

LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

JORGE BOFILL GENZSCH

Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho de la Universidad de
Erlangen-Nürnberg

I. INTRODUCCION

En los últimos años y con alguna frecuencia la opinión pública se ha ocupado de ciertos acontecimientos ocurridos dentro del marco de la actividad propia de los tribunales de justicia, los que, en principio carentes de toda ligazón entre sí, estudiados más detenidamente presentan características comunes que justifican un análisis conjunto de tales hechos. Así, por ejemplo, se ha discutido la procedencia de la utilización de grabaciones magnetofónicas ocultas como medios de prueba dentro de un proceso penal, o también los límites que encuentran ciertas facultades cautelares de los que estén revestidos, especialmente, los tribunales con competencia en lo criminal, con el fin de llevar adelante la investigación de un hecho que presenta caracteres delictivos, como es por ejemplo el caso de la entrada y registro de un lugar cerrado. Junto a éstas podríamos mencionar numerosas otras situaciones que, de una u otra manera, tienen un denominador común. Así, por ejemplo, la interceptación de conversaciones telefónicas, los seguimientos mediante dispositivos electrónicos, las filmaciones ocultas, o incluso casos mucho más tradicionales tanto en nuestra como en otras legislaciones, v. gr. la prohibición de recibir bajo juramento la declaración del inculpado o reo sobre hechos propios en causa penal, el derecho a negar el testimonio de ciertas personas dentro de la misma, entre otros. Se trata, como vemos, de situaciones en extremo variadas, las que, sin embargo, tienen la particularidad de representar todas ellas un medio de investigación o de prueba que puede ser de mucha utilidad a un tribunal en su labor de aclaración de hechos delictivos. Sin embargo, al mismo

tiempo se trata de facultades que suponen, en mayor o menor medida, una intromisión en los derechos de las personas. Con ello comienza a plantearse con mayor claridad la característica común a que hicimos mención anteriormente: cabe preguntarse si todos ellos son medios admisibles y, de serlo en principio, es necesario referirse a sus límites, e igualmente a los requisitos que en cada caso deben cumplirse para calificar su procedencia.

La importancia de todos estos temas va, por cierto, más allá de la preocupación que ellos puedan despertar por uno o dos días en los titulares de la prensa. En su conjunto ellos representan la contraposición entre el interés de la comunidad por lograr el esclarecimiento de hechos punibles y el, igualmente legítimo, interés de cada individuo por un efectivo respeto de sus derechos. Este campo de tensiones constituye el objeto central de lo que en derecho comparado se conoce como la teoría de las prohibiciones de prueba.

II. EL CONCEPTO DE LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA

La teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra ampliamente desarrollada en los Estados Unidos y la República Federal de Alemania, mas también ha comenzado a ser objeto de estudio en numerosos otros países europeos, especialmente Francia e Italia¹. Sin perder de vista el hecho que sus características y alcance difieren en cierta medida en cada uno de dichos países, es posible sostener como de general aceptación la definición que de ellas da Gössel², quien las entiende como "los límites establecidos a las actividades de investigación y prueba".

El desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento y respeto de los

¹ cfr. Nuvolone, *Beweisverbote im Strafverfahren der Länder des romanischen Rechtskreises*, en *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages* (München-Berlin 1967) 1, pp. 55.

² Gössel, *Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1981), p. 2217.

derechos y garantías individuales. 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 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"³ en los derechos de la persona del inculcado o de terceros. No se trata entonces 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 en la medida en que sean realmente indispensables. Este es, por lo demás, un criterio de vigencia y aceptación universales. Lo importante es, en todo caso, analizar hasta qué punto este principio recibe aplicación práctica y si, en uno u otro caso, se extraen las consecuencias debidas del mismo.

Luego, un estudio sistemático de las prohibiciones de prueba tiene como primer objeto establecer qué disposiciones (legales o constitucionales) consagran prohibiciones de prueba, para poder determinar en una segunda etapa si en un caso particular se ha producido una violación de ellas y, lo más importante desde el punto de vista procesal, pronunciarse por la posibilidad o imposibilidad de valorar el material probatorio obtenido, dada dicha infracción a preceptos de orden legal o constitucional. Siguiendo este esquema Gössel⁴ plantea la existencia de tres grupos de prohibiciones de prueba: a) en primer lugar, las prohibiciones legales expresas de investigar determinados hechos o de valorar ciertas pruebas; b) también normas permisivas pueden contener prohibiciones de prueba; c) finalmente, éstas pueden derivarse directamente de ciertos principios constitucionales, en especial el principio del Estado de Derecho. El poder estatal puede afectar los derechos de los ciudadanos sólo cuando la ley o el ordenamiento jurídico lo autorizan en forma expresa por alguna razón fundada: ello también se extiende a las autoridades que intervienen en la administración de justicia penal.

³ Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* (Berlin 1959) 3, p. 973.

⁴ Gössel (n.2), p. 2217.

