

udp FACULTAD
DE DERECHO

NÚMERO

2

ISSN
2735-7538

redp
udp



Revista Estudiantil de Derecho Procesal

EDICIÓN ESPECIAL
DERECHO PROCESAL PENAL

Universidad Diego Portales
FACULTAD DE DERECHO



DIC 2022

NÚMERO

2

ISSN

2735-7538



Revista Estudiantil de Derecho Procesal

EDICIÓN ESPECIAL
DERECHO PROCESAL PENAL

Universidad Diego Portales

FACULTAD DE DERECHO

REDP es una publicación anual gestionada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, que reúne artículos de investigación de distintos autores nacionales y extranjeros, relacionados al área del Derecho Procesal. Los artículos se organizan en tres categorías: *comentarios jurisprudenciales*, *tesis* y *artículos de investigación*. La Revista es una publicación sin fines de lucro que busca fomentar el conocimiento, estudio e innovación a través de la difusión de la investigación en el área de Derecho Procesal. Tiene como fin acercar la experiencia del Derecho Procesal a todo público, ya sea dentro o fuera del área universitaria, y tiene como compromiso respetar y promover la diversidad, los derechos de las minorías, la libertad de expresión y la perspectiva de género de acuerdo con las nuevas formas de justicia tanto en el derecho nacional como internacional.

SANTIAGO, DICIEMBRE DE 2022



Fotografías: Equipo REDP 2022

N°2
Ed. Especial

2da. edición
diciembre 2022
ISSN 2735-7538

 **Síguenos en nuestra red de LinkedIn**

udp FACULTAD
DE DERECHO



Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales
Republica 105, Santiago,
Región Metropolitana

semilleroderechoprocesal.udp.cl/
revista-estudiantil

revistaderechoprocesal@mail.udp.cl

Director

Juan José Martínez Layuno

Comité Editorial

Cristián Contreras Rojas (*Universidad de Talca*)
Enrique Letelier Loyola (*Universidad de Valparaíso*)
Flavia Carbonell Bellolio (*Universidad de Chile*)
Jorge Larroucau Torres (*Pontificia U. Católica de Valparaíso*)
Juan Vera Sánchez (*Universidad de Chile*)
Macarena Oyarzún Ithurrealde (*Pontificia U. Católica de Chile*)
Maite Aguirrezábal Grünstein (*Universidad de los Andes*)
Ramón García Odgers (*U. Católica de la Santísima Concepción*)

Coordinación General

Antonio Andrés Valenzuela Iturriaga
Catalina Thamara Valenzuela Mejías
David Enrique Guzmán Meneses
Diego Andrés Moreno Godoy
Katalina Alessandra Del Canto Rivera

Equipo Revisión

Camila Esperanza Palominos Rodríguez | **COORDINADORA**
Diego Alonso Azócar Lobos
Fabián José Andrade Pérez
Ignacio Andrés Reyes Mardones
Matías Ariel Prieto Berríos
Mónica Angélica Maureira Castillo
Nicole Estefanía Silva Lisboa

Equipo de Redacción

Marco Sebastián Triviño Cid | **COORDINADOR**
Catalina Francisca Fortabat Ulloa
Daniel Alejandro Cantos Polit
Flavio Abraham Castro Peralta
Kevin Aaron Gutiérrez Parra
Paulina Alejandra Araya Vivanco

Equipo de Edición y Diseño

Sofía Belén Caravantes Palomo | **COORDINADORA**
Ángeles del Pilar Franco Allen
Cesia Belén Vargas Vargas
Javiera Andrea Plaza Marín
Leandro Ignacio Ortega Núñez
Renata Carolina Ariztía Valdivia

Diseñador

Miguel Angel Cortez Olivares

Tipografías

Skolar Sans Latin
Utopia Std

Universidad Diego Portales
Carlos Peña González | **RECTOR**

Facultad de Derecho
Jaime Couso Salas | **DECANO**



Sumario



	<u>Págs.</u>
Editorial	Pág. 06 →
ART. 1. — Admisibilidad del testigo de oídas en el Derecho Procesal Penal. Autor: Cristian Parada González	Pág. 08 →
ART. 2. — La situación actual que viven niños y niñas menores que residen con sus madres en prisión y su regulación en Chile. Autora: Javiera Cecilia Ramirez Albornoz	Pág. 36 →
ART. 3. — Afectación en la eficacia de la persecución y juzgamiento penal, por la existencia de la prueba ilícita. Autor: Ricardo Márquez Acevedo	Pág. 41 →
ART. 4. — El «sicópata» de Alto Hospicio: obstáculos y discriminación. Autor: Daniel Madrid Tapia	Pág. 69 →
ART. 5. — Las intervenciones telefónicas en Chile. Contenido de sus requisitos y determinación del concepto de fundadas sospechas. Autor: Juan Carlos Olivares Rosales	Pág. 74 →
Instrucciones para publicar en la revista	Pág. 99 →



JUAN JOSÉMARTÍNEZ LAYUNO

Director REDP*Máster en Ciencias Jurídicas,
Universidad de Stanford**Profesor de Derecho Procesal,
Universidad Diego Portales**Director, Revista Estudiantil de
Derecho Procesal*

**Esta segunda edición
consiste en un número
especial cuyo objetivo
exclusivo es aportar al
debate procesal penal.**

Editorial

Es un honor presentar este segundo número de la Revista de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales. En tan solo un año se ha duplicado el número de artículos recibidos, se ha robustecido el equipo de trabajo y desde este número se cuenta con un selecto equipo de docentes árbitros editoriales provenientes de diversas universidades nacionales.

Debido a la numerosa cantidad de contribuciones, esta segunda edición consiste en un número especial cuyo objetivo exclusivo es aportar al debate procesal penal. La revista comienza con el artículo del autor Parada González, que, utilizando las herramientas del derecho comparado, reflexiona sobre la admisibilidad del testigo de oídas en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, la autora Ramírez Albornoz, analiza la situación de niños y niñas que residen con sus madres en prisión y los problemas que en nuestro país genera la regulación deficiente de esta materia.

En tercer lugar, para contribuir a una discusión que está lejos de agotarse, se presenta una pieza del autor Márquez Acevedo sobre la existencia, vigencia y extensión de la prueba ilícita como institución en el derecho chileno. El cuarto artículo del autor Madrid Tapia, proporciona una reflexión sobre el acceso a la justicia a través del análisis de un famoso caso criminal que hace veinte años golpeó el norte de nuestro país. Finalmente, el autor Olivares Rosales presenta el quinto artículo centrado en una figura de incómoda regulación como son las intervenciones telefónicas, abordando sus requisitos de procedencia y determinación.

Uno de los retos que enfrentamos quienes somos docentes de Derecho Procesal consiste en entregar experiencias educativas profesionalmente valiosas para nuestros estudiantes, que sean a la vez un aporte para quienes juzgan, litigan en nuestras cortes o elaboran políticas públicas basadas en evidencia. Así, pues, la expectativa es que, en manos de los estudiantes, esta revista responda a dicho desafío y que a través de ella nuestra comunidad universitaria pueda seguir aportando al debate jurídico nacional. ✨

En tan solo un año se ha duplicado el número de artículos recibidos, se ha robustecido el equipo de trabajo y desde este número se cuenta con un selecto equipo de docentes árbitros editoriales provenientes de diversas universidades nacionales.

Admisibilidad del testigo de oídas en el Derecho Procesal Penal

Admissibility of hearsay evidence in Criminal Procedure Law

Tesina

CRISTIAN PARADA GONZÁLEZ *

* EGRESADO DE DERECHO, Universidad Alberto Hurtado. AYUDANTE DE LA CLÍNICA JURÍDICA TRANSPARENCIA Y DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.
Tesina ganadora del premio «Tesis de Excelencia» de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Resumen: Las fases del proceso penal conforman la compleja estructura en que debe desenvolverse esta ciencia, debiendo cumplir en todo momento con la observancia de los principios rectores como el de contradictoriedad, concentración, debido proceso, entre otros. En particular, la fase intermedia, relevante para el cumplimiento de tales máximas, posibilita el control de admisibilidad y exclusión de medios que no cumplan con la pertinencia exigida por la norma procesal, facilitando la evaluación respecto a la calidad y confiabilidad que brinda la prueba.

Cuestión compleja a este respecto es el testigo de oídas. Su carácter conflictivo no es azaroso, presentando un eje problemático relativo a su credibilidad, certeza jurídica e incluso a la inobservancia de principios de contradictoriedad y confrontación. El panorama se complica las veces en que nuestro Derecho presenta criterios de nula profundidad para con este medio, debiendo recurrir al Derecho Comparado para conocer del tratamiento específico en cuanto a admisibilidad.

Por tanto, a falta de una mirada objetiva que atienda la problemática, presentamos un análisis crítico de la institución, su tratamiento y sistematización, tanto nacional como comparado, proponiendo una regulación exhaustiva que, considerando los nudos críticos que encierra, permitan delimitar su admisibilidad a una regla de exclusión general.

Abstract: *The phases of the criminal process make up the complex structure in which this science must develop, complying in every instance with the observance of the guiding principles such as contradictoriness, concentration, among others. In particular, the intermediate phase, relevant to the compliance of such maxims, enables the control of admissibility and exclusion of means that do not comply with the relevance required by the procedural rule, facilitating the evaluation of the quality and reliability provided by the evidence.*

A complex issue in this respect is the hearsay witness. Its conflictive character is not random, presenting a problematic axis related to its credibility, legal certainty and even the non-observance of the principles of contradictoriness and confrontation. The panorama is complicated when our procedural law presents criteria of null depth for this means, having to resort to comparative law to know the specific treatment in terms of admissibility.

Therefore, in the absence of an objective look at the problem, we present an analysis of the institution, its treatment and systematization, both national and comparative, proposing an exhaustive regulation that, considering the critical knots that this evidence encloses, allows delimiting its admissibility to a rule of general exclusion.

KEYWORDS: *Hearsay Witness - Admissibility - Contradiction - Intermediate Phase.*

PALABRAS CLAVE: Testigo de Oídas – Admisibilidad – Contradicción – Fase Intermedia.



Sumario

1) Introducción; 2) El testigo de Oídas como Prueba Testimonial; 3) La Admisibilidad del Testigo de Oídas; 4) Eje problemático del Testigo de Oídas; 5) Análisis Comparado: el Testigo de Oídas en el Derecho Angloamericano; 6) Propuestas frente al Panorama del Testigo de Oídas y su Admisibilidad; 7) Reflexiones Finales.

1) Introducción

La llegada del nuevo sistema procesal penal acusatorio, consecuencia de la reforma procesal penal habida en Chile a inicios del nuevo milenio, implicó la despedida de un sistema inquisitivo que rigiera en nuestro país por más de cien años. El obsoleto sistema inquisitivo dio paso al reconocimiento sustantivo de las garantías contenidas en los instrumentos internacionales dilatadamente reconocidos en nuestro país. Tal reforma respondió a la necesidad de reformular las bases de aplicación y ejecución del derecho procesal penal, el que ahora amparado por las garantías de derecho internacional, requería de medios firmes y efectivos para su aplicación.

Así, la introducción de un sistema de corte acusatorio adversarial traería consigo la sistematización y codificación de lo que fuera su fuente de inspiración, esto es, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. De esta forma, principios como el acusatorio, de oficialidad, oportunidad, y las garantías como el derecho a un juez independiente, imparcial, a la defensa y, relevantes para nuestro trabajo, el derecho a presentar, rendir y contradecir la prueba contraria, serían ahora cuestiones mínimas del reformado Estado de Derecho.

Este nuevo encuadre de principios y garantías, concretizado en las reformas al sistema probatorio, implicó también la distribución del proceso en tres fases claramente diferenciadas, a saber, la fase de investigación, la fase intermedia y la etapa de juicio oral¹.

De aquellas, la fase intermedia en particular y su correcta concreción será fundamental, pues a pesar de la multiplicidad de funciones que se contienen en esta etapa procesal, su finalidad esencial es el *control de la información que se pretende incorporar en la fase posterior, asegurando que cumpla estándares de licitud y pertinencia, sirviendo esta de base para una resolución judicial ajustada a derecho*². En efecto, será esta sede la que permitirá la minuciosa inspección de la prueba presentada, admitiendo sólo las que dispongan del estándar mínimo dispuesto a toda prueba.

Al respecto, uno de los medios probatorios que presenta mayor complejidad es el que nos reúne en este trabajo: el testigo de oídas. Someramente, diremos que este testigo se presenta como un medio de prueba que, por su naturaleza, resulta problemático atendiendo a que la fuente directa de la información no se encuentra disponible. Esto pues, lo que se depone en juicio no es el hecho propiamente tal, sino la narración que sobre este han realizado otras personas. Las características propias del testigo de oídas son las que nos permiten arribar a diversos conflictos para con las finalidades últimas de la reforma procesal penal, como lo son el respeto a las garantías

¹ Libro II, títulos I, II y III CPP, respectivamente.

² BLANCO (2020), pp. 127-142, p. 128.

- 3 Esto pues reconocemos la utilidad que presta las veces que sea imposible obtener la declaración de un testigo directo, o cuando la citación resulte extraordinariamente dificultosa.

y principios, y el perfeccionamiento de las decisiones judiciales por medio del ingreso de prueba de mejor calidad. Tal como se presentará, a pesar las relevantes problemáticas mencionadas, y dada la inexistencia de criterios de admisibilidad en Chile, el testigo de oídas recibe en Chile una admisibilidad consistente y uniforme.

Somos contrarios, por los mencionados motivos, a la sostenida aceptación que este testigo ha tenido en nuestro Derecho, y sin sostener la absoluta exclusión de este medio probatorio³, abogamos por un sistema que regule de forma exhaustiva su admisibilidad, aceptándola en la medida que, y siguiendo particulares criterios en torno al cómo se obtiene la prueba por parte del testigo de oídas, la información resulte confiable, propiciando llevar adelante un trabajo decisorio limpio.

Pretendemos en las siguientes páginas, por una parte, llenar el vacío relativo al testigo de oídas, y, por otro lado, intentaremos dar luces de las distintas complejidades que fundamentan nuestra posición. Para tal efecto, comenzaremos con un marco general de la prueba y del testigo de oídas. Luego, nos referiremos a su admisibilidad, dando cuenta de los dos argumentos usados, erróneamente a nuestro parecer, para ser acogido. En el apartado siguiente desarrollaremos el eje problemático, entregando las justificaciones de las complejidades que denunciamos. A reglón seguido, analizaremos su tratamiento comparado, refiriéndonos a dos ordenamientos jurídicos insignes. Finalmente, desarrollaremos un somero apartado de reflexiones en torno a los desafíos que presenta el devenir del testigo de oídas.

2) El Testigo de Oídas como Prueba Testimonial

Para el análisis del testigo de oídas y sus implicancias resulta indispensable plantear un breve marco teórico respecto a la prueba, esquema básico sobre la cual desarrollaremos el estudio de la institución.

2.1. La prueba

Es menester mencionar, en primer lugar, las dinámicas del proceso sobre las cuales debe entenderse la prueba. Un sistema acusatorio adversarial implica la necesaria contraposición de intereses entre las partes. Así, aquellas pretensiones en tensión deben ser recogidas y conocidas por la judicatura, con el objeto último de ser resueltas. En el caso del proceso penal, existe un interés estatal de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión de un delito y, por otro lado, el interés del imputado de mantener su libertad. Para la prosecución de estos intereses, es el juez el que deberá resolver la controversia en base a los hechos (sustrato básico del conflicto), los que deberán ser asentados por medio de la prueba.

Así, la prueba puede entenderse como el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos, y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto⁴. Sin sobreabundar, nos limitaremos a mencionar que el fin último de la prueba es *servir de base* y

- 4 MATURANA (2009), p 242; p. 11.

5 RAGUSA (2003), pp. 772-777; p. 772.

6 MATURANA Y MONTERO (2012), pp. 771-772.

7 HOUED (2007), p. 28.

8 YEANNES, DANTI, Y GIOMASO (2015). p. 2.

fuelle de una sentencia, siguiendo la máxima de que el juez juzga de acuerdo con lo alegado y probado⁵. Lo mencionado se enmarca en el principio de necesidad de la prueba, en virtud del cual la prueba que debe servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia de juicio oral, lo cual es a su vez reiterado por el art. 340 CPP.

Resulta necesario, por tanto, distinguir entre la *prueba*, entendido como aquellos actos procesales que se realizan en el proceso permitiendo al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes, y los *medios de prueba*, siendo estos los elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del juez respecto de un hecho⁶.

2.2. El testigo como medio probatorio

Si bien existen distintas aproximaciones a los medios probatorios (determinadas y no determinadas por la ley), el nuevo sistema de libertad probatoria permite afirmar que, por regla general, todo puede ser probado por cualquier medio, permitiéndose a las partes hacer prueba no solo con aquellos medios expresamente regulados sino con otros medios no reglamentados. Con todo, el Código Procesal Penal (en adelante CPP.) sí contiene determinados medios de prueba que ha regulado con mayor intensidad. Así, dentro de la regulación que realiza el CPP debemos referirnos con especial atención a lo referido a la prueba testimonial, por constituir, en primer lugar, el objeto de nuestro trabajo, y luego, por ser el medio de prueba más utilizado, por cuanto es el modo *más adecuado para reconstruir los acontecimientos humanos*⁷.

El artículo 309 inc. 2° CPP establece la distinción de sujetos que depondrán como testigos. Así, siguiendo la extendida distinción de los sistemas procesales acusatorios, la ley procesal distingue entre los testigos directos, es decir, aquellas personas que han tenido conocimiento personal de los hechos a comprobar por *propriis sensibus*, y los testigos de oída, siendo aquellos que dan razón circunstanciada de los hechos que hubieren oído referir a otras personas.

En este punto, es menester aterrizar al testigo de oídas el contenido que venimos desarrollando, dando cuenta de los elementos más relevantes que se desprenden de esta figura.

2.2.1. Del testigo de oídas en particular

Por testigo de oídas debemos entender aquellas personas distintas de los sujetos legitimados en un proceso, que transmiten conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediando la percepción sensorial del verdadero testigo de lo acaecido⁸. Su carácter marginal respecto a los hechos ocurridos (no recibe directamente por sus sentidos) lo cataloga como un testigo *ex auditu*, es decir, lo que relata no es el hecho que como tal se pretende demostrar, sino la narración que sobre este han realizado otros.

A pesar de que el artículo 309 inc. 2° CPP relaciona al testigo presencial con el de oídas al tratar la declaración que estos deberán realizar, estos no

poseen, en concreto, mayor relación. Las implicancias que posee un testigo que declara de lo que por sus sentidos ha conocido, son mucho más reducidas que en aquel testigo que no conoce directamente de los hechos, sino solo los recibe por un tercero, bajo un proceso de análisis que se va deformando progresivamente.

Más que el traspaso de información de un interlocutor a otro, lo que caracteriza al testigo de oídas es la mencionada deformación progresiva de la información. Así, el traspaso de información que se realiza al testigo de oídas puede ser modificado por múltiples elementos que desencadenarán en una declaración de baja calidad. El conflicto desemboca en la desconfianza que crea la declaración de una persona que no presencié los hechos personalmente, sino que es considerada un transporte de lo que ha presenciado otro. Es decir, *no se retiene lo sucedido, sino el relato de lo sucedido; no se recuerda el hecho original, sino el relato explicado*⁹.

Hay que recordar que la percepción supone siempre un ejercicio interpretativo de quien, valga la redundancia, percibe. Esto implica una representación de los hechos, la cual es intensificada al máximo en este testigo. Por ello, la doctrina comparada ha señalado como causal de exclusión lo relativo al *testigo no disponible*¹⁰, esto es, se deberá excluir toda testimonial en que el testigo directo no se encuentre disponible para responder del examen y contra examen. En efecto, es característico de este medio que, las veces en que sea imposible adquirir la fuente original de información, su admisibilidad en juicio implique la limitación del ejercicio de confrontación, pues, resulta imposible realizar un contra examen de lo que conoce el testigo que presencié el hecho. Realizar un contra examen de las debilidades de lo conocido por el testigo de oídas sería examinar un testigo que desconoce el hecho.

3) La Admisibilidad del Testigo de Oídas

De plano, mencionaremos que este testigo recibe una constante admisibilidad en los procesos penales chilenos, quizás por una falta de cuestionamientos respecto a sus implicancias, o por la aplicación dilatada de los principios del derecho probatorio. Refiriéndonos a la admisibilidad, plantearemos a continuación un primer análisis relativo al estudio del conflicto realizado por la doctrina nacional, y, en segundo lugar, nos enfocaremos en dos argumentos sostenidos para fundamentar la admisibilidad: el régimen de admisibilidad de la ley y la libertad probatoria.

A primera vista, es notorio el profundo abandono del concepto. Abandono en el entendido que, haciendo una revisión de los documentos y manuales referidos a la prueba, no nos encontramos con información respecto al testigo de oídas, así tampoco respecto a sus consecuencias. Por otro lado, la inexistencia de opiniones relevantes al respecto contrasta con lo que ha hecho la doctrina, en los mismos documentos, respecto al resto de medios probatorios¹¹.

Contrario a lo que se podría pensar, el no-tratamiento no es consecuencia de la reforma del sistema procesal penal y las nuevas lógicas de libertad probatoria, pues la omisión en los desarrollos intelectuales de este

⁹ PARRA (2016), p. 31.

¹⁰ MEJÍA GALLEGO (2017), p. 29.

¹¹ HORVITZ, Y LÓPEZ (2004), pp. 262.

12 El antiguo Código de Procedimiento Penal contenía al testigo de oídas, en el art. 464 (...) Igualmente las del testigo de oídas, sea que declaren haber oído al procesado, o a otra persona.

13 Ej. **MATURANA Y MONTERO** (2012) 987.

14 **VIAL** (2011), pp. 448-473, p. 459.

15 **3° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO**, RIT 136-2010, 26 de febrero de 2012, considerando 19°.

16 **HERMOSILLA** (2006), p. 328.

medio se ha desplazado desde el antiguo proceso penal inquisitivo al nuevo proceso penal acusatorio¹². Así, de forma somera se han desarrollado trabajos respecto a la admisibilidad de policías como testigos de referencia, relacionados con la declaración y la confesión del autor de un delito que es oída por funcionarios.

A primeras luces, la respuesta a este despiste doctrinal se encuentra en la constante acogida del testigo de oídas en la jurisprudencia. Tal uniformidad conllevaría, por cuestiones lógicas, a que no existan mayores cuestionamientos respecto a la figura ni a sus elementos particulares. De todas formas, cuando la doctrina ha decidido referirse al testigo de oídas lo ha hecho en momentos en extremo singulares, acercándose a su concepto sólo cuando se requiere realizar una caracterización del testigo directo¹³, entregando definiciones del testigo de referencias que son más bien una cita textual del artículo 309 CPP.

3.1. Régimen de admisibilidad en la ley procesal

Cabe referirnos nuevamente al único artículo que hace referencia al testigo de oídas, el artículo 309 CPP, pero desde un enfoque distinto. Esto pues el inciso primero del mismo determina el primer argumento bajo el cual la jurisprudencia y, puntuales trabajos de la doctrina han admitido al testigo de oídas en juicio: la inexistencia de testigos inhábiles en el proceso penal.

Dice el artículo que en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles, entregando a las partes la carga de demostrar su credibilidad, imparcialidad e idoneidad, o la falta de ella¹⁴. Tal flexibilidad contrasta con lo que se consagró en el antiguo Código de Procedimiento Penal, a saber, los menores de 16 años, los procesados o condenados mientras no cumplan la condena, aquellos condenados por falso testimonio y todos los señalados en el artículo 460 se encontraban inhabilitados para atestiguar.

A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que *el testimonio de oídas no puede ser rechazado como elemento válido, por cuanto la ley no contempla la posibilidad de que haya, a propio, testigos inhábiles*¹⁵. La doctrina se ha esmerado, en todo caso, en reiterar la importancia del ejercicio del derecho de confrontación como una suerte de balanza para la inexistencia de testigos inhábiles, toda vez que este examen irá destinado a restar credibilidad en sus testimonios a las grandes cantidades de pruebas testimoniales que suelen presentarse en juicio¹⁶.

No consideramos coherente lo anterior. El desarrollo del proceso y sus principios deben entenderse funcionales a los derechos fundamentales y al ejercicio de aquellos. Tal que así, el principio de no-inhabilidad debiera aplicarse permitiendo que la contraparte cuestione debilidades de prueba contraria, más no privarlo de aquel derecho. Empero, es imposible verificar que el derecho de confrontación actúe como una balanza, dada la restricción que, en este contexto, poseen las partes para el ejercicio del contraexamen del testigo original. Fundamentar su admisibilidad en la sola habilitación general parece poco acertado, pues permite que prueba de mala calidad, poco cuestionada y debilitada ingrese sin controversia.

3.2. El nuevo régimen de libertad probatoria, ¿justifica su admisibilidad?

Como hemos reiterado, el abandono del sistema procesal inquisitivo por el actual sistema acusatorio trajo consigo la consagración de un régimen de libertad probatoria de influencias anglosajonas. En palabras del Prof. Duce, *aquel sistema permite la introducción de cualquier medio probatorio (...) sin necesidad de que esté regulado previa y específicamente en la ley*¹⁷.

Lo anterior, a primeras luces inocuo, es la principal justificación para la admisibilidad del testigo de oídas. En efecto, cualquier presupuesto de hecho podría ser probado por cualquier medio probatorio, admitiéndose a los testigos en la medida que se sujeten a las normas de incorporación y producción de pruebas. Así lo expresa la jurisprudencia al interpretar que se admite el testigo de oídas fundado en el artículo 295 CPP sobre la libertad de prueba por cuanto todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley¹⁸. Tal que así, la libertad probatoria no solo es garante de la admisibilidad de la prueba testimonial, sino también es la propia *posibilidad que ha establecido el legislador de admitir la participación del testigo de oídas*¹⁹.

A la luz de las múltiples interpretaciones realizadas respecto a los límites de la libertad probatoria, las justificaciones de la jurisprudencia para la admisibilidad resultan particularmente complejas. Esto pues, de los cuestionamientos del carácter abierto/cerrado del nuevo sistema probatorio han resultado los argumentos para admitir el testigo de oídas: el deber de aceptar como medio probatorio cualquier medio siempre que no quepa en las causales de exclusión establecidas por el CPP. Sin embargo, y entendiendo hipotéticamente que hemos superado el estándar exigido por la ley para la incorporación de medios ¿podemos presentar cualquier tipo de prueba que contenga algún tipo de información, cualquiera sea la forma?.

Siguiendo la doctrina mayoritaria, al acercarnos al artículo 295 CPP se determina que cualquier información puede ser alegada en audiencia a menos que sea declarada inadmisibles²⁰. En efecto, nuestra legislación apuesta por la sistematización de los requisitos mínimos a cumplir para que la prueba sea admitida, considerando, en todo caso, que el abandono de la configuración taxativa respecto a los medios no implicó la flexibilización total del sistema procesal. Así, el que la iniciativa probatoria se entregue a las partes para su determinación estratégica no implica la distensión del régimen probatorio, pues este deberá observar siempre el respeto y protección a los derechos esenciales del proceso²¹.

Lo dicho encuentra amplia aceptación en la doctrina, coincidiendo en que las pruebas presentadas, bajo el amparo de la libertad probatoria como garantía del *onus probandi* de todo proceso, entiende como limitación a su aplicación la existencia de otras garantías individuales y principios procesales que estructurarán el sistema acusatorio en su conjunto. En palabras de la doctrina, *si se pretende presentar una fuente de información a juicio que comprometa la vigencia de estos valores [...], que comprometa la calidad de la decisión o de los derechos de una de las partes [...] el sistema no debe admitirla*²². Como se aprecia, existe una limitación mayor a la que a simple

17 DUCE (2016), pp. 297-327, p. 303.

18 TOP, Rol N° 136-2010, considerando 19°.

19 CORTE DE APELACIONES, Rol N° 863-2006, 26 de mayo de 2016.

20 COLOMA (2004), p. 12.

21 DUCE (2016) p. 304.

22 DUCE (2016) p. 306.

vista se desprende del art. 295 CPP para la presentación de prueba (sin perjuicio de lo determinado en el art. 296), no bastando el que la prueba no haya sido excluida por causas legales, sino que debe también observar en todo momento las garantías de todo interviniente.

Habiendo consignado la interpretación jurisprudencial en torno a la admisibilidad del testigo de oídas y los límites establecidos por la doctrina respecto a la libertad probatoria, es menester detenernos en lo que consideramos dos contradicciones críticas que fundamentan nuestro rechazo a la admisibilidad generalizada de este medio. Nos referiremos, en primer lugar, a los fines de la libertad probatoria, en particular con la calidad de la prueba. Luego, a los límites doctrinales para el rechazo de medios probatorios que lesionen las garantías procesales.

Respecto a la finalidad última del régimen de libertad probatoria, recordemos que lo pretendido por el nuevo modelo es la introducción de prueba de la más alta calidad, favoreciendo decisiones más acertadas. Esto es, que la prueba que ingrese a juicio permita al tribunal alcanzar un estándar suficiente para poder determinar la culpabilidad o inocencia del imputado.

Un testigo, por otra parte, que concurra declarando lo que otros le señalaron respecto al hecho, dispone de un conflicto en cuanto a la calidad de la declaración, oscureciendo la relación lógica que se debe establecer entre el medio y el hecho por probar. Complejo es, por tanto, considerar que las falencias del testigo de oídas, ante una hipotética falta de oportunidad de percibir los sucesos del evento, y en tal caso, la imposibilidad de confrontar tal declaración con el testigo original, conformen prueba suficiente para vencer la presunción de inocencia que escuda a todo imputado. Entonces, ¿cómo es que, aceptándose por la doctrina que la finalidad última de la libertad probatoria es que la prueba que ingrese al proceso sea de la más alta calidad, las falencias de un medio como el testigo de oídas no sean contrastadas con criterios de admisibilidad afines a la finalidad última ya mencionada, o, al menos, contrastadas con un análisis crítico respecto a nuestros tribunales? Sin este ejercicio, la probabilidad de incurrir en errores judiciales aumentaría considerablemente.

Por otra parte, la imposibilidad de confrontar la declaración del testigo de oídas con el testigo original, lleva a la impracticabilidad del contraexamen de un testigo que, de plano, no se presenta ante el tribunal. En otras palabras, la confrontación se limita las veces que el soporte original de la información no se encuentra presente, dificultando evidenciar las falencias, debilidades y faltas de credibilidad del testigo presencial, relator de la información entregada al de oídas²³. En tal caso, ¿cómo podría justificarse la admisibilidad sin restricción del testigo de oídas, las veces que su ingreso llevaría a una limitación de cuestiones fundamentales como la contradictoriedad y confrontación? Recordemos que es requisito nuclear el que la prueba presentada respete siempre los derechos, principios y garantías procesales, de las partes y del proceso en sí. Así, en palabras de la doctrina, *aquella prueba que comprometa los derechos de una de las partes o la vigencia de los valores que norman el proceso, no debe ser aceptada*²⁴.

Tales contradicciones demuestran, por un lado, que la libertad probatoria como argumento base en la admisión de medios de prueba no debe

²³ BLANCO (2020) p. 130.

²⁴ DUCE (2016) p. 306.

desatender los principios y garantías procesales (e incluso, generales del derecho), y, por otro lado, que resulta urgente atender al establecimiento de criterios de exigibilidad para su admisibilidad y valoración.

Finalmente, podría contra argumentarse que la consideración de los tribunales no conlleva la laxitud del sistema de libertad probatoria, constituyendo el testigo de oídas una excepción en el régimen probatorio. No obstante, no creemos que esto sea así, pues la admisibilidad del testigo de oídas es de lato uso, concretamente en delitos de abuso sexual propio o delitos de lesa humanidad en que, atendida la naturaleza del delito, es complejo obtener testimonios directos.

4) El Eje Problemático del Testigo de Oídas

El eje problemático está conformado por las distintas aristas de conflicto que encierra el testigo de oídas tanto para el proceso como para las partes. Al efecto, en este apartado desarrollamos el criterio «*calidad*» y su relación con la admisibilidad. Además, profundizamos los conflictos con el derecho a contra examinar prueba del contrario y, finalmente, nos abocamos a la inobservancia del principio de inmediación.

Como antesala, contextualicemos el rol del juez respecto a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio. Como hemos insistido, el sistema probatorio chileno se enmarca en el denominado régimen de sana crítica. Desde la perspectiva del tribunal, los distintos sistemas entregarán una mayor o menor libertad respecto a la valoración de la prueba, entregándose, en nuestro caso, libertad al juez para la valoración racional de la prueba²⁵. Es decir, corresponderá al juez dirimir el asunto evaluando la razonabilidad jurídica, recayendo en ellos, al momento de dictar sentencia, la responsabilidad de distinguir la calidad de la información presentada²⁶.

Es fundamental, por tanto, comprender por qué la admisibilidad sin restricciones de una prueba que es difícil contrastar, contaminaría el proceso y el trabajo de análisis exhaustivo al cual está llamado el tribunal.

4.1. Calidad del testigo de oídas: precisiones y riesgos fundamentales

Respecto a la calidad del testigo de oídas ya nos hemos referido en este trabajo. Solo cabe realizar algunas precisiones relevantes en orden a relacionar su admisibilidad las veces en que se constituye como prueba de baja calidad con determinadas consecuencias que de ello derivan.

Primero, acerquémonos a la contextualización realizada respecto al tribunal, su rol en el régimen de libertad probatoria y las consideraciones doctrinales al respecto. Sobre el punto, una lectura doctrinal de amplia aceptación señala que a mayor información (exhibición de documentos, declaraciones de testigos o peritos, etc.) es posible arribar a mejores resultados, entendiendo por *mejor resultado* la aceptación judicial que se acerque en mayor medida a lo que efectivamente ocurrió. Aún más, se ha entendido que la no-admisibilidad de información producirá *siempre* la disminución de la calidad en las decisiones judiciales²⁷. Tal que así, toda

²⁵ CAROCCA (2005) p. 233.

²⁶ COLOMA (2004) p. 17.

²⁷ COLOMA (2004) p. 12.

28 COLOMA (2004) p. 16.

29 En el entendido de que una prueba de calidad es una prueba eficiente, esto es, cuando las versiones alternativas o teorías de hecho distintas no subsisten. Ver Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, Causa RIT: 45-2007, 11 de Julio de 2007, Considerando 13o.

