

### 3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Exclusión de prueba. I. Existiendo prueba de que la evidencia incriminatoria pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, anteriores o independientes del medio ilícito que llevó a su descubrimiento material, tal descubrimiento o hallazgo no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste. II. Eventual ilícito incurrido no convierte en lícito el acto investigado y no extingue la eventual responsabilidad criminal del imputado

#### HECHOS

*Juez de Garantía, en audiencia de preparación de juicio oral, excluye parte de la prueba ofrecida por el ente persecutor por inobservancia de garantías constitucionales. Ministerio Público recurre de apelación. La Corte de Apelaciones revoca la resolución impugnada e incorpora al auto de apertura de juicio oral el medio de prueba que fue excluido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido - revoca).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Talca.*

ROL: *1207-2019, de 3 de marzo de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Darwin Bugueno Basoalto.*

MINISTROS: *Sr. Rodrigo Biel Melgarejo y Abogado Integrante Sr. Leonardo Mazzei Parodi.*

#### DOCTRINA

- En la especie se ha decretado la exclusión probatoria, conforme se señala en la resolución recurrida, por haberse infringido, en su obtención, lo prescrito en el artículo 31 de la Ley N° 20.084 que a su vez implicaría una inobservancia de las garantías constitucionales del artículo 19 N°s. 3 y 4. Sin embargo, la Corte coincide con lo sostenido por la recurrente en cuanto a que en el desarrollo de la investigación, dado el reconocimiento que el sujeto pasivo del ilícito ya había hecho del imputado, unido a la diligencia que se contempla en el artículo 205 del Código Procesal Penal se habría logrado obtener el mismo medio de prueba que fuera excluido en la audiencia de rigor. Por lo que la eventual ilicitud reprochada pierde trascendencia. Sobre lo que se viene razonando, también la Excm. Corte Suprema se ha pronunciado, aclarando que existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud*

*se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, resulta plausible sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito. De esta forma, existiendo prueba de que la evidencia incriminatoria pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, anteriores o independientes del medio ilícito que llevó a su descubrimiento material, tal descubrimiento o hallazgo no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *El eventual ilícito incurrido no convierte en lícito el acto investigado y, por lo mismo, no extingue la también eventual responsabilidad criminal del imputado. Una postura diversa sobre este punto “(...) privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, porque ya no sólo el delincuente no recibirá su condigno castigo, sino que además la pena perdería la finalidad preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado por las conductas contrarias al orden jurídico”. –Midón, M.– (considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/747/2020*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 276, 277 del Código Procesal Penal.*

## EXCLUSIÓN DE PRUEBA

ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH  
*Universidad Autónoma de Chile*

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que es objeto de este análisis ofrece varios aspectos importantes que ameritan un examen.

I. La exclusión de prueba, en el supuesto regulado en el inciso tercero del art. 276 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), es un mecanismo de control previsto por el legislador para resguardar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas frente a la actividad investigativa y juzgadora del Estado en materia penal. En este sentido, el indicado mecanismo de control no es, en estricto rigor, una forma de solucionar una “eventual colisión de derechos de los intervinientes en el proceso” (considerando 2°), como lo pretende la sentencia comentada. Lo anterior, porque si bien es cierto, el Ministerio Público es un interviniente en el proceso penal, por su propia naturaleza jurídica, este no es

titular de derechos, sino que de facultades. La titularidad de los derechos debe ser reservada solo para las personas; y dentro de ellas, las físicas<sup>1</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, lleva razón la sentencia comentada que en estos casos se produce un conflicto. Este se produce cuando el Ministerio Público ha logrado reunir algún antecedente durante la fase de investigación. Y esa información, al momento de recogerse, estaba protegida por un derecho fundamental de la persona perseguida penalmente. El conflicto, en este caso, se produce entre la protección brindada por ese derecho, que impediría acceder a esa información, y el interés social (también constitucionalmente protegido) en determinar si se reúnen los presupuestos necesarios para imponer la responsabilidad penal<sup>2</sup>.

II. El segundo aspecto que estimo necesario analizar consiste en la técnica jurídica a través de la cual la sentencia comentada resuelve el conflicto. Sobre este punto, la Corte razona indicando que, de acuerdo con la resolución apelada, el fundamento de la exclusión de prueba estaría en que un “set de 05 fotografías que muestran la especie sustraída y el lugar donde fue habida” se habría obtenido con infracción al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar del imputado adolescente, asegurados en los numerales 3º y 4º del art. 19 de la Constitución, derivado de la inobservancia de los requisitos previstos en el art. 31 de la Ley N° 20.084<sup>3</sup>. Todo parece indicar, porque no se menciona expresamente, que lo cuestionado por la resolución de primera instancia sería una autorización del imputado adolescente para la realización de la actuación prevista en el art. 205 CPP (entrada y registro en su domicilio) que habría sido obtenida mientras este se encontraba detenido, en ausencia de su defensa letrada.

La Corte recurre al test de “ponderación relativa a la trascendencia del perjuicio” que consiste en “determinar la entidad y gravedad del principio parcialmente sacrificado y la importancia de aquel que se ha privilegiado”, toda vez que, la “existencia de una infracción de garantía no significa *ipso facto* que deba anularse un juicio o sentencia” (Considerando 2º). Este control se operativiza, según el texto de la sentencia comentada, declarando la pérdida de la “eventual ilicitud reprochada”, “dado el reconocimiento que [la víctima] ya había hecho del imputado, unido a la diligencia [de entrada y registro que] habría logrado obtener el mismo medio de prueba que fuera excluido en la audiencia de rigor” (considerando 4º).

<sup>1</sup> NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, *Derecho Procesal Penal Chileno I* (Santiago, 2018), pp. 283-284.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de responsabilidad penal, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, 2016), p. 91.

<sup>3</sup> Que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal, publicada en el *Diario Oficial* de 7 de diciembre de 2005.

Como se ve, en estricto rigor conceptual, la Corte se ha referido a dos cosas diferentes. Por un lado, anuncia que el conflicto jurídico planteado lo resolverá con ayuda de un test de ponderación; pero, en definitiva, termina argumentando sobre la base de una conceptualización completamente diferente. En efecto, la información que el Ministerio Público pretendía incorporar al juicio oral consistía en que la especie sustraída estaba en el domicilio del imputado y, con ello, acreditar la participación del imputado. La Corte argumenta que el reconocimiento previo del imputado realizado por la víctima y la entrada y registro permiten incorporar al juicio oral la misma información sobre la participación que aquella que podría desprenderse del cuestionado set fotográfico. Si el argumento para resolver el conflicto consiste en la existencia de dos fuentes de información independientes entre sí, es evidente que la Corte no ha efectuado, en realidad, test alguno de ponderación. De modo que la argumentación contenida en la sentencia sobre ese examen es un puro ejercicio retórico, superfluo para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

Reforzando la conclusión sobre la resolución del problema, en atención al criterio de utilidad en cuanto fuente de información del antecedente cuestionado, la Corte afirma que “lo decisivo para sostener la eficacia del elemento probatorio es el fin perseguido por el proceso penal, consistente en la reconstrucción histórica, impulsando al Juez a buscar con determinación la verdad” (considerando 3°). Este es, de todos modos, un punto discutible. En efecto, para que el criterio que la Corte entrega pueda ser operativizado, se requiere un examen de la influencia que la información que emana de una fuente tendrá en la decisión sobre la absolución o condena. Tal como lo expresa la sentencia, el criterio acerca de si una información que es necesaria para reconstruir los hechos emana de dos fuentes es decisivo para resolver sobre la exclusión de una de esas fuentes. Si, además de la fuente cuestionada por haberse obtenido con infracción de derechos fundamentales, existe otra fuente de información, anterior o independiente de la primera, la ilicitud de aquella deja de ser relevante, porque la información va a ser incorporada al juicio de todos modos, a través de la otra fuente no objetada. Para que esto sea válido, se requiere que el tribunal que conoce de la solicitud de exclusión haga un doble examen. Por un lado, si la información que emana de ambas fuentes es o no la misma; por otro, cuán incidente es esa información para la decisión del juicio. Esperar que el juez de garantía haga esta doble valoración en la audiencia de preparación de juicio oral parece ser contrario a la naturaleza de esa audiencia, porque obliga a un conocimiento completo de los antecedentes de investigación y a una ponderación *ex ante* de la eficacia probatoria de esa información. Pero, en otro aspecto, el argumento así presentado no deja de ser incoherente: si la información será aportada por la fuente no cuestionada, da igual excluir o no la fuente cuestionada. En este aspecto, entonces, la garantía

que consiste en la exclusión de pruebas se torna superflua y tiende a vaciársela de su contenido protector.

III. El tercer aspecto que creo útil destacar se refiere a la conceptualización que efectúa la Corte sobre el rol del órgano jurisdiccional en el descubrimiento de la verdad. Sobre el particular, la Corte sostiene que “es absolutamente necesario el descubrimiento de la verdad pues en caso contrario no podríamos alcanzar el objetivo primordial como ser la defensa de la sociedad”. Del sentido que se le otorgue a la función de descubrir la verdad pueden derivarse consecuencias de suma importancia. Así, al afirmar que la eficacia del sistema de persecución penal depende de su capacidad para la “reconstrucción histórica”, surgen estímulos muy poderosos ya para eliminar los controles sobre la recogida de información durante la investigación (como el mecanismo de exclusión de pruebas) o para relativizarlos por medio de su morigeración. Es absolutamente cierto que un sistema de persecución penal cognoscitivista y democrático<sup>4</sup> debe operar con la mayor cantidad de información, y que esta sea de la mejor calidad posible. Pero la información es una herramienta dentro de la investigación y del proceso penal, no un fin. Si el argumento consiste en que la recolección de información se considera un fin porque con ella se garantiza la efectividad del aparato penal (y, en definitiva, la “defensa de la sociedad”), entonces no existe obstáculo para que el argumento llegue a actuar como una enfermedad autoinmune: eliminar las trabas que impiden recolectar información.

---

<sup>4</sup> Entendiendo por tal aquel sistema opera sobre la lógica de la comprobación y no de la valoración; de la prueba y no inquisición; de la razón y no la voluntad; de la verdad y no la potestad (FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 42 y ss.).

#### CORTE DE APELACIONES

Talca, tres de enero de dos mil veinte.

Visto:

Comparece el Fiscal Adjunto del Ministerio Público, don Nelson Riquelme Soto, recurriendo de apelación en contra de la resolución de fecha catorce de noviembre último, dictada en audiencia de preparación de juicio oral por don Marcial Tabora Collao, Juez de Garantía de Parral, por la cual se excluyó parte de la prueba ofrecida por el ente persecutor ante la inobser-

vancia de las garantías constitucionales que señala.

Pretende la revocación de la resolución en alzada, a fin que se incluya dentro del auto de apertura de juicio oral el medio de prueba que fuera ofrecido.

Considerando y oídos los intervinientes:

*Primero:* Que para un adecuado análisis del asunto que ha sido sometido a la decisión de esta Corte, importante resulta dejar establecido desde ya— que, como se ha escrito: “Los conflictos en materia probatoria estarán represen-

tados, por un lado, por los derechos esenciales amagados (la propiedad de quien vio incautada su especie, la intimidad de quien sufrió la irrupción policial en su hogar, etc.) y, por otro, el interés estatal en la persecución penal, al que aluden diversas normas constitucionales y es, por cierto, pilar básico de una sociedad mínimamente organizada” (Correa Z., Claudio y Núñez O., Raúl “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”).

*Segundo:* Que dada la relevancia enunciada, que deriva de la eventual colisión de derechos de los intervinientes en el proceso, nuestra máxima magistratura, en diversos y continuos fallos, ha manifestado que la existencia de una infracción de garantía no significa *ipso facto* que deba anularse un juicio o sentencia, debiendo siempre hacerse una ponderación relativa a la trascendencia del perjuicio que se alega. Siendo este análisis un llamado a determinar la entidad y gravedad del principio parcialmente sacrificado y la importancia de aquel que se ha privilegiado. (V. gr., Corte Suprema, rol N° 10910-13, de 7 de enero de 2014; rol N° 3912-11, de 19 de julio de 2011; rol N° 14784-14, de 4 de agosto de 2014).

*Tercero:* Que en la misma línea argumentativa a que nos referimos en el motivo anterior, no es posible olvidar –además– que lo decisivo para sostener la eficacia del elemento probatorio es el fin perseguido por el proceso penal, consistente en la reconstrucción histórica, impulsando

al Juez a buscar con determinación la verdad, lo que se encuentra en armonía con la regla valorativa del artículo 297 del Código Procesal Penal, de modo que es absolutamente necesario el descubrimiento de la verdad pues en caso contrario no podríamos alcanzar el objetivo primordial como ser la defensa de la sociedad.

*Cuarto:* Que en la especie se ha decretado la exclusión probatoria, conforme se señala en la resolución recurrida, por haberse infringido, en su obtención, lo prescrito en el artículo 31 de la Ley N° 20.084 que a su vez implicaría una inobservancia de las garantías constitucionales de los números 3 y 4 del artículo 19. Sin embargo, esta Corte coincide con lo sostenido por la recurrente en cuanto a que en el desarrollo de la investigación, dado el reconocimiento que el sujeto pasivo del ilícito ya había hecho del imputado, unido a la diligencia que se contempla en el artículo 205 de la codificación adjetiva penal se habría logrado obtener el mismo medio de prueba que fuera excluido en la audiencia de rigor. Por lo que la eventual ilicitud reprochada pierde trascendencia.

Sobre lo que se viene razonando, también la Excm. Corte Suprema se ha pronunciado, aclarando que existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, resulta plausible sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito. De esta

forma, existiendo prueba de que la evidencia incriminatoria pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, anteriores o independientes del medio ilícito que llevó a su descubrimiento material, tal descubrimiento o hallazgo no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste. (Corte Suprema rol N° 14781-2015, de 3 de noviembre de 2015; rol N° 3029-2017, de 6 de marzo de 2017).

*Quinto:* Que para finalizar y en cualquier caso, se debe tener presente que el eventual ilícito incurrido no convierte en lícito el acto investigado y, por lo mismo, no extingue la –también– eventual responsabilidad criminal del imputado. Una postura diversa sobre este punto “(...) privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, porque ya no sólo el delincuente no recibirá su condigno castigo, sino que además la pena perdería la finalidad preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado por las conductas contrarias al orden jurídico”. (Midón, M. *Pruebas ilícitas*.

*Análisis doctrinario y Jurisprudencial*, pág. 78).

Es por ello que de acuerdo a las disposiciones legales mencionadas, artículos 277 y 370 letra b), ambos del Código Procesal Penal, se declara:

Que se acoge el recurso de apelación deducido en contra de la resolución de catorce de noviembre de dos mil diecinueve, dictada por don Marcial Tabora Collao, Juez de Garantía de Parral y, en consecuencia, se declara que se incluye dentro del auto de apertura de juicio oral el medio de prueba ofrecido por la Fiscalía consistente en “set de 05 fotografías que muestran la especie sustraída y el lugar donde fue habida”. Sin costas del recurso.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante, señor Leonardo Mazzei Parodi.

No firma el Ministro don Rodrigo Biel Melgarejo, por encontrarse en visita y el Abogado Integrante don Leonardo Mazzei Parodi, por encontrarse ausente.

Proveído por el Señor Presidente de la Primera Sala de la C.A. de Talca. Rol N° 1207-2019.