El principio de acuerdo existente entre los autores con respecto al concepto de las prohibiciones de prueba no se da, sin embargo, al momento de determinar las consecuencias de la infracción de una prohibición de prueba, esto es, si dicha infracción provoca una prohibición de valoración de la prueba ilegítimamente obtenida. Los criterios planteados en este sentido son muy variados y llegan a diferir en gran medida entre sí. Los intentos por establecer criterios de validez general en esta materia no han tenido éxito, de manera que en la actualidad la solución se busca en base a la descripción de casos o grupos de ellos en los que es posible distinguir la vigencia de un principio o criterio determinado, llevando a una ponderación de intereses en cada situación particular.

Este es, asimismo, el camino seguido hasta ahora por la jurisprudencia de la República Federal de Alemania, la que en algunos casos ha aplicado la "teoría del círculo jurídico", de acuerdo a la cual la solución debe encontrarse en la determinación del hecho si "la infracción de una prohibición de prueba ha afectado en forma esencial el círculo jurídico del recurrente, o si, por el contrario, dicha lesión ha tenido un carácter secundario"⁵; en otras la decisión se ha basado en una consideración de los fines de la política criminal perseguidos por la norma aplicable en el caso concreto, como ha sido por ejemplo el caso de las infracciones al deber de instrucción que el artículo 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana establece para el juez de la causa, quien debe señalar en forma expresa al inculpado o reo su derecho de no prestar declaración sobre hechos propios, pudiendo llegar a prescindirse de declaraciones indagatorias hechas sin dicha instrucción previa. De cualquier modo, hoy puede constatarse una tendencia a aunar criterios en estas materias, con el fin de lograr, en definitiva, una respuesta sistemática de conjunto a todas las interrogantes que ella plantea.

⁵ *BGH* 11, p. 213 (215).

III. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA Y EL PROCESO PENAL CHILENO

El tema en análisis requiere, naturalmente, de un estudio más detenido y profundo. Sin embargo, la introducción hecha hasta ahora puede servir para entender la extensión y características básicas de la problemática que se pretende abarcar. La aplicación de conceptos tales como el de las prohibiciones de prueba en Europa Occidental, requiere responder previamente las preguntas relativas a la posibilidad de ella y, asimismo, a la utilidad o incluso la necesidad de dicha aplicación. En esta materia nos permitiremos recurrir a una voz autorizada, como la del profesor Etcheberry, quien hace ya largos veinte años emitiera un diagnóstico sobre la realidad procesal penal chilena⁶, desde un enfoque similar al aquí planteado. Decía el autor que “dentro de una sociedad democrática el proceso debe cumplir la difícil misión de asegurar el imperio del derecho, defendiendo el interés social, y de proteger los derechos y libertades del individuo”⁷. A su juicio, en extremo crítico, por cierto, “nuestro procedimiento está absolutamente divorciado de los fundamentos constitucionales de la vida ciudadana”⁸, agregando posteriormente que “nuestro actual sistema de procedimiento penal es inadecuado desde el punto de vista de los dos objetivos que debe servir el proceso en una sociedad democrática: no se respetan debidamente los derechos ciudadanos, pero por otra parte tampoco hay eficacia en la represión criminal”⁹. En un análisis posterior el autor se refiere a algunos de los temas que hemos aludido supra I y II, reiterando su opinión crítica recién citada.

Sin perjuicio de que pueda o no compartirse, total o parcialmente, la postura planteada por el profesor Etcheberry, lo concreto

⁶ Etcheberry, *Exposición crítica del sistema procesal penal chileno*, en *Revista de Ciencias Penales*, Tercera época 1 (enero-abril 1965), pp. 78

⁷ Etcheberry (n.6), p. 80.

⁸ Etcheberry (n.6), p. 80.

⁹ Etcheberry (n.6), p. 81.

es que más de veinte años después sigue vigente el mismo sistema procesal penal a que aquél se refiere, sin que se le hayan introducido modificaciones que lo hayan hecho variar en forma sustancial. Nuestro proceso penal recoge aún en la actualidad numerosas características del proceso inquisitorial y en su conjunto representa la vigencia de un sistema que se encuentra prácticamente abandonado en el mundo occidental. A vía ejemplar se puede mencionar que no existe separación de funciones entre el juez del sumario y el del plenario, así como tampoco interviene el ministerio público en la investigación ni en el curso del juicio propiamente tal, la tramitación se efectúa por escrito, la prueba y su valoración son objeto de una acuciosa regulación legal rayana en un detallismo exagerado. Todo ello, por supuesto, sin considerar otras circunstancias no previstas en los Códigos, pero no menos importantes dadas las características del funcionamiento práctico de nuestros tribunales, entre las que cabe destacar el hecho que los jueces se encuentren imposibilitados de intervenir directa o personalmente en cada una de las diligencias de investigación y prueba, dada la sobrecarga de trabajo a que se encuentran sometidos. Esta situación, si bien comprensible en cierto modo, supone un quebrantamiento flagrante del principio de la inmediación, transformándolo en letra muerta, no obstante que, por su trascendencia, éste fue incluso objeto de mención expresa en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal.

Contrasta con ello la notable evolución experimentada en los últimos años por aquello que podríamos denominar como el entorno constitucional del proceso penal, en especial las materias relativas a las garantías individuales. En este sentido la Constitución Política de 1980 ha previsto un amplio catálogo de tales garantías, estableciendo al mismo tiempo un sistema que, al menos en teoría, permitiría una tutela directa y eficaz de los derechos reconocidos en la carta política a todos los individuos. Es, en primer término, el caso del recurso de protección, instrumento específicamente previsto con ese objeto. Mas no sólo el texto constitucional expreso denota una positiva evolución en esta materia, sino también el espíritu de la normativa refleja una disposición distinta en cuanto a la aplicabilidad de los preceptos constitucionales. Así lo confirman las palabras de uno de los miembros de la Comisión Constituyente: "Hay que resaltar esta idea, que representa la aplicación del derecho constitucional a todos los chilenos, el cual obliga a toda autoridad, Poder Legislativo,

Presidente de la República, Tribunales... y nadie puede desligarse de esa obligación, al contrario de lo que se creía en Chile en cuanto a que el derecho constitucional era una disposición no aplicable directamente, que no regía sin leyes”¹⁰. Esta tendencia se manifiesta igualmente en materias directamente atinentes al proceso penal en sí, como es el caso de los N^{os}. 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980. La primera de estas normas garantiza “el respeto y protección a la vida pública y privada”, y si bien no se define la extensión y significado del concepto de vida privada, en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente se señaló expresamente que “debe buscarse una fórmula lo más amplia posible para lograr que la privacidad quede establecida de un modo tal que signifique un respeto absoluto de este concepto”¹¹, dejándose expresa constancia que “la garantía del respeto a la vida privada de la persona cubriría también la posibilidad de captación de imágenes”¹². También a propósito de la garantía reconocida el artículo 19 N^o 5, la inviolabilidad del hogar y de toda otra forma de comunicación privada, se aseguró que este precepto “comprende e incluye todas las formas modernas... de interceptar una conversación”¹³. Ciertamente estas ideas no son nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya el Mensaje del Código de Procedimiento Penal reconoce el carácter vejatorio de medidas tales como el allanamiento de edificios o lugares cerrados, pero cabe plantear la duda con respecto a la consecuencia con la que dichos conceptos han sido acogidos en la práctica de nuestros tribunales, especialmente si consideramos las palabras del profesor Etcheberry, a que antes hiciéramos referencia.

Esta positiva evolución en materia de garantías individuales ha significado que ellas, de ser un mero concepto teórico, incluso cargado de un cierto tinte ideológico, se hayan transformado en una realidad

¹⁰ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 402, p. 3210.

¹¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129, p. 7 .

¹² Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 402, p. 7 .

¹³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 402, p. 23 .

de la vida diaria cuya importancia va siendo reconocida en forma creciente. El proceso penal no puede sustraerse de esta tendencia, ya que, en cuanto instrumento destinado a lograr el restablecimiento de la paz social quebrantada y a esclarecer un hecho que reviste caracteres delictivos, debe mantenerse dentro de los márgenes de la juridicidad. En esta tarea las prohibiciones de prueba pueden cumplir un rol importante, en cuanto criterio delimitador de los conflictos que se producen, por una parte, entre los intereses estatales y sociales por desarrollar una investigación que, valiéndose de los medios a su disposición, conduzca con el mayor éxito posible a la aclaración de hechos que presentan caracteres de delitos y, por la otra, los intereses de los individuos involucrados en el proceso por obtener el respeto de sus derechos y garantías fundamentales.

No debe olvidarse que nuestra Constitución Política, en su artículo 19 N° 3 inciso 5° dispone que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Es en principio el legislador el llamado a establecer “las garantías de un racional y justo procedimiento”, pero como ha sostenido el profesor Cea Egaña “la legalidad formal del proceso... no basta para que él sea calificado de racional y justo, como tampoco añadir la racionalidad procedimental significa que esté cumplida sin más la exigencia de justicia sustantiva”¹⁴. En las discusiones de la Comisión Constituyente se hizo expresa alusión a estos aspectos y se señaló que “la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia”¹⁵ son algunos de los elementos que integran la racionalidad y justicia del proceso, mas “los indicados no son siquiera los requisitos mínimos ni los únicos del proceso legal”¹⁶.

Como vemos, la posibilidad e incluso la necesidad de lograr un mayor desarrollo del concepto de justicia dentro del proceso es una

¹⁴ Cea Egaña, *Marco constitucional del proceso justo*, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile 9 (1982), p. 76

¹⁵ Cea Egaña (n.14), p. 76

¹⁶ Cea Egaña (n.14), p. 77

realidad indesmentible y actual. Las prohibiciones de prueba constituyen, en este sentido, un instrumento que permite obtener avances concretos y valiosos en la realización de esta meta.

IV. ALGUNOS CASOS PRACTICOS DE PROHIBICIONES DE PRUEBA

No es posible referirnos en este lugar a todas y cada una de las disposiciones legales que tienen incidencia en la aplicación de los conceptos aludidos al proceso penal chileno. Por ello, sólo mencionaremos brevemente algunos de los casos más importantes, a vía ejemplar.

IV. 1. La declaