentimiento de los interlocutores de esa conversación, que es luego puesta a disposición del ministerio público como evidencia de la comisión de un delito. Más allá del indiscutible carácter delictivo que dicha grabación tendría en nuestro sistema al tener de lo dispuesto por el art. 161-A CP, la pregunta que surge es si puede el Estado servirse de la evidencia obtenida como producto de ese delito.

Los partidarios de considerar que la afectación de garantías fundamentales por particulares no puede dar lugar a la declaración de ineficacia probatoria de la prueba así obtenida consideran que la institución constituye una forma de control a la actividad de persecución penal del Estado, que no tiene razón de ser cuando la afectación proviene de particulares. Este es el criterio imperante en la jurisprudencia norteamericana a partir de *Burdick v. McDowell*,³⁶⁸ caso en que la Suprema Corte sostuvo que la Cuarta Enmienda en sus "orígenes e historia claramente muestra que estuvo dirigida a restringir las actividades de la autoridad soberana y no a ser una limitación sobre otros distintos de las agencias gubernamentales".³⁶⁹ A partir de este prece-

³⁶⁷ Por cierto, el problema supone la aceptación previa de que no sólo el Estado, sino también los particulares pueden violar garantías fundamentales, algo sobre lo cual parece existir algún grado de consenso en nuestro medio (véase PENA, CARLOS, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Colección Estudios N° 5, Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, Santiago, especialmente partes I y III; y JANA (A.), *Los derechos fundamentales*, en "Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional" (SELA), 2001, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2003.

³⁶⁸ 256 U.S. 465.

³⁶⁹ "(Fourth Amendment's) origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies" (traducción nuestra).

dente, la jurisprudencia norteamericana admite la evidencia obtenida ilícitamente por particulares, siempre que éstos no actúen "a instancias del gobierno o en cooperación con éste" y siempre que, tratándose de un registro ilegal, éste se haya completado en la esfera privada sin intervención de los agentes estatales.³⁶⁹ En Alemania, la situación es muy similar, ya que según la opinión mayoritaria "sólo los órganos estatales son destinatarios de las prohibiciones de prueba".³⁶¹

La respuesta a este problema parece depender una vez más del fundamento que se tenga en consideración para aceptar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.³⁶² Así, bajo el criterio de prevención, resulta evidente que, no existiendo en la obtención de la prueba ilícita por particulares alguna injerencia de carácter estatal, la exclusión de la prueba obtenida en estos casos no podría de modo alguno cumplir una función disuasiva con respecto a los agentes de la persecución penal y, por tanto, no existirían razones para excluir la prueba ilícitamente obtenida de este modo.³⁶³ Distinta es la solución, sin embargo, si se tiene en mente el fundamento de la integridad judicial. Si el criterio que inspira la declaración de ineficacia de la prueba ilícita es la preservación de la integridad judicial, parece evidente que dicha integridad queda igualmente comprometida si el Estado se vale de medios ilícitos para acusar a una persona, con independencia de si la ilicitud fue cometida por el propio Estado o por los particulares.

256 U.S. 465. Citado por LAFAVE (W.), ISRAEL (J.) y KING (N.), *Criminal procedure*, cit., p. 125.

³⁶⁰ CHIESA (E.), cit., v. I, pp. 346-347.

³⁶¹ HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 39.

³⁶² Cfr. HAIRABEDIAN (M.), *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, en Nueva doctrina penal, 2001/B, Buenos Aires, 2002, pp. 663-674.

³⁶³ En contra, HAIRABEDIAN, quien considera que el fundamento preventivo o disuasorio "es tan aplicable para los dependientes del Estado, sean de las fuerzas de seguridad o de los órganos judiciales como para los particulares", porque "sostener que las exclusiones probatorias sólo están dirigidas a dependientes del Estado, o más limitadamente a la policía, resulta incoherente con el propio argumento de la disuasión o prevención, porque parte de una premisa falsa, cual es que sólo los miembros de las fuerzas de seguridad o investigación pueden incurrir en ilegalidades, o que los particulares nunca lo hacen". HAIRABEDIAN (M.), *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, cit., p. 671.

El problema podría parecer irrelevante y meramente hipotético en la medida en que la legitimación activa para solicitar la declaración de la ilicitud de la prueba se restringa a la defensa y no al ministerio público,³⁴⁸ pero no lo es, en la medida en que se permita al tribunal excluir prueba de oficio,³⁴⁹ ya que en tal hipótesis podría plantearse una posibilidad de exclusión sin solicitud del fiscal. En mi opinión, y por las razones expuestas ya, en parte, anteriormente, no cabe la exclusión de prueba de descargo sobre la base de ilicitudes cometidas en la obtención de la prueba, porque en tal caso no existen razones de interés público que justifiquen la declaración de ilicitud.³⁵⁰

Como expresa MIRANDA ESTRAMPES, si se aceptara la ilicitud de la prueba en este caso "el orden jurídico incurriría en una contradicción: el mandato que tiene como fin proteger al ciudadano poniendo un límite al Estado habría sido empleado para perjudicarlo".³⁵¹

4.8.3.2. La excepción de buena fe

Se ha sostenido que provocaría también una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita la circunstancia de que la ilicitud que afecta a la obtención de la evidencia hubiera sido cometida por la policía "de buena fe" en el momento de practicar la actuación.

La creación de esta excepción obedece a los ataques de que ha sido objeto la regla de exclusión en la jurisprudencia de los Estados Unidos.³⁵² Un buen exponente de esta doctrina es el voto disidente del juez White en *Stone v. Powell*, en el cual manifiesta que la regla de exclusión "debería ser sustancialmente modificada para evitar su aplicación en aquellas muchas circunstancias donde la evidencia en cuestión fue incautada por un oficial actuando en la creencia de buena fe de que su conducta se ajus-

taba a la ley existente y teniendo bases razonables para esta creencia".³⁵³

La doctrina de la buena fe no ha sido adoptada en toda esa extensión por la jurisprudencia norteamericana, pero sí parcialmente en *United States v. Leon*, para permitir el uso de evidencia obtenida por oficiales que actuaban en la "confianza razonable" (*reasonable reliance*) de una orden de entrada y registro dictada por un juez, pero que finalmente se había descubierto carente de fundamentación suficiente para dictarla.³⁵⁴ Como explica CHIESA, lo crucial en esta doctrina es "que el alcance de la regla de exclusión debe determinarse a base de un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla".³⁵⁵

La consideración de la doctrina de la buena fe como limitación a los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita presupone aceptar como única fundamentación del instituto el criterio de la prevención o disuasión policial, ya que, como queda en evidencia, la doctrina se funda en el escaso efecto disuasivo que en determinadas circunstancias tendría la regla para la policía, pero no ofrece explicaciones al uso ilegítimo que hace el Estado de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En este sentido, y teniendo en consideración que en este trabajo propugnamos una fundamentación múltiple para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita que incluye el criterio de la integridad judicial, resulta evidente que ella no puede ser aceptada como limitación al alcance de la prueba ilícita en Chile y por lo tanto, no alcanza a constituir una limitación real en nuestro sistema.³⁵⁶

³⁴⁸ "...should be substantially modified so as to prevent its application in those many circumstances where the evidence at issue was seized by an officer acting in the good-faith belief that his conduct comported with existing law and having reasonable grounds for this belief" (traducción nuestra). *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 538.

³⁴⁹ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897.

³⁵⁰ CHIESA (I.), cit. v. I, p. 198.

³⁵¹ De la misma opinión es HERNÁNDEZ BASUALTO, quien, acertadamente, hace notar que la excepción de la buena fe circunscribe la mirada a la actuación de los agentes policiales sin hacerse cargo de las actuaciones ilegales de los magistrados, lo que no resulta justificable. Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO (II), cit., p. 74. Sobre la escasa y nula recepción de la doctrina de la buena fe en Argentina y Europa, véase HARBABDIAN (M.), *Eficacia probatoria de la prueba ilícita...*, cit., pp. 84-85.

³⁴⁸ Vid. supra IX.C.4.7.2.2.

³⁴⁹ Vid. supra IX.C.4.7.1.

³⁵⁰ Vid. supra IX.C.4.8.3.1.

³⁵¹ MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 205.

³⁵² Seguros aquí a LAFAVE (W.), ISRAEL (J.) y KING (N.), *Criminal procedure*, cit., pp. 114-118.

El caso más relevante es *Nix v. Williams*,³⁴¹ en que la policía obtuvo ilícitamente del imputado la información sobre la ubicación de un cadáver, que la Corte estimó que hubiera sido descubierto de todas maneras, ya que un grupo de doscientas personas estaba ya en la búsqueda del cuerpo, que incluía el lugar donde éste se encontraba. La regla que puede deducirse del caso es que la evidencia inconstitucionalmente obtenida puede ser admitida en juicio si inevitablemente habría sido descubierta en la misma condición por una línea de investigación independiente que estaba ya en desarrollo cuando la violación constitucional ocurrió.³⁴²

4.8.2.3. Doctrina del vínculo atenuado

Se trata también de una limitación a la teoría de los frutos del árbol envenenado que surge también de la exigencia de relación causal entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Esta doctrina permite admitir prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue.

Aunque, en general, se trata de una doctrina fundada en el criterio de prevención, es decir, justifica la admisibilidad de la evidencia porque la atenuación del vínculo hace perder el efecto disuasivo de la regla de exclusión,³⁴³ parece perfectamente lógica por la mencionada exigencia de causalidad propia de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

La doctrina surge en *Nardone v. United States*, en que la Corte, junto con afirmar la posibilidad de probar la existencia de

³⁴¹ 467 U.S. 431 (1984).

³⁴² Así, a lo menos, entienden la regla de la mayoría los jueces Brennan y Marshall quienes, al redactar el voto disidente en el mismo caso, se refieren a ésta señalando: "In particular, the Court concludes that unconstitutionally obtained evidence may be admitted at trial if it inevitably would have been discovered in the same condition by an independent line of investigation that was already being pursued when the constitutional violation occurred". ["En particular, la Corte concluye que evidencia inconstitucionalmente obtenida puede ser admitida en juicio si inevitablemente habría sido descubierta en la misma condición por una línea de investigación independiente que estaba ya siendo perseguida cuando la violación constitucional ocurrió"] (traducción nuestra). 467 U.S. 431, 459.

³⁴³ CHIESA (E.), citando a LA FAVE & ISRAEL, cit., v. I., p. 209.

una conexión causal entre la información ilícitamente obtenida y la prueba derivada, advirtió que "como consideración de buen criterio, sin embargo, tal conexión puede haber llegado a ser tan atenuada como para disipar la mancha".³⁴⁴ El concepto fue más tarde utilizado en *Wong Sun v. United States*,³⁴⁵ en que se pretendía la exclusión de la confesión de un individuo ilegalmente arrestado, quien había admitido el delito varios días después de haber sido dejado en libertad y mientras esperaba el juicio.

El desarrollo de la jurisprudencia norteamericana en materia de precisión de la conexión causal que debe existir para que resulte aplicable la teoría de los frutos del árbol envenenado me parece plenamente aplicable al derecho chileno, y creo que puede servir como punto de partida para el alcance que la jurisprudencia nacional ha de reconocer a la regla de exclusión.³⁴⁶

4.8.3. Excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita

4.8.3.1. La prueba de descargo

La exclusión de la prueba ilícitamente obtenida con inobservancia de garantías fundamentales reconoce un primer límite cuando el elemento probatorio obtenido ilícitamente por el Estado constituye prueba de descargo para la defensa.

Nos estamos refiriendo aquí a la evidencia obtenida ilícitamente cuyo contenido probatorio, sin embargo, permite establecer la inocencia del imputado o aminorar su responsabilidad penal, problema que la doctrina conoce como "prueba ilícita *in bonam partem*" o "admisibilidad *pro reo* de la prueba ilícita".³⁴⁷

³⁴⁴ "As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint" (traducción nuestra). 308 U.S. 338, 341.

³⁴⁵ 371 U.S. 471.

³⁴⁶ Así piensa también HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 77, quien considera que la necesidad de establecer y valorar la calidad de la relación causal entre lo que llama "ilicitud de base" y "el material probatorio cuya ilicitud se discute" debiera conducir a un "panorama *parcialmente* similar al que rige en la jurisprudencia norteamericana" (cursivas en el original. HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 77).

³⁴⁷ RODRIGUEZ SOL (L.), cit., p. 302.