30 Podría señalarse que la excepción «exclusión por baja calidad» resuelve el conflicto, no obstante, aquella categoría es «de papel», entendiendo que no existe circunstancia alguna en que el testigo de oídas se subsuma a aquella construcción, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

31 BARRIENTOS (2010), pp. 5-6.

32 El Prof. Maturana se refiere a este punto mencionando que un alto estándar de prueba exige al Estado información de alta calidad y eficiencia en la investigación penal, minimizando la posibilidad de condenar a un inocente por error o arbitrariedad. Ver en Maturana (2009), p. 235-236.

exclusión de información deberá justificarse en criterios doctrinales derivados del contenido del CPP, a saber, la eficiencia del uso de recursos, la protección de derechos fundamentales, las de control de información potencialmente sesgada o que provoque sesgo decisor, además de información de baja calidad²⁸.

Respecto al primer punto, resulta contradictorio aludir a que una mejor decisión (o, *un mejor resultado*) se observará las veces en que el juez deba admitir toda prueba que es puesta a su conocimiento, pues de otra forma, las decisiones judiciales *siempre* serán de menor calidad. Contradictorio pues, recordemos que el principal cuestionamiento del testigo de oídas resulta en que la obtención de información se obtiene siguiendo la declaración de otro (proceso que implica una transformación de lo ocurrido desde el testigo presencial al testigo de oídas), es decir, una probable baja calidad atendiendo al origen de su información. Ante esto, consideramos que la limitación relativa a lo que un tercero hizo saber o no, excluiría la posibilidad, al momento de examinar la prueba, de eliminar o refutar proposiciones fácticas compatibles con la inocencia o culpabilidad del acusado.²⁹

Al respecto, no concebimos plausible que para evitar el desmedro de las decisiones judiciales se deba acudir a una sobreabundancia de prueba en la que el juez deba admitir todo medio que le es vertido. Nos preguntamos cómo podría la admisión sin límites de un medio que, ante las circunstancias en que aquella es adquirida (por tanto, constituyéndose en prueba de mala calidad), devenir en una mejor decisión o un *mejor resultado*. Al contrario, siendo una prueba de mala calidad, la decisión fundada en el testigo de oídas será de peor calidad todavía³⁰. Para el tribunal, hay mayor probabilidad de que las decisiones conlleven errores y distorsiones que en nada pueden relacionarse a un mejor resultado. En efecto, el error judicial se configuraría las veces en que la prueba de oídas, la cual dispone supuestos poco confiables, sea decisiva, esencial y relevante para arribar a conclusiones condenatorias o absolutorias³¹.

Las circunstancias anteriores permiten vislumbrar riesgos críticos en el resultado del proceso. Así mismo, la admisibilidad sin criterios efectivos deviene en un «incentivo negativo de parte», es decir, para la parte que presenta prueba de cargo se plantea una intención destinada a verter prueba de mala calidad, pues aquella, aun cuando devenga en dificultades para el caso, será declarada admisible de todas formas. Luego, la excesiva flexibilidad permitirá que las partes no requieran dotar de contenido a su estrategia procesal, conformándose con la información de baja calidad que el testigo de oídas pueda entregar. Lo anterior es una verdadera sustitución de prueba, cuestión que lleva a alejar más que a acercar la certeza jurídica de las decisiones.

En este punto, abogamos por el establecimiento de criterios de admisibilidad más exigentes, lo cual nos permite, por una parte, trasladar la exigencia del análisis profundo de la prueba de mala calidad a las propias partes, para que sean ellas las que tengan la motivación de brindar mejor prueba, y, por otro lado, que el ingreso de prueba de mayor calidad disminuye el margen existente de errores judiciales³². Las mayores exigencias de la prueba presentada no implican un estándar de prueba de absoluta certeza. Compartimos la opinión entregada por la doctrina: un estándar

33 MATURANA (2009), pp. 235-236.

absolutista respecto a la calidad de la prueba conlleva a exigir un estándar demasiado alto para lograr la convicción del tribunal, entendiéndose como «custodios de la prueba de más alta calidad»³³, lo que requeriría ir mucho más allá de toda duda razonable.

4.2. La afectación de derechos y principios

Habiéndonos referido ya a la reforma procesal penal y sus implicancias, recordaremos brevemente que este cambio no sólo consagró el catálogo de derechos fundamentales de los sujetos procesales por medio de principios, sino también impactó en la forma de comprender los alcances y contenidos de aquellas garantías. Al respecto, el testigo de oídas se entrelaza en una pugna con los nuevos principios procesales, en particular con los de inmediación y contradicción.

4.2.1. Derecho de confrontación y principio de contradicción

34 DUCE (2014), pp. 118-146, p. 125.

Previamente, conviene aclarar que el derecho de confrontación ha sido recogido por bajo el símil de «principio de contradicción»³⁴. Por lo mismo, nos referiremos a los anteriores como semejantes, siguiendo lo establecido por la doctrina autorizada.

35 DUCE (2014), p. 122.

Entenderemos el derecho de confrontación como aquel que asiste a todo acusado, el cual debe contar con una oportunidad de interrogar o examinar a los testigos o peritos que aportarán información que podría perjudicarles³⁵. Dispone de un amplio tratamiento en los artículos 290, 325, 329, 330 y 338 CPP. En base a ellos, se desprende que cada medio de prueba se debe someter a un análisis profuso por las partes, lo que permitirá al juzgador conocer los ejes de cada prueba³⁶, contrariando la información aportada por los testigos y peritos, y depurando así la información presentada. Así, el ejercicio de contradicción entrega una oportunidad real, por parte de la defensa, para ejercer la máxima refutación y desacreditación activa de las hipótesis acusatorias.

36 BLANCO (2020), p.130.

Considerando el carácter elemental de este derecho en los modelos acusatorios, se ha requerido de garantías efectivas para su pleno ejercicio, las que han sido recogidas tanto en derecho comparado como en el derecho nacional, inspirados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, nos encontramos con que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP.) dispone en su art. 14.3 literal e) que toda persona acusada de un delito tendrá durante el proceso, derecho a (...) interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo. De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH.) establece en el art. 8.2 literal f) que toda persona inculpada por un delito tiene derecho a (...) interrogar a los testigos presentes en el tribunal³⁷.

37 PIDCYP (23 de marzo de 1976), art. 14.3 literal e); CADDHH (18 de julio de 1978), art. 8.2 literal f).

38 Ver Constitución Política de la República de Colombia (4 de julio de 1991), art. 29.

A diferencia de nuestros países vecinos³⁸, nuestro derecho no contiene una referencia explícita a lo que se entiende derecho de confrontación. No obstante, la Constitución Política (en adelante CPR) sí consagra el derecho al debido proceso, contenido en el art. 19 N°3 inc. 6°. Al respecto, se ha

39 Ver Tribunal Constitucional, Rol N°10.588-2021, 22 de julio de 2021 (...) de la bilateralidad de la audiencia emana el principio contradictorio, que dota de contenido al derecho a la defensa en el marco de un juicio oral (considerando 21°).

40 BLANCO (2020), p. 130.

41 PARRA (2016), p. 31.

entendido que en tal precepto se contiene la confrontación y la contradicción, por constituir la estructura esencial del derecho a la defensa en el marco de un sistema adversarial³⁹. Recordemos que, sin perjuicio de la falta de referencias textuales respecto al derecho de confrontación, aquél se entiende parte integrante de nuestro derecho en virtud del art. 5 inc. 2° CPR, que establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como puede apreciarse, la globalidad de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, sea desde una perspectiva legal, constitucional y por sobre todo, de derechos fundamentales, han visto en el derecho de confrontación el sustrato mismo del proceso penal adversarial.

A pesar de su manifiesta relevancia, la admisibilidad del testigo de oídas conlleva conflictos para con el desarrollo de este derecho fundamental. Esto pues, las partes no disponen de oportunidades reales y efectivas de ejercer el derecho de contradicción, siendo vulneradas las garantías fundamentales del derecho a la defensa y del debido proceso. Al respecto, nos adentraremos en lo que consideramos son los dos conflictos esenciales que ya adelantamos al analizar los principales argumentos sobre los cuales se ha sustentado la admisibilidad del testigo de oídas.

Respecto a la restricción del derecho de confrontación, enfatizamos que la limitación se da las veces en que el soporte original de la información no es quien depone en sede de juicio⁴⁰. Esto es efectivo pues quien entrega la declaración relativa a los hechos no es el sujeto que los presenció, sino una persona que, en cierta medida, se entiende como un reflejo de los hechos acaecidos⁴¹, careciendo de la oportunidad para interrogar a los testigos portadores de la verdadera información, limitando la posibilidad de conocer las debilidades y las contradicciones de lo que se depone.

Creemos, en base a tal limitación, que una postura tendiente a la admisibilidad del testigo trae consigo la omisión la igualdad procesal, en la medida que la falta de posibilidad para una de las partes de contra examinar al testigo de cargo es una desventaja clara en el debate de los hechos. Así mismo, implica un desgaste procesal mucho mayor para el tribunal atendiendo a que se traslada a sede de valoración aquellos problemas propios del testigo de oídas que debieron quedar saldados en la fase de admisibilidad. Como corolario encontramos que la evasión del ejercicio contradictorio conlleva un incumplimiento de los fines del proceso, y en particular, de la fase intermedia: que la información que ingrese a juicio cumpla con estándares de licitud, pertinencia y confiabilidad, estándares que sólo lograrán cumplirse en la medida que las partes puedan conocer a cabalidad el contenido del testimonio contrario, y esto sólo mediante el ejercicio efectivo del contra examen y del derecho de confrontación.

El segundo cuestionamiento, de corte constitucional, es consecuencia de la limitación del derecho de confrontación. Para estos efectos nos es relevante, nuevamente, recurrir a lo dispuesto en la CPR, particularmente en el art. 5°. Es de lato conocimiento que en virtud de aquel el Estado de Chile se compromete, en mayor o menor grado a obligaciones de respeto (reconociendo límites al ejercicio de la función pública superiores al Estado) y

de garantía (organizar a las estructuras del poder público para asegurar un ejercicio efectivo de los derechos humanos) para con los intervinientes del proceso.

Así, el Estado, manifiesto en su poder en los distintos organismos del poder judicial, no puede desatender una circunstancia que sea de manifiesta contradicción de los contenidos fundamentales. No obstante, nos encontramos con un efectivo incumplimiento de aquellas obligaciones, limitándose el derecho de confrontación y eludiéndose el debate propio de los hechos, cuestiones que encuentran íntima relación con el debido proceso y el derecho a la defensa.

Aquello cobra una doble relevancia, pues en nuestro sistema el tribunal tiene no solo el deber de motivar sus decisiones, sino que aquellas deben adecuarse a la observancia de todo instrumento con contenido de derechos fundamentales, considerando además que nos encontramos en la *última ratio* del Derecho. Sobre esto último, nos gustaría reafirmar lo dicho en *supra*: la contradicción en la que se entromete la doctrina, relativa a cuestionar aquellas pruebas que comprometan los valores fundamentales del proceso penal sin recaer parte de ese cuestionamiento en el testigo de oídas. Confirmamos nuestro planteamiento: el ingreso de prueba bajo el manto de la libertad probatoria no puede comprometer estándares básicos de todo proceso adversarial. Aún más, para parte de la doctrina fallar aun en consideración de lesiones de derecho fundamentales es, no solo improcedente, sino de plano inconstitucional⁴².

42 NOGUEIRA (2005), pp. 221-241; pp. 222-223.

4.2.2. Principio de inmediación

El principio de inmediación es parte de los conocidos principios formativos del proceso penal chileno, es decir, aquellos requeridos para moldear, dar coherencia y eficacia al sistema procesal acusatorio. En materia probatoria, aquellos se entienden de tal relevancia que la doctrina ha estipulado que para la efectiva aplicación de la sana crítica *deben* converger los principios de oralidad, publicidad, concentración, e inmediación⁴³.

43 MATURANA (2009), p. 108.

En concreto, entenderemos como principio de inmediación aquél en virtud del cual el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba⁴⁴. Al igual que el de contradicción, la inmediación recibe un intenso tratamiento en el CPP. -arts. 266, 284, 291 y 340 CPP.-.

44 HORVITZ Y LÓPEZ (2003), p. 639; p. 96.

La doctrina, en virtud del articulado anterior, realiza múltiples categorizaciones sobre inmediación. No obstante, nos referiremos al principio desde una perspectiva formal, esto es, que el tribunal que dicta la sentencia haya observado por sí mismo la recepción de prueba, exigiendo un contacto directo de los jueces con la prueba producida, y también, desde una perspectiva material, debiendo el tribunal extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que puedan establecerse equivalentes probatorios, propendiendo la utilización del medio de prueba más directo, y no simples relatos de este⁴⁵. Como es lógico, la relevancia de su contenido radica no solo en la necesidad de contacto personal del sentenciador con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso, sino también en

45 SALAH (2015), p. 667; p. 337.

46 ELIZALDE, MEJÍA, CASTRO Y FLORES (2021), pp. 1-25, pp. 17-19.

47 HORVITZ Y LÓPEZ (2003), p. 98.

48 La doctrina entiende que el principio de inmediación no solo constituye una garantía esencial para el imputado, sino también para el juez: la inmediación facilitará la labor de ponderación de toda prueba introducida a juicio. Ver Sariego, Fernando (2018), pp. 177-202, p. 178.

49 HORVITZ Y LÓPEZ (2003), p. 286.

50 Es de suma relevancia agregar en este punto la discusión planteada por una parte de la doctrina actual respecto a la psicología del testimonio y a la función epistemológica del principio de inmediación. En concreto, se han levantado críticas referidas a que las señales conductuales de tales técnicas son imprecisas, difíciles de detectar, y que generan una falsa confianza en el investigador, siendo de un nivel de precisión bajo para conocer de la veracidad del relato. Aún más, se ha señalado que tal análisis es contrario al sistema racional de valoración de la prueba, alejándose de la objetividad y el control intersubjetivo, «no siendo más que mística». Ver en Irrisari, Santiago (2021), p. 20. No obstante, para los alcances y fines de este trabajo, nos parece relevante sustentar nuestro planteamiento en ambas esferas de discusión, a saber, tanto en la doctrina epistemológica histórica de la inmediación, como en los planteamientos actuales relativos al desarrollo estricto de la inmediación coherente valoración racional de la prueba, alejados de los elementos formales del principio.

la capacidad del tribunal de observar contradicciones u olvidos relevantes del testigo a partir de la confrontación, de conocer y valorar problemas de parcialidad, conflictos de interés o cualquier elemento que afecte credibilidad o verosimilitud del testigo en el juicio⁴⁶.

Por otro lado, tal como ocurre con el principio de contradicción, el de inmediación también se introduce y reconoce por medio del inc. 2° del art. 5 CPR., el cual, como vimos, integra los derechos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, el artículo 9.4 PIDCP. se refiere a la inmediación en cuanto dispone que «*toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*». Si bien podríamos alegar una limitación de derechos fundamentales, trataremos la inmediación enfocándonos en lo que a inmediación material respecta. Esto pues, la doctrina ha enfatizado que la debida observancia de la inmediación se materializa en la disponibilidad presencial y directa de los testigos ante el tribunal, para que las partes tengan la oportunidad de someter a examen y contraexamen sus aseveraciones⁴⁷.

La inmediación no solo incumbe a las partes, sino también al tribunal⁴⁸. Desde un plano formal, el contacto directo de la judicatura con los medios de prueba testimoniales que deponen en juicio oral permite una percepción directa de sus declaraciones, es decir, lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones al declarar, expresiones de rostro y cuerpo y todo lo que constituya psicología del testimonio⁴⁹. De aquello desprendemos un conflicto que, pudiendo ser superficial, no es por ello menos relevante: la imposibilidad del exhaustivo y estricto control por parte del tribunal para con la persona del testigo, propio de toda inmediación.

Con todo, la inmediación no se reduce a cuestiones meramente formales o discusiones sustancialmente anecdóticas y burocráticas respecto a circunstancias particulares del testigo o perito⁵⁰. Las técnicas de litigio también deben ser pensadas también como mecanismos para poder obtener información de calidad en el contexto del juicio. De tal forma, la inmediación no podría sustentarse a cabalidad en elementos como el nerviosismo o tartamudeo, sino a la consistencia misma de los dichos (es decir, no se justifica como principio únicamente para la interpretación de caracteres meramente circunstanciales del testigo o de la narración de los hechos). Como dijimos en párrafos anteriores, el contenido mismo de la inmediación se explicita también en una vinculación constante de aquellas técnicas y elementos del litigio, de tal forma que la inmediación, entendida como la presencia ininterrumpida de los tribunales en la producción de la prueba, permite verificar confiabilidad, veracidad y consistencia de la información que proveen los testigos.

Es justamente aquella posición de privilegio que posee el juez para valorar la información la que se ve esencialmente mermada ante la admisibilidad del testigo de oídas. No podría el tribunal efectuar las comparaciones y valoraciones de los testimonios contradictorios entre sí (entre un testigo de oídas y el testigo original), impidiendo la valoración directa de las fuentes de información y el contenido que se provee por parte de aquellos,

reduciéndose a un margen menor en cuanto a la aptitud y posibilidad de adquirir una información determinada.

A lo anterior agregamos que, el no ejercer la necesaria confrontación propia de un juicio inmediato lleva a la inejecución del análisis de elementos declarativos del testigo, que se entienden fundamentales para la determinación de la credibilidad: contradicciones con su propia versión anterior o con otra más consistente, las mentiras del testigo fuente en juicio, la renuencia a declarar sobre ciertos temas relevantes, los olvidos injustificados sobre hechos relevantes y problemas sobre aptitudes propias del testigo para poder ser fuente confiable de una determinada información.

Finalmente, un último aspecto relevante en cuanto a inmediación: se exige que las pruebas que han de fundar la decisión lleguen al ánimo del juzgador y se interioricen en el ejercicio analítico sin influjos externos⁵¹. Es decir, que no se interpongan otros sujetos que consciente o inconscientemente puedan tergiversar la aptitud real de la prueba⁵².

No obstante, lo mencionado contrasta con la esencia del testigo de oídas: para ser tal, requiere un traspaso de información de un sujeto a otro, y por tanto, una interferencia necesaria en el contenido, alcances y verosimilitud de los hechos. De tal forma, el análisis del tribunal ya no radicará en saber si el testigo que declara dice la verdad o no, sino de lo que el mismo testigo de oídas ha tomado por verdad, sustituyendo en el trabajo valorativo al tribunal, y trasladándose aquella labor a la faz interna del testigo de oídas⁵³.

5) Análisis comparado: el testigo de oídas en el derecho angloamericano.

Teniendo en consi deración que los cuestionamientos al testigo de oídas no son algo pacífico en el globo, sino, al contrario, uno de los problemas probatorios de mayor dificultad, controversia y confusión⁵⁴, nos interesa a continuación revisar el tratamiento que ha obtenido el testigo de oídas en el derecho comparado, en concreto en Estados Unidos y Puerto Rico.

La elección de estos países responde al establecimiento que aquellos han hecho de rigurosas reglas de evidencia, cuyos criterios explícitos permiten establecer estándares que definan e identifiquen cuándo un testigo de oídas es creíble o porta información verosímil. Así, sus mecanismos se dirigen a identificar que el testigo de oídas posea información de calidad, determinando el cómo lo adquirió, y en qué contexto lo adquirió, permitiendo que esa información sea valorable en tanto su fuente de información sea confiable. Por último, advertimos razonablemente que, ante la inexistencia de tal codificación en Chile, su análisis casuístico resultará de gran utilidad para los objetivos de esta investigación.

5.1. La prueba de referencias en el derecho angloamericano

Como antesala, es relevante señalar que del derecho angloamericano se desprende el origen mismo de la institución del testigo de oídas (o, de referencias), y aún más, este modelo ha sostenido un poderoso tratamiento respecto a las normativas probatorias, y en particular del testigo de referen-

51 ROMERO (2005), pp. 1-8, p. 4.

52 ROMERO (2005) pp. 1-8, p.4.

53 RIVES (2000), p. 5.

54 MARTÍNEZ (2017), pp. 55-93, p. 57.

cias, estableciendo una *regla general de exclusión de evidencia de referencia* o *hearsay rule*.

Así, este principio es desarrollado en base a la experiencia centenaria de los juicios en el derecho anglosajón, y forma parte, por tanto, de los tres pilares fundamentales sobre los que se sostiene el *Common Law*, a saber, el «*fair trial*», el «*fruit of the poisonous tree doctrine*» y el referido principio general «*hearsay is no evidence*», es decir, la evidencia (testigo o testimonio) de oídas no es prueba.

El principio general que mandata la exclusión de la *hearsay rule* tanto en Estados Unidos como Puerto Rico encuentra fundamento en el respeto irrestricto para con las garantías del *trial*. En efecto, tal garantía se consigna en la Sexta enmienda a la Constitución de Estados Unidos que dispone, «En toda causa criminal el acusado gozará del derecho (...) de que se le caree con los testigos que depongan en su contra. A su turno, la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico establece en el art. II, Secc. 11 que «En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a (...) carearse con los testigos de cargo»⁵⁵.

No obstante, la exclusión de esta prueba no es una cláusula absoluta, pues ambos países presentan determinadas excepciones en virtud de las cuales es dable presentar prueba de referencia. Dicho esto, revisemos la regulación del testigo de oídas tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico.

5.2. El testigo de referencias en Estados Unidos

En el caso norteamericano, las reglas relativas al principio de exclusión generalizada se encuentran contenidas en el catálogo del *Federal Rule of Evidence* (también, FRE.), particularmente en las reglas 801, 802, 803 (con 24 incisos), 804, 805, 806 y 807. La regulación comienza con una definición de testigo de referencias en la norma 801 c), la que entiende al *hearsay* como toda manifestación fáctica introducida en el proceso por vía distinta a la de la declaración de su autor, con la finalidad de probar la verdad de su contenido.

Tal definición nos permite sostener que se entenderá aplicable la regla de exclusión general tanto en *hearsay* oral, esto es, una que persona presenta un testimonio cuyo contenido consiste en lo que otro le contó acerca de lo percibido sobre un hecho (el tradicional testigo de oídas), como también en el *hearsay* escrito, ergo, el testimonio del sujeto que oye de otro y que se presta antes de la audiencia de juicio, y que se pretende introducir para ser valorada por el jurado⁵⁶. Los redactores del FRE. sistematizaron la regla general de exclusión de la prueba de referencia en la norma 802, que establece, literalmente, la *Rule Against Hearsay*. En ella se dispone que los testimonios de oídas no serán admisibles a menos que una Ley Federal; estas normas; u otras normas prescritas por el Tribunal Supremo dispongan lo contrario.

Analicemos las causales particulares para la exclusión al testigo de referencia en Estados Unidos. A diferencia de nuestro enfoque continental, el proceso penal anglosajón no es uno que se estructure en fases destinadas al

⁵⁵ CHIESA (2012), pp. 373-395, p. 380.

⁵⁶ VARELA (2015), pp. 1- 40; p. 5.

57 MÉNDEZ (2007), pp. 131-156., p. 148-149.

58 HERNÁNDEZ (S/F), pp. 28-31.

59 VARELA (2015) p. 52.

60 La norma establece en extenso las circunstancias en que se encuentra indisponible un testigo. En detalle, Ver regla 804 del mencionado compilado.

61 DEEP, VIKAS (2019). Nemo moriturus Praesumitur Mentire!- Dying Declaration. Disponible en <<https://www.jetir.org/download1.php?file=JETIR1904P11.pdf>> [Fecha de visita: 30 de agosto de 2021]

62 MCCORMICK (1970), p. 512.

63 ESPINAL (2015), p. 54.

análisis e interpretación de la prueba que se pretenda ingresar a juicio oral. Al contrario, este sistema se centraliza en el juicio oral, y toda etapa orbitará en torno a aquel: existe un *pre-trial* y un *post-trial*⁵⁷.

Por otro lado, la mayor parte de los reparos que fundamentan el principio de exclusión de la prueba de referencia se relacionan con el carácter extrajudicial de las declaraciones, omitiendo las prácticas propias de todo juicio oral, esto es, bajo juramento, con la presencia del perjudicado, sujetas a contrainterrogatorio, realizadas en presencia del juzgador⁵⁸. Cabe señalar que el mismo compilado de normas establece excepciones a la *hearsay rule*, excepciones que alejan a la regla de una prohibición llana. Aquellas se contienen las normas 803, 804 y 807, y están determinadas por dos criterios fundamentales, a saber, la necesidad de la prueba de referencia y la confiabilidad de las declaraciones anteriores (*trustworthiness*)⁵⁹.

Respecto a las excepciones por necesidad de la prueba de referencia, aquellas están contempladas en la regla 804 del FRE., la cual determina la admisibilidad de la prueba de referencias dada la indisponibilidad del declarante como testigo (*unavailability*). Así, frente a esta indisponibilidad, y a sabiendas que el testimonio en vivo es preferible, la declaración extrajudicial es aceptada⁶⁰.

Revisemos a continuación las causales de excepción frente a la indisponibilidad del declarante, contenidas en el literal (b) de la misma regla. De aquellas, cabe destacar la *Dying declaration doctrine*, es decir, las *declaraciones efectuadas bajo creencia de muerte inminente*. Aquella tiene su origen en el verso judeocristiano que reza «un hombre no conocerá a su creador con una mentira en la boca», derivado a su vez del adagio medieval *nemo moriturus praesumitur mentire*⁶¹. Así se entiende la declaración que realiza un herido de bala a su socorrista respecto al autor del disparo. Se entenderá testimonio de referencias, pero en virtud de la excepción en comento, se admitirá en juicio.

Somos contrarios a la exclusión recién señalada. Tal como dice el jurista McCormick, consideramos que la excepción fue eficaz en un contexto en que la creencia divina se encontraba mucho más extendida, no obstante, nada asegura que en tiempos actuales la declaración sea rotundamente falsa⁶². Aún más, el estado agonizante implica un impacto tal que la memoria y la percepción puedan verse alteradas, pudiendo confundirse entre hechos verdaderos y hechos provenientes de su propio estado de gravedad, confundiendo a su vez a quienes reciben tal información y pretenden deponer como testigos de referencia.

El segundo criterio por tratar es el de la confiabilidad de las declaraciones anteriores o *trustworthiness*. Aquellas excepciones se contienen en la regla 803 del FRE, y comprende un total de 24 circunstancias de admisibilidad de prueba de referencia. A diferencia de lo que ocurre con las exclusiones que requieren de la indisponibilidad del declarante, nos encontramos en este caso con que aquella falta de comparecencia no es indispensable, atendándose, a cuestiones de «garantía de fidelidad» del testimonio. Esto es, circunstancias particulares en que, atendiendo a las condiciones, la persona no faltará a la verdad⁶³.

Analícemos entonces las referidas excepciones. En el numeral primero (1), nos encontramos con la *Present Sence Impressions Rule*, abarcando toda declaración que describe o explica un hecho o condición, realizada mientras el declarante lo percibe o inmediatamente después. Consideremos como parte de aquella excepción el ejemplo clásico relativo al testimonio de un operador de 911 quien depone que A se comunicó de emergencia y dijo ver un auto conduciendo a 100 KM/H por una zona de tránsito escolar.

Cabe resaltar que no existen reglas particulares para determinar la conexión temporal respecto a la declaración y el evento. Los tribunales no han ayudado a determinar a que nos referimos con «inmediatamente», pues se han admitido declaraciones realizadas hasta con diez minutos de diferencia con el hecho relatado⁶⁴. No consideramos eficaz que se desdibuje tanto el concepto «*inmediatamente*», pues al admitir intervalos de tiempo tan extensos se está, contrario al objetivo de la regla, entregando al declarante una ventana en la cual es perfectamente factible que el testimonio pueda modificarse por otro inventado o falso. Para nosotros, *inmediatamente* se debe entender como un lapso de tiempo en que las cosas ocurren al instante, más no diez minutos posteriores al suceso de la declaración. Habría que revisar exhaustivamente los límites reales al respecto, de otro modo, la excepción puede cubrirse de un manto de arbitrariedades que complejizan el *fair trial*.

Una segunda excepción es la del numeral segundo (2), la que contiene la conocida *Excited Utterance*, relativa a cualquier declaración realizada en un estado de estrés o excitación espontánea, al momento del suceso. Como es lógico, la declaración realizada en el estado de estrés debe guardar necesariamente relación con el suceso acaecido que la provoca. De esta forma, si A, quien está siendo víctima de robo por parte de B, procede en el instante mismo del delito a gritar a sus vecinos que el conocido ladrón B le está robando, aquella declaración realizada a los vecinos es un tipo de *hearsay* que por aplicación de la *excited utterance* serán admitidas.

Ahora bien, cabe abordar aquellas declaraciones de referencia que, sin ser subsumidas en los presupuestos de las normas 803 y 804, se entienden admitidas como excepciones contenidas en la regla 807, es decir, como *Residual Exception*. Aquella establece para su aplicación dos requisitos copulativos, a saber, (1) que la declaración se respalde por suficientes garantías de fiabilidad, (2) que la declaración sea «más probatoria», es decir, tenga mayor aptitud de probanza para el hecho en que se ofrece, que cualquier otra prueba.

Se valora que, aun siendo una prueba de referencia, y sin siquiera orbitar las situaciones establecidas en las normas 803 y 804, se puedan incluir de todas formas aquellas declaraciones que contengan, en mayor o menor medida, caracteres de confiabilidad. Cabe agregar que la regla 807 establece concesiones para con la otra parte. En efecto, el literal (b) establece que, en caso de pretender ingresar tal declaración, aquella se entenderá admisible sólo si se le permite a la contra parte la «notificación razonable de la intención de ofrecer tal declaración», a fin de que aquella tenga una oportunidad justa de conocer de su contenido.

⁶⁴ Ver en Corte Suprema de Estados Unidos, *State v. Odom*, 316 N.C., 313, 1 de abril de 1986.

5.3. El testigo de referencias en Puerto Rico

Las normas 801 a 803 de la Reglas de Evidencia de Puerto Rico (en adelante, RDE.), entienden al testigo de referencias como una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece (...) para probar la verdad de lo aseverado, así como aquellas situaciones en que cabe o no entender un determinado medio probatorio como *de referencias*.

En lo que a tratamiento legal respecta, Puerto Rico dispone, tal como Estados Unidos, un régimen general de exclusión de la prueba de referencia. Así lo dispone la regla 804, que establece la «Regla de prueba de referencia», según la cual, y salvo que se disponga de otra manera, no será admisible la prueba de referencia sino de acuerdo con la misma RDE. Esto es relevante en la medida que Puerto Rico y Estados Unidos, en un símil procesal, consideran que la exclusión se fundamenta no solo porque no ha existido oportunidad de careo, sino también por respeto a los intereses generales de justicia⁶⁵.

Siguiendo con las similitudes, Puerto Rico establece múltiples excepciones a la exclusión generalizada, contenidas en la regla 805 y 806 RDE. El primero de ellos, el de la regla 805, contiene las «excepciones a la regla de prueba de referencia, aunque la persona declarante esté disponible como testigo». Es decir, pretenden disipar aquellos peligros anexados a la admisibilidad de la prueba de referencias, al ser una declaración que carece de garantías circunstanciales de confiabilidad. Este último elemento, las garantías circunstanciales de confiabilidad, resulta fundamental al justificarse en este las excepciones a la regla general de exclusión de la prueba de referencia, siendo el eje central de la regla 805⁶⁶.

La mencionada regla dispone nada menos que 25 excepciones circunstanciales en las que se puede considerar que las declaraciones ajenas al juicio si son confiables. De aquellas, las más relevantes a considerar en este trabajo son, en primer lugar, las del literal (A), estableciendo que no estará sujeta a la regla de exclusión de prueba de referencia, toda declaración que: narra, describe o explica un evento percibido por la persona declarante hecha mientras la persona declarante percibía dicho acto, o inmediatamente después.

Al respecto, el Prof. Chiesa ha señalado que la declaración debe haberse hecho mientras el declarante percibía el evento o inmediatamente después, radicándose las garantías de confiabilidad en el factor «inmediatez» de las declaraciones⁶⁷. Es relevante señalar que los tribunales de aquel país no han dirimido en sus interpretaciones que en la voz «inmediatamente» se contenga un periodo de tiempo determinado, como sí realizaron los tribunales norteamericanos. En efecto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha dicho que la contemporaneidad no es absoluta, por lo que debe extenderse un tiempo para trasladar lo percibido en una declaración, debiendo ser un análisis particular a la luz de las circunstancias del caso⁶⁸.

Como con Norteamérica, nuestra crítica apunta al concepto de «inmediatez» que se maneja. Al respecto, nos remitimos a lo dicho más arriba, con la particularidad de que en este caso la inmediatez del término se ve

65 CHIESA (2012) p. 282.

66 Así lo ha dicho el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Ver en Pueblo v. Santos D.T.S., 62, 31 de mayo de 2012.

67 CHIESA, ERNESTO (2009), p. 413; p. 254.

68 NIEVES LÓPEZ V. REXACH BONNET, 124 D.P.R. 427, 30 de junio de 1989.

aún más difusa al no existir criterios de temporalidad que sean decisivos para garantizar la confiabilidad.

Una segunda excepción es la establecida en el literal (B) de la regla 805, que establece que se entenderán admitidas todas aquellas declaraciones hechas mientras la persona declarante estaba bajo el estrés de la excitación causada por la percepción de un evento, si la declaración se refiere a dicho evento. Al efecto, la garantía de confiabilidad contenida en esta excepción reposa en que, en el intertanto de conmoción que causa el evento, las declaraciones realizadas son espontáneas y no fabricadas⁶⁹. El factor temporal entre el suceso y el estado de impacto, a interpretación del Tribunal Supremo, no puede jugar un papel decisivo para determinar su admisibilidad. Inclusive, aquella interpretación es de tal flexibilidad, que se han entendido admitidas determinadas declaraciones que han acaecido meses después de haberse encontrado el declarante en la circunstancia de trauma⁷⁰.

Por último, sólo mencionaremos una tercera excepción establecida en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, a saber, la cláusula residual de la regla 809, la cual contiene toda declaración que, en principio, no pueda ser subsumida en alguna de las excepciones contenidas en la regla 805 y 806 (la última, a revisar a continuación), pero que efectivamente contengan garantías circunstanciales de confiabilidad⁷¹.

Un segundo grupo de excepciones son las que pretenden admitir como prueba el testimonio anterior de un testigo no disponible. La fórmula usada para el caso norteamericano se repite, pues a sabiendas de que el testimonio del testigo en la corte es preferible, se acepta las veces en que este se encuentra en estado de indisponibilidad. Si bien la regla 806 determina cinco subincisos relativos a cuándo se entiende que un testigo no está disponible, nos interesa referirnos a la circunstancia última establecida en la norma, esto es, la indisponibilidad del testigo para comparecer. Para la doctrina puertorriqueña es la causal más importante de la no disponibilidad del testigo: se establece un estándar de diligencia para el Estado, en caso de que desee presentarse como prueba de cargo, en que se dé cuenta que se hizo todo lo razonablemente posible para lograr la comparecencia del declarante, y que, a pesar de tal esfuerzo desplegado, el testigo no ha sido habido⁷².

La debida diligencia y el esfuerzo desplegado es exigencia y lo es por razones claras, pues se reconoce en el Estado la capacidad económica y coercitiva para llegar al paradero de un testigo y lograr de él un testimonio, es decir, hacer comparecer. Por lo mismo, cabe desplegar diligencias concretas y gestiones directas para evitar el estado de indisponibilidad⁷³.

Habiendo revisado lo relevante respecto a tales normas, analicemos brevemente las causales que la regla 806 establece en el literal (B), respecto a las cuales puede entenderse admitida la prueba de referencia. En primer lugar, encontramos la admisibilidad del testimonio anterior, esto es (i) el testimonio dado como testigo en una deposición tomada conforme a derecho durante el mismo u otro procedimiento. Ello si la parte contra quien se ofrece ahora el testimonio tuvo la oportunidad para desarrollar el testimonio en interrogatorio directo, contrainterrogatorio o en re directo.

69 CHIESA (2009) p. 254.

70 CHIESA (2009) p. 171.

71 En detalle, ver el contenido de la regla 809 del compilado.

72 CHIESA (2016), p. 326.

73 Ver en Pueblo V. Wilfredo Ruiz, D.T.S., 204, 6 de noviembre de 2019. Cabe agregar que el N° 5 determina como admitidos los declarantes indisponibles a causa del proponente.

74 CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *MANCUSI V. STUBBS* (1972), 408 US, 204, 26 de junio de 1972.

75 CENTRO DE ESTUDIO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2018) p. 74.

76 PUEBLO V. MENDOZA LOZADA (1988), 120 DPR 815, 13 de abril de 1988.

77 WEINSTEIN, JACK (2005), p. 994.

Cabe señalar que la presente excepción contiene dos requisitos copulativos para que se entienda admitida, a saber, que se haya podido interrogar al testigo en el testimonio anterior, y la indisponibilidad del declarante para concurrir a deponer en juicio. Así, en un conocido caso de admisibilidad del testimonio anterior el testigo depone en el primer juicio (se cumple el primer requisito), para luego mudarse a Suecia, con domicilio desconocido. Ante esto, el tribunal decide admitir la declaración anterior realizada en el primer juicio⁷⁴. Si bien es posible entender que nos encontramos en un área de mera necesidad de prueba, no es menos cierto que el testimonio entregado en un juicio anterior dispone en su núcleo garantías de confiabilidad otorgadas por el manto de formalidad y certeza de todo proceso. Con todo, nada excluye que formalidades como el juramento excluyan del testimonio su carácter de prueba de referencias. Tampoco se excluye que la declaración, por muy jurada que aquella sea, contenga matices que puedan graduar su veracidad, como podría ocurrir con un testimonio falso presentado en el primer juicio, y que siendo tomado por verdadero, traslada al segundo juicio declaraciones erróneas.

La segunda excepción para analizar la encontramos en el numeral (3) del literal (B) de la misma regla 806: las llamadas declaraciones contra interés. Se entiende por tal toda declaración que al momento de ser hecha era tan contraria al interés pecuniario o propietario de la persona declarante o le sometía a riesgo de responsabilidad civil o criminal, o creaba tal riesgo de convertirla en objeto de odio, ridículo o desgracia social en la comunidad, que una persona razonable en su situación *no hubiera hecho la declaración a menos que la creyera cierta*⁷⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido los requisitos copulativos para su admisibilidad. En primer lugar, el declarante no debe encontrarse disponible como testigo, luego, el conocimiento personal del declarante o la comprensión del carácter perjudicial del declarante al momento de hacerla, y por último, que sea, en efecto, contrario al interés del declarante⁷⁶.

Señalemos algunos comentarios. En primer lugar, consideramos efectivo que las personas no entregarán testimonio dañino en su contra, si aquellos no son ciertos. No obstante, aquello no excluye que, en el ejercicio habitual de la declaración, tal como dice Weinstein, la generalidad pueda convertirse en sospecha⁷⁷. Esto pues, algunas personas pueden deponer mentiras con fines particulares. Es decir, pueden, obedeciendo emociones de fuerte sentir, declarar cuestiones que, aun sabiendo que no son ciertas parecieran ser declaración contraria al interés. Es importante, respecto a aquella discrecionalidad propia del tribunal, que aquellos actúen con la máxima deferencia para con las circunstancias que se le presentan, a fin de evitar, por ejemplo, que se admita una declaración que en realidad no constituya declaración en contrario.

Finalmente, como se aprecia, en el caso de Puerto Rico existe un verdadero ímpetu en la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de probar y las garantías procesales como el principio de contradicción. Ante esto, la necesidad no es en realidad suficiente para admitir las declaraciones extrajudiciales, sino que se pretende que las circunstancias contenidas en las declaraciones contengan suficientes garantías circunstanciales de con-

fiabilidad. Con esto queremos decir que, más allá de una separación de los ejes conductores de cada uno (necesidad y confiabilidad, como ocurre en USA), en Puerto Rico aquellos se complementan en un equilibrio que justifique la admisibilidad de cada excepción.

6) Propuestas frente al panorama del testigo de oídas y su admisibilidad en Chile

Previo a adentrarnos en el apartado, plantearemos algunos comentarios de lo trabajado hasta ahora. Primero, respecto a la admisibilidad generalizada del testigo de oídas, preocupante es que existiendo una fase dedicada al control de información que ingresará a juicio, se admita sin más. Segundo, es inexplicable que, encontrándonos inmersos en un Estado de Derecho, las garantías y derechos procesales contenidos en diversas codificaciones, sean objeto de limitaciones y vulneraciones infundadas. Con todo, no solo criticamos sino también levantamos algunas propuestas frente al panorama actual del testigo de oídas. Primero, reiteramos que nuestra posición aboga por el establecimiento de un sistema que regule la admisibilidad del testigo de oídas, el que, inspirados en el tratamiento angloamericano, disponga de un catálogo de normas relativas a una regla general de exclusión, y a reglón seguido, criterios en virtud de los cuales podamos entender admitida tal prueba.

Segundo, en cuanto a las excepciones, los criterios pueden seguir los desarrollados por el derecho angloamericano, fundamentándose tanto en la necesidad de la prueba, las veces en que el testigo directo no se encuentra disponible, o por consideraciones circunstanciales en que el modo de adquirir la información la torna confiable, siendo indiferente si el sujeto que observó el hecho (el declarante, en términos comparados), se encuentra disponible o no. Sobre el primero, planteamos la existencia de causales para determinar cuándo se entiende o no disponible el testigo principal, poniendo acento, tal como ocurre en Puerto Rico, en que se hizo todo lo posible para traer al testigo, más aquel no fue habido.

A propósito del derecho comparado, es válido extraer conocimiento jurídico de otros ordenamientos. Así, Tribunal Constitucional español estableció que el testigo de referencias puede ser un elemento de prueba, no obstante, en la medida que impida el examen contradictorio, resultará constitucionalmente inadmisibles⁷⁸. Aquellas sentencias se fundan en lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a saber, sólo es tal dada la imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, acaecido cuando el testigo tiene paradero desconocido o de dificultosa citación⁷⁹.

Como se aprecia, en los sistemas procesales de países tanto europeos como angloamericanos, la respuesta al testigo de oídas es la misma: la de una admisibilidad excepcional del medio probatorio, al margen de una regla general de excepción. No obstante, reconocemos que nuestra propuesta conlleva alterar todo un paradigma imperante respecto al testigo de oídas, su tratamiento, jurisprudencia y la doctrina, además de modificar en sí las normas probatorias. Comprendemos en ello una empresa muy com-

⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Rol N° 661-2017, 10 de octubre de 2017.

⁷⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Rol N° 11444-1985, 19 de diciembre de 1990.

pleja. Por lo mismo, y porque no podemos ignorar lo que en la realidad acontece, plantearemos a continuación ciertas ideas que consideramos son un piso mínimo para comenzar con la configuración de lo que es el testigo de oídas en Chile.

En primer lugar, reforzar la etapa intermedia con controles más exigentes atendiendo que aquella tiene por objeto y finalidad el control de la información que se pretende incorporar en la fase de juicio. Es decir, buscamos que aquellos estándares como licitud, confiabilidad y pertinencia sean entendidos e interpretados con mayor rigurosidad. Lo anterior implicará un primer paso para que la admisibilidad del testigo de oídas se vea aminorada, pues como estudiamos en su momento, el principal cuestionamiento para tal medio probatorio es la calidad y confiabilidad de sus declaraciones.

En segundo lugar, es necesario que la judicatura tome las riendas del asunto. No es concebible que, conociendo los riesgos a tal medio, con recusaciones en cuanto a calidad, limitaciones a la confrontación, a la intermediación, al derecho a la defensa –suma y sigue–, con cuestionamientos históricos del sistema procesal originario del testigo de referencias, y con medidas de exclusión generalizada en gran parte del derecho iberoamericano, el sistema probatorio chileno, y la jurisprudencia en base a aquella –sin mencionar la doctrina–, se mantengan impávidas.

Por último, complementando lo anterior, consideramos que resulta plausible exigir a la judicatura que se establezcan parámetros claros para con tal prueba, y en especial, que exista una real consideración respecto a los riesgos que se desprenden de su admisibilidad, tanto para el mismo tribunal como para las partes. Una sincera y responsable apreciación al respecto llevaría a considerar límites efectivos a su admisibilidad, excluyendo posibles errores judiciales y evitando estados de indefensión de una de las partes, cuestión propia del testigo de oídas, asegurando en todo momento un genuino contradictorio sobre los contenidos asociados a estas evidencias⁸⁰.

80 BLANCO (2020) p. 130.

7) Reflexiones finales

Como hemos revisado, la realidad del testigo de oídas es la de una constante aceptación por parte de la judicatura, con un pobre tratamiento por parte de la doctrina. Como ha quedado de manifiesto, su contenido es riesgoso, sea para las partes, como para el tribunal y sus decisiones, y las consecuencias de la no-limitación de tal prueba lo es aún más. Como estudiamos, el origen mismo de tal prueba es conflictivo, al implicar el traspaso de información de un testigo que apreció los hechos de primera fuente, a otro que sólo conoce lo que el primero le relató. De allí nacen los cuestionamientos a la calidad de lo que el testigo de oídas depone en juicio, pues solo conocerá de lo ya procesado por el testigo directo. Así mismo, es una verdadera limitación del ejercicio del derecho de confrontación, de la contradicción y del contra examen, pues no es posible ejercerla para con el testigo presencial, sino que sólo respecto al sujeto que conoce lo que otro le relató. La

imposibilidad de realizar un ejercicio de contradicciones para evidenciar debilidades de la prueba del contrario deja en indefensión a la contra.

Ante este panorama, nos vemos obligados a observar dentro del derecho comparado, los sistemas jurídicos en los que nace la institución del testigo de oídas: el Common Law, en particular, el tratamiento de Estados Unidos y Puerto Rico. Ambos países disponen de un tratamiento fuerte para con el testigo de oídas frente al cual disponen de normas generales de exclusión, tal como nosotros hemos planteado en esta oportunidad. Para aquellos, los fundamentos son muchos, y como en el resto del derecho comparado, se refieren a cuestiones de confiabilidad, calidad y vulneración de garantías y derechos. Nuestros planteamientos orbitan tales normas, tal como expresamos en el apartado anterior.

A modo de reflexión, preferimos apreciar el futuro del testigo de oídas con optimismo, pues confiamos que progresivamente el tópico investigado sea de interés tanto doctrinario como jurisprudencial, dejando atrás el abandono injustificado del cual ha sido objeto. No obstante, creemos que la lógica de aquel tratamiento debería considerar lo que aquí se ha planteado: siguiendo lineamientos claros de exclusión generalizada, dando paso a ventana de admisibilidad en casos particulares, tal como los derechos de Estados Unidos, Puerto Rico, Colombia, Perú, España. Sostengamos la razón que sostengamos, no es justificable que el derecho nacional mantenga un perfil tan bajo frente a este particular.

Consideramos, con todo, que la baja atención para con el testigo de oídas nos demostraría lo diluida que se encuentra el interés por las garantías fundamentales de los individuos. Por lo mismo, no pretendemos dar fin a este trabajo sin recalcar que un cambio en el paradigma del testigo de oídas conllevaría, en primer lugar, a una reformulación de lo que la judicatura entiende por el ejercicio profesional, el cual debe ser guiado en todo momento por las máximas del respeto a los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, pues es propio de sus funciones, tal como vimos, el ser el garante de los derechos fundamentales de las personas. Por otro lado, y tal como mencionamos, su tratamiento brindaría el necesario equilibrio en la balanza abstracta del derecho procesal.

Interpretar de otro modo al testigo de oídas, con conocimiento de las nefastas consecuencias que de aquello se desprende, denota que aún disponemos de tintes marcados de un sistema inquisitivo, en que la verdad procesal se precia más que las garantías procesales de los individuos (asimilándose a que el fin justifica los medios). Insistimos, por tanto, que para observar de forma efectiva lo que nos ofrece el sistema acusatorio, no cabe sino replantear el tratamiento dado al testigo de oídas, siendo el rechazo a la admisibilidad generalizada por medio de una regla general de exclusión (y sus debidas normas particulares de admisibilidad), la verdadera manifestación, para estos efectos, de un sistema procesal penal acusatorio enmarcado en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Bibliografía Citada

- BARRIENTOS, IGNACIO** (2010). Tergiversación de la prueba: Modalidades, Control, Problemas, Posibles Soluciones y Revisión de Casos. Santiago: Defensorías Regionales, p. 42.
- BLANCO, RAFAEL** (2020). «*La audiencia de control de la acusación. Análisis preliminar de los objetivos de la audiencia y la efectiva vigencia de los principios de un proceso penal acusatorio*», en Asociación de Magistrados del Uruguay: Estudios sobre el nuevo proceso penal. Tomo II. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria), pp. 127-142.
- CAROCCA, ALEX** (2005). El nuevo sistema procesal penal. Santiago: Legal Publishing, p. 313.
- CENTRO DE ESTUDIO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS** (2018). Reglas de evidencia en Puerto Rico. Santiago: CEJA, p. 201.
- CHIESA, ERNESTO** (2016). Reglas de Evidencia Comentadas. San Juan: SITUM, p. 413.
- CHIESA, ERNESTO** (2012). «*Derecho Procesal Penal*», Revista Jurídica UPR, vol. 81, N°2, pp. 373-395.
- CHIESA, ERNESTO** (2009). Reglas de Evidencia de Puerto Rico. San Juan: Ed. JTS, p. 413.
- COLOMA, RODRIGO** (2004). La prueba en el nuevo proceso penal oral. Santiago: LexisNexis, p. 219.
- DEEP, VIKAS** (2019). Nemo moriturus Praesumitur Mentire' - Dying Declaration. Disponible en <<https://www.jetir.org/download1.php?file=JETIR1904P11.pdf>> [Fecha de visita: 30 de agosto de 2021].
- DUCE, MAURICIO** (2014). «*El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*», Revista de Política Criminal, vol. 9, N° 17, pp. 118-146.
- DUCE, MAURICIO** (2016). «*Los informes en derecho nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno*». Revista de Derecho de Valdivia, vol. 29, N°1, pp. 297-327.
- DUCE, MAURICIO Y RIEGO, CRISTIÁN** (2007). Proceso Penal. Santiago: Ed. Jurídica, p. 262.
- ESPINAL, JHONNY** (2015). Análisis sistemático y comparado de la prueba de referencia en el marco de la Ley 906 de 2004. Disponible en <[unaula_rep_pre_der_2015_prueba_referencia.pdf](#)> [Fecha de visita 21 de julio de 2022].
- ELIZALDE, RODOLFO, MEJÍA, RAÚL, CASTRO, EDWIN Y FLORES, HÉCTOR** (2021). «*El principio de intermediación en materia penal, una mirada desde las sentencias de los tribunales de México, Colombia y Chile*». Revista de Ciencias Jurídicas, N° 158, pp. 1-25.
- HERMOSILLA, FRANCISCO** (2006). Apuntes sobre la prueba en el código procesal penal. Santiago: Librotecnia. p. 81.
- HERNÁNDEZ, ROBERTO** (S/F). Los medios probatorios de evidencia. Disponible en Internet: <<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fiustopico.files.wordpress.com%2F2017%2F07%2F>

- 2Fla-prueba-de-referencia.pptx&wdOrigin=BROWSELINK> [Fecha de visita: 25 de julio de 2022].
- HORVITZ, MARÍA INÉS Y LÓPEZ, JULIÁN** (2003). Derecho procesal penal chileno, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 639.
- HORVITZ, MARÍA INÉS Y LÓPEZ, JULIÁN** (2004). Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 659.
- HOUED, MARIO** (2007). La prueba y su valoración en el proceso penal. Managua, INEJ, p. 94.
- IRISARRI, SANTIAGO** (2021). «*La función epistemológica del principio de inmediación en la prueba testimonial ¿una garantía procesal?*». Trabajo de Máster, Universitat de Girona. Disponible en <<https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/19425/irisarri%20.pdf?sequence=1>> [Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2022] p. 20.
- MARTÍNEZ, NANCY** (2017). «*La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación*», Cuadernos de Derecho Penal, N° 18, pp. 55-93.
- MATURANA, CRISTIÁN** (2009). Aspectos generales de la prueba. Santiago: inédito. p. 242.
- MCCORMICK, NEIL** (1970). «*The Admissibility of Dying Declaration*». Disponible en <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2018&context=flr>> [Fecha de visita: 21 de julio de 2022]
- MEJÍA GALLEGO, MATEO** (2017). La prueba de referencia en el proceso penal colombiano: el equilibrio entre el derecho a probar y el derecho de confrontación cuando el testigo no está disponible. Disponible en: <<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/9133>> [Fecha de visita: 21 de julio de 2022].
- MÉNDEZ, MIGUEL** (2007). Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael. Jackson. Cuadernos Unimetanos, N° 11, pp. 131-156.
- NOGUEIRA, HUMBERTO** (2005). «*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*». Revista Ius et Praxis, vol. XI, N° 1, pp. 221-241.
- PARRA QUIJANO, JAIRO** (2016). El testigo de oídas en materia civil. Conferencia. Disponible en <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/download/2367/1814/3625>> [Fecha de visita: 18 de julio de 2022].
- RIVES, ANTONIO** (2000). El testimonio de referencias en la Jurisprudencia Penal. Disponible en <https://www.patrulleros.com/Ficheros/Articulos/ Penal/El_testimonio_de_referencia_en_la_Jurisprudencia_P.zip?phpMyAdmin=YQLIcwodA2AUSNCxUoNZKzJQHRO&phpMyAdmin=X7iAn2AWxwobVAgjejjc913bI8c> [Fecha de visita: 22 de julio de 2022]
- ROMERO, HORACIO** (2005). «*El testigo de oídas y su alcance, un breve estudio comparado en el proceso penal argentino y español*». Revista La Ley, vol. 2005, pp. 1-8.
- SALAH, EMILIO** (2015). La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2014). Madrid: CLV Libros, p. 667.

- SARIEGO, FERNANDO** (2018). «*la inmediación temporal en el proceso de ponderación y adjudicación dentro de un “mega juicio oral”*». *Un asunto a revisar*», Actualidad Jurídica UDD, N° 38, pp. 177-202.
- VARELA, AGUSTÍN** (2015). «*Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba hearsay en el derecho anglosajón*», en Ledesma, Ángela (coord.): *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, pp. 1- 40.
- VIAL, PELAYO** (2011). «*El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal*», *Polít. Criminal*, Vol. 6, N° 12, pp. 448-473.
- WEINSTEIN, JACK** (2005): *Weinstein’s evidence manual: a guide to the Federal Rules of Evidence based on Weinstein’s Federal Evidence*. Estados Unidos, Editorial LexisNexis, p. 994.
- YEANNES, MARÍA INÉS, DANTI, FABIANA Y GIOCOMASO, MAURO** (2015). «*Afirmaciones de segunda mano: el valor probatorio del testimonio de referencia*». Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1345/valor_pbtorio_testimonioreferencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de visita: 18 de julio de 2022].

Jurisprudencia Nacional

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO** (2020). *Ominami y Warner con Ministerio Público*. Sentencia de 26 de junio de 2020.
- 13° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO** (2006). *Caboco, Luna, Carmen, Luna y Rodrigo, Contreras con Ministerio Público*. Sentencia de 26 de mayo de 2006.
- 3° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO** (2011). *María del Pilar Pérez López, José Mario Ruz Rodríguez con Ministerio*. Sentencia de 26 de febrero de 2011.
- TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA** (2007). Causa RIT 45-2007 (caratulado desconocido). Sentencia de 11 de julio de 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** (2021). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión «en forma absoluta», contenida en el artículo 9°, inciso segundo, de la Ley N° 21.226, en el Proceso Penal RUC N° 1900669568-2, RIT N° 31-2021*. Sentencia de 22 de julio de 2021.

Jurisprudencia Extranjera

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS** (2004). *State v. Morgan*, 359 N.C., 131, 155 (Sentencia del 1 de diciembre de 2004).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS** (1986). *State v. Odom*, 316 N.C., 313 (Sentencia de 1 de abril de 1986).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS** (1972). *Mancusi v. Stubbs*, 408 U.S. 204 (Sentencia de 26 de junio de 1972).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2017). Rol N° 661-2017. (Sentencia de 10 de octubre de 2017).

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (2019). *Pueblo v. Wilfredo Ruíz*, D.T.S., 204 (Sentencia de 6 de noviembre de 2019).

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (2012). *Pueblo v. Santos*, D.T.S., 62 (Sentencia 31 de mayo de 2012).

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (1989). *Nieves López v. Rexach Bonet*, 124 D.P.R., 427 (Sentencia de 30 de junio de 1989).

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (1988). *Pueblo v. Mendoza Lozada*, 120 D.P.R., 815 (Sentencia de 13 de abril de 1988).

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (1948). *Pueblo v. Muñoz*, 68 D.P.R. (Sentencia de 10 de febrero de 1948).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1990). *Delta con Francia*, Sentencia Rol N° 11444-1985 (Sentencia de 19 de diciembre de 1990).

Normas Citadas

CÓDIGO PROCESAL PENAL (octubre 2000).

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (marzo 1907).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (julio 1991).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (julio 1978).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (diciembre 1966).

La situación actual que viven niños y niñas menores que residen con sus madres en prisión y su regulación en Chile

The current situation of children living with their mothers in prison and its regulation in Chile

Comentario

JAVIERA CECILIA RAMIREZ ALBORNOZ *

* ABOGADA, Universidad Diego Portales. Master en Universidad de Barcelona. Correo: javiera.ramireza@mail.udp.cl

Resumen: El propósito del presente texto, es exponer la realidad de aquellas madres encarceladas que viven junto a sus hijos dentro del recinto penitenciario y analizar la legislación que regula aquello, por lo que, a través de la consulta de leyes y proyectos de ley chilenos, relacionados con el tema a analizar y la revisión de bibliografía de diversos autores e instituciones que abordaron la problemática carcelaria en relación a las mujeres y niños, es que se logra concluir que, la ausencia de una ley especializada, existiendo solo un reglamento que suple aquello, constituye una grave vulneración a los derechos de aquellos niños y niñas que viven en recintos penitenciarios junto a sus madres.

PALABRAS CLAVE: Niños, Niñas, Madres, Recintos Penitenciarios, Proyectos de Ley, Derechos.

Abstract: *The purpose of this text is to expose the reality of those imprisoned mothers who live with their children inside the penitentiary compound and to analyze the legislation that regulates that, so that, through the consultation of Chilean laws and bills, related With the subject to be analyzed and the review of the bibliography of various authors and institutions that addressed the prison problem in relation to women and children, it is possible to conclude that, the absence of a specialized law, there being only one regulation that supplements that, constitutes a serious violation of the rights of those boys and girls who live in prisons with their mothers.*

KEYWORDS: Boys, Girls, Mothers, Prisons, Projects of Law, Rights.

Sumario

1) Introducción; 2) Reglamentación chilena actual; 3) Proyecto de Ley; 4) Conclusión.

1) Introducción

Primeramente, según la teoría de John Bowlby, se podría indicar que el vínculo afectivo parental y marental se establece a partir de un apego primario, como una necesidad que nunca desaparece por completo, pues permanece a lo largo de toda la vida del sujeto.¹

Por lo tanto, el impacto más profundo para el niño, niña y joven es la separación de un ser querido, que es vivida como una experiencia de pérdida y desprotección.² Por lo que, desde este punto, la separación por situación de privación de libertad, al igual que otras situaciones de distancia, puede provocar en los niños y las niñas un trauma que influye negativamente en su desarrollo.³

El trauma que se puede provocar se denomina «trauma perdurable», puede ser producto de los efectos combinados y acumulados de la separación del padre y, en especial, la madre, la pobreza, el abandono, el desconsuelo, la violencia en la comunidad y el cambio de cuidadores.⁴

2) Reglamentación chilena actual

El reglamento penitenciario a través del Programa Creciendo Juntos en Chile, permite la permanencia del niño o de la niña menor de 2 años con su madre en el recinto penitenciario, esto es, con el objetivo de no interrumpir el vínculo con la progenitora, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño.

En Chile actualmente, poco más de 53.000 mujeres están cumpliendo penas de cárcel, lo que corresponde a 15% de la población penal, el 95% de ellas son madres, y unas 25.000 tienen hijos menores de edad⁵. Estos datos reflejan el crecimiento exponencial de la población femenina reclusa que en su gran mayoría son madres, lo cual demuestra la relevancia de visibilizar esta realidad.

Respecto a la escasa legislación que regula la situación que viven los y las menores de 2 años que permanecen con sus madres al interior de la cárcel, es el decreto 518 del Reglamento de Recintos Penitenciarios el que se encarga de señalar someramente dónde deben permanecer las reclusas con sus hijos o hijas, dejando al establecimiento carcelario concesionado la mayor parte de los detalles respecto al cuidado de los lactantes.

Artículo 19.- Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

1 MONETA (2014) p. 266.

2 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Informe Final De Evaluación Programa Abriendo Caminos, p 20.

3 FUNDACIÓN BANAMOR (2016) p 6.

4 CORTÁZAR (2015) p. 2

5 CORTÁZAR (2015) p. 1

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante.

Por cierto, al 30 de junio de 2018, dentro de la población carcelaria en el sistema cerrado (es decir, privadas de libertad sin permiso de salida, ni en centros de educación y trabajo semiabierto, ni con penas sustitutivas), según cifras de Gendarmería, existe un total de 123 lactantes y 59 mujeres embarazadas que se encuentran viviendo en uno de los 32 centros penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil.⁶

Nuestro país cuenta con un programa nacional en el que madres recluidas en centros penitenciarios pueden vivir junto a sus hijos menores de 2 años dentro de estos. Este programa «Creciendo Juntos», a través de las unidades materno-infantil, implementa una zona apartada del resto de la población penitenciaria donde las mujeres que son privadas de libertad estando embarazadas, con hijos/as lactantes o que conciben estando en reclusión, pueden ingresar.

Debido a la publicación de la Ley N°20.981 sobre presupuesto del año 2017, el programa pasa a llamarse «Creciendo Juntos» y funciona actualmente en 32 centros penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil.⁷

El programa cuenta con una dupla psicosocial por región, trabajadora social y psicóloga, más un gendarme, quienes deben acompañar a las mujeres en su proceso de embarazo y lactancia, abordando temáticas como crianza responsable, lactancia, apego, y velar por que se establezca una cuidadora fuera del recinto penal para cuando los/las niños/as estén por cumplir dos años.⁸

La alimentación, pañales, ropa y medicamentos que requieran los niños y las niñas son entregados por Gendarmería a todas las mujeres que forman parte del programa «Creciendo Juntos».⁹

En principio, cada mujer decide voluntariamente si desea ingresar al programa o si prefiere que su hijo o hija permanezca fuera de la cárcel con un cuidador o una cuidadora que ella designe, previa autorización del Juzgado de Familia o de Garantía competente.¹⁰

Si decide que el hijo o la hija ingrese con ella al recinto penitenciario, el niño o la niña continúa teniendo la calidad de ciudadano libre no privado de libertad, por lo cual puede salir regularmente del centro penitenciario bajo el cuidado de un adulto que la madre designe.¹¹

6 CAMILA ORELLANA, *Políticas penitenciarias de género para mujeres madres privadas de libertad*, p 60.

7 ORELLANA (2019) p. 61

8 ORELLANA (2019) p. 61.

9 ORELLANA (2019) p. 61.

10 ORELLANA (2019) p. 62.

11 ORELLANA (2019) p.62.

Por último, frente al creciente número de mujeres y madres de niños menores de 2 años, el derecho internacional recomienda a los Estados tomar alternativas a la prisión preventiva en los casos de mujeres embarazadas o aquellas con hijos/as menores de edad, por lo que se sugiere que la medida cautelar sólo sea utilizada en casos límites, lo que en los tribunales en Chile no es tomado en cuenta.

3) Proyecto de ley

En virtud de la ausencia de una ley integral que abarque la situación actual de miles de mujeres encarceladas embarazadas o madres de niños y niñas, es que se intenta a través del Proyecto de Ley, Modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años, ingresado con fecha 04 de enero de 2017.

Es importante destacar, que en la actualidad no hay una norma propiamente tal que incorpore la situación de aquellas mujeres y sus hijos, pronunciándose solo el Reglamento Penitenciario, autorizando sobre las mujeres en recintos penitenciarios y niños y niñas hasta los 2 años de edad.

El fundamento del Proyecto de Ley son las mujeres privadas de libertad, con enfoque de género y de derechos humanos. En particular, señala la situación de desprotección de las mujeres embarazadas y las que son madres de niñas y niños pequeños/as, y el progresivo aumento de mujeres condenadas a penas privativas de libertad, vinculado principalmente al delito de microtráfico.¹² Aunque considera los programas vigentes en Chile que colaboran con la situación familiar de las personas privadas de libertad, estima que son insuficientes.

El Proyecto de Ley propone modificar el Código procesal Penal:

Busca agregar un nuevo numeral (d) a su artículo 141, que enumera las circunstancias en que está prohibido decretar la prisión preventiva. Este prohíbe imponer la prisión preventiva «cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad».¹³

El primer informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía señala que, que esta propuesta asegura que los niños no nazcan, ni vivan sus primeros años de vida en un mundo de privación de libertad.

En consecuencia, al agregar un nuevo número al artículo 141, se buscaría evitar dar cumplimiento a las leyes internacionales, con el objetivo de que los niños y niñas no nazcan privados de libertad, dignidad y de derechos.

El proyecto propone agregar un nuevo artículo en el Libro cuarto, título VIII del CPP sobre ejecución de las sentencias condenatorias:

Artículo 468 bis. Suspensión de la ejecución de la sentencia penal. Cuando se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor de tres años al momento de la sentencia condenatoria, su cumplimiento se diferirá hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

¹² MEZA-LOPEHANDÍA, (2019) p.11.

¹³ MEZA-LOPEHANDÍA (2019) p.11.

14 MEZA-LOPEHANDÍA (2019) p.11.

Asimismo, tratándose de mujeres que durante la ejecución de su condena quedaren embarazadas, tendrán derecho a que el cumplimiento de la sentencia se difiera hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

En ambos casos, podrá extenderse hasta por tres años más cuando el hijo o hija padeciese alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental.

Durante todo este tiempo, la condenada se encontrará sujeta al control de la autoridad competente. En caso de dictarse nueva sentencia condenatoria por crimen o simple delito, se revocará la suspensión.

Cumplido el plazo, se retomará el cumplimiento de la sentencia, abonándose el tiempo transcurrido al total de su condena.¹⁴

Aquel Proyecto de Ley es llamado Ley Sayen, la cual comienza a gestarse debido al caso de Lorenza Cayuhan, quien fue detenida estando embarazada de 4 meses y condenada a 5 años de presidio y 61 días. A la mujer se le realizó una cesárea de urgencia engrillada y en presencia de un gendarme.

Posteriormente, Cayuhan solicitó el traslado a otro centro penitenciario, lo cual fue negado, debiendo volver con su hija Sayen al centro penitenciario anterior.

Por último, a través de este proyecto de ley se intenta disminuir la población carcelaria en los casos que la mujer se encuentra embarazada o que tenga un hijo o una hija menor de 3 años, así como, busca suspender la ejecución de la sentencia penal de mujeres que cumplen ciertos requisitos, con el fin de que los niños o las niñas no sean expuestos/as al sistema carcelario, lo cual sería un gran avance en la protección de niños y niñas.

Expuesto lo anterior, la propuesta de modificación del Código Procesal Penal constituiría un trascendental avance para los derechos de las mujeres, niños y niñas, quienes podrían gestar y nacer dignamente.

4) Conclusión

A través del presente análisis se vislumbra la precariedad de la regulación del sistema penitenciario chileno, considerando que aún no se ha promulgado una Ley que pueda responder y sistematizar integralmente los derechos de los niños hijos de madres en prisión preventiva o condenadas en un recinto penitenciario.

Es importante destacar, que los niños y niñas que viven con sus madres al interior de la prisión, son sujetos de derecho con realidades y necesidades específicas que deben ser entendidas y abordadas cumpliendo con el marco de la Convención de los Derechos del Niño y con una metodología de caso por caso.¹⁵

Finalmente, debemos considerar que, en la actualidad existe una sistemática vulneración a los derechos de los niños y niñas, como hijos e hijas de madres privadas de libertad; constituyéndose presos fácticos del sistema penal.¹⁶

15 GIACOMELLO (2018) p.212.

16 GIACOMELLO (2018) p.73.

Afectación en la eficacia de la persecución y juzgamiento penal, por la existencia de la prueba ilícita

Impact on the effectiveness of the criminal persecution and judgment, by the existence of illicit evidence

Artículo de Investigación

RICARDO MÁRQUEZ ACEVEDO*

* ABOGADO. LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES UNIVERSIDAD DE CHILE, candidato a Magister en Derecho Procesal Universidad Central. Correo: rmarquez@abogadossm.cl

Resumen: La recepción de instituciones procesales de la tradición anglosajona en Chile durante el S. XXI, trajo consigo la irradiación a todo el sistema procesal chileno de la prueba ilícita. La discusión nacional acerca de la existencia, vigencia y extensión de la prueba ilícita no solo se ha dado a nivel jurídico, sino que también en todos los ámbitos de nuestra sociedad, así son conocidas por todos/as las discusiones que generan ciertas noticias policiales cuando los resultados de las pesquisas se ven reducidas muchas veces a nada por aplicación de la prueba ilícita.

PALABRAS CLAVE: Prueba Ilícita, Límites, Persecución Penal, Eficacia.

Abstract: *The reception of procedural institutions of the Anglo-Saxon tradition in Chile during the 21st century, brought with it the irradiation of the entire Chilean procedural system of illicit evidence. The national discussion about the existence, validity and extent of illegal evidence has not only taken place at the legal level, but also in all areas of our society, thus the discussions that certain police news generates when the results of the investigations are often reduced to nothing by the application of the illegal evidence.*

KEYWORDS: *Illegal Evidence, Limits, Criminal Prosecution, Effectiveness.*

1) Introducción

Para aproximarse a las complejidades que presenta la aplicación de la prueba ilícita a los conflictos penales, se hace indispensable conceptualizar muy someramente qué es la prueba ilícita. Prueba ilícita es la prueba obtenida con violación de la ley o de garantías constitucionales por parte del ente persecutor o sus agentes¹. Esa es básicamente la noción que se debe tener de prueba ilícita, pues este concepto nació a raíz de la vulneración de derechos constitucionales por parte de la policía y, por ende, en el campo del derecho procesal penal.

Para algunos autores el nacimiento del concepto de prueba ilícita se debió, más que al respeto a los derechos fundamentales, a la necesidad de evitar la actuación abusiva de la policía, entonces se habla del efecto disuasorio, con lo cual la prueba obtenida de esa forma se convertía en totalmente inútil para el proceso.²

La prueba ilícita fue introducida en el sistema procesal penal en Chile con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Esta entrada fue gradual en todo el territorio nacional, terminando con la región metropolitana el día 16 de junio de 2005.

Antes de las reformas procesales en Chile la prueba ilícita no existía, y menos los problemas derivados de ella. Así, los/las jueces/zas no se preguntaban cómo se había obtenido la prueba que era esencial para el descubrimiento de un delito, lo que importaba era el esclarecimiento de los hechos. La única pregunta que se hacía la judicatura en esos tiempos era si la actividad probatoria y la prueba misma obtenida era fruto de un delito.

En el sentido anterior, no había actividad probatoria prohibida incluso hasta muy avanzados los años noventa. Por ejemplo, la interceptación de comunicaciones privadas y su utilización no era ni siquiera considerado un delito. Al respecto, solo como ejemplo, es recordado el caso de espionaje político denominado «*piñeragate*» o «*kiotazo*».³

Entonces, resulta válido plantearse el problema de los medios para llegar a la verdad en el proceso penal. Es de capital importancia, en una sociedad democrática y con plena vigencia del Estado de derecho, reflexionar sobre los medios para llegar a la verdad judicial. En este aspecto vale la pena pensar sobre si debe o no existir límites a la actividad probatoria. Así, quizá puede orientar a enmarcar el presente problema las palabras del político francés André Philip: «*La única división fundamental, la que separa irremediabilmente a los hombres entre humanistas y bárbaros se produce en punto a la correlación entre los fines y los medios. Para los bárbaros el fin lo ennoblece todo, y todos los medios, incluso la tortura, son buenos para conseguirlo; ... el humanista es aquel que, sea cual fuere su fin, no lo conseguirá jamás a cualquier precio; siempre habrá un precio que no estará dispuesto a pagar.*»⁴

En la actualidad, con la masificación de medios tecnológicos al alcance de todos, resulta más pertinente que nunca la preocupación acerca de la obtención de medios de prueba para, primero, imputar a una persona, y luego obtener una condena. En cierta medida hoy, con nuestros celulares, nos hemos convertido potencialmente en periodistas, reporteros/as, inves-

1 Es la definición dada por el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, que señala: "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."

2 NIEVA, JORDI (2018) *Policía Judicial y Prueba Ilícita. Regla de Exclusión y Efecto Disuasorio: Un Error de Base*. En Vásquez Carmen (coord.). *Hechos y Razonamiento Probatorio*. México: Editorial Ceji, p. 105.

3 <https://es.wikipedia.org/wiki/Pi%C3%B1eragate>

4 MIDÓN, SEBASTIÁN (2005) *Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 13.v

tigadores/as, policías e incluso jueces/zas, considerando que aparejado a los medios de grabación el material obtenido no solo puede ser usado en un juicio, sino que en las llamadas redes sociales. En estas muchas veces el daño que se puede causar a una persona llega a límites más gravosos que lo que puede constituir una condena penal.

Por lo anterior resulta de mucha importancia preguntarse sobre los criterios que debemos tener para la captura y uso de la información, principalmente a través de nuestros teléfonos celulares.

Entonces, es muy amplio el espectro de problemas que pueden llegar a ser analizados respecto de la captación de información por parte de las personas.

En lo que respecta a este trabajo, se estudiará el entorpecimiento que genera la prueba ilícita al momento de hacer coincidir la verdad material con la verdad judicial. En otras palabras, cómo la introducción de la prueba ilícita en nuestro sistema procesal penal puede limitar el acceso a la verdad y a la justicia por parte de los justiciables. Y, por otra parte, si balanceando y pesando los conceptos de eficacia judicial y respeto a las garantías constitucionales la prueba ilícita es un concepto cuya existencia es esencial al sistema de justicia, en este caso, penal.

En último término, si no es posible tener un sistema de justicia sano sin prueba ilícita, cómo se puede limitar aquella para cumplir con los objetivos de eficacia judicial. En este caso, la prueba ilícita sería un mal necesario desde la perspectiva de la búsqueda de la verdad.

2) La prueba ilícita y la eficacia en la persecución penal

Para adentrarnos en el concepto de prueba ilícita hay que hacer varias consideraciones generales que serán desarrolladas en los párrafos que siguen. Entre estas consideraciones se expondrá el origen, el contexto jurídico, el concepto y la aplicación de lo que se considera como prueba ilícita. Ahora, antes de comenzar, en cuanto a la nomenclatura, la prueba ilícita también es tratada como: prueba ilícita o ilícitamente adquirida, prohibida, ilegal o ilegalmente obtenida, ilegítima, irregular, viciada o contaminada; etc.

No es inocuo exponer sobre el origen de la prueba ilícita y el contexto histórico y geográfico en que surge. Para hablar del origen y contexto histórico jurídico en que se produce el nacimiento de este concepto debemos situarnos en Estados Unidos de América, en adelante EE. UU., y a principios del S. XIX. En esa fecha, gracias a la doctrina asentada por la Suprema Corte encabezada por John Marshall, se estableció uno de los precedentes judiciales más importantes en la historia de EE. UU., que se refiere a la supremacía constitucional. Esta doctrina proviene del caso *Marbury vs Madison*, en que se estableció: «*el principio del judicial review, esto es, el derecho de todas las cortes a rechazar la obligatoriedad de las normas emanadas del congreso cuando fuesen contrarias a la constitución.*»⁵

La jurisprudencia indicada es de principios del S. XIX (1803) y resulta ser trascendente, pues sin ella no hubiera sido posible crear el sistema de pruebas ilícitas en EE. UU., porque precisamente dicho concepto tiene

5 MAZAGATOS Y SÁNCHEZ (2016)
La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos.
México: Tirant lo Blanch, p. 58.

6 **BOYD VS. US, 116 U.S. 616** (1886).

7 Exclusionary rule, hay casos anteriores en el sistema inglés como los casos *Wilkes vs. Wood* (1763) y *Entick vs. Carrington* (1765).

8 El texto pertinente del fallo señala: "Ha de tenerse en consideración la íntima relación entre las dos enmiendas. Cada una arroja una gran luz sobre la otra. Los registros e incautaciones irracionales penados en la Cuarta Enmienda que casi siempre tienen como finalidad obligar a un hombre a declarar contra sí mismo, viene ya tipificados en la Quinta Enmienda; y obligar a un hombre en una causa penal a declarar contra sí mismo, prohibido en la Quinta Enmienda, ilumina sobre las preguntas acerca de lo que es una búsqueda e incautación irrazonables en el sentido de la Cuarta Enmienda. Y no hemos sido capaces de percibir que la incautación de los libros y documentos privados de un hombre para ser utilizados como prueba contra él sea sustancialmente diferente de obligarle a declarar contra sí mismo. Creemos que es esta la clara intención y el significado de esos términos.

9 **NIEVA, JORDI** (2017) *Derecho Procesal Penal III. Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 152.

como fundamento la llamada supremacía constitucional, doctrina que, como se ha expuesto, hace prevalecer la constitución por sobre la ley.

Yendo directamente al origen del concepto de prueba ilícita, este fue creación de varios fallos de la Suprema Corte de EE. UU., y al respecto podemos citar al menos tres.

El primero de ellos es el caso *Boyd vs US*⁶. En este caso por primera vez en EE. UU. se aplicó la regla de exclusión de prueba⁷, y lo fue a propósito de la aplicación de la cuarta y quinta enmienda de la constitución de EE. UU., que tiene que ver con el registro de lugares cerrados y con la imposibilidad del imputado de crear prueba en su contra. En este caso, unos comerciantes en Nueva York son obligados por la policía a emitir documentación que contuviera la cantidad y costo de cierta mercadería importada. Dicha documentación fue usada en su contra y constituyó una autoincriminación lo cual está prohibido por la quinta enmienda.⁸

El segundo fallo se produce a principios del S. XX, en el año 1914, en el caso *Weeks vs. US*, en donde se negó la eficacia de una prueba recogida en un allanamiento declarado ilegal.

El tercer fallo es de importancia porque estableció un cambio legislativo en EE. UU., este es el caso *Miranda vs. Arizona*, de 1966, en que un imputado fue detenido sin ser informado que tenía derecho a una defensa y en ese contexto confesó un delito. Acá se anuló el fallo por la Suprema Corte al haber sido obtenida la confesión por la policía en contra de la normativa constitucional. Este fallo dio lugar a lo que se conoce como el *Miranda Warning* o *Ley Miranda*. Sobre el caso se ha escrito bastante, sin embargo, pocos conocen los hechos del caso y ellos son: «...proceso en que se enjuiciaba el secuestro y violación de una joven de dieciocho años, delitos de los que se acusó a Ernesto Miranda, en aquel momento un joven de veintidós años de edad con antecedentes por robo. El mismo fue detenido el 13 de marzo de 1963, y tras la identificación parcial de su automóvil, la simple pregunta del reo a la policía acerca del motivo de su detención tras una rueda de reconocimiento mal practicada, así como un reconocimiento muy precario de su voz por la víctima, el detenido reconoció finalmente los hechos tras dos horas de un interrogatorio policial, firmando una declaración a tal efecto.»⁹ Este fallo y la posterior doctrina emanada de la Suprema Corte tuvo un efecto en la sociedad estadounidense, que llegó incluso a Hollywood con la saga de películas protagonizadas por Clint Eastwood tituladas «*Dirty Harry*» (*Harry el Sucio*). En dichas películas, que comenzaron en 1971, el actor interpreta a un policía que en su actuar no sigue las directivas de la ley, logrando precisamente por ello resultados en sus pesquisas.

Entonces, tenemos que el concepto de prueba ilícita nació en un contexto histórico determinado, dentro de la teoría de la supremacía constitucional y a propósito del derecho procesal penal. No obstante, la prueba ilícita ha sido recepcionada en Europa y en Chile precisamente con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal a comienzos del S. XXI y, con una serie de reformas procesales como son la de familia con la Ley 19.968, la reforma laboral y ahora el Código Procesal Civil —que se encuentra en discusión— que contiene normas vinculadas a la prueba ilícita.

En lo que respecta a Chile y para efectos procesales penales, el concepto de prueba ilícita es legal y, citando el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, corresponde a: «*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.*»

Como se puede apreciar, la segunda parte de la norma citada corresponde a lo que denominamos propiamente tal prueba ilícita, aunque la mayor parte de las pruebas recogidas en un procedimiento nulo lo son precisamente por infracción a garantías constitucionales.

Frente a la pregunta ¿qué es la prueba ilícita?, para lo que interesa en este trabajo (la prueba ilícita en materia penal y su proceso), debemos tener como norma a analizar la del artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal, ya expuesto.

En el sentido anterior, el concepto de prueba ilícita debe ser cualquier tipo de medio de prueba que no pueda ser utilizado en el proceso penal.

Entonces, la prueba ilícita en el Código Procesal Penal corresponde a un concepto amplio de exclusión del medio de prueba pertinente. No solamente nos estamos refiriendo a la prueba obtenida con violación a las garantías constitucionales, sino que también a cualquier medio de prueba que vulnere la normativa legal, como muy comúnmente se hace por las policías realizando su actividad, para lo cual deben recabar autorización del Ministerio Público o de la justicia.

No cabe duda que la doctrina de la prueba ilícita ha expandido su contenido desde su creación jurisprudencial en EE. UU. a principios del S. XX, la que legal y doctrinariamente, llegando en la actualidad a corresponder a cualquier medio de prueba que sea contrario a la ley. La ley entendida en sentido amplio incluye a su vez la Constitución Política de la República.

La doctrina manifiesta principalmente dos posiciones o criterios en cuanto a definir lo que es la prueba ilícita. Una posición amplia y otra restringida. La amplia correspondería a lo que se denominan «*pruebas prohibidas*», y para esta posición doctrinaria la prueba ilícita sería: «*...la contraria a una norma de derecho, es decir, la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas (constitucionales o legales; procesales o sustanciales) incluso aquellas violatorias de disposiciones o principios generales implícitos.*»¹⁰

En cuanto a la dimensión restringida del concepto de prueba ilícita, correspondería a la obtenida y producida con infracción a garantías constitucionales.

Se puede apreciar que, de la norma referida en Chile, esta correspondería a la de exclusión de prueba que se refiere al concepto amplio de prueba ilícita, aunque se hace una diferenciación entre prueba ilícita y la prueba ilegal o ilegalmente adquirida.

Para efectos de este trabajo se analizará la prueba ilícita en su concepto amplio, vinculada a la eficiencia del sistema penal.

10 MIDÓN (2005) 33-34.

3) La prueba ilícita y sus límites

En los próximos párrafos se analizará el desarrollo moderno de la prueba ilícita y sus límites, es decir, en qué casos, a pesar de existir prueba ilícita, ella no invalida el medio de prueba respectivo pudiendo ser utilizado en juicio.

Para empezar, la prueba ilícita no es un concepto jurídico de contenido petrificado, sino, por el contrario, es dinámico. Esto en razón de ser un concepto jurídico de contenido indeterminado y tener su génesis en la jurisprudencia.

No solamente en la jurisprudencia de EE. UU. se ha avanzado en torno a la prueba ilícita, también en el continente europeo y en Chile desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal a inicios del S. XXI.

La evolución de la prueba ilícita ha ido desde una idea de respeto irrestricto a las garantías constitucionales y la ley sin límite, es decir, sin que la prohibición o nulidad del medio de prueba pueda ser utilizado en forma alguna en juicio, hasta un estado de desarrollo en que el medio, aunque ilícito, sea posible ser utilizado por varias razones que se verán en los párrafos que siguen.

Con el tiempo se apreciaría el surgimiento de diversas teorías que luego se convertirían en doctrinas que limitan la aplicación de la prueba ilícita en EE. UU., criterios que por lo demás han sido recepcionados en Chile.

Las teorías más importantes a revisar serán:

3.1. Prueba ilícita a favor del imputado

En términos bastante sencillos, esta posición se basa en que las prohibiciones de prueba o la prueba ilícita está establecida siempre en contra del ente persecutor, es decir, de quien sostiene la acusación, en este caso el Ministerio Público.

Lo anterior está en consonancia con uno de los fundamentos más fuertes dados para la existencia de la prueba ilícita, este es, el efecto disuasorio por parte del Ministerio Público y sus agentes, en especial la policía.

Este efecto disuasorio consiste en: «... *disuadir a potenciales infractores del orden jurídico de su estéril actuar. En esta línea se afirma que la única respuesta que el ordenamiento jurídico puede dar no es otra que el rechazo absoluto de lo obtenido con dicha actuación, pues solo así puede desalentarse a quienes pretendan recurrir a tales artimañas.*»¹¹

El segundo efecto consistiría en proteger la norma violentada con la inadmisión de prueba prohibida o ilegal. Es decir, en este preciso caso, la normativa está vinculada no solo a la ritualidad del proceso, sino que también a la reglamentación de la investigación policial, que por lo demás debe cumplir con los estándares constitucionales, protegiendo también debido proceso y no solo la regularidad de los actos procesales.

Muestra de este efecto disuasorio ya se asomaba a principios del S. XX, en que en un voto de minoría del presidente de la Suprema Corte de EE. UU., Oliver Wendell Holmes, se indicó: «*Es en verdad deseable que los delin-*

¹¹ ZAPATA, MARÍA (2004) *La Prueba Ilícita*. Chile: Lexis Nexis, p. 26.

12 Zapata (2004) 26-27.

13 **DÍAZ, L. IVÁN** (2017) *Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. En Coloma Rodrigo (Edit.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal oral*. Chile: Lexis Nexis, p. 151.

14 **ARTÍCULO 215.-** Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará.

15 **ARTÍCULO 175.-** Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar:

a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

cuentas resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba... Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno.»¹²

Entonces al no existir el efecto disuasorio, la prueba obtenida ilícitamente por el imputado podría ser utilizada en el proceso en su favor. Esta orientación choca contra el primer y más importante fundamento de la prueba ilícita, que es el respeto de los derechos fundamentales y la aplicación irrestricta de las normas legales y constitucionales al proceso.

Para superar lo anterior, se viene argumentando en torno a la proporcionalidad de las normas infringidas por el imputado al recolectar prueba ilícita, en donde, en cierta medida, el imputado actúa autotutelando sus derechos con la obtención de una condena injusta. Con todas las consecuencias irreparables que de ello se derivan, incluso esa condena injusta resultaría ser contraria a la realidad y en algunos casos dejaría en la impunidad al verdadero culpable. Así, para validar esta prueba obtenida por el imputado se argumenta en torno a un estado de necesidad desde la perspectiva penal, el cual sí podría justificar la introducción de prueba ilícita de descargo.

Por último, siempre en estos casos de ponderación de normas será necesario evaluar por el Tribunal: la entidad de la violación de garantías constitucionales y legales al obtener la prueba por parte del imputado, con la gravedad del delito investigado, pues resulta racional y justo permitir la introducción de prueba ilícita de descargo cuando ésta puede ser esencial en la defensa, y la pena que se arriesga es una pena grave, como el presidio perpetuo calificado. Y, por otro lado, la vulneración de garantías constitucionales puede ser menor y afectar solo a una persona, que, por lo demás, puede estar vinculada íntimamente con el imputado. Razón por la cual la infracción, a la intimidad, por ejemplo, se torna sutil.

3.2. El hallazgo casual

Acá nos referimos a pruebas que llegan al acusador o a la policía sin ser buscadas directamente, y fruto muchas veces de actividades legítimas, aunque sin una autorización expresa por parte de la ley o la justicia.

Dicho de otro modo, esta teoría de exclusión dice: «*La excepción del hallazgo casual consiste en que una determinada prueba ha sido descubierta sin expresa cobertura jurídica; pero, y por contrapartida, en el curso de una actuación perfectamente lícita y desconectada de los hechos a que alude la evidencia encontrada. En este caso el/la juez/a puede no aplicar la regla de exclusión a lo casualmente encontrado.*»¹³

En Chile esta excepción a la regla de exclusión se encuentra aceptada por nuestra legislación, pues el artículo 215 del Código Procesal Penal¹⁴ permite su utilización. Entonces, en Chile este hallazgo casual obliga al funcionario público, que muchas veces es la policía, a denunciar el hecho, conforme lo ordena el artículo 175¹⁵ letras a) y b) del Código Procesal Penal,

y los antecedentes probatorios del mismo, pueden ser resguardados con prontas órdenes judiciales.

Como se puede apreciar en este caso, no hay un problema de ilicitud de la prueba, sino más bien un resguardo de la prueba obtenida de forma casual. Entendido así el problema, no será posible aplicar la regla de la exclusión tratándose de este encuentro casual.

3.3. Buena fe del agente

Acá el agente de policía, o funcionario público encargado de la recolección de la prueba, lo hace sin una autorización dada por la constitución o las leyes. En estos casos se cree estar actuando dentro del marco jurídico y libre de todo vicio, aunque él exista.

Para conceptualizar esta regla de exclusión, se puede decir que: «...se legitima y reconoce validez a las pruebas obtenidas ilícitamente cuando los funcionarios policiales, con el evidente propósito de acelerar la investigación, actuaron de buena fe, es decir, en la creencia objetivamente razonable de que su actuación se ajustaba a la ley. Sin perjuicio de lo cual, incurrierán -sin saberlo- en un procedimiento ilegal.»¹⁶

Esta limitación a la exclusión probatoria tiene su origen en la IV enmienda hecha a la Constitución de EE. UU., que señala: «El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.»

Como la reforma de la constitución estadounidense se dirige precisamente en el sentido del efecto disuasorio para las policías, se elaboraron precedentes que limitaron la utilización de prueba obtenida sin las autorizaciones correspondientes por parte de la policía. Como por ejemplo, en los casos en que los agentes obraron de buena fe, porque se entiende que el agente al actuar de buena fe, con la conciencia de actuar en cumplimiento de una autorización legal o judicial, no debiera ser reprimida su conducta y no es posible lograr el efecto disuasorio respecto de él o sus compañeros de labor.

En EE. UU. se ha ido avanzando y cada vez se ha aceptado en mayor medida esta limitación a la regla de exclusión de prueba. En el texto: «Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense, Crónica de una Muerte Anunciada», del Jurista Manuel Miranda Estrampes, se cita varios precedentes recientes, y al respecto se pueden mencionar los siguientes¹⁷:

- * **UNITED STATES VS. LEÓN (1984)**. En que se reclama prueba ilícita derivada de una orden judicial que resulta ser inválida.
- * **ARIZONA VS. EVANS (1985)**. La prueba ilícita proviene de actuación policial derivada por error de datos computacionales cometidos por personal judicial.

16 MIDÓN (2005) 201.

17 MIRANDA, MANUEL (2019) *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense, Crónica de una Muerte Anunciada*. Madrid: Marcial Pons, pp. 65-86.

18 DÍAZ (2003) 154.

19 ARTÍCULO 182 INCISO 3º CÓDIGO PROCESAL PENAL: "El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto, el cual podrá ser ampliado por el mismo período, por una sola vez, con motivos fundados.

20 DÍAZ (2003) 156.

- * **ILLINOIS VS. KRULL (1987)**. La prueba ilícita es obtenida al amparo de una ley estatal que luego es declarada inconstitucional por un tribunal federal.
- * **HERRING VS. UNITED STATES (2009)**. Se extiende la excepción a la exclusión de prueba a la supuestas negligencias o errores policiales.
- * **DAVIS VS. UNITED STATES (2011)**. La reclamación de prueba ilícita proviene de una actuación policial amparada en una ley y precedente judicial que posteriormente es anulado o revocado por la Suprema Corte.

Ahora, todo lo anteriormente mencionado se aviene muy bien con el llamado efecto disuasorio, pero: «*La cuestión es si para estos casos el derecho chileno tiene una propuesta mejor justificada. Parece posible sostener que ella se puede encontrar en el principio de proporcionalidad. Éste cuenta con clara recepción en el proceso penal en general y, dentro de él, como fundamento de la restricción a los derechos de las personas...*»¹⁸

Lo anterior significa que el problema subyace respecto de cómo admitir que una actuación policial o judicial, aunque sea realizada de buena fe, puede violar garantías constitucionales. Al respecto discurre la siguiente limitación a la exclusión por prueba ilícita.

3.4. Principio de proporcionalidad

Este principio parte de la base que las garantías constitucionales, como las normas legales, y en general cualquier norma jurídica, resultan no ser absolutas. Se aprecia que la mayoría de garantías constitucionales tienen excepciones y éstas están regladas. Por ejemplo, el derecho de propiedad o el derecho a la intimidad pueden ser afectados por una orden judicial. En el mismo sentido, el principio de publicidad de la investigación penal también puede ser afectado por el/la Fiscal Adjunto/a, declarando secreta toda la investigación o partes de ella, eso sí, solo durante un tiempo acotado y reclamable ante el/la Juez/a de Garantía.¹⁹

En lo que respecta a la limitación a la prueba ilícita, el principio de proporcionalidad viene a suplir la aplicación del criterio de actuación de buena fe del agente, en cuanto es posible permitir la violación de garantías constitucionales siempre y cuando no haya una desproporción entre la vulneración de la garantía y el resultado siempre deseable (que la verdad judicial esté de acuerdo con la verdad de los hechos acaecidos).

«*En síntesis, la proporcionalidad constituye un principio relevante en el derecho procesal penal. En el particular ámbito de la prueba ilícita, podría justificar ciertos casos de excepción de la regla de exclusión. Es decir, en virtud del principio de proporcionalidad podrían admitirse pruebas ilícitamente obtenidas. Esto siempre que se trata de actuaciones con algún soporte jurídico, aunque ese soporte sea insuficiente para afectar derechos fundamentales.*»²⁰

3.5. El descubrimiento inevitable

Esta excepción tiene como fundamento el fallo de la Suprema Corte de EE. UU. *Nix vs. Williams* (1984), que corresponde a una investigación por la desaparición de una niña de 10 años en que la policía estaba indagando un sector en donde se le había visto a la menor, y frente a la interrogación hecha por la policía al sospechoso, este confiesa el crimen y da el lugar exacto donde se encontraba el cadáver, que justamente correspondía a un sector que estaba siendo rastreado por una cuadrilla de policías. Por lo que el descubrimiento del cadáver se tornaba inminente e inevitable.

En este caso: «*El Tribunal Supremo sostuvo que el cadáver hubiera sido localizado inevitablemente y que, por tanto, esa declaración autoinculpatoria realizada ilegalmente por el reo no anulaba la prueba del cadáver.*»²¹

Esta situación hipotética presenta graves problemas, porque realmente no hay una razón que permita considerar la prueba ilícita, pues, más bien, se reemplaza un medio de prueba por una hipótesis y muchas veces por una mera conjetura.

De hecho, hay opiniones en el sentido que en el sistema chileno no cabría esta limitación a la exclusión de prueba. Sin embargo, el descubrimiento inevitable se hace cargo de situaciones en que la exclusión de prueba por ilicitud, más que nada, desprestigia a todo el sistema judicial, y una vez más parece que se debe complementar con el principio de proporcionalidad.

Más adelante se podrá apreciar una regla de limitación de reciente cuño y bastante interesante propuesta por el jurista español Jordi Nieva, denominada «*La Notoria Realidad de los Hechos Descubiertos*», que viene a salvar las situaciones en que existe prueba ilícita de manera evidente, pero que por las circunstancias la exclusión resulta no ser entendida por la sociedad, lo que se trasunta en un perjuicio para el acatamiento de la norma y la mantención del estado de derecho.

3.6. La fuente independiente

Esta doctrina indica que, aunque el hecho haya llegado mediante un medio de prueba empañado de ilicitud, ello no prohíbe que el mismo material probatorio pueda llegar a la justicia por otro medio de prueba.

La fuente de esta doctrina está dada por el fallo de la Suprema Corte de EE. UU. en *Wong vs. United States* (1963). En este caso, «... *la persona acusada había sido arrestada ilícitamente, pero después puesta en libertad se presentó voluntariamente en el departamento de narcóticos donde fue interrogada realizando afirmaciones autoincriminatorias que fueron empleadas para proceder contra de ella.*»²²

Acá la Corte dijo: «*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 ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la explotación de*

²¹ NIEVA (2018) 128.

²² MIDÓN (2005) 192.

23 HORVITZ Y LÓPEZ (2004) *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*. Chile: Editorial Jurídica, p. 221.

24 Teoría de los Frutos del Árbol envenenado, que se deriva del fallo de la Suprema Corte (USA) "Silverthorne Lumber Co. Vs. United States", que señala: "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". Horvitz y López (2004) 218-219.

esa ilegalidad o, en su lugar, por medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original.»²³

En esta situación lo que importa es el vínculo que existe entre el medio de prueba ilícito y el derivado de aquel, siempre que estemos frente a un vínculo atenuado y que no se trate de medios de prueba que resulten ser obtenidos a través del medio de prueba ilícito. Esto último refiere a que, mientras no se trate de medios de prueba contaminados al decir de la teoría de los frutos del árbol envenenado²⁴, es posible admitir este nuevo y separado medio de prueba.

3.7. El vínculo atenuado

Esta limitación a la validación de la prueba ilícita está en íntima relación con la doctrina de la fuente independiente y la teoría de los frutos del árbol envenenado. Considerando que, si es ínfimo o incluso inexistente la conexión entre una prueba ilícitamente obtenida y otro medio de prueba que acredita el mismo hecho, es posible que este nuevo medio de prueba pueda ser usado. En caso contrario, no podrá usarse y muy posiblemente no se obtendrá una condena. El problema que se nos plantea es encontrar el límite con el cual podemos decidir que no existe relación entre ambos medios de prueba.

La Suprema Corte de EE. UU., en varios casos, aplica esta doctrina del vínculo atenuado. A saber:

- * Nardone vs. United States (1939).
- * Wong Sun vs. United States (1963).
- * Brown vs. Illinois (1975).
- * United States vs. Ceccolini (1978).
- * Utah vs. Strieff (2016).

En este último caso: *«A raíz de una información anónima, el detective Fackrell había permanecido, durante una semana, vigilando una vivienda donde presumiblemente se estaba traficando con drogas. Durante todo este tiempo había observado que muchos visitantes acudían a la vivienda y transcurridos unos pocos minutos la abandonaban. Visitas que eran lo suficientemente frecuentes para sospechar que los ocupantes de la vivienda estaban traficando con drogas. Uno de estos visitantes era Edward Joseph Strieff, Jr.; quien al salir de la vivienda fue parado por el agente Fackrell solicitándole que se identificara y preguntándole qué había hecho en el interior de la vivienda (investigatory stop). El detective Fackrell transmitió los datos personales de Strieff a la oficina de policía, informándole desde esta última que existía una orden de arresto (warrant) pendiente por una infracción de tráfico. Ello dio lugar a que arrestara a Strieff y en el posterior cacheo encontró en los bolsillos de su pantalón metanfetamina y utensilios para droga. Si bien se admitió sin discusión que la inicial parada por la policía había sido inconstitucional pues no concurrían sospechas razonables (reasonable suspicion), sin embargo, no se excluyeron las evidencias obtenidas durante el posterior cacheo o registro de Strieff, pues había tenido lugar inmediatamente después de su arresto, una vez comprobado que existía en*

25 MIRANDA (2019) 104.

26 BROWN VS. ILLINOIS, 422 U.S. 590 (1975).

su contra una previa y legal orden judicial pendiente de arresto (warrant), totalmente desvinculada de la inicial actuación policial.»²⁵

Este fallo es sumamente importante por lo reciente, y porque da cuenta de la actual tendencia en EE. UU. en torno a limitar cada vez más la exclusión por prueba ilícita. Es decir, procurar que la verdad factual coincida con la judicial.

Por otra parte, en el precedente del caso Brown vs. Illinois, de 1975²⁶, se dan varios criterios para limitar la exclusión de la prueba ilícita, entre ellos se mencionan:

- * El tiempo entre la obtención de las pruebas (la ilícita y la nueva).
- * La gravedad de la violación de la garantía constitucional.
- * La extensión de la cadena causal entre la prueba ilícita y la derivada. En este caso es importante que existan circunstancias o eventos interferentes. Mientras más circunstancias o eventos que interfieran más posibilidad de admitir la prueba derivada.
- * La voluntariedad de la declaración admitida en el caso Wong Sun.
- * La utilización por los/las jueces/zas de argumentaciones sencillas para explicar la atenuación o rompimiento del vínculo entre las pruebas, por una parte, ilícita y por la otra derivada.

3.8. Notoria realidad de los hechos descubiertos

Es una doctrina desarrollada recientemente por el jurista español Jordi Nieva. Ha sido expuesta en un artículo titulado: «Policía Judicial y Prueba Ilícita. Regla de exclusión y Efecto Disuasorio: Un Error de Base.»

El artículo data del año 2017, y trata de dar una respuesta general a la limitación de la aplicación de la prueba ilícita en los casos en que la realidad que se descubre a través de medios de prueba que pudieren estar empañados por la ilicitud, es sumamente evidente y, eliminar el medio de prueba sería considerado por los justiciables como ininteligible, incluso hasta inaudito. En estos casos la comunidad no entendería la exclusión del medio de prueba y vería cómo un crimen queda impune por un mero tecnicismo jurídico. A ello se agrega que, por lo evidente del hecho constatado y la prueba recogida, la probabilidad de plantar prueba por parte de la policía se hace casi imposible (efecto disuasorio).

Si bien a priori parece bastante razonable esta doctrina que pone otro límite más a la utilización en el sistema procesal penal de la prueba ilícita, al parecer conjuntamente con ella puede ser necesario complementar con criterios de proporcionalidad relacionados con la garantía constitucional vulnerada.

Para incorporar esta regla de limitación de la prueba ilícita, Nieva cambia el paradigma de la exclusión desde el efecto disuasorio al de descubrir la verdad, así indica: «...la razón de ser de la regla de exclusión debe ser el descubrimiento de la realidad, explicando claramente que cuando se vulneran derechos fundamentales se apartan policías y jueces de dicha realidad, y a partir de ahí ya no ven lo que hay realmente, sino lo que quieren

27 NIEVA (2017) 122.

ver. Condicionados por ese descubrimiento que, insisto, sea cierto, pero que tiene enormes posibilidades de ser falso o estar al menos manipulado.»²⁷

Lo anterior significa que la violación de una garantía constitucional, o de la ley en la producción de prueba, sería indicio de manipulación e incluso de falsedad respecto del medio de prueba.

Como explica Nieva: *«...la regla de exclusión existe como mecanismo para conseguir descubrir la realidad. Al contrario de lo que se ha pensado tradicionalmente, la tortura no sirve para que el torturado declare la veracidad de los hechos, sino sólo para que el torturador oiga la versión que desea oír. Cuando se entra a un domicilio ilegalmente, la policía está actuando de forma totalmente clandestina, sin cobertura judicial, lo que abre un inmenso universo para introducir pruebas falsas. Cuando a un detenido no se le leen o no se respetan de cualquier modo sus derechos, lo que sucede es que se convierte en un individuo absolutamente manipulable, que va a dar la versión de los hechos que más interese al agente que le ha detenido, porque así se lo puede haber recomendado. En cualquiera de estos casos, no solamente no nos acercamos a la realidad, sino que nos separamos irremediamente de ella.»²⁸*

28 NIEVA, JORDI (2018) 122-123.

La visión dada a la regla de exclusión es novedosa desde que pone el acento en el descubrimiento de la realidad por parte de la actividad judicial, pero sin desconocer la forma en que ella debe ser allegada a un juicio, esto es, con respeto a las garantías constitucionales y legales. También, se toma en cuenta la visión de la ciudadanía sobre la actividad de la justicia, pues llegar a resultados artificiales que no tengan que ver con la realidad, ciertamente desprestigia el sistema judicial y jurídico de cualquier país.

Entonces, esta regla quedaría esbozada como sigue: *«...solamente cuando la realidad descubierta sea absolutamente notoria podremos establecer una excepción a la regla de exclusión. Ciertamente, si el policía ha actuado indebidamente debe ser sancionado... Pero esa sanción no puede acarrear siempre el perjuicio para los ciudadanos que se deriva de una expulsión de la prueba en el proceso, con la consiguiente, y frustrante, declaración de inocencia del reo culpable, que nadie en la ciudadanía entiende.»²⁹*

29 NIEVA, JORDI (2018) 123.

Un ejemplo de lo anterior podría ser que la policía al entrar a un domicilio o recinto privado, sin orden judicial, vulnerando las garantías de derecho a la inviolabilidad del hogar, intimidad y propiedad, encuentre un laboratorio de producción de drogas de gran envergadura, que a simple vista haya tardado semanas o meses en montarse. Aquí, si bien la ilicitud existe, es innegable que la realidad no ha sido alterada por dicha ilicitud en la recolección de pruebas. Situaciones como la descrita se han dado en Chile, como es el caso reciente del descubrimiento de un arsenal de armas en la maletera de un vehículo que fue fiscalizado por la policía en la comuna de San Antonio, Quinta Región. Revisado dicho automóvil, se encontró una gran cantidad de armas, las cuales de ninguna manera pudieron ser plantadas por carabineros. Posteriormente, dicho registro fue declarado ilegal por no existir antecedentes que hicieran posible realizar un control de identidad que permitiera el registro del automóvil. Este caso tuvo bastante repercusión en los medios de comunicación, y la opinión pública nunca entendió el actuar de la justicia, pues los ocupantes del automóvil fueron

30 En dicho caso luego de varias peripecias judiciales los imputados fueron absueltos en la causa rit n° 72-2019 seguida ante el Tribunal Oral de San Antonio. Sentencia que es sumamente importante, pues, luego que durante la investigación la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró que la prueba recogida era lícita, el Tribunal Oral absolvió a los imputados sin excluir la prueba, sino que, no valorándola. Por ser prueba ilícita. Dicha sentencia se encuentra ejecutoriada.

31 <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/detenidos-con-un-arsenal-de-armas-en-un-vehiculo-fueron-absueltos-por-la/2019-06-18/102851.html#:~:text=El%20Tribunal%20Oral%20en%20lo,veh%C3%A9culo%20en%20que%20se%20movilizaban.>

32 MIRANDA (2019) 177.

absueltos³⁰, lo que devino en comentarios descalificadores de la actividad judicial.³¹

Resulta importante resumir, como se ha hecho, la mayor parte de las doctrinas que limitan la exclusión de prueba, ya que, al introducir la regla de exclusión de prueba por ilicitud, la efectividad del sistema judicial en el mundo y en Chile se resintió bastante, siendo un factor que restaba eficacia a la persecución y condena en el sistema penal, y que, como se ha dicho, lo desprestigia.

Así, puede apreciarse, a contar de los años ochenta, en la jurisprudencia estadounidense, una restricción a la regla de exclusión, y contemporáneamente una limitación mayor incluso, que va hacia la desaparición de dicha regla, por lo menos en los casos más graves. Se ha llegado a hablar del dismantelamiento de la regla de exclusión. Dicho dismantelamiento se ve claramente en el caso Hudson vs. Michigan (2006), en el que la policía no respeta la regla de entrada de «tocar y anunciar» y entra violentamente, sin orden a un domicilio, y encuentra pequeñas cantidades de droga en bolsillos de los ocupantes. La Suprema Corte de EE. UU. no excluyó la prueba así obtenida, basada en los llamados «costes sociales sustanciales.»

Para el jurista Miranda Estrampes, el caso Hudson: «...culmina el proceso de progresivo cuestionamiento de la exclusionary rule y de sus valores disuasorios. Cuestionamiento que se alimenta del enorme descrédito social en que se encuentra inmersa la regla, criticada por una parte de la ciudadanía al considerarla un mero instrumento en manos de los acusados para escapar a la acción de la justicia sobre la base de meros “tecnicismos” (technicalities).»³²

4) La prueba ilícita en Chile. Aplicación y límites.

Procede que ahora se revise cómo ha operado la prueba ilícita en Chile, y cómo ella ha influido en la persecución y en el juzgamiento penal. Para ello se ha examinado una gran cantidad de fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de Chile desde el año 2003 a 2021. Todos a propósito de recursos de nulidad interpuestos por las defensas de la parte imputada, debido a la falta de instrumentos para recurrir de la prueba ilícita que pasa el filtro de jueces y juezas de Garantía en la audiencia preparatoria.

El fenómeno de la prueba ilícita y la exclusión de medios de prueba data en Chile desde la reforma al sistema procesal penal, dado por la Ley N°19.696, publicada en el Diario Oficial el día 12 de octubre del 2000. Dicha reforma al sistema procesal penal chileno comenzó a regir de manera gradual en el territorio de la república. Actualmente todo el territorio chileno se encuentra bajo la vigencia del Código Procesal Penal.

A partir de la reforma procesal penal, en Chile se recibió la doctrina de la prueba ilícita en los ámbitos del derecho de familia y del derecho laboral.

En materia de derecho de familia, la Ley N°19.968, sobre Tribunales de Familia, de publicación con fecha 30 de agosto del 2004, contiene disposiciones relativas a la prueba ilícita, en especial el artículo 31 de la ley que indica: «Exclusión de prueba. El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias

y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva.» Esta exclusión se produce del tenor de la norma citada en la audiencia preparatoria, aunque nada impediría a la judicatura excluirla en la audiencia de juicio, o no darle valor en la misma sentencia. Situación que no ocurre en materia procesal penal, como se verá.

En materia laboral, a través de la reforma procesal introducida mediante la Ley N°20.087, publicada con fecha 03 de enero del 2006, y que comenzó a regir gradualmente por regiones, también se introdujo la prueba ilícita y su exclusión. Esto en el artículo 453 n°4 del Código del Trabajo, que en lo pertinente señala: «Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.» Acá también, al parecer, la exclusión se produce en la audiencia preparatoria de juicio. Sin embargo, del tenor de la norma transcrita, la legislación, tratándose de la prueba en materia laboral, optó por la exclusión, razón por la que no habría posibilidad de eliminar el valor probatorio de un medio de prueba que haya pasado el filtro de la audiencia preparatoria. Aunque pareciera que la norma es discutible frente a los planteamientos del profesor Francisco Ferrada: «En conclusión, es discutible, por los argumentos expuestos, que se le esté dando como mensaje al juez que tiene a cargo la audiencia preparatoria “no valore la prueba ilícita”. Más bien el mandato es “exclúyala”. Entre optar por darle una interpretación que no produce efecto real en esa audiencia y no se condice con la unidad del ordenamiento jurídico, y una que sí lo hace, se debe optar por esta última. En esta sede la ilicitud debe ser considerada como un criterio de admisibilidad de la prueba, al igual que la pertinencia.»³³

Por último, el proyecto de nuevo Código Procesal Civil enviado al Congreso Nacional con fecha 12 de marzo de 2012, y en actual discusión, contiene un artículo referido a la exclusión de prueba, dicho artículo es el 292 que dice: «Exclusión de prueba. El juez ordenará que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o no idóneas; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que resultaren sobreabundantes; las que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas y aquellas que recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que, en este último caso, se tratare de cuestiones indisponibles para las partes. Las demás serán admitidas y se ordenará su producción en la audiencia de juicio respectiva.»

Dicha norma, de materializarse, establecería en Chile a nivel general el sistema de exclusión de prueba por ilicitud. Esto en concordancia con el artículo 14 del mismo proyecto³⁴, que contiene la aplicación supletoria del procedimiento ordinario a todo otro procedimiento, sin importar su naturaleza.

33 FERRADA FRANCISCO (2011) *La Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Civil*. Chile: Abeledo Perrot, p. 175.

34 ARTÍCULO 14.- Aplicación supletoria del Código y procedimiento ordinario. Las normas de este Código se aplicarán supletoriamente a todos los procedimientos no previstos en él, a menos que ellos contemplen una norma especial diversa o su aplicación se encuentre en oposición con la naturaleza de los derechos o de los principios que los rigen.

Las normas del procedimiento ordinario se aplicarán en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no están sometidas a una regla especial diversa.

35 HORVITZ Y LÓPEZ (2004) 201.

36 ARTÍCULO 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.
- f) El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) y f) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas.

37 En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276.

En lo que respecta a la regulación de la prueba ilícita en el sistema procesal penal, la norma sería el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal ya citado, que contiene una regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal. En lo que respecta a la posibilidad de negar valor a un medio de prueba ilícito en el juicio oral, conforme a lo expresado por López Masle: «*Pero no 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 suprimir la valoración de la prueba rendida ante él, al momento de dictar sentencia definitiva, bajo el argumento de considerarla ilícita.*»³⁵ Entonces, en materia procesal penal, en lo que respecta a la prueba ilícita, la regla es de exclusión y no de valoración. Esto significa que, si el medio de prueba llega a pasar el filtro de la audiencia preparatoria de juicio oral, el Tribunal Oral en lo Penal estará obligado a valorar dicho medio de prueba a pesar de en algunos casos considerarlo ilícito.

En cuanto a la dinámica de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal penal chileno, es posible la exclusión en diversos momentos, comenzando por el control de detención ante la detención en situaciones de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal.³⁶ En estos casos la prueba recogida con infracción de garantías constitucionales o legales debería ser excluida para decidir acerca de la legalidad de la detención, situación que provocaría en muchos casos la declaración de la ilegalidad de la misma, ya sea por no cumplir con las formalidades de ella o incumplir con las situaciones de flagrancia descritas en la ley. Esta decisión de ilegalidad de la detención es reclamable mediante el recurso de apelación, conforme al artículo 132 bis del Código Procesal Penal; pero la exclusión lograda para el control de detención no producirá cosa juzgada de acuerdo a lo expuesto en el artículo 132 inciso final del referido Código³⁷, y de todas formas la fiscalía podrá formalizar a la persona imputada y pedir medidas cautelares personales.

Lo anterior implica que es posible ofrecer el medio de prueba excluido en la etapa de investigación o, mejor dicho, usar ese medio de prueba para fundar alguna petición que podría ser una medida cautelar personal y ofrecerlo en la acusación para reiterar la discusión de ilicitud en la audiencia preparatoria. Con ello no se resiente la eficacia de la persecución penal, pudiendo el Ministerio Público tener suficiente tiempo para instar por la validez del medio de prueba excluido en una etapa inicial del procedimiento, o incluso precaverse de otros medios de prueba totalmente no manchados con ilicitud alguna.

Siguiendo un orden cronológico, en el procedimiento penal, luego de la formalización de la investigación y al momento de solicitar medidas cautelares, ya sea por la fiscalía, por la parte querellante o, en su caso, por la víctima, también es posible para la judicatura excluir prueba ilícitamente obtenida para fundar su decisión acerca de la medida cautelar personal.

38 ARTÍCULO 140. - Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes. Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.

39 GONZÁLEZ, MANUEL (2009) *Preparación del Juicio Oral y Prueba Ilícita: Constatación de una Asimetría*. Revista de la Justicia Penal, n° 4 abril 2009 Parte I: pp. 205-225. Chile: Librotecnia, p. 225.

En estos casos es evidente que todos los elementos del artículo 140 del Código Procesal Penal³⁸ necesitan un sustrato fáctico para conceder las medidas cautelares personales. Aplicando el mismo criterio anterior será posible discutir nuevamente la licitud de dicha prueba en la audiencia preparatoria de juicio oral, si es que fue rechazada por ilícita en la audiencia de cautelares.

Por último, es posible reclamar de la exclusión por prueba ilícita, en el caso del artículo 277 inciso segundo del Código Procesal Penal, mediante el recurso de apelación que solo puede ser interpuesto por el Ministerio Público, y con posterioridad reclamar de la exclusión a propósito del recurso de nulidad. Esto es sumamente cuestionado desde la perspectiva de la garantía del debido proceso, porque se estaría vulnerando el principio denominado igualdad de armas, que no es más que la materialización del principio de igualdad ante la justicia de que trata el artículo 19 número 3 del texto constitucional al proceso. En ese aspecto ambas partes deben contar con los mismos derechos habida cuenta de su posición procesal.

Para algunos autores, esta norma que concede el recurso de apelación solamente al Ministerio Público deja en una situación bastante desmedrada a la defensa de la parte imputada, pues debe trasladar su reclamo de ilicitud a la etapa recursal de la sentencia definitiva, con lo que el Tribunal Oral en lo Penal queda comprometido a valorar esa prueba que pudo no ser excluida por jueces y juezas de Garantía y cuya decisión no pudo ser revisada por la Corte de Apelaciones respectiva. Así lo manifiesta el profesor Manuel González: «...el legislador no sólo vulnera el principio de igualdad de armas, sino que generó una incertidumbre en el normal desarrollo del proceso penal, afectando el sistema por completo. La ley, de una plumada, dio vuelta la lógica del nuevo sistema de enjuiciamiento penal al privar de un arma a la parte más necesitada de ella en la litis, la parte imputada. Parecía más lógico, si de negar el recurso a un interviniente se trataba, negárselo al órgano persecutor. Es más razonable exigir al Estado la pureza de sus actos y, por ello, que no se exponga a una eventual exclusión de prueba por ilícita, que negarle un recurso al acusado en un estadio procesal tan gravitante en el juzgamiento como lo es la audiencia de preparación del juicio oral.»³⁹

En suma, de lo expuesto resulta adecuado concluir que el sistema que establece el Código Procesal Penal chileno es propiamente de exclusión y no de valoración, y que se beneficia la persecución penal al permitir

40 Resulta interesante reproducir la parte esencial del fallo dictado en este caso por el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, en causa rit n° 72-2019, que contiene la razón de la ilicitud de la prueba. Al respecto reproduzco el considerando 9° párrafo n°19: “Al respecto, el hecho de haber evadido la respuesta a las preguntas formuladas por el carabinero (respecto de las cuales no se estaba obligado a contestar, máxime si el mismo cabo Palma señaló que no había restricción vehicular en el sector), más la actitud de “nerviosismo” y “complicidad”, no pueden ser objetivamente considerados como un indicio de haber cometido o estar perpetrando un delito o aprestarse a hacerlo, sin que estuviera ligado a ninguna circunstancia anexa que permita concluir esa idea. Se trata simplemente de una percepción subjetiva del carabinero a cargo del control de identidad, puesto que dichas actitudes podrían haber obedecido perfectamente a otros motivos no vinculados con la comisión de ilícitos penales, ya que, a vía ejemplar, no está fuera de las reglas de la lógica ni de las máximas de la experiencia el sentirse nervioso frente al actuar policial. Mucho menos puede considerarse como parte del indicio la existencia de antecedentes penales anteriores de parte de los acusados, puesto que, tal como señaló el funcionario Palma, éstos no se hallaban vigentes a la fecha y, considerar condenas pretéritas claramente es manifestación de un derecho penal de autor, el cual está absolutamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.”

que la prueba ilícita excluida durante la investigación pueda ser vuelta a discutir con nuevos y mejores antecedentes luego de finalizada la investigación durante la etapa intermedia, precisamente en la audiencia preparatoria de juicio oral, y, en el mismo sentido, con que la prueba excluida en la audiencia de preparación de juicio oral al acusador pueda ser solamente apelada por éste y no por la persona imputada.

No obstante lo anterior, en el caso mencionado, en que se descubrió un arsenal en el maletero de un vehículo producto de un control vehicular, la sentencia que absolvió a los imputados hace suya la posición que el Tribunal del grado (en este caso el Tribunal Oral en lo Penal) no debe valorar la prueba ilícita, aunque ella pase el cedazo de la audiencia preparatoria. Con esto se abre un flanco muy importante como nueva forma de excluir la prueba ilícita en el sistema chileno⁴⁰.

Pasando a la aplicación jurisprudencial de la prueba ilícita en Chile, en los párrafos siguientes se analizan diversos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de Chile entre los años 2003 a 2021, con especial detenimiento en los límites que la Corte Suprema ha puesto sobre la institución de la exclusión por prueba ilícita.

Lo primero a considerar es que han sido consultadas varias fuentes, entre las que destaca la recopilación de jurisprudencia a propósito del recurso de nulidad, realizado por el Centro de Estudios de la Justicia dependiente de la Universidad de Chile, cuyo texto fue dirigido por la profesora María Inés Horvitz Lennon. Este texto recopila fallos que van de 2001 a 2013.

También se hizo una revisión de jurisprudencia, principalmente de los años 2014 a 2021. Respecto del año 2021 se revisaron 28 fallos. Esta revisión se hizo a través de la plataforma vLex.cl, primero seleccionando fallos y luego revisándolos completos en la página web del poder judicial. Existieron sentencias que solo pudieron ser revisadas en la recopilación de jurisprudencia del texto de la Universidad de Chile, porque a la fecha de revisión había recaído sobre ellos resguardos que protegen la privacidad de las partes.

Del trabajo realizado de revisión de jurisprudencia chilena, hay varios aspectos de suma importancia que se relatarán para valorar la prueba ilícita como un componente del sistema procesal penal, que priva en muchas ocasiones de prueba de cargo trascendente para el órgano persecutor.

Respecto de los recursos analizados, en que los litigantes indican que se habría violado la regla de exclusión por prueba ilícita, se trata de recursos de nulidad en contra de sentencias definitivas y conocidas por la Corte Suprema de Justicia.

Paralelamente, aunque no es materia de este trabajo, se descubrió una gran cantidad de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto de la norma del artículo 277 inciso segundo del Código Procesal Penal, en donde se pedía se declarara inconstitucional dicha norma que solo concede la apelación al Ministerio Público, respecto de la declaración de ilicitud de un medio de prueba en la audiencia preparatoria de juicio oral. El Tribunal Constitucional ha fallado que en este caso no se vulnera el derecho al recurso, porque si bien el Ministerio Público sólo puede alzarse en contra de la resolución de exclusión adop-

41 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
30 de septiembre de 2021. Rol
N°10205-2021.

tada por jueces y juezas de Garantía en la audiencia preparatoria de juicio oral, la defensa de la parte imputada podrá recurrir de dicha ilicitud en el fallo definitivo.⁴¹

De lo examinado, la Corte Suprema de Justicia de Chile muy tempranamente se pronunció sobre la institución de la prueba ilícita para anular fallos dictados en infracción de aquello, pero también adoptó varias de las doctrinas que limitan la exclusión de prueba.

Un fallo destacable de la Corte Suprema corresponde al recurso Rol n°1741-2010, que indica que la exclusión de medios de prueba por ilicitud no es una regla absoluta y tiene variadas excepciones, como se manifiesta en el considerando vigésimo segundo que se cita: «*Que, en cuanto a las actuaciones del policía Ricardo Rodríguez, con anterioridad a su designación en carácter de agente encubierto, que las defensas tachan de ilícitas y pretenden que tal ilicitud contamina todas las probanzas posteriormente logradas, debe tenerse en cuenta lo siguiente: a) el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención en los derechos de la persona del inculcado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. (La prueba en el proceso penal, Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro 1, Enero- Abril 1994, p. 28) b) las reglas de exclusión de pruebas no se aplican en forma absoluta y reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América c) el legislador chileno no se pronunció expresamente en el Código Procesal Penal sobre casos de excepción a las reglas de exclusión. d) la doctrina de los frutos del árbol envenenado, cuyo origen es el fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 1920), que tiene el rango de un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba, reconoce limitaciones concretas, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse purgado. (Hernández, cit., pp. 21 - 22) e) se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada. f) en la jurisprudencia alemana se ha dado acogida a la excepción fundada en la ponderación de los intereses en conflicto, que se ampara en el principio de proporcionalidad.» Este fallo va a sentar las bases de la limitación que la Corte Suprema de Justicia hará en el futuro, pues son las doctrinas imperantes en lo que toca a la limitación de la regla de exclusión de prueba en lo que respecta a la materia penal.*

42 HORVITZ, MARÍA (2015) *El Recurso de Nulidad en Materia Penal Jurisprudencia de la Corte Suprema Años 2001 – 2013*. Centro de estudios de la Justicia, p. 119.

Ahora, para comenzar a detallar algunos fallos en torno a la limitación de la regla de exclusión por ilicitud, el año 2003 la Corte Suprema en el Rol n°2838-2003 acoge la doctrina de limitación de la exclusión de prueba por ilicitud conforme a la doctrina de la extensión de la ilicitud. En este caso no se incorporó la declaración judicial de discernimiento de un menor, sin embargo, el informe de discernimiento fue introducido por declaraciones policiales. La doctrina emanada de este fallo se reduce a: «*La defensa no ha sostenido la inexistencia de la sentencia ejecutoriada que declaró que el menor obró con discernimiento sino el no haberla incorporado legalmente como prueba en este juicio.*»⁴²

Una de las doctrinas más usadas por la Corte Suprema es la denominada descubrimiento inevitable, la que encontramos en los fallos roles n°11767-2013, 45630-2017, 92878-2016 y recientemente el fallo 131967-2020 de fecha 22 de febrero de 2021, que resulta ser el más interesante, porque cuenta con un fallo de mayoría que rechaza la ilicitud de la prueba y una prevención del ministro Sr. Llanos que discurre en torno a la teoría del descubrimiento inevitable. En definitiva, se rechaza el recurso de nulidad, pero con dos votos disidentes que son de opinión de anular la sentencia y el juicio oral en razón de haberse obtenido la prueba inculpatoria con actuaciones fuera del ámbito autónomo de la policía. Los hechos de este caso datan del 28 de octubre de 2019, en que el acusado trasladó una caja con bombas del tipo molotov que fueron arrojadas a la gobernación de Arica. Si bien el recurso es desechado principalmente por la falta de perjuicio, el voto de prevención del ministro Llanos hace ver que existía una serie de antecedentes que irían a identificar al acusado como quien transportó y arrojó las bombas incendiarias a la gobernación. Respecto de la doctrina del descubrimiento inevitable, el voto de prevención señala en el n°5: «*Que en el caso sub iudice, a juicio de este previniente, las ilicitudes denunciadas no revisten esos caracteres, del momento que -como ha quedado dicho-, aun cuando no hubieren tenido lugar las ilegalidades denunciadas, de todo modos inevitablemente se habría obtenido la identificación del encausado y su imputación, ya que existían suficientes indicios para establecer su intervención en el delito, aun prescindiendo de aquellas que se obtuvieron de modo ilícito. En efecto, se ha reconocido en doctrina y también en fallos de esta Corte, que existen excepciones a la exclusión de la prueba ilícita y de la que de ésta derive, siendo una de ellas la denominada como “descubrimiento inevitable”, criterio o doctrina en virtud de la cual no se excluye la prueba ilícita si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión. Es decir, con una gran probabilidad de certeza se habría obtenido el mismo resultado, por ser ese el curso hipotético legítimo de la investigación.*»

También la Corte Suprema de Justicia acoge la doctrina denominada buena fe del agente y encuentro casual en el Rol n°2576-2011. En este caso, una menor de edad, buscando un video de vacaciones al recoger un registro audiovisual de la casa de la pareja de su madre, descubre un video en donde fue abusada por su madre en presencia de su pareja mientras dormía. En este caso no se excluye como prueba el video, considerando: «*Que en el caso concreto (...) aún en el caso de estimarse que la incorporación del video hubiera sido ilícito, que no es el caso según se concluyó,*

igual se trataría de prueba admisible en juicio, porque el obrar de la niña se ajusta a un “encuentro casual” y a un proceder de buena fe, ya que la menor, como se ha repetido incansablemente, no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares, de modo que actuó siempre de buena fe (...) (considerando sexto).»⁴³

43 HORVITZ, MARÍA (2015) 704.

La Corte Suprema en fallos recientes acoge la doctrina del vínculo atenuado en los fallos roles n°92878-2016 de 19 de diciembre de 2016, 39475-2016 de 20 de abril de 2017 y 19008-2017 de 11 de julio de 2017. En este caso cabe extractar el considerando decimosegundo del fallo rol 19008-2017, que se refiere al bullado caso de femicidio frustrado de la víctima Nabila Rifo, que en lo pertinente señala: «... Al mismo desenlace se arribaría por aplicación de la doctrina del “vínculo atenuado”, que opera como una limitación -entre varias otras- a la teoría de los frutos del árbol envenenado, y que surge 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, parece perfectamente lógica por la mencionada exigencia de causalidad propia de la teoría de los frutos del árbol envenenado⁴⁴. Esta tesis surge en *Nardone v. United States*, donde la Corte, junto con afirmar la posibilidad de probar la existencia de 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”. El concepto fue más tarde utilizado en otras sentencias divulgadas por la literatura especializada, por ejemplo, *Utah vs. Strieff*, de 20 de junio de 2016. Este principio del vínculo atenuado, por lo demás, ya ha sido basamento de diversas resoluciones de esta Corte. Así, se ha dicho que, en un caso similar al que se revisa, fue “correcta la conclusión a la que llegaron los jueces en cuanto a que lo obrado con posterioridad constituyó una situación de excepción a la obligación de exclusión por prueba ilícita, ... ya que existió saneamiento posterior o el denominado vínculo causal atenuado. En esta parte, la defensa no desconoce que existió la segunda declaración en la que el imputado repitió la misma información ya aportada y que dio detalles sobre el hecho y su intervención”⁴⁵. Esta doctrina resulta claramente pertinente al caso de marras donde el acusado, no obstante que, como se ha reiterado, en la oportunidad cuestionada por el recurso ni siquiera confiesa su participación o responsabilidad en el delito investigado, tal versión exculpatoria luego es reiterada ante la Fiscalía e incluso en el mismo juicio oral, lo que desvanece o difumina el vínculo entre la supuesta ilegalidad en la obtención de la declaración del acusado el 14 de mayo de 2016 y el testimonio prestado por el funcionario Gutiérrez Riquelme en el juicio oral como testigo de oídas de aquellos dichos y viene a reforzar la decisión de rechazo de esta causal.»

44 HORVITZ Y LÓPEZ (2004) 222.

45 CORTE SUPREMA. 31 de diciembre de 2013. Rol N° 11.482-2013.

Para concluir con los criterios de limitación a la exclusión de prueba por ilicitud, la Corte Suprema recoge dos criterios que son: el de proporcionalidad y el de intereses en conflicto, en los fallos Rol n°11482-2013 y 11785-2013

respectivamente. Tratándose del criterio de proporcionalidad discurre el fallo Rol n°11482-2013, que en lo pertinente señala: «... A ello se sumó, “por un lado” la circunstancia que el fundamento de las teorías de excepción a las reglas de exclusión, está en que en algunos casos rechazar la prueba ilícita puede resultar excesivo, de ahí la existencia de variados motivos para ello y en este caso concreto, se estimó que tenía también aplicación la teoría de la proporcionalidad de acuerdo a lo cual debe atenderse a la gravedad del hecho punible investigado y a la intensidad y gravedad del derecho fundamental afectado. En la situación en estudio, el derecho violentado se refería a no haber dado a conocer al imputado sus derechos una vez que confesó su participación en el delito, lo que más tarde se corrigió, renovándose su confesión sin todas las garantías legales, infracción que, en consecuencia, paso a ser secundaria ante la gravedad del delito que siempre siguió siendo el mismo, una violación con homicidio y con agravantes de alevosía y premeditación concurrentes (considerando cuarto).»⁴⁶

En lo que se refiere a la doctrina de los intereses en conflicto el Rol n°11785-2013, refiere: «... Entonces, en condición de imputado y ante la evidencia de fluidos corporales en el cuerpo de la víctima y restos biológicos en el lugar de los hechos, naturalmente la investigación debía considerar muestras de sangre, las que se llevaron a cabo respecto de Carlos Molina Sáez ajustadas a la legalidad vigente, previa autorización y aun voluntariamente. La prueba así recabada no adolece de vicios que la tornen ilícita ni en forma originaria o por derivación, por lo que puede ser admitida en el proceso, tal como resolvieron los magistrados de la instancia. En todo caso, la teoría de la ponderación de intereses en conflicto propugna por la admisión de la prueba cuestionada, porque el derecho afectado por la ilegitimidad no es manifiesto, dada la voluntariedad de la muestra, la condición de imputado del menor y la intervención judicial previa, que ha debido ponderar la incorporación del resultado de la prueba de ADN al juicio oral, frente a los derechos amagados de la víctima (considerando undécimo).»⁴⁷

⁴⁷ HORVITZ, MARÍA (2015) 1020.

Como se puede apreciar de los fallos expuestos, la Corte Suprema de Justicia no solo acoge la doctrina de la exclusión de prueba por ilicitud, sino que también establece múltiples limitaciones a la misma a través de las doctrinas expuestas en sus sentencias.

5) Conclusiones

Con lo que se ha venido exponiendo, solo considerando la génesis y evolución de la doctrina jurisprudencial de la prueba ilícita en EE. UU., ya podemos concluir que ésta afecta teóricamente y en la práctica la persecución y juzgamiento penales. Como se ha revisado del nacimiento de la doctrina de exclusión de prueba ilícita en EE. UU., se generó desde un principio problemas de efectividad del sistema judicial que impactaron gravemente en su credibilidad, como se ha dicho, incluso llegando a la industria cinematográfica. Esto tuvo en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense una reacción, que son las doctrinas que atemperan la utilización de la regla de exclusión por prueba ilícita.

48 Ver fallo Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, rit n° 72-2019.

La evolución en Chile también ha tenido un cariz semejante, pero amenorada, con la recepción de las limitaciones a la exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, hoy la posición adoptada por nuestros tribunales es de abrir otro frente respecto a la inadmisión de prueba ilícita, es decir, la posibilidad de no valorar prueba que, a pesar de ser considerada lícita por el Juzgado de Garantía en la audiencia respectiva, no será valorada por el Tribunal Oral en lo Penal.⁴⁸

Se puede apreciar de la ingente creación de doctrinas que atenúan el uso de la prueba ilícita en EE. UU., y la aplicación de las mismas en Chile, que cada vez más se busca limitar el uso de la prueba ilícita. Esto obviamente para que no se produzcan los resultados de sobreseimientos o absoluciones de imputados, como en el caso, ya referido, de las armas encontradas en el maletero de un vehículo.

En conclusión, la regla de exclusión de medios de prueba por ser ilícitos influye cualitativamente en la eficacia de la persecución y juzgamiento penal. Para ello basta solamente revisar el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio ya mencionado, pues dicha sentencia fue recurrida de nulidad y anulada. El segundo fallo también fue absolutorio, y producto de la regla del inciso 2° del artículo 387 del Código Procesal Penal no pudo ser recurrido de nulidad. Por lo anterior, fue recurrido de queja, pero la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó dicho recurso dejando subsistente la posición del tribunal del grado, que consiste en que se puede inadmitir prueba declarada lícita por el Juzgado de Garantía, fruto de la actividad valorativa del Tribunal Oral en lo Penal.

La situación en Chile no es muy diferente a lo ocurrido en EE. UU., solo que acá se ha resumido su evolución por la reciente recepción de la regla de exclusión por prueba ilícita. Desde hace muy poco tiempo y de forma sutil se ha venido hablando de la llamada «puerta giratoria», con este apelativo la prensa y la opinión pública se ha referido a la supuesta ineficacia del nuevo sistema procesal penal. En este aspecto, a priori podríamos pensar que la regla de exclusión que plantea la prueba ilícita ha tenido participación en este apelativo popular mencionado cuando las investigaciones o los juicios penales no han arribado a condenas. Basta solo considerar el caso de las armas incautadas en la comuna de San Antonio en la Quinta Región, reseñado en el capítulo III de este trabajo.

Lo anterior siempre sin llegar a cuantificar o calificar los casos en que sí ha habido condenas, pues solo situaciones bastante especiales captan el interés público.

Con todo esto se quiere indicar que resulta evidente que parte de la percepción popular en Chile apunta en un sentido correcto, lo que resulta también palmario para profesionales del derecho, que es que la existencia de la regla de exclusión por prueba ilícita efectivamente priva de eficiencia al sistema procesal penal, ya sea en la fase de investigación o en la fase de juzgamiento, o en ambas. Es obvio que si al ente acusador se le excluye prueba que es esencial para probar su teoría del caso no habrá condena penal. Tan es así que el Ministerio Público tiene la atribución de abandonar la persecución penal en el caso expuesto, como lo manifiesta la norma del artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal.⁴⁹

49 Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo.

Entonces, incluso el reconocimiento de la afectación de la doctrina de exclusión de medios de prueba por prueba ilícita resulta ser confirmado por la legislación procesal penal.

Del capítulo IV de este trabajo se puede concluir que las oportunidades de exclusión que da el Código Procesal Penal favorecen la persecución penal, porque la decisión de exclusión en el control de detención no surte efecto para la audiencia preparatoria de juicio oral, en que puede ser reiterada con mayor preparación por parte del Fiscal Adjunto, tanto en estudio como en prueba para apoyar su tesis de licitud.

Según lo expuesto es dable hacerse la pregunta ¿por qué entonces no se elimina la institución de la prueba ilícita? Y así evitamos usar tantas energías en limitar su utilización, como se hace en la actualidad. La respuesta a esa pregunta subyace en lo expresado en la introducción (capítulo I). Conforme a todo lo desarrollado puede apreciarse que el sistema de persecución y juzgamiento penal en occidente está inserto en el sistema político de repúblicas liberales y democráticas, en este aspecto los derechos individuales serán los límites a la intervención del Estado, en especial en lo que se refiere al derecho penal. Así, una sentencia penal no solo debe reflejar la realidad, sino que también contener un alto grado de legitimidad, y es en esa dimensión en que la prueba ilícita juega un papel determinante y no puede ser eliminada del sistema procesal.

Por otro lado, es posible concluir que las sociedades modernas cada vez exigen más efectividad en los resultados judiciales, teniendo especial predilección por los resultados de la justicia penal, que es más atractiva para los medios de comunicación por su espectacularidad y posibilidad de seguimiento de la noticia, lo que lleva a presionar al sistema judicial para ser más efectivo y eficiente al momento de procesar y condenar a una persona. Esta presión es una fuerza que choca con la legitimidad del sistema judicial en lo que respecta a su dimensión penal. La respuesta a este choque por parte del sistema es la limitación a la aplicación de la regla de exclusión por prueba ilícita que se encuentran descritas en los capítulos III y IV de este trabajo. Cada vez más se busca limitar la exclusión de prueba, lo que ha llevado incluso a plantear que la regla de exclusión va en retirada.

De la jurisprudencia revisada en Chile en el capítulo IV se concluyen que las recepciones de doctrinas de limitación a la exclusión por prueba ilícita fueron acogidas en su totalidad, y no solo eso, sino que también utilizadas cada vez que fue necesario, siendo un parámetro importante la gravedad del delito imputado y la trascendencia de la garantía vulnerada. Esto significa que a mayor gravedad del delito perseguido más laxitud en la consideración a la violación de la garantía. Esto queda de manifiesto en los fallos roles n°11482-2013 y 11785-2013, que acogen la doctrina de la proporcionalidad y de los intereses en conflicto. Entonces se reconoce el obstáculo en que puede convertirse la prueba ilícita en la persecución y juzgamiento criminal, pero que, frente a casos límites, debe primar el esclarecimiento de los hechos.

La temática de la prueba ilícita puede dar lugar a muchas preguntas y ser material de variados trabajos científicos y textos de estudio. Por lo acotado de este trabajo no es posible tocar y desarrollar preguntas y temas muy

interesantes, tanto teóricos como prácticos. Para comenzar, solo se estudió la influencia de la prueba ilícita en la eficacia del sistema penal, pero queda abierto el estudio en materia laboral y de familia, en donde incluso hay un problema más, que es la valoración. También queda abierto el estudio en materia civil, a propósito del proyecto de Código Procesal Civil.

En materia penal, se pudo constatar que hay una gran cantidad de recursos fallados y en tramitación ante el Tribunal Constitucional, en que se discute la posibilidad de apelar la exclusión por parte de la defensa. Este aspecto se tocó sólo tangencialmente en este trabajo a propósito de la oportunidad de exclusión y su reclamo.

También sería interesante que se pudiera realizar un trabajo cuantitativo relacionado con el impacto de la prueba ilícita en absoluciones de acusados, para comprobar el impacto cuantitativo de la regla de exclusión por prueba ilícita en la efectividad del sistema judicial penal.

Por último, queda abierta la interrogante sobre la valoración de la prueba ilícita en materia penal cuando ella llega al juicio oral, pues, aunque queda claro que la regla en materia penal es la exclusión y no la valoración, parece del todo incongruente con el sistema penal que los jueces del Tribunal Oral en lo Penal deban valorar prueba ilícita. En este aspecto estos/as jueces/zas, para evitar la valoración de prueba ilícita, deberían tener la atribución (si es que no la tienen ya, por aplicación directa de la Constitución Política de la República) de excluir dicha prueba en el juicio oral. Todo ello amerita ser estudiado en el futuro.

Bibliografía citada

- DÍAZ, L. IVÁN** (2003): «*Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*», en Coloma Rodrigo (Edit.). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral* (Chile, Lexis Nexis).
- FERRADA, FRANCISCO** (2011): *La Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Civil* (Chile, Abeledo Perrot).
- GONZÁLEZ, MANUEL** (2009): «*Preparación del Juicio Oral y Prueba Ilícita: Constatación de una Asimetría*», *Revista de la Justicia Penal*, n° 4 abril 2009 Parte I: pp. 205-225 (Chile, Librotecnia).
- HORVITZ Y LÓPEZ** (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II* (Chile, Editorial Jurídica).
- HORVITZ, MARÍA** (2015): *El Recurso de Nulidad en Materia Penal Jurisprudencia de la Corte Suprema Años 2001 - 2013* (Centro de estudios de la Justicia).
- MAZAGATOS Y SÁNCHEZ** (2016): *La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos* (México, Tirant lo Blanch).
- MIDÓN, SEBASTIÁN** (2005): *Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial* (Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo).
- MIRANDA, MANUEL** (2019): *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense, Crónica de una Muerte Anunciada* (Madrid, Marcial Pons).

NIEVA, JORDI (2017): Derecho Procesal Penal III. Proceso Penal (Madrid, Marcial Pons).

NIEVA, JORDI (2018): «Policía Judicial y Prueba Ilícita. Regla de Exclusión y Efecto Disuasorio: Un Error de Base», en Vásquez Carmen (coord.). Hechos y Razonamiento Probatorio (México, Editorial Ceji).

ZAPATA, MARÍA (2004): La Prueba Ilícita (Chile, Lexis Nexis).

Normas citadas

ARTÍCULO 19 N° 3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. CHILE.

ARTÍCULO 130 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 132 BIS CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 140 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 182 INCISO 3° CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 276 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 175 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 215 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 277 CÓDIGO PROCESAL PENAL. CHILE.

ARTÍCULO 31 LEY SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA. CHILE.

ARTÍCULO 453 N° 4 CÓDIGO DEL TRABAJO. CHILE.

ARTÍCULO 292 PROYECTO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. CHILE.

ARTÍCULO 14 PROYECTO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. CHILE.

Jurisprudencia citada

Estados Unidos de América

ARIZONA VS. EVANS, 514 U.S. 1 (1995).

BOYD VS. US, 116 U.S. 616 (1886).

BROWN VS. ILLINOIS, 422 U.S. 590 (1975).

DAVIS VS. UNITED STATES, 564 U.S. 229 (2011).

ENTICK VS. CARRINGTON (1765).

HERRING VS. UNITED STATES, 555 U.S. 135 (2009).

HUDSON VS. MICHIGAN, 547 U.S. 586 (2006).

ILLINOIS VS. KRULL, 480 U.S. 340 (1987).

MARBURY VS. MADISON, 5 U.S. 137 (1803).

MIRANDA VS. ARIZONA, 384 U.S. 436 (1966).

NARDONE VS. UNITED STATES, 308 U.S. 338 (1939).

NIX VS. WILLIAMS, 467 U.S. 431 (1984).

SILVERTHORNE LUMBER CO. VS. UNITED STATES, 251 U.S. 385 (1920).

UNITED STATES VS. CECCOLINI, 435 U.S. 268 (1978).

UNITED STATES VS. LEÓN, 468 U.S. 897 (1984).

UTAH VS. STRIEFF, 579 U.S. 136 S. CT. 2056 (2016).

WEEKS VS. US, 232 U.S. 383 (1914).

WILKES VS. WOOD (1763).

WONG VS. UNITED STATES, 371 U.S. 471 (1963).

Chile

Tribunal Constitucional

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR TANIA ELENA SILVA HERRERA RESPECTO DE LAS FRASES «cuando lo interpusiere el Ministerio Público» y «de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente», CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 277, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1900871785-3, RIT N° 4918-2019, SEGUIDO ANTE EL PRIMER JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR RECURSO DE HECHO, BAJO ROL N° 367-2021 (2021): Tribunal Constitucional Chileno, rol n° 10205-2021 de 30 de septiembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia

CONTRA YANINA SOLEDAD FURLONG (2010): Corte Suprema, 25 de mayo de 2010 (recurso de nulidad) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

CONTRA SALGADO IBARRA JUAN CARLOS (2003): Corte Suprema, 28 de agosto de 2003 (recurso de nulidad) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

MINISTERIO PÚBLICO CONTRA JUAN ELEODORO NECULQUEO HUIQUILAF (2017): Corte Suprema, 27 de febrero de 2018 (recurso de nulidad) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

CONTRA CRISTÓBAL ORLOF SALFATE TRONCOSO (2016): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016 (recurso de nulidad) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MAURICIO ORLANDO ORTEGA RUIZ (2017): Corte Suprema, 11 de julio de 2017 (recurso de nulidad) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

Corte de Apelaciones de Valparaíso

MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ASTRID VENINGA FERGADIOT Y ANDREA SANTANDER GUERRA, JUEZAS DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN ANTONIO (2019): Corte Apelaciones, 02 de diciembre de 2019 (recurso de queja) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 29 de diciembre de 2021.

Publicaciones Periódicas

COOPERATIVA (18/06/2019) disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/detenidos-con-un-arsenal-de-armas-en-un-vehiculo-fueron-absueltos-por-la/2019-06-18/102851.html#:~:text=El%20Tribunal%20Oral%20en%20lo,veh%C3%ADculo%20en%20que%20se%20movilizaban>. Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2021.

PIÑERAGATE (2021) disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Pi%C3%B1eragate>. Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2021.

El «sicópata» de Alto Hospicio: obstáculos y discriminación

The Alto Hospicio «psycho»: obstacles and discrimination

Nota Estudiantil

DANIEL MADRID TAPIA *

* LICENCIADO EN COMUNICACIÓN SOCIAL Y PERIODISTA, Universidad Diego Portales. Estudiante de segundo año de derecho, Universidad Diego Portales. Correo: daniel.madrid@mail.udp.cl

Resumen: un aspecto relevante en la implementación y desarrollo de los sistemas de justicia ha sido cómo distribuir recursos, ya sea humanos, económicos o combinados en pos de una resolución de conflictos cada vez más rápida y eficiente. No obstante lo anterior, el primer paso requiere abordar las dificultades que usuarios y usuarias de cada sistema ha encontrado para acceder a la justicia, en ocasiones debido a barreras socioculturales que actúan como círculos viciosos. Para dar cuenta de aquello, el emblemático caso judicial del «sicópata» de Alto Hospicio es un hito que sirve para ejemplificar tanto lo que ocurrió hace veinte años atrás como en el presente.

Abstract: *A relevant aspect in the implementation and development of Justice Systems has been how to distribute resources, whether human, economic or combined, in pursuit of increasingly faster and more efficient conflict resolution. Notwithstanding the foregoing, the first step requires addressing the difficulties that users of each system have encountered in accessing justice, sometimes due to social and cultural obstacles that act as vicious circles. To account for that, the Alto Hospicio «Psycho» is an emblematic court case and a milestone that serves to exemplify both what happened twenty years ago and in the present.*

PALABRAS CLAVE: Acceso a la Justicia – Debido Proceso – Derecho al Debido Proceso – Barreras de Acceso a la Justicia.

KEYWORDS: Access to Justice – Due Process – Right to Due Process – Access to Justice Obstacles.

Sumario

- 1) Introducción; 2) Acceso a la justicia; 3) Barreras de acceso a la justicia; 4) Conclusiones.

1) Introducción

Puede que una frase como «la justicia perfecta no existe» sea un lugar común entre quienes transitan el mundo de las leyes; un anhelo frustrado de servidores y usuarios del sistema que requieren soluciones de calidad. Sin embargo, antes de elucubrar caminos, la justicia debe al menos propiarse ¿Qué parámetros podrían afirmar, o negar, la existencia de restricciones arbitrarias? Aunque las perspectivas varíen con el transcurso del tiempo, el horrible caso de Julio Pérez Silva, conocido como el «sicópata» de Alto Hospicio, nos recuerda cómo una serie de obstáculos estructurales alimentó un círculo vicioso incluso antes de iniciar un proceso judicial.

En la actualidad, Julio Pérez Silva cumple una pena de presidio perpetuo tras cometer 14 homicidios consumados, uno frustrado y dos violaciones entre el 12 de septiembre de 1998 y el 23 de agosto de 2001, cuando trabajaba como taxista clandestino^{1 2 3}. Aunque familiares de las víctimas tuvieron indicios de que alguien estaba detrás, no fueron escuchados por las autoridades sino hasta la declaración de una sobreviviente. Ella levantó las alarmas que permitieron la captura de Pérez Silva el 4 de octubre de 2001⁴.

Los hechos se difundieron ampliamente por la prensa y de vez en cuando reaparecen. Es más, el popular programa de televisión *Mea Culpa* recreó los crímenes, el canal Mega dio una serie inspirada en el caso llamada *La cacería* y, hace un par de años, distintos diarios recogieron nuevos antecedentes por la eventual participación de terceros. «Hubo agentes del Estado que denegaron justicia a las familias de las víctimas, pues cuando desaparecieron no se investigó de manera adecuada. Les dijeron que sus hijas estaban prostituyéndose en el extranjero, que habían abandonado las casas de manera voluntaria debido a la condición social en que vivían», declaró Juan Zumelzu en 2016⁵, abogado de varias familias y en cuyas palabras resumió el trato que distintas autoridades tuvieron con vecinos de La Negra, nombre de la población forjada en Alto Hospicio el año 1987 con gente desalojada de otros lugares⁶.

2) Acceso a la justicia

Como un derecho, el acceso a la justicia está consagrado internacionalmente, pero no es expreso; no aparece como tal en los tratados aun cuando desde la década de 1970 se ha construido sistemáticamente en la doctrina. Por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo en tribunales»⁷. Al referirse a las garantías del debido proceso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos implícitamente norma el acceso a la justicia, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la reconoce abiertamente como un derecho fundamental⁸. No obstante, el acceso a la

1 «Sicópata de Alto Hospicio» fue condenado a cadena perpetua simple. (2004). Cooperativa. Recuperado de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/alto-hospicio/sicopata-de-alto-hospicio-fue-condenado-a-cadena-perpetua-simple/2004-02-26/135929.html>

2 LOBO (2016). *A 15 años del sicópata de Alto Hospicio*. La Tercera. Recuperado de <https://www.latercera.com/noticia/15-anos-del-sicopata-alto-hospicio>

3 GARRIDO. (2020). *El caso del psicópata de Alto Hospicio: a 19 años de los crímenes que conmocionaron al país*. Página 7. Recuperado de <https://www.pagina7.cl/notas/actualidad/2020/11/14/el-caso-del-psicopata-de-alto-hospicio-a-19-anos-de-los-crimenes-que-conmocionaron-al-pais.shtml>

4 GARRIDO (2020). *El caso del psicópata de Alto Hospicio: a 19 años de los crímenes que conmocionaron al país*. Página 7. Recuperado de <https://www.pagina7.cl/notas/actualidad/2020/11/14/el-caso-del-psicopata-de-alto-hospicio-a-19-anos-de-los-crimenes-que-conmocionaron-al-pais.shtml>

5 LOBO (2016). *A 15 años del sicópata de Alto Hospicio*. La Tercera. Recuperado de <https://www.latercera.com/noticia/15-anos-del-sicopata-alto-hospicio>

6 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve | Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

7 FACIO (2000) p. 1.

8 FUENTES Y VARGAS (2018) pp. 143-145.

9 LILLO Y VARGAS (2017) pp. 360-361.

10 MAFFIA (2016) p.14.

11 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve* | *Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

12 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve* | *Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

13 «Sicópata de Alto Hospicio» fue condenado a cadena perpetua simple. (2004, 26 de febrero). Cooperativa. Recuperado de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/alto-hospicio/sicopata-de-alto-hospicio-fue-condenado-a-cadena-perpetua-simple/2004-02-26/135929.html>

14 MAFFIA (2016) pp.14-16.

justicia se ha entendido en dos sentidos⁹, uno amplio, que incluye tanto el ingreso como la obtención de una respuesta judicial, y otro estricto, relativo solo a la entrada. Bajo ese último prisma, el acceso no formaría parte del debido proceso, pues el ingreso posibilita que toda persona pueda acudir al sistema, hacer uso de los mecanismos y medidas que dispone la ley para obtener el pronunciamiento de una controversia.

El acceso, entonces, comienza identificando el conflicto que podría convertirse en un proceso. Puede ilustrarse con las llaves de un auto porque sirven para ponerlo en marcha cuando se tiene la pretensión de llegar a un destino ¿Es necesario subirse si eventualmente aparecerán obstáculos en el camino? ¿Qué tan fácil es conseguir las llaves? ¿Están aseguradas las condiciones para que encienda el motor? El Estado de Chile ha suscrito distintos pactos y tratados internacionales que obligarían el cumplimiento, protección y promoción de derechos, tal como prescribe el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, al menos en el papel.

3) Barreras de acceso a la justicia

Desde Argentina, la doctora en filosofía y académica Diana Maffía sostiene que la exigibilidad de los derechos también pasa por el acceso a la justicia, que de por sí es una barrera. En efecto, tiene que existir legislación particular en cada ordenamiento para que el Poder Ejecutivo se haga responsable de consagraciones internacionales¹⁰; la denominada «barrera de acceso formal» cuya fragilidad quedó en evidencia una vez consumados los homicidios en Alto Hospicio, sobre todo teniendo en consideración que desde los altos mandos se repitió cual mantra «*dejen que las instituciones funcionen*»¹¹, como si el sistema fuese capaz de valerse sin la participación de los interesados.

Días después de la formalización de Pérez Silva, un grupo de familiares aprovechó la visita del presidente Ricardo Lagos a Iquique para encararlo¹². «¡Quiero justicia!» le gritó uno de los padres al primer mandatario que se remitió a delegar el trabajo en las policías; otros se encadenaron a la Intendencia o protestaron afuera de la Corte de Apelaciones de Iquique. ¿Qué se podía hacer a esas alturas? Pareciera que el viejo adagio «justicia retrasada es justicia denegada» cobró un sentido vital. Debido a la cantidad de víctimas, distintas aristas del caso pasaron a conocerse en cuatro tribunales¹³. ¿Se hubiesen evitado más muertes? En los registros nada apunta a una solución distinta, donde el azar de la sobreviviente enrielo a los agentes estatales.

En total, Diana Maffía distingue ocho barreras de acceso a la justicia¹⁴. A saber: jurídica, formal, política, geográfica, económica, epistémica, subjetiva y cultural, todas presentes en la tragedia de Alto Hospicio. En sintonía con las barreras jurídica y formal ya mencionadas, la barrera política se refiere a la falta de recursos materiales, humanos y de comunicación para hacer valer los derechos. Recordemos que recién a partir del año 2000 se reformó el Sistema Procesal Penal y gran parte de los cambios obedecieron a adecuarse a estándares internacionales. Lamentablemente, los cambios son graduales y para 2001 la nueva institucionalidad aún estaba aceitando

15 MUNITA (2020) p.79.

16 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve | Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

17 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve | Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

18 [TVN]. (2018). Caso de Alto Hospicio: *El país las olvida, el desierto las devuelve | Réquiem de Chile - T2E7* [Archivo de video]. Recuperado de <https://youtu.be/ljW3-mb7vEo>

19 FACIO (2000) p.1.

20 FACIO (2000) p.1.

21 FACIO (2000) p.1.

22 LOBO (2016). *A 15 años del sicópata de Alto Hospicio*. La Tercera. Recuperado de <https://www.latercera.com/noticia/15-anos-del-sicopata-alto-hospicio>

sus engranajes, afectando en gran medida la barrera geográfica y de paso la económica. Dadas las circunstancias de Alto Hospicio, no hubo grandes sumas para costear defensas privadas, asimismo, los centros de asistencia judicial estaban concentrados casi de forma exclusiva en los conos urbanos¹⁵.

La dimensión epistémica propuesta por Maffía se relaciona con que los titulares desconocen sus derechos y por consecuencia no los reclaman. Hoy hay más campañas educativas y ciertas denuncias podrían canalizarse mediante agrupaciones locales u organismos, algunos con notoria visibilidad como el Instituto Nacional de Derechos Humanos que se creó en 2005. A la barrera referida se puede sumar la dimensión subjetiva, porque a pesar de que los familiares hubieran conocido sus derechos, la autopercepción de vulnerabilidad en un entorno social materialmente precario pudo determinar que no se sintieran merecedores de su goce. Dentro del contexto es patente la barrera cultural por el peso de los estereotipos, del espacio que, se supone, a cada integrante le corresponde en la sociedad. Carabineros hizo pública la tesis de que las jóvenes habrían escapado a Perú. «Él (haciendo referencia al suboficial Arriagada de la Primera Comisaría de Alto Hospicio) dice bien claro que las niñas se van porque se prostituyen, porque son golpeadas por sus papás»¹⁶, sentenció con frustración uno de los parientes que decidió continuar su búsqueda en hospitales y escudriñar en basurales. Por su parte, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Arica siguieron una senda algo menos cruda: «Nosotros presumimos que están vivas, en forma separada y, lo que es más feaciente, tendrían que estar acá dentro del país»¹⁷, aportó el inspector de Investigaciones Baltazar Donoso, recalcando que algunas de las jóvenes estaban limosneando en las periferias de Talca y Santiago. Como corolario, se sumó la tristemente célebre declaración del entonces subsecretario del Interior, Jorge Burgos: «Los primeros antecedentes indican que hay por lo menos dos casos que demostrarían más bien acciones voluntarias de abandono, producto de situaciones personales que tienen que ver con mala relación con los padres, violencia intrafamiliar»¹⁸.

De la barrera cultural puede desprenderse el rol al que han sido confinadas las mujeres en el sistema judicial. En su divulgación «El acceso a la justicia desde la perspectiva de género», la académica costarricense Alda Facio pone el foco en que, si bien la justicia es un servicio público, no hay que perder de vista que también es un derecho humano¹⁹. Facio ajusta el margen sacando a colación el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, en que los Estados no solo están obligados a cumplir, deben «adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer»²⁰. La investigadora subraya que históricamente la justicia ha girado sobre una dimensión androcéntrica²¹, sin equilibrio en la participación, influencia y deliberación de las mujeres en el espacio público. En el caso del «sicópata» de Alto Hospicio, salvo Eliana Ayala²², magistrada de la Corte de Apelaciones de Iquique, no hubo mujeres en posiciones de relevancia en la toma de decisiones.

4) Conclusiones

Si bien la mera inclusión de mujeres en altos cargos no eliminaría los sesgos, la académica australiana Rosemary Hunter afirma que podrían abordarse soluciones con otros matices. En su publicación «¿Por qué deberíamos querer un Poder Judicial más diverso?», Hunter recalca que la paridad legítima la democracia, iguala oportunidades laborales al crear interés en la ocupación de cargos, marca una tendencia de empatía entre el género, educa a los pares masculinos y aporta sensibilidades desde experiencias de vida²³. Aterrizando a cifras locales, en la Corte Suprema hay tres veces más hombres que mujeres²⁴. Según declaró Andrea Muñoz, Ministra encargada de asuntos de género, consultada por *El Mercurio* en 2018, «no hay ninguna norma que impida que las mujeres postulen a los altos cargos, al igual que los hombres. Uno de los factores [...] es que tienen más dificultades por el cuidado de los niños. Y si antes eran los hijos, después con los años son los padres»²⁵.

Toda circunstancia que limite el ejercicio de un derecho no puede ser una piedra de tope para la obligación del Estado y, sobre esa base, el resguardo del acceso a la justicia tiene que conjugarse con análisis de perspectivas de género e interseccionalidad. Por evidente que resulte, cada persona tiene su propia historia de vida; por nombrar un contraste, no es lo mismo atender particularidades cisgénero que transgénero. El Estado debe asegurar la posibilidad de que cada persona pueda acudir al sistema institucionalizado, los medios suficientes para el desenvolvimiento en un proceso judicial, y la identificación de barreras junto con reducir gradualmente su impacto. En el caso de Alto Hospicio no se leyó con eficacia la vulnerabilidad del contexto. Ni en 2001 ni ahora la pobreza se relaciona únicamente con carencias materiales, además existe una insuficiencia educativa como base de la dignidad que permita el conocimiento de los derechos y sus mecanismos de exigencia, concibiéndolos como vías autónomas proclives a la igualdad. Claro, si se asume el acceso a la justicia como algo cierto y no como una eventualidad.

23 HUNTER (2015) p. 2.

24 CARVAJAL (2018). *Poder Judicial tiene el 54,82% de juezas, lo que no se refleja en altos cargos*. *El Mercurio*. Recuperado de <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=483711>

25 CARVAJAL (2018). *Poder Judicial tiene el 54,82% de juezas, lo que no se refleja en altos cargos*. *El Mercurio*. Recuperado de <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=483711>

Las intervenciones telefónicas en Chile. Contenido de sus requisitos y determinación del concepto de fundadas sospechas

*The telephone interventions in Chile. Content of its requirements and
determination of the concept of suspected foundations*

Artículo de Investigación

JUAN CARLOS OLIVARES ROSALES *

* **ABOGADO**, candidato a Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Central de Chile, año 2022. Correo: jcolivaresrosales@gmail.com
El presente trabajo de investigación, fue elaborado para efectos de obtener el grado de Magíster en Derecho Procesal, en la Universidad Central de Chile, bajo la supervisión del profesor Silvio Cuneo Nash.

Resumen: Las intervenciones telefónicas en el país, hoy cumplen un poco más 20 años desde su estructuración más sólida, la cual ha avanzado desde una estructura distribuida en leyes especiales, hasta una estructuración general en el ya no tan nuevo Código Procesal Penal. Ad portas a las dos décadas desde su nacimiento, la medida sigue siendo una medida polémica, tanto en la práctica, como en la doctrina. La medida lejos de avanzar a una consolidación como institución jurídica concreta y firme en el proceso penal, ha dado a luz a una serie de replanteamientos, y cuestionamientos en torno a su licitud, motivación para su autorización, hallazgos casuales, uso indiscriminado, registro, espectro político que las rodea; y en general, a su estructuración de forma y fondo. En el presente trabajo, se abordará la medida intrusiva, revisando el particular contenido en sus requisitos de procedencia y determinación, fijando los elementos de interés dogmático, intentando explicar de mejor forma su contenido jurídico, y en especial, del concepto de «Fundadas Sospechas,» como requisito básico para su otorgamiento y elemento central para la procedencia y validez de las intervenciones telefónicas en Chile.

PALABRAS CLAVE: Intervención Telefónica – Fundadas Sospechas – Requisitos – Contenido – Presunciones.

Abstract: *The telephone interventions in the country, today celebrates a little more than 20 years since its most solid structure, which has advanced from a structure distributed in special laws, to a general structure in the not-so-new criminal procedure code. Ad portas two decades after its birth, the measure remains controversial, both in practice and in doctrine. The measure, far from advancing to a consolidation as a concrete and firm legal institution in the criminal process, has given birth to a series of reconsiderations, and questions about its legality, motivation for its authorization, casual findings, indiscriminate use, registration, political spectrum that surrounds them; and in general, to its structuring of form and substance. In the present work, the intrusive measure will be addressed, reviewing the particular content in its origin and determination requirements, setting the elements of dogmatic interest, trying to better explain its legal content, and especially, the concept of “well-founded Suspicion,” as a basic requirement for its granting and a central element for the origin and validity of telephone interventions in Chile.*

KEYWORDS: *Telephonic Interception – Suspicions Funded – Requirements – Content – Assumptions.*

Sumario

1) Introducción; 2) Elementos de contenido en los requisitos de procedencia del artículo 222 del Código Procesal Penal; 2.1) Terminología; 2.2) Funciones; 2.3) Legalidad ordinaria y constitucional; 2.4) Proporcionalidad. 3) Contenido de los elementos que componen los requisitos de procedencia del artículo 222 del Código Procesal Penal; 3.1) Conceptualización del término sospechas fundadas; 3.2) Las sospechas fundadas y la presunción; 3.3) Sospechas fundadas, presunción e indicios; 4) Las sospechas fundadas y la presunción de inocencia; 4.1) Aporía entre sospechas fundadas y la presunción de inocencia; 4.2) La presunción de inocencia de terceros ajenos a la investigación; 5) Conclusiones.

1) Introducción

Desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en Chile en el año 2001, la medida intrusiva de las intervenciones telefónicas, como herramienta de investigación penal, ha sido objeto de disímiles ponderaciones en cuanto a su legitimidad en el proceso penal chileno, como también, respecto a los requisitos para su otorgamiento y desarrollo. Lo cierto es que su desarrollo no ha interesado en particular, ello quizás, por estar enfocados los esfuerzos procesales en otros elementos del sistema procesal penal. En el caso de las medidas intrusivas a revisar, los requisitos para su procedencia -al menos formalmente- se cumplirían para su otorgamiento, pero respecto a su contenido jurídico, no se ha puesto el énfasis que quizás requiere la medida para otorgar certeza en su orden. Este problema no es actual, es un tema que tampoco fue resuelto en el Código de Procedimiento Penal de la época, el cual no conoció nada respecto de las operaciones de interceptación telefónica. Sus orígenes en Chile, se remontan sólo a leyes especiales¹ del siglo pasado, siendo en ese sentido la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad², la pionera en la tratativa de una nueva medida intrusiva para el ordenamiento jurídico nacional. De ello, han transcurrido ya casi 30 años, y la normativa no ha engendrado nuevos elementos que contribuyan a ir dando cuerpo a un estatuto claro, respecto de una institución de no poco uso en la persecución penal actual, acorde con el avance de la tecnología, inteligencia artificial y protección de los derechos de los/as ciudadanos/as en la esfera de sus derechos y condición humana, como a una tutela verdaderamente efectiva en su intimidad. Muy por el contrario, sólo se ha ido avanzando, en base a modificaciones, que si bien han ampliado y mejorado el estatuto jurídico llegando a la configuración actual, resulta insuficiente para cumplir una protección real en sus derechos.

La relevancia estructural en esta materia, fue sin duda la dictación del Código Procesal Penal chileno, el cual por primera vez, nos situaba ante una nueva sistematización y regulación estructurada frente a la idea de la intervención telefónica, otorgando un carácter general para su aplicación en el proceso penal. Se estableció así, la estructura base que hoy permite revisar el desarrollo de la medida en el proceso penal, y la cual establece: «{...} Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fun-

1 Sobre la posibilidad de estimar existente la medida de interceptación telefónica en la regulación de los artículos 176 y 177 del código de procedimiento penal. véase el análisis de Gálvez, Blanco, (1992) Intervención de teléfonos en la legislación chilena, en Revista Chilena de Derecho, vol. 19 (1992) N°3, pp. 481-487. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde19&div=29&id=&page> [fecha de visita 14 de noviembre de 2021]

2 Historia de la Ley N° 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad. En su tramitación, tanto el mensaje del Ejecutivo como los informes de Secretaría de la Junta de Gobierno expresaban la necesidad de contar con herramientas legales que permitiesen procesos ágiles y sanciones adecuadas para este tipo de criminalidad. El mensaje del Ejecutivo destacaba la reciente ley peruana, la legislación española, italiana y alemana, sin que en todo caso exista referencia expresa a una contribución específica de estos ordenamientos.

3 Ver en profundidad Artículo 222 Código Procesal Penal.

4 Artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República.

5 **ALVARADO, AGUSTINA.** (2014). "El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida". Revista de derecho de la pontificia universidad de Valparaíso, XLIII 2º semestre de 2014. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200011> [fecha de visita 12 de noviembre de 2021] pp. 421-464

6 **BETTI EMILIO,** (1890). *Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Teoría de la Interpretación Jurídica.* Ediciones UC (2015), 223 pp., p. 92.

dadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación {...}³».

La base descriptiva, y clave de la materia que trataremos en el presente artículo, encuentra su *fisis*, en el intento de determinación del contenido de los requisitos del precepto legal, y en él, el objeto a esclarecer. Por ahora, mencionar que gran parte de la doctrina nacional en esta materia, ha debatido su estructura desde la perspectiva de la afectación *-o no-* de la intimidad y demás derechos fundamentales, y cómo ellos pueden verse afectados con la concesión de la medida. En específico, la inviolabilidad de toda comunicación privada, el secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad⁴. Sin embargo, hay una parte de la doctrina, que ha cubierto el debate con elementos propios de la ejecución práctica y dogmática de la medida, siendo la motivación de la resolución y las ilicitudes que se generan con los denominados hallazgos casuales, quienes han venido a nutrir el debate sobre la medida intrusiva. Pero la verdad, es que «el sistema de control interno de las intervenciones telefónicas en Chile carece de desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, por lo que en la práctica es casi inexistente»⁵. En general, la falta de desarrollo en el estudio sobre los requisitos internos, como externos de la medida, parecieran ser de poco interés, no permitiendo un entendimiento cabal, que facilite la interpretación y calificación jurídica, tanto al/a la juez/a, al/a la imputado/a, defensor/a y fiscal.

El concepto de fundadas sospechas, como requisito de procedencia de la medida intrusiva, quedó entregado al arbitrio del/de la juzgador/a, sin una explicación y aplicación analógica en alguna otra norma que permita comprender el alcance del concepto, siendo el devenir empírico el que ha intentado hacerse cargo de una descripción básica, pero de resultado insuficiente para lograr una determinación jurídica en su contenido, faltando un análisis jurídico integrador en la medida, con la coherencia dinámica y la congruencia objetiva⁶ que requiere la descripción de los elementos que componen los requisitos de la norma, como de igual forma en su prueba, y la relación armónica que debe tener con los principios fundadores del proceso penal, en especial, con la presunción de inocencia.

El presente trabajo, intentará aportar ideas sobre el contenido de los requisitos para hacer procedente la medida intrusiva. La hipótesis planteada dirá relación con determinar el contenido jurídico del requisito de fundadas sospechas. Comenzando en el capítulo I con la descripción sobre los elementos descriptivos que componen el contenido de los requisitos de procedencia del artículo 222 del Código Procesal Penal, los elementos terminológicos, de contenido formal y dogmáticos. En el capítulo II, el desentrañamiento del contenido de los referidos elementos, en específico la determinación jurídica del concepto de fundadas sospechas, y su relación con el concepto de presunción e indicios. Y por último, en el capítulo III, analizaremos la relación entre el concepto de fundadas sospechas y la pre-

sunción de inocencia, como principio general en materia procesal penal. Terminando con la realización de las conclusiones del análisis que se propone en el presente trabajo.

2) Elementos de contenido en los requisitos de procedencia del artículo 222 del Código Procesal Penal

2.1. Terminología

Antes de analizar el contenido mismo de los requisitos de procedencia de la medida intrusiva de intervenciones telefónicas, es necesario asentar ciertos elementos de los cuales diremos, serán la base descriptiva para avanzar en la estructuración jurídica de los requisitos a estudiar.

Cuando se analizan las intervenciones telefónicas, sin duda la mayoría de los criterios y fundamentaciones, dan por asentado el uso de la terminología de interceptaciones telefónicas, o escuchas telefónicas como símiles para referirse a la medida. Pero la verdad, es que poco se repara en el tema terminológico⁷ que se utiliza para describirlo, el que a juicio de este suscriptor, debiese ser el primer elemento o punto de partida para el óptimo desarrollo de su descripción. Dicho problema, ha generado una falta o error para el entendimiento íntegro de la interpretación, y aplicación del precepto legal en el caso concreto, desvirtuando el contenido mismo de la norma, desviándolo a un proceso u operación intelectual, dirigida netamente a verificar y controlar los elementos sin la acuciosidad necesaria para una medida de privación o perturbación de derechos⁸. Lo anterior, y pese a los esfuerzos por adaptarlos al ordenamiento jurídico nacional, ha generado un problema de determinación y claridad en los contenidos de la norma procesal.

Para nuestros efectos, conviene precisar la terminología que utilizaremos, pues en este ámbito se habla de escuchas telefónica, de intervención telefónica, de observación y de interceptación telefónica, sin que exista real claridad sobre todas estas expresiones, pero sin duda, dichas descripciones han de generar el nexo entre el lenguaje, pensamiento y derecho. Este último, sobre el texto legislativo que ha de interpretarse. Lo anterior, no sólo es un tema doctrinal, sino que de alto impacto práctico en la afectación de derechos de los y las ciudadanas. Así, desde la doctrina, y en especial de la escuela positivista, el hecho que la descripción legislativa de la ley no describa de buena forma el precepto legal, agota a todo el derecho (*Quod non est in lege, nec in iure*)⁹. Es decir, aquello que no está en la norma, no existe en la vida del derecho.

Ahora, se comparta o no la idea positivista planteada, lo cierto es que la norma cumple un rol fundamental para la concreción del derecho, pasando del análisis supranacional, luego a la constitución, para llegar en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos.¹⁰ Nuestro ordenamiento jurídico por su parte, no hace la pausa en la materia, la normativa vigente hace referencia conceptual, en

7 MONTERO AROCA, JUAN (1999). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal Valencia*. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 392

8 BETTI (1890) 31.

9 BETTI (1890) 93.

10 KELSEN, HANS (2011) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Traducción por Rolando Tamayo y Salmoran. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Número 15. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3764308.pdf> [fecha de visita 29 de agosto de 2021] pp.255.

11 Artículo N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política

12 HORVITZ, MARÍA INÉS - LÓPEZ, JULIÁN. (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, pp. 529.

13 Artículo N° 222 Código Procesal Penal

14 Código Procesal Penal (12/10/2000)

15 MONTERO (1999) 42.

16 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23. ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> (consultado el 4 de enero de 2022).

17 MONTERO (1999) 167.

razón de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. De esta forma, el hogar sólo puede allanarse, y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley¹¹, en consecuencia, «se establece el principio de reserva de ley para la restricción de estos derechos»¹².

El Código Procesal Penal por su parte, hace alusión a la medida como interceptación de comunicaciones telefónicas¹³, de modo que la idea y el concepto de interceptación se aplica indistintamente el alcance terminológico que éste puede llegar a tener en la descripción de la norma, y con ello, en la estructura de los contenidos de los requisitos para la concesión de la medida. Así, el alcance del análisis del lenguaje legislativo, no pareciera ser tan baladí como pudiésemos creer, lo anterior debido a que es el lenguaje congruente, o el más adecuado para el resguardo de los derechos del presunto inocente, y el lenguaje técnico de la norma, el que debiese iniciar la determinación del significado de la palabra usada en cada proposición legislativa, ya que con ello, fijaremos el *usus loquendi* de la norma. Así, del artículo 222¹⁴ pudiese orientarnos de mejor manera en la construcción de un concepto dogmático legislativo, en razón de su utilidad y hacer coherente su descripción. El problema mayor, estaría dado por que la descripción tiene una correlación en la intensidad del derecho sacrificado con la medida.

De lo anterior, existen dos términos de los cuales se escapa el sólo análisis conceptual, el problema acá no es meramente terminológico, así nos quedamos reducidos al uso de dos palabras, «observar» e «intervenir». Como se señala, acá el problema no es sólo terminológico, sino de efectivo contenido de la limitación de derechos, en específico de las comunicaciones telefónicas,¹⁵ pues el debate que se suscita entre las dos palabras, está dado por el hecho que tienen significados distintos en cuanto a limitación del derecho fundamental se refiere. De ello, depende la verificación de grados diferentes de limitaciones de derechos, y ello, naturalmente se ha hecho a base de desconocer el significado exacto de la palabra observar, que no pasa de significar atentamente o atisbar,¹⁶ mientras que por intervenir, debe entenderse a una vigilancia más o menos permanente por parte de la autoridad.

El constructo de realidad propuesta por el concepto, no se ha creado en atención a su realidad conceptual, y se ha olvidado que las normas procesales no son puros enunciados de aseveraciones, limitaciones objetivas y reglas procedimentales, sino que también, en su finalidad última como acto procesal, están dadas como un instrumento de convivencia y pacificación social. En Chile, el escaso aporte en la materia, no nos llevará a un análisis mucho mayor, que por lo demás, escaparía al objeto de este trabajo, pero sin perjuicio de ello, diremos que el asunto acá no es sólo un problema terminológico, ya que intervenir supone la toma de conocimiento de la conversación telefónica, de aquella conversación en un soporte físico y en la posibilidad de que sea reproducida con posterioridad. Observar allí, una regulación menos intensa, sin duda también afecta el derecho fundamental vulnerado, concepto en el que no se toma conocimiento de la conversación, pero sí de la existencia de la misma, de los partícipes de ésta, y del tiempo en que se hace y su duración.¹⁷ Así, el hecho de no tener claridad

en cuanto al concepto o terminología que deba utilizarse, permite exponer la diferenciación entre uno y otro término, y hace que varíe entonces, la intensidad de afectación del derecho fundamental sacrificado, según se exponga. En lo personal, la apreciación de la definición influye directamente en el contenido de los requisitos para su otorgamiento, lo cual va íntimamente ligado, por lo que para este estudio se considerará intervención telefónica de comunicación aquella en que intervenir supone una vigilancia por parte de la autoridad.

2.2. Funciones

El estudio del contenido de la norma del artículo 222 Código Procesal Penal, en adelante CPP, y en especial de los requisitos de las intervenciones telefónicas, ha de ser necesariamente analizado a partir de los elementos descriptivos que componen la referida medida, tanto en la descripción del precepto jurídico que las contiene, como de la conducta descriptiva que el precepto nos expone. Lo anterior, como supuesto de norma, en un sistema jurídico -diremos- garantista. Desde esta óptica, la interpretación debe procurar una recta inteligencia para determinar su contenido, considerando las proposiciones tanto de legalidad ordinaria como constitucionales. Para lo anterior, necesario es desentrañar a grandes rasgos, el origen de la medida intrusiva, la que diremos tiene una doble funcionalidad. Por un lado, desempeña una importante función investigadora, al tratarse de una herramienta útil para obtener otros elementos de prueba en el proceso penal. Y por otro, una función probatoria, entendida como fuente de prueba u operación técnica, cuyo objeto es el contenido de la conversación, pudiendo de esta forma, crear los elementos de prueba en el proceso penal. La operación intelectual, en ese sentido, debe ir dirigida a verificar en dichos aspectos, los elementos de orden constitucional que irradian a los requisitos, los cuales no han sido señalados de manera expresa, por lo que resultará necesario entenderla de manera fraccionada. Así, para su conformación, deberemos tener a la vista las garantías constitucionales y las infracciones de legalidad ordinaria, que pudiesen afectarse producto de la intervención, como medio de investigación policial, como técnica de investigación a los fines de la instrucción de la causa, o medio de prueba en el juicio oral.

2.3. Legalidad ordinaria y constitucional

El análisis de los requisitos deberá verse en un plano de legalidad ordinaria (requisitos anteriores y coetáneos a la resolución judicial); y de legalidad constitucional¹⁸ (requisitos posteriores), aquellos que guardan relación con los principios que orbitan en esta materia, como la intimidad de la vida privada, los cuales deben presentarse a la hora de verificar la procedencia y validez de la medida. Respecto a los requisitos de legalidad ordinaria, debemos estarnos a lo dispuesto en el artículo 222 del CPP. Resultará necesario entender entonces, que la satisfacción de las exigencias que el primero demanda, se cumplirían con expresar la existencia de indicios racionales y suficientes de la posibilidad de que haya delito que investigar,

18 MONTERO (1999) 156.

19 NÚÑEZ, R. BELTRÁN, R, Y SANTANDER. (2019). *Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile*. Vol. 14, N° 28. Disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/11/Vol14N28A4.pdf> [fecha de visita 15 de noviembre de 2021] pp. 159.

20 NÚÑEZ Y BELTRÁN (2019) 169.

21 BETTI (1890) 90.

22 Al respecto el profesor Núñez y Beltrán, (2019) exponen que otra interpretación, y que avala también la referida actuación en situación de flagrancia, se funda en que la policía estaría dotada de cierta autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, razón por la cual ningún funcionario policial puede “cerrar los ojos” frente a una “notitia criminis” incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin. Por tal motivo, siempre que la evidencia obtenida con ocasión de una medida intrusiva haya excedido el “ámbito objetivo” de la investigación bajo cuyos presupuestos fue concedida, se entienda que dicha prueba es válida y, por consiguiente, puede hacerse valer en juicio, siempre que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego ya que en ello está en juego la buena fe y precisamente la proporcionalidad y trascendencia”.

–fundadas sospechas– que se acuerde en resolución judicial motivada, y que sea proporcional a la gravedad y trascendencia social del delito que las sospechas e indicios señalan.¹⁹ Lo anterior, sin perjuicio de que no se habla de indicios, sino de fundadas sospechas, y como veremos más adelante, ello puede ser una complejidad basal en la estructura del supuesto.

Un punto a tratar respecto a la legalidad ordinaria, es el hecho de que en este plano, pueden presentarse disímiles defectos de procedimiento, ello propiciado por la laxitud judicial que se ha generado en torno a la medida intrusiva, como a la pérdida de interés y acuciosidad en el devenir práctico en el que la medida se desarrolla, como lo referente al control judicial posterior de las videgrabaciones, la selección de las conversaciones de relevancia en el caso, el cotejo judicial del contenido de las cintas con sus transcripciones, el soporte en que ellas se hicieran²⁰ y en general, a la falta de estructura y normativa para controlar el sistema de registro, la forma en que dichas captaciones deben figurar en el proceso, y en el desarrollo mismo de la medida.

Estas deficiencias, pueden limitar o impedir la utilización del resultado de las intervenciones con fines y valor de prueba, y pueden alcanzar retroactivamente a dañar la licitud constitucional y ordinaria de la intervención, cuyo contenido no puede ser válidamente utilizado para ofrecer vías de investigación por otros medios.

De esta manera, pareciera ser que el/la juzgador/a debe interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho a obtener una protección judicial efectiva y real de los derechos de los/las ciudadanos/as, debiendo rechazarse *in limine litis* las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva en sus derechos e intereses legítimos. Ahora, la labor que pareciera estar predominando en el desarrollo de la medida, más que una interpretación y juicio hipotético del precepto legal, es una constatación formal del marco legal, en que la norma representa una máxima de decisión, en la cual no cabe la posibilidad de una idea diversa. Se sostiene, que en el caso de discrepancia que pueda generarse entre la letra y la finalidad, o entre el requisito y el contenido, como sería en este caso, no se distingue un criterio de preferencia entre las posibles decisiones, de manera que sólo una de ellas pueda convertirse en el derecho positivo que venga a fundamentar el acto de la resolución que autoriza la medida²¹. El/la juez/a en ese entendido, no estaría llamado/a resolver un problema teórico, sino más bien, un problema de política legislativa, parangonable a aquello del legislador, de generar leyes justas, en el marco de la Constitución.

Otro elemento que debe ser analizado dice relación con la necesidad de existencia de una resolución judicial que autorice la medida, y respecto del cual, pareciera que la doctrina y jurisprudencia están alineadas en torno a la indudable necesidad de su existencia y autorización, deba constar en la resolución judicial. Lo cual pareciera ser obvio, pero la verdad es que no fueron pocos los casos que, en razón de hallazgos casuales,²² se terminó descubriendo un delito diverso, con personas diversas, con imputaciones diversas, respecto de una resolución que ha sido otorgada para un caso específico, pero que termina ampliándose a contenidos exógenos a los autorizados. Las llamadas «autorizaciones en blanco», las cuales llevaron a

23 Montero, (1999) 76.

24 **CORTE SUPREMA** 29 de junio de 2011, ROL 3016-2011 "Ministerio Público con Marina victoria guerra bravo". delito de tráfico de sustancias estupefacientes- recurso de nulidad). Disponible en: https://oficialjudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJoeXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpCL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVklmNslwiYXVkljoiaHR-ochM6XC9cL2gmaWNpbmFqdWRpY2lhbHJpcnR1YWwucGp1ZC5jbClslmlhdCI6MTYzODlwOTg1MSwiZXhwIjoxNjY4MjEzNDUxLCJkaXN- hJoiSmMrWVhhNjRZSoE5ZHVN- YnJMXC8rSXlzaXJnTFhKUWw2R- XLUNEorWFlcL2ZoTEkxSorWaVN- hZlWRzBTRoI5S3gycjRaNDRH- VEdKcoh5UWZqSHk2Q2VZRzgc- VM4NmlTeVN2MngzeVwvbUx4R- HYobDcwaHlTMFlhejZHeXRcLz- Q3XC95VzhTbLpJTVRPSoxUSW- VITkxiVGw3TEE9PSJ9.5a3WUtj1- vS5S1HE74bY1YKl2EAheZyt-FfA- bEgLOxg

[fecha de visita 25 de septiembre de 2021]

25 **WEEZEL VAN, ALEX – DARRICADES** (2011). *Tomás, Interceptaciones telefónicas. Oportunidad para avanzar*, en Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile, Disponible en: https://issuu.com/psegura/docs/revista_abogado_52 [fecha de visita 5 de agosto de 2021] pp.42

la resolución judicial a transformarse en un mero soporte legal, y con ello, a que la medida lejos de ser excepcional, pasare a ser una medida común para el descubrimiento de otros delitos, respecto de los cuales no ha sido autorizada y motivada.

La resolución judicial supone un requisito de legalidad, tanto ordinaria como constitucional, pero aún más, o tan importante como la existencia de la resolución, es que ésta sea motivada. Siendo la motivación un elemento basal en la construcción del contenido de la resolución judicial que lo autoriza, llegando incluso a considerarse su falta, una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva²³.

La exclusividad jurisdiccional en que las intervenciones telefónicas se desarrollan, llevan a la exigencia natural de una resolución judicial; lo que implica que su falta supone una vulneración de la legalidad como requisito para la validación de ésta. Así, la resolución judicial que contiene la autorización de la medida, contiene una serie de otras implicancias que vienen asociadas a la existencia de la resolución misma. Una de ellas, la motivación que las autoriza.

En Chile, el desarrollo jurisprudencial asociado en torno a la resolución judicial, no se encuentra agotado en torno a la medida. Por ejemplo, encontramos ciertos casos en los cuales sí se hace una profundización con ocasión a la resolución judicial. Así, la Corte Suprema chilena²⁴, en conocimiento de recurso de nulidad, pronunciándose respecto a la reproducción en juicio oral de conversaciones interceptadas a los/las imputados/as por funcionarios/as policiales, expresa: «si bien es cierto que la Policía de Investigaciones realizó una interceptación telefónica al margen de la ley, violentando de manera expresa el artículo 222 del CPP que faculta dicha intervención, sólo con beneplácito del juez, en los supuestos que se verifiquen las coyunturas que esa misma norma señala. El resultado de esa ilegítima actuación, no podía ser presentado como medio de prueba en el procedimiento, tal como lo prescribe el artículo 225 del ordenamiento del ramo. De esta forma, la Policía de Investigaciones conculcó el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de la convicta». Sin embargo, luego de analizar la prueba ofrecida, el tribunal indica que tales interceptaciones no tuvieron mérito alguno en la *litis*, lo que pone en evidencia que, de existir la ilegalidad, ella ha carecido de toda trascendencia en lo resuelto.

Lo anterior, es una clara manifestación de que las resoluciones judiciales en esta materia suelen ser resultado de una tramitación rápida, en carácter de urgente, sin previa comunicación del afectado, donde el Ministerio Público expresa formalmente la solicitud bajo su óptica, el juez de garantía a su vez, cuenta sólo con aquella información que el propio fiscal le ha hecho llegar. Esta información, bien puede limitarse a una descripción argumentada y no siempre contextualizada en la solicitud, con los énfasis y selecciones que el propio solicitante estime conveniente para el beneficio de su teoría del caso. En efecto, no existe obligación legal de acompañar copia de antecedentes concretos, ni mucho menos la totalidad de la carpeta investigativa. Por eso, en teoría, es perfectamente posible que se autoricen intervenciones telefónicas sobre la base de fragmentos de declaraciones sacadas de contexto, cortadas y pegadas según una legítima, pero unilateral estrategia del persecutor.²⁵

Ahora, lo que parece más grave aún, es que lo anterior hace más o menos impracticables los requisitos legales para la autorización de interceptaciones, que en el papel, obligan a realizar un juicio de mérito sobre el carácter imprescindible de la medida, y la existencia de fundadas sospechas, basadas en hechos determinados. En rigor, el único modo en que el/la juez/a puede establecer si las sospechas son fundadas, si están basadas en hechos determinados, y si la medida es o no indispensable para la investigación, es pasar por un examen con tiempo, de la totalidad de los antecedentes disponibles en ella, en caso contrario, siempre deberá hacer fe, en que no existen antecedentes contradictorios, los que podrían encontrarse incluso, en el párrafo siguiente de una declaración que sólo se ha citado en parte en el escrito de solicitud. Así, la necesidad de examinar todos los antecedentes, se explica, en primer lugar, por el origen de la medida y su regulación procesal, que obligan al/a la juez/a decidir solamente sobre la base de lo que el/la fiscal le expone, pues por definición, se trataría de una incidencia en la que no es posible oír más que a una sola parte²⁶.

26 VAN WEEZEL Y DARRICADES (2011) 43.

2.4. Proporcionalidad

La constitucionalidad del contenido indirecto de un requisito, y en particular el de la norma del artículo 222 del CPP, respecto al concepto de graves, nos lleva a la idea de la proporcionalidad como una herramienta metodológica esencial para la ponderación de la medida, permitiendo situarla en una posición que pueda facilitar la conciliación de intereses opuestos: por un lado, el interés estatal por ejercer el *ius puniendi*, vale decir, la persecución penal llevada a cabo por el Ministerio Público, y por otro, el interés del/la imputado/a por defender su «*ius libertatis*»²⁷

27 NÚÑEZ Y BELTRÁN (2019) 159

La proporcionalidad de la medida en esta materia, y su aplicación sólo a delitos graves, puede dar lugar a una intervención telefónica específica, únicamente durante el tiempo indispensable para el ejercicio de la medida. En este sentido, hablamos de una necesidad social o de trascendencia social para justificar la medida. Desde un punto de vista procesal, la debida proporcionalidad entre la limitación del derecho y la intimidad del afectado, debe ser un parámetro que ha de buscar el/la juzgador/a, a la hora de ponderar la concesión de un derecho. Aquí hay que tener presente, que la irregularidad producto de la carencia de técnica legislativa, lleva a que de cierta forma, la desinformación en la determinación de los contenidos en los requisitos de las intervenciones telefónicas, lleven a un razonamiento contradictorio con un sistema garantista en esencia, el cual nos plantea como sujeto de derechos en sociedad. Acá no sólo se trata de garantías constitucionales, sino que estas son garantías de democracia²⁸, incluso pudiendo quedar vetado para el estado disponer de ellas, y de esta forma, el contenido de los fundamentos constitucionales -en este caso- han de buscarse en concordancia a la naturaleza procesal del sistema actual, siendo un sistema garantista nuestro sistema procesal penal.

28 FERRAJOLI, LUIGI. (2003). "Sobre la definición de democracia." Una discusión con Michelangelo Bovero Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200010 [fecha de visita 22 de enero de 2022] pp. 232

La proporcionalidad como vehículo próximo e integrador para dar fisonomía a los requisitos por la vía constitucional o *iusfundamental*, necesariamente deberá seguir el *iter* de la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad para su estructuración. Con ello, determinar el establecimiento de

un derecho de ejercicio relativo, esto es, un derecho cuyo ámbito de protección permite una restricción legítima en su ejercicio, como pudiese ser el secreto de las comunicaciones e intimidad, debiendo llevar al juzgador a efectuar el denominado test de proporcionalidad, de manera paulatina, sucesiva y escalonada²⁹, a fin de evitar un sacrificio innecesario o excesivo que pudiese lesionar el contenido de los requisitos de la norma, y con ello, el derecho fundamental.

Lo anterior, debe llevar a favorecer el marco argumentativo de los contenidos de los requisitos para hacer operar la medida, realizando una labor interpretativa, sustentada en un orden metodológico, de manera de no transformar en arbitraria su concesión. Ahora, es necesario señalar que parte de la doctrina en esta materia entiende que el examen de proporcionalidad se encontraría ya realizado por el legislador de un modo abstracto y general, ello al haber ejercido previamente la opción valorativa, vinculante para el juez, de preferir la eficiencia de los procesos judiciales por sobre la libertad de los/las ciudadanos/as, sean estos imputados/as, víctimas, testigos o peritos. Sin embargo, la adecuación de los requisitos en cuanto a su contenido, integración y adaptación, deben ser soportados en razón de la proporcionalidad desplegada, sea ésta con anterioridad en el examen por parte del juzgador, o bien, venga ésta preestablecida como también se pudiese postular. Así, la funcionalidad que la proporcionalidad cumple en la integración del contenido de la norma, no sólo obedece a un problema de política legislativa, relacionado a la mera discrecionalidad del legislador, o del órgano jurisdiccional, el problema de la deficiencia de una precisa regulación es un tema a lo cual la proporcionalidad esta llamada a solucionar, como elemento integrador de interpretación y hermenéutica cuando de derechos humanos hablamos.

La adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos, que deben ser basados en fundadas sospechas sobre hechos determinados, pero no nos describe la pauta respecto a la proporcionalidad que deben tener dichas fundadas sospechas, e incluso tampoco nos señala qué entender por fundadas sospechas, pudiendo incluso entender en ellas, intervenciones predelictuales o de prospección, si van ligadas a la realización de hechos delictivos concretos, sin perjuicio de la aparición de otras figuras delictivas sobre todo cuando están conectadas por hechos comunes y homogéneos a la inicialmente considerada, los denominados hallazgos casuales por ejemplo. De esta manera, el principio de proporcionalidad debiese vetar la intervención a un elemento esencial para dar cuerpo al contenido del requisito de orden constitucional, exigencia que va adosada entre el delito investigado y su relación directa con la necesidad de la medida.

Un problema que surge desde el análisis de la legalidad ordinaria en cuanto a los requisitos del artículo 222 del CPP, dice relación con la base genérica para la obtención de la medida, y los requisitos establecidos en aquellos casos en que se autoriza la medida intrusiva, sin examinarse los requisitos genéricos del artículo 222 del CPP. Por ejemplo, el artículo 369 ter del Código Penal, que se refiere a los delitos de producción de material pornográfico infantil, promoción o facilitación de prostitución de menores y trata de personas, entre otros. Cuando se investigan estos delitos, el/la

30 VAN WEEZEL Y DARRICADES (2011) 41.

31 VAN WEEZEL DARRICADES, (2011) 41-42.

32 ARTÍCULO 222. Código Procesal Penal

juez/a puede autorizar la intervención telefónica si se estima que existen sospechas fundadas de que se ha cometido alguno de ellos y además, considera que la medida es imprescindible para la investigación. De esta forma, nos alejamos del criterio de que el hecho punible mereciere una pena de crimen, lo mismo ocurre en la ley N°20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, la cual permite la intervención telefónica con independencia de la intensidad de la pena asociada al delito. A su vez, la ley N°18.314, que sanciona conductas terroristas, contempla la interceptación de comunicaciones telefónicas e informáticas exigiendo solamente los requisitos que harían procedente la prisión preventiva del/de la imputado/a.³⁰ En estos casos, la proporcionalidad no tiene la misma envergadura y proporción, o no debiese tenerla en razón de los supuestos del artículo 222 CPP. Por último, la proporcionalidad como elemento intrínseco de la medida, debe influir en su contenido y extensión, como elemento de contenido. Sin embargo, un problema más preocupante es el juicio de mérito sobre el carácter imprescindible de la medida, así como sobre la presencia o no de «fundadas sospechas, basadas en hechos determinados»³¹

3) Contenido de los elementos que componen los requisitos de procedencia del artículo 222 del Código Procesal Penal

Como hemos venido tratando, uno de los elementos de las intervenciones telefónicas, y que cobra vital importancia para el entendimiento de la misma, es el concepto de fundadas sospechas, el cual tiene un protagonismo descriptivo en la norma del artículo 222 del CPP, no menor. Ya que, desde este primer elemento se construye todo el supuesto de hecho del derecho involucrado y afectado por la medida. Es este el elemento en el que el/la juzgador/a, respecto a los supuestos de hecho, debe motivar y fundar su resolución de autorización, en proporcionalidad con la gravedad de ello.

El referido artículo 222 nos expone que «cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.³²» Pero lo cierto es que más nada dice respecto a qué se debe entender por fundadas sospechas, y las más de las veces, entrega la determinación de su sentido a un estándar personal en que el/la juzgador/a atribuya a dichos indicios, no existiendo una descripción uniforme y esperada en atención a la envergadura de una medida de limitación de derechos de las personas. Tampoco, la jurisprudencia ha puesto el foco en el referido elemento, sino realizando ciertas descripciones, las cuales no han dado con el contenido del supuesto, utilizando sinónimos del concepto el término antecedentes e indicios.

33 HORVITZ, Y LÓPEZ (2002) p. 528

34 CHAHUÁN SARRÁS, SABAS (2002). "Manual del nuevo procedimiento penal" 2ª edición, Santiago, LexisNexis. Disponible en https://www.academia.edu/8675690/1_SABAS_CHAHUAN_SARRAS_manual_del_nuevo_procedimiento_penal [fecha de visita 16 de julio de 2021] pp. 27

36 PARA LA PROFESORA ALVARADO, (2014) en primer lugar, debe tenerse presente que la expresión "sospechas fundadas" es utilizada en el Código únicamente en el artículo 222 sobre interceptación telefónica. En segundo lugar, es posible encontrar expresiones y conceptos relativamente afines, con ocasión de dos materias: i) en los artículos 85 y 89, relativo al control de identidad y examen de vestimentas, respectivamente. Ambas disposiciones utilizan el vocablo "indicio". Más precisamente, la primera disposición, en lo pertinente, señala que los funcionarios policiales deben, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona "en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; y ii) en el artículo 140 referido a los requisitos para ordenar la prisión preventiva. Por una parte, los llamados "presupuestos materiales" contenidos en las letras a) y b) del precepto, requieren, respectivamente, antecedentes que justifiquen la existencia del delito investigado, y antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. En otras palabras, antecedentes basados en hechos ciertos y determinados que den sustento a una presunción fundada. Luego, la letra c) consagra el denominado requisito de "necesidad de cautela", esto es, nuevamente, antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se trata de la consagración del principio de excepcionalidad y de instrumentalidad propio de las medidas cautelares personales en general

35 Como explica López de Quiroga, (1989) no debe ser "la escucha la que dé lugar a la formación de la 'causa', sino que por el contrario la «causa» debe existir, estar en tramitación y apreciarse de la misma que con la escucha es posible obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho relevante para la 'causa'. La práctica judicial chilena no puede estar más alejada de esta consideración.

37 Alvarado (2014) p. 438

3.1. Conceptualización del término sospechas fundadas

La idea de las sospechas fundadas, debiese entenderse como presunciones razonables cimentadas en sucesos precisos y concretos, de que una persona ha cometido o participado en la preparación, o se encuentre preparando la comisión o participación en un hecho punible, que mereciere la pena de crimen, y la investigación le hiciere imprescindible. Se expone con énfasis en este tema, si bien no respecto al criterio de sospecha como tal, sino más bien del propio artículo 222 CPP, que «La redacción de este precepto es poco afortunada. En efecto, pareciera referirse no sólo a las personas a quienes se impute, en calidad de autor o partícipe, un delito consumado que merece pena de crimen, sino también a quien realice cualquier etapa previa de comisión del mismo, incluidos los actos preparatorios. Sin embargo, debe recordarse que los actos preparatorios de un delito son punibles sólo excepcionalmente conforme al artículo 8º del Código Penal»³³. En ese entendido, la afectación del derecho puede incluso «ceder producto de la concesión de la medida incluso antes de la perpetración de un hecho delictivo»³⁴.

Lo anteriormente señalado, no se condice con el carácter excepcional de esta medida,³⁵ limitándose en ese entendido el/la juez/a de garantía, a analizar los hechos en los que se funda la solicitud y establecer si de ellos se extraen sospechas fundadas. Pero no entregando un parámetro de qué entender por ellas, o la magnitud que debiesen tener. Por ello, el contenido del supuesto de hecho, esto es, el concepto fundadas sospechas, es una conceptualización que en nuestra legislación no ha sido descrita, ni utilizada en otros tipos de normas procedimentales³⁶, y mucho menos, se ha fijado su contenido en el estatuto referente a las intervenciones telefónicas, sino que ésta, es ingresada sin un análisis por la normativa procesal penal vigente y sus modificaciones. Pero lo cierto, es que el dilema está constituido por la precisión empírica de las llamadas fundadas sospechas, teniendo presente que los «fundamentos de hecho que justifiquen la solicitud de intervención telefónica, son de la más diversa índole, y deben concordar con la descripción de sospecha fundada.»³⁷ Así, la idea de sospechar fundadamente, pareciera haber quedado opacada por la finalidad misma de la medida intrusiva, pero que para nuestro análisis, la importancia de su determinación, estructura la validez o no de la medida.

38 ARTÍCULO 267 Código Procesal Penal italiano expone: 1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini. Artículo Ley de Enjuiciamiento Criminal. España expone: Artículo 579. De la correspondencia escrita o telegráfica. 1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo.

39 Buscando en las fuentes que informaron a nuestro Código Procesal Penal, encontramos en primer término La Constitución Política de la República, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de San José de Costa Rica, relativo a los Derechos Civiles y Políticos. Y en un uso más frecuente, está el Código Procesal Penal Italiano de 1988, la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, El Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 1992, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1992 y el Código Procesal Penal Peruano de 1991. El trabajo del Foro y de la Comisión Técnica el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica desarrollado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Asimismo, y otros proyectos posteriores vinculados directamente con el Modelo como son el Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala de 1991 y el Proyecto de Código Procesal Penal de El Salvador de 1993. Sin embargo, en ninguno de ellos encontramos una descripción similar de dicho precepto.

40 NÚÑEZ Y BELTRÁN (2019) p.83

Ahora, cuando hablamos de sospechar, debemos entender que ello deriva del latín, *suspect re*, que en su verbo transitivo corresponde a imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios. Sin embargo, en el plano jurídico nacional, no se ha descrito su contenido, y si es o no lo mismo que indicio grave.

En otras legislaciones, el vocablo es expresado por medio de distintas acepciones, en términos tales como «los antecedentes fundados para hacer operar la medida, los antecedentes, indicios, indicios graves, presunciones razonables»³⁸. Pero lo cierto, es que cada una de dichas expresiones, tienen un grado de afectación diferente y fundamentación distinta, respecto a un mismo objetivo, cual es justificar la medida y la obtención de información requerida para ordenar la medida. Pero aun así, se mantiene en una expresión descriptiva de manera técnica neutral.

En la historia de ley, y en la normativa que inspiró nuestra legislación procesal penal y en específico del referido artículo 222, no existen luces respecto de su fundamento y utilización.³⁹ La interpretación y calificación jurídica del concepto entonces, parte de una base poco clara respecto al origen mismo de la expresión, la cual desde su gestación no permite ver los tipos de intereses en juego que fueron valorados y coordinados. Pero lo cierto, es que en la actualidad dichos elementos descriptivos del supuesto del artículo 222 del CPP, han participado en la legislación sin un alcance jurídico determinado.

El panorama respecto al concepto de fundadas sospechas descrito en el artículo 222, no muestra elementos a los cuales echar mano para darle un contenido, y con ello, otorgar contenido al requisito y supuesto de hecho para hacer operar la medida. Por ello, hemos expresado que la forma de intentar buscar el sentido natural y obvio del término, debiese ser el puntapié inicial para comprender el contenido jurídico del mismo. Y compartiendo la idea elaborada respecto al concepto de fundadas sospechas, esto es «presunciones razonables cimentadas en sucesos precisos y concretos, de que una persona ha cometido o participado en la preparación, o se encuentre preparando la comisión o participación en un hecho punible que mereciere la pena de crimen, y la investigación le hiciere imprescindible»⁴⁰, adosado ello, al sentido natural de la palabra, llegamos al vocativo más cercano pero con diferencias aún, de qué entender por sospechar, esto es, presumir o derechamente una presunción. La presunción como acción o efecto de presumir, es conjetura o sospecha que se

41 **ZEROLO, ELÍAS** (1850). *Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana* Disponible en: Zerolo, Elías (1848-1900), Miguel de Toro y Gómez (1851-1922) y Emiliano Isaza (1850-1930) [fecha de visita 5 de agosto de 2021]

42 **ENRIQUE PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO** (2016). "Tratado de las presunciones" 1ª Edición, Editorial Circulo Legal Editores. Editado por Masslibros grupo editor, Chile, 674 pp., p. 22.

forma de una cosa. Y se dice presumir, sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello.⁴¹

Si de la concepción castellana que hemos referido, nos encaminamos a la raíz latina, veremos que la voz «*praesumptio*» y su antecedente en la Roma clásica, da un significado similar al de la actualidad. Así, para Cicerón, aquella era «la acción de tomar antes o de anticiparse a tomar»; *Plinio* expresa que ella significa «presunción audacia»⁴². La idea básica entonces, para el idioma latino respecto a la voz *praesumptio*, no era sino una extraña creencia u opinión anticipada sobre algo, creencia que se apoya en hechos existentes, pero que llega a sus consecuencia o conclusiones antes de estar establecida su concordancia con la realidad.

Casi inalterablemente, dicha expresión ha llegado hasta nuestros días, entendiéndose que la idea de presunción entraña la idea de conjetura, de sospecha o de juicio sobre algo. A su vez, el concepto de presunción debe necesariamente analizarse desde tres expresiones. La primera de ellas es la «sospecha», la cual no es sino aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, sospechar acá, equivale a suponer e imaginar una cosa. El segundo dice relación con «conjeturar», que es hacer un juicio probable de una cosa por indicios y observaciones, en ese sentido, estos juicios que se hacen sobre una cosa son siempre probables, o sea, juicios sujetos a revisión, a confirmación o alteración. Y por último, al concepto de indicios, que se define como acción o señal que da a conocer lo oculto.

3.2. Las sospechas fundadas y la presunción

De las anteriores afirmaciones podemos concluir, que en la voz presumir va envuelto un elemento de conjetura y de sospecha, mientras no se conozca con certeza absoluta la verdad objetiva de un hecho, se le da por analogía un significado. En virtud de señales que dan a conocer lo oculto, aún cuando estos indicios sean solo la apariencia de la verdad, de ahí que se pueda realizar un juicio problemático, que cuando se emplea en el lenguaje corriente el verbo presumir, se emite un juicio provisorio, sujeto a revisión posterior. Ahora, el concepto de fundadas sospechas en materia procesal penal, como hemos señalado, no se encuentra establecido en nuestra legislación, pero desde su descripción conceptual, como desde su estructura en la medida, comparte el origen de lo que en derecho se ha señalado como presunción. Ahora, desde el punto de vista jurídico de presunción, conserva la esencia de la acepción vulgar o común, pero se traslada a otro plano. Lo que la voz castellana del verbo presumir encierra, pasa al terreno de lo jurídico y a la operación lógica que era susceptible de ejecutarse por cualquier persona, por el juez o jueza en la revisión de esta para dar lugar o no a su orden. Así, en el terreno jurídico es puesto en juego solamente en dos grandes referencias, cuál es la ley y el/la juez/a.

La presunción «Es un juicio que la ley o el hombre forman sobre la verdad de una cosa por ilación con otra cosa diferente y cierta»⁴³.

En esta definición clásica, podemos identificar ya la primera característica propia del contenido jurídico del requisito de fundadas sospechas,

43 **POTHIER**, (1839) *Tratado de las Obligaciones*, Primera Parte, Barcelona, Editorial Derecho Patrio, pp. 5

esto es, la idea de un juicio probable y analógico, hecho anteriormente por cualquier persona, se le entrega tan solo a dos entidades, la ley y el hombre investido de autoridad, es decir el/la juez/a, y estos juicios que, en su caso, son realizados por el/la magistrado/a o por la ley misma, están destinados a juzgar una determinada relación dudosa de derecho y a establecer la existencia o no existencia de actos o hechos jurídicos, es decir, las presunciones están destinadas a probar. Lo que entonces estas deben probar, es la existencia posible de lo que ella supone, en el caso de las intervenciones, el eventual delito que se investiga.

Otras concepciones jurídicas del término y que servirán para ir visualizando el contenido mismo del requisito de la norma que estamos tratando, ahora con una base vista desde la presunción que se realiza para acceder a la medida intrusiva, son aquellas expresadas por el jurista Pascal, el cual nos expone que: «es un raciocinio por el cual se demuestra el hecho desconocido, al compararse con los hechos conocidos y demostrados», «que la presunción es, pues, una convicción fundada en el orden normal de las cosas y que dura mientras no se pruebe lo contrario»⁴⁴.

Este juicio probable que ha de realizar el/la juzgador/a a la hora de conocer sobre la solicitud de intervención telefónica, es una actividad propia de quien juzga, más no de los o las intervinientes procesales, refiriéndonos en este caso a las policías o fiscal. Empero, no son pocos los casos en que fuera de acreditarse sospechas fundadas se intentan dilucidar «sospechas policiales»⁴⁵. El raciocinio intelectual como primer elemento que debe realizar el/la juzgador/a, es por sí, interno y privado, propio de su labor, oculto, queda en la cámara de reflexiones de él/ella, allí el motor que mueve todo proceso generador de presunción, pero es un motor del cual sólo tenemos conocimiento al ser enunciada su conclusión, y las razones que le abonan, la cual debe estar, expresar y motivar, la resolución que concede la medida. En otras palabras, la presunción existe en virtud de la necesidad jurídica, la que reposa en la existencia previa de una situación de derecho, que requiere pronunciamiento, y que con posterioridad, será prueba y en la exigencia de probar, explicar tal situación.

El segundo elemento formal, o externo de la presunción, como contenido de la sospecha, y como requisito de procedencia de la medida, es el juicio probable que se anuncia después del raciocinio, y como corolario de este, ver si los hechos comprobados o supuestos jurídicos representan el punto de partida fundamental para basar el razonamiento lógico que el juicio probable representa. El punto de término de dicho raciocinio, corresponderá al/a la juez/a. Toda esa actividad intelectual interna, que debe desarrollar el/la juzgador/a a la hora de conocer los indicios para poder hacer operar la medida, se ha desarrollado para dar explicación mediante hechos conocidos, uno desconocido. Este resultado a que llega, o debiese llegar el/la juez/a al momento de conocer de los antecedentes, indicios, sea por la ley o no, de un juicio probable, presunción o sospecha, se le ha denominado circunstancia presunta.⁴⁶ O sea, el hecho desconocido del cual se da presuntivamente una comprobación y la circunstancia presunta, es entonces entre otras descripciones, la causa supuesta de los hechos conocidos, a cuya comprobación se llega mediante el proceso mental lógico de la deducción. En este elemento, encontramos el criterio deductivo de

44 PASCAL (2016) 19.

45 ALVARADO (2014) p.441

46 HEDEMANN, JUSTUS W. (2019). Las presunciones en el derecho, Ediciones Olejnik. primera edición, pp.217

donde se obtiene y al mismo tiempo, señala el aspecto de probabilidad, y de verosimilitud que encierra la decisión de autorizar o no la medida intrusiva.

Con lo anterior, podemos establecer una síntesis esquemática de la forma cómo la presunción obra, desde el instante de su génesis hasta su conclusión lógica. Desarrollo que está caracterizado por la sucesión de diversas etapas y la existencia previa de una situación jurídica o hechos jurídicos que requiere de comprobación. Esta existencia previa, constituye el «*substratum*» sobre el cual se asienta la medida y posterior prueba de ella, constituyendo así, la existencia de supuestos jurídicos y de aquellos hechos establecidos indudablemente, que por su relación con el hecho desconocido, permitan el empleo de la medida y de la actividad lógica para deducir la existencia de los indicios; un proceso intelectual deductivo que obra de dos maneras: a) partiendo de los supuestos jurídicos, ya establecidos, como de principios que constituyen premisas silogísticas; b) empleando la analogía como referencia con lo que común y normalmente ocurre en el campo de lo real. Finalmente, como fruto de esta actividad, la conclusión y enunciación de un juicio probable que encierra la consecuencia presunta.⁴⁷

47 PASCAL (2016) 70.

3.3. Sospechas fundadas, presunción e indicios

El significado de sospecha fundada como presunción, entraña la idea de conjetura, de sospecha o juicio sobre algo y que, a la vez, conjeturar consiste en hacer un juicio probable de una cosa por indicios u observaciones. Por indicio, debemos entender la acción o señal que da a conocer lo oculto⁴⁸. La voz indicio, evidencia la existencia de algo invisible u oculto, el indicio viene a ser el hecho básico, aquello que hemos asignado con el nombre de supuesto jurídico y que construye la primera etapa del desarrollo de una presunción. O sea, el/la juzgador/a, por regla general en la actual forma de llevar el proceso penal conforme se ha señalado, no es quien estaría realizando esta tarea en el desarrollo para la autorización de la medida intrusiva, ya que esta tarea ha quedado entregada al Ministerio Público, quien es el que realiza la construcción de sospecha, de una presunción diremos, basada en ciertos indicios. He ahí entonces, un conflicto basal en la estructura de los requisitos de procedencia de la medida intrusiva, ya que es el/la juzgador/a quien debiese realizar el primer examen de admisibilidad de la medida, no así tomar razón de una presunción o sospecha, que es generada de manera independiente, sesgada y única por el órgano persecutor. De esta forma, el no realizar este examen, y mucho menos escuchar a la defensa con la participación activa que garantice el debido proceso hacia el/la imputado/a, en lo personal, es contradictorio al sistema garantista y resta validez a la medida.

48 PASCAL (2016) 75.

Ahora bien, este examen no es obligatorio para el/la juzgador/a, sino que nace de la labor intelectual que debiese desarrollar a la hora de conocer de la sospecha fundada que se pretende, aunque debiese ser obligatorio a juicio de este suscriptor, ya que ello deriva de la *fisis* del sistema garantista y vela por debido proceso al/a la imputado/a, ello al ser esta sospecha un juicio hipotético, el/la juzgador/a para fundamentar su resolución, requiere de una contraposición que permita formar convicción certera y

49 ELLERO, PIETRO (1980) *“De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal”*, traducción de Adolfo Posada, Instituto Editorial Reus, cuarta edición Madrid, 228 pp., p. 4-65

justa, para adoptar o no la autorización de la medida. Ahora, como toda presunción, debe admitir que se genere un legítimo contradictor, y si fuese necesario, prueba de ello.

Para el autor Italiano Pietro Ellero⁴⁹, la idea de indicio es una circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. Haciendo por ahora la salvedad acerca de la estructura lógica del proceso intelectual y diciendo «se deduce» en lugar de «se induce», como pareciera pasar en el origen de la creación de la presunción de sospechar fundadamente en contra del/de la imputado/a. De esta forma, el indicio requiere necesariamente ser demostrado, en un primer término, para dar fe de sí mismo, y en seguida, para dar fe del hecho o acto con el cual se relaciona. La razón de su reciprocidad con el acto o hecho desconocido que se quiere investigar por intermedio de la medida, está en permitir deducir la verdad probable de ese acto o hecho desconocido. En otras palabras, merced al indicio, es posible la conjetura, la sospecha o juicio probable de un hecho; hace posible la presunción. Entonces, el concepto de sospecha no es lo mismo que indicio, este último tampoco es sinónimo de presunción. Sólo en casos en que digamos al término indicio, en un sentido lato y extenso, y lo relacionemos con todo el proceso lógico propio de una presunción, como formando parte del mismo, podría equipararse el concepto. La presunción acá sería una verdadera prueba indiciaria.

Como hemos sostenido, describir el contenido del requisito preciso de fundada sospecha participa del origen jurídico de ser una presunción. Así, el análisis preciso del estatuto que envuelve a las presunciones como medio probatorio particular, es diverso y mucho más amplio que el supuesto de hecho del artículo 222 CPP. Con lo anterior, queremos decir que si bien, el contenido del requisito del supuesto del artículo referido es a juicio de esta parte una verdadera presunción, y comparte ese origen, hay que revisar cuidadosamente el requisito y su desarrollo, ya que este es sólo uno de los elementos de la norma, por lo que habrá que conjugarla con la debida proporcionalidad y origen de la medida intrusiva. Para de esa forma, cimentar la necesidad de prueba indiciaria en el proceso para el otorgamiento de la medida, y aplicar a ello, cada vez más el estatuto probatorio por sobre las facultades de diligencias investigativas en el proceso penal, debiendo ser el camino para ajustar a derecho la herramienta de persecución penal.

Al referirnos al contenido del requisito de fundada sospecha como una verdadera presunción en términos jurídicos, se ha partido de una estructura común y sustantiva, que le otorga una relación con la carga de la prueba y como medio de prueba en particular. Sin perjuicio de ello, en materia penal ello no basta, ya que acá se habla de presunciones legales relacionadas con la apreciación de la prueba. Esto, por cuanto es una parte del proceso, el/ la imputado/a, quien corre el riesgo, mientras que el/la juez/a, el Ministerio Público, la sociedad etc., no corre ninguno. De allí que, en aquellos casos donde la presunción penal (de preferencia humana) no surge con toda claridad y pudiese ofrecer perfiles dudosos, debiese proceder la absolución o término de la medida intrusiva. Ello, no sólo en la etapa formal de decisión penal, como pudiese ser la respectiva sentencia, sino, que en todo acto procesal, en virtud del cual pudiesen afectarse sus garantías al

50 ELLERO (1980) 3.

51 WETBOEK VAN STRAFRECHT. (1881) *Código Procesal Penal de Países Bajos*. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=69274&p_lang=es [fecha de visita 5 de agosto de 2021]

52 CORDÓN, JULIO (2011). "Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal", Memoria de prueba para optar al grado de Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca. España. Disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110651/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_Pru-balniciaria.pdf;jsessionid=A-083CAC6137A3BE780EA8F-CA758EFFF1?sequence=1 [fecha de visita 7 de julio de 2021] pp. 63

proceso racional y justo, como podría ser a la hora de ponderar la solicitud de medida intrusiva en razón de presunción de fundadas sospechas, que el órgano persecutor plantea, en virtud de la presunción de inocencia, por el principio «*In dubio pro reo*», y por sobre todo, la estructura garantista del sistema penal.

Las presunciones en materia penal son una reminiscencia de la influencia legal en la apreciación judicial de la prueba.⁵⁰ Para que exista presunción legal penal, es menester que el hecho conocido induzca a la certidumbre moral del hecho castigado, o sea que la sospecha sea certera respecto del hecho que se imputara. Por ejemplo, en legislaciones como la de Países Bajos, se señala por medio evidente que se ha cometido un hecho punible y quien es su autor.⁵¹ No solo se exigen varias presunciones humanas, sino que el encadenamiento ha de revelar dos hechos: la existencia del delito y la identidad del hecho en su relación con la gravedad del mismo.

4) Las sospechas fundadas y la presunción de inocencia.

En el ámbito del derecho, y sobre todo en el derecho penal contemporáneo, se exige de un estado democrático, que el tratamiento que realiza de cualquier persona imputada o acusada por la comisión de una conducta tipificada como delito o falta, un tratamiento impulsado por el prisma de la inocencia como presupuesto procesal básico de administración de justicia. Ello, debe estar presente durante todo el procedimiento judicial penal seguido en su contra, e incluso, debe manifestarse desde antes que éste inicie, pues puede ser el caso que ciertas actuaciones de los órganos del estado, incidan negativamente en dicho tratamiento, como podría suceder ante señalamientos acerca de la comisión de un determinado delito, previo a que el tribunal competente inicie un proceso específico contra él.⁵²

El caso del artículo 222 CPP, como hemos señalando a lo largo de este artículo, producto de una mala técnica legislativa, se ha estructurado sin una conceptualización de contenido en sus requisitos. A su vez, hemos planteado que para este trabajo dicho contenido, obedece a una verdadera presunción en su estructura, pero como norma procesal detentora del principio de legalidad, su base descriptiva pareciera pasar por alto la presunción de inocencia del/de la ciudadano/a, partiendo de la base de sospechar anticipadamente de él, sin tener este último, la posibilidad de contradecir lo anterior, producto de la fórmula en que se ha tratado la medida intrusiva.

Ahora, el derecho a la presunción de inocencia en el país, cada vez más es sujeto a disímiles críticas que parecieran ir moldeando una disconformidad en la forma en que se ha desenvuelto en el proceso penal. A más de 20 años desde su estructuración, pareciera ser que la sociedad una vez más, se aparta y adelanta al derecho, casi como una historia de nunca acabar, y la forma en que el proceso penal es percibido en sociedad, no es precisamente una forma de garantizar la inocencia del/de la ciudadano/a. La pérdida de la voluntad soberana en quienes legislan, fuerza constantemente las instituciones jurídicas, pareciendo cada vez más, una mera y

- 53 **CARBONELL, MIGUEL.** (2020) “¿Qué es la presunción de inocencia?, Hechos y Derechos”, Revista Jurídica Online, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682>. [Fecha de visita 22 de agosto de 2021] p. 2

vacía declaración de principios, lo que implica al menos, para gran parte de quienes son sometidos a la justicia penal, una enunciación declarativa de poca aplicación, más que un principio que realmente inspire el debido proceso y resguarde al/ a la imputado/a.

La presunción de inocencia vista así, puede calificarse de poliédrica⁵³, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular los distintos aspectos del proceso penal. Ejemplo de ello, puede ser la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado/a y culpable, es decir, que toda prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena, debe ser mirada con el prisma de dicha presunción. El problema que vislumbramos, es qué pasa cuando es la propia normativa la que rompe dicho status procesal de inocente.

En el plano nacional, la referida presunción de inocencia, las más de las veces opera a la hora de ponderar los antecedentes probatorios sobre una determinada imputación, siendo el estándar probatorio de la duda razonable, el cual en la etapa de calificación por parte de quien juzga, trae a colación la presunción referida. Pero la verdad, durante el proceso penal son pocas las actuaciones o actos procesales en que realmente son sopesados en virtud de este principio de inocencia. La idea de la presunción de inocencia, debe relacionarse tanto con el proceder de las autoridades que juzgan, y la ley, en su consideración a la condición real de inocente de la persona, como de igual forma, con la respuesta que pueda provenir de los componentes sociales que intervienen en el proceso de investigación, juzgamiento y encarcelamiento penal.

4.1. Aporía entre las sospechas fundadas y la presunción de inocencia

Al revisar y entender el concepto de sospechas fundadas, conforme lo hemos expresado durante el presente trabajo, su énfasis ha sido situado en una faz interna en la estructuración de la norma, ello como una verdadera presunción en cuanto a su contenido formador. Lo que implicaría, que le son parte todos aquellos elementos que le pertenecen por el hecho de ser una presunción. El conflicto se genera, en cómo zanjamos esta aporía o pugna de dos presunciones opuestas. Por un lado, la presunción de sospechar fundadamente, y por otro, la presunción de inocencia.

Tal como hemos tratado en el presente trabajo, el concepto de fundadas sospechas visto como una verdadera presunción, en la norma del artículo 222 CPP, es sin duda, un juicio probable *ex ante*, que realiza la ley con anterioridad a conocer formalmente de los hechos que pueden revestir el carácter de delitos, la cual es creada, dependiendo la teoría del caso de la persecución penal. Conociendo acá de manera indirecta los antecedentes, antes de que el asunto sea sometido a conocimiento formal, partiendo de la base que existen antecedentes que pueden dar lugar a una consecuencia determinada como delito. De ser así, y al ser una presunción netamente legal⁵⁴ –diremos– y en atención al origen de nuestro sistema penal garantista, necesariamente se debió sopesar la posibilidad de contradecir dicho postulado presunto en contra del/de la imputado/a. De ahí que al no existir

- 54 **ENRIQUE PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO.** (2016) expone: “Las presunciones legales *Juris et de jure*, constituyen una clasificación histórica y tradicionalmente han sido divididas las presunciones de la Ley. Dicha clasificación halla su origen en los glosadores del Derecho Romano y particularmente del jurisconsulto Mennocchio, quien afirmó ser *Juris*, porque el derecho las había introducido, de *Jure*, porque la Ley da por resuelta la controversia y admite sus conclusiones como verdad”.

esa posibilidad en el proceso penal actual, al menos, en cuanto a la fase inicial de concesión de la medida intrusiva de intervenciones telefónicas, más no en su ponderación como prueba, existiría una disonancia en el tratamiento de la real inocencia que requiere el/la imputado/a en el proceso, aun cuando estemos en una etapa investigativa.

Hasta ahora, respecto a la solicitud de intervenciones telefónicas, sólo hemos verificado actos procesales por parte del/de la juzgador/a y Ministerio Público, mas no del sujeto cuestionado, a quien se dirige el poder estatal. No contando este último con herramientas procesales, en esta etapa, que permitan equiparar esta verdadera aporía entre el concepto de fundadas sospechas como elemento descriptivo del tipo formulado en el artículo 222 del CPP, y el principio de presunción de Inocencia como garantía del debido proceso.

La presunción de inocencia como principio que proclama que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal, en tanto no fuere condenada por una sentencia firme, lo cual pareciera cumplirse en nuestro proceso penal, ello en razón a que los parámetros de protección en lo formal, mientras no exista una sentencia condenatoria que lo exprese. Podríamos considerar en sentido laxo, que sí se respeta. Sin embargo, respecto a la segunda parte del enunciado, esto es, que no sea tratada como tal, a juicio de esta parte, la sola autorización de la medida intrusiva sin la posibilidad procesal en esta etapa, de contraponer los intereses y derechos de los intervinientes, o al menos que se exija la comparecencia de defensor para la validez procesal de la autorización, permite sostener que se estaría vulnerando la presunción de inocencia como principio formador del procedimiento penal en contra de quien se está autorizando una medida intrusiva, aun cuando estemos en etapa de investigación.

Lo que se exige acá, no es que se ponga abiertamente en conocimiento de la medida a la parte imputada, sino que, para que la medida tenga validez, y esta no entre en conflicto con la presunción que asiste al intervenido, es que los antecedentes de sospechas fundadas sean igualmente puestos a disposición de una contraprestación de intereses procesales, distintos a los del/de la juzgador/a, y mayormente a los del/de la fiscal. Ello, porque es la única forma de garantizar un control justo y racional de la medida, de conformidad con el principio a la presunción de inocencia. Lo anterior, debido y como señalamos en un principio, la conjetura de sospecha o presunción fundada parte de la base en que el/la juzgador/a debiese realizar un juicio probable respecto de la eventual culpabilidad del/de la intervenido/a. Vencido ese paradigma, se accede a la medida intrusiva ponderándola como una verdadera prueba indiciaria antes de conocer del asunto. Pero sin cumplir con los estándares probatorios, que se le exige como prueba en el proceso penal, y en la práctica, el tratamiento que efectivamente se le realiza a la persona intervenida, y más grave aún, a aquellas personas que no siendo objeto de persecución penal, igualmente pueden ver cedida su intimidad, por estar inmersa en la intervención de sus comunicaciones, lleva indirectamente a un tratamiento que descansa sobre una presunta responsabilidad de la parte imputada, cediendo su presunción de inocencia, sin tener la posibilidad de contradecir.

58 BETTI (1890) 143.

sospechas, ahora como presunción, debe permitir y llevar a quien juzgará, y a los/las demás intervinientes procesales, a examinar con mayor rigor este juicio probable en contra del/de la intervenido/a.

La repetición mecánica y traducción literal de normas abstractas en orden a una pura subsunción del supuesto de hecho a decidir, subsunción a la prevención textual que se contiene en la ley,⁵⁸ no debiese ser la forma en que realmente deba transmitirse la presunción de inocencia en la norma, ya que ello desconoce y desvaloriza la funcionalidad práctica que se le solicita como garantía del debido proceso penal. Además, con ello se limita el principio solo a aspectos obvios de su aplicación, lo cual pareciera ser cómodo de interpretar para un sistema judicial que no está dando garantías propias de debido proceso respecto a las intervenciones telefónicas.

El oficio de vivificar, mediante un incesante re-pensamiento la norma jurídica a aplicar, y que va directamente relacionado al paso perenne de la vida social y las finalidades que debe perseguir el sistema penal garantista nacional; el oficio, por tanto, de poner al día y de reponer de nuevo las expresiones y las formulaciones superadas, confiriéndoles aquel valor que, sin separarse y prescindir del sentido originario, sea mejor para el/la ciudadano/a conforme a la exigencia de la actualidad, en el marco de los principios democráticos y de todo el sistema en concordancia con el resguardo efectivo que el estado de derecho, como reencontrar en la excedencia del contenido axiológico, representado en los principios generales, como lo es la presunción de inocencia, no es más que otorgar un fragmento esparcido de aquel principio en la correcta y más favorable interpretación de la norma jurídica en pro del ser humano en sociedad y su resguardo.

Por último, la idea al término del presente trabajo, es dar cuenta de la dicotomía en la cual el sistema procesal penal se ha desarrollado durante los últimos años, en lo que respecta a las medidas intrusivas de intervenciones telefónicas. Como de igual forma, salvar la determinación de la naturaleza jurídica del contenido de los requisitos para su concesión, en especial la determinación jurídica del concepto fundadas sospechas, las que a juicio del presente suscriptor obedecerían a una verdadera presunción, y como tal su estatuto les es aplicable en lo pertinente.

Cicerón definía lo paradójico como aquellas «cosas que maravillan». La paradoja maravilla, porque hay algo que parece asombroso o sorprendente por sus características o alcances, tal como lo fue la promesa de un sistema garantista en la realidad.

5) Conclusiones

El presente trabajo ha examinado de manera interna la normativa del artículo 222 del Código Procesal Penal chileno, desde una perspectiva práctica, pero por sobre todo, dogmática. En cuanto intenta dar una descripción jurídica, del contenido de los requisitos de procedencia de la medida intrusiva. A partir de elementos descriptivos que configuran la norma, como el de fundadas sospechas, y su relación con las presunciones y la presunción de inocencia. Así, intentar encontrar el sustrato jurídico que permita dar cuerpo y contenido a los requisitos de procedencia de la medida intrusiva.

Siendo una de las principales motivaciones, el uso habitual de la medida en nuestro proceso penal, y cómo la laxitud entorno a ella, ha llevado a que se vulneren los derechos de los/las ciudadanos/as e imputados/as objetos a persecución penal, afectando su intimidad y el secreto en sus comunicaciones.

1° Las intervenciones telefónicas en Chile no cuentan con una determinación estructural y jurídica respecto a su contenido, por lo que en la práctica el estudio de estas no es tratado en nuestra legislación nacional de manera alguna. Sólo como punto de partida, no existe una determinación normativa y jurisprudencial respecto al concepto de fundadas sospechas en el área de las intervenciones telefónicas, pero tampoco, en otra área del proceso penal chileno, siendo un concepto sin determinación, y de uso único en la legislación procesal penal de la región. De igual forma, el uso del concepto interceptaciones telefónicas, se encuentra mal empleado en la legislación nacional, ello porque dicho concepto implicaría un grado diverso en la afectación de derechos de las personas. Si el concepto utilizado es interceptar, escuchar o intervenir las comunicaciones telefónicas, variará la afectación del derecho a resguardar. Por otro lado, son elementos esenciales para determinar el contenido de los requisitos de las intervenciones telefónicas, la motivación de la resolución judicial y la proporcionalidad de la medida en relación con el delito investigado.

2° El concepto de fundadas sospechas como elemento basal en la descripción de la norma del artículo 222 del Código Procesal Penal, tiene un origen jurídico concordante con el de las presunciones, ello por ser una conjetura que forma parte del concepto de sospechar, distinto al de indicio o antecedente. Por ello, la actividad intelectual de el/la juzgador/a al analizar la concesión -o no- de la medida intrusiva, es un verdadero juicio probable, y como tal, debe contar con elementos que le permitan fundamentar y motivar la resolución judicial. Uno de ellos, es la actividad probatoria indiciaria por parte del Ministerio Público a la hora de solicitar la medida, ello, atendida una determinada sospecha, pero cuya ponderación, sea entregada a un control menos estandarizado y más riguroso por el/la juzgador/a. Y la otra, con la posibilidad de la presencia obligatoria de la defensa a la hora de sopesar los antecedentes, y determinar la existencia o no de una fundada sospecha.

3° Finalmente, el concepto de fundadas sospechas se encuentra en constante aporía con el principio de presunción de inocencia, ello por no existir la posibilidad de contradecir aquella presunción o sospecha sobre un ilícito, que se está ordenando investigar por intermedio de una medida intrusiva. Ello, porque en su etapa de concesión, no existe la instancia procesal para discutirlo. Por ello, hay una disconformidad en el tratamiento de inocente real que requiere la persona, aun cuando estemos en una etapa investigativa.

Bibliografía

- ALVARADO, AGUSTINA.** (2014). «*El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida*». Revista de derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso, XLIII 2º semestre de 2014. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200011> [fecha de visita 12 de noviembre de 2021] pp. 421-464.
- BETTI EMILIO,** (1890). «*Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Teoría de la Interpretación Jurídica*». Ediciones UC (2015), pp. 3- 223.
- CARBONELL, MIGUEL.** (2020) «*¿qué es la presunción de inocencia?, Hechos y Derechos*», Revista Jurídica Online, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682>. [Fecha de visita 22 de agosto de 2021] p. 2.
- CHAHUÁN SARRÁS, SABAS.** (2002). «*Manual del nuevo procedimiento penal*» 2ª edición, Santiago, LexisNexis. Disponible en https://www.academia.edu/8675690/1_SABAS_CHAHUAN_SARRAS_manual_del_nuevo_procedimiento_penal [fecha de visita 16 de julio de 2021] pp. 25-35.
- CORDÓN, JULIO** (2011). «*Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*», Memoria de prueba para optar al grado de Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca. España. Disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110651/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf;jsessionid=A083CAC6137A3BE780EA8FCA758EFFE1?sequence=1 [fecha de visita 7 de julio de 2021] pp.63.
- ELLERO, PIETRO** (1980) «*De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*», traducción de Adolfo Posada, Instituto Editorial Reus, cuarta edición Madrid, pp. 2- 285.
- ENRIQUE PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO.** (2016). «*Tratado de las presunciones*» 1º Edición, Editorial Circulo Legal Editores. Editado por Masslibros grupo editor, Chile, 674 pp., p. 22.
- FERRAJOLI, LUIGI.** (2003). «*Sobre la definición de democracia.*» Una discusión con Michelangelo Bovero Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200010 [fecha de visita 22 de enero de 2022] pp. 232.
- GÁLVEZ BLANCO, RICARDO.** (1992). *Intervención de teléfonos en la legislación chilena*, en Revista Chilena de Derecho. disponible en <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde19&div=29&id=&page> [fecha de visita 22 de enero de 2022] pp. 481-487.
- HEDEMANN, JUSTUS W.** (2019). *Las presunciones en el derecho*, Ediciones Olejnik. primera edición, 19- 217.
- HORVITZ, MARÍA INÉS - LÓPEZ, JULIÁN.** (2002). Derecho procesal penal chileno. Editorial Jurídica de Chile, tomo I. 529.
- KELSEN, HANS** (2011) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Traducción por Rolando Tamayo y Salmoran. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Número 15. Disponible en: <https://dialnet.unirioja>.

- es/descarga/articulo/3764308.pdf [fecha de visita 15 de octubre de 2021] pp. 77.
- LÓPEZ DE QUIROGA, JACOBO**, (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Editorial Akal, pp. 268.
- MONTERO AROCA, JUAN** (1999). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 392.
- NÚÑEZ, R. BELTRÁN, R, Y SANTANDER.** (2019). *Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile*. 14, Nº 28 Art. 4. Disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/11/Vol14N28A4.pdf> [fecha de visita 16 de octubre de 2021] pp.
- POTHIER**, (1839) *Tratado de las Obligaciones, Primera Parte*, Barcelona, Editorial Derecho Patrio, pp. 566.
- RAE.ES** (2021). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en <https://dle.rae.es/alimento> [Obtenido el 18 de octubre de 2021].
- WEEZEL VAN, ALEX – DARRICADES** (2011). *Tomás, Interceptaciones telefónicas. Oportunidad para avanzar*, en Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile, (julio de 2021). Disponible en: https://issuu.com/psegura/docs/revista_abogado_52 [fecha de visita 5 de agosto de 2021] pp.52.
- WETBOEK VAN STRAFRECHT.** (1881) *Código Procesal Penal de Países Bajos*. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=69274&p_lang=es [fecha de visita 5 de agosto de 2021].
- ZEROLO, ELÍAS.** (1850). *Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana* Disponible en: Zerolo, Elías (1848-1900), Miguel de Toro y Gómez (1851-1922) y Emiliano Isaza (1850-1930) [fecha de visita 5 de agosto de 2021].

Normas citadas

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO DE 1989.

CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO DE 2000.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA DE 1992.

CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 1991.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980.

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1978.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA DE 1882.

LEY Nº 18.314 (17/05/1984), Determina conductas terroristas y fija su penalidad.

WETBOEK VAN STRAFRECHT DE 1881.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN 14 DE MAYO DE 2021, ROL NÚMERO 319-2021. «Huenupí con Ministerio Público» (Recurso de nulidad).

CORTE SUPREMA 29 DE JUNIO DE 2011, ROL DE CORTE 3016-2011 «Guerra Bravo» (recurso de nulidad).



**Escríbenos o
envíanos tu
manuscrito**

revistaderechoprocesal
@mail.udp.cl



**Síguenos en
nuestra red de
LinkedIn**

Revista Estudiantil de
Derecho Procesal

Instrucciones para publicar en la revista

La Revista Estudiantil de Derecho Procesal (REDP) tiene como objetivo expandir el conocimiento, estudio e innovación de la disciplina procesal y motivar su desarrollo. Con ese fin, la REDP invita abiertamente a la comunidad académica y estudiantil a enviar sus obras originales e inéditas para ser publicadas y difundidas en ella.

Se aceptan manuscritos de: *a) Artículos de Investigación; b) Notas estudiantiles; c) Comentarios; siempre que guarden relación directa con el estudio y profundización de las temáticas que el Derecho Procesal propone.* Los escritos deben ceñirse a lo señalado en las reglas generales de publicación y autores que se encuentran disponibles en la página web de la Revista y deben ser enviados al correo electrónico revistaderechoprocesal@mail.udp.cl.

Una vez recepcionados, se encontrarán sujetos a un proceso de evaluación consistente en dos etapas: una primera revisión del equipo editorial y una segunda revisión por pares, ambas bajo el sistema doble ciego, para obtener finalmente un dictamen sobre los escritos seleccionados para publicación y las eventuales correcciones que se requieran realizar.

El equipo editor podrá descartar artículos recibidos conforme a un criterio de prioridad. Este criterio se fundará en: a) Los niveles de endogamia académica del número correspondiente de la Revista, no pudiendo superar más de un 30% de publicaciones de la misma institución; b) Los indicadores de descarga de los autores de dichos trabajos, según la base de datos Scielo; c) Los factores o índices de impacto de Scimago, Journal Metrics (Scopus) y JCR (Web of Science); y d) La variedad temática de los trabajos presentados a la Revista.

En caso de que un artículo sea aceptado, será publicado dentro de un plazo de dos años, que comenzará a contar desde la aprobación de este. Con todo, este término podrá ser extendido por acuerdo con el autor. La REDP tiene los derechos de edición, publicación y difusión establecidos en las reglas generales, por su parte, los autores tienen los derechos y deberes establecidos en las mismas. ✨

NÚMERO

2

ISSN
2735-7538



udp FACULTAD
DE DERECHO

Revista Estudiantil de Derecho Procesal

EDICIÓN ESPECIAL
DERECHO PROCESAL PENAL

Universidad Diego Portales
FACULTAD DE DERECHO

DIC 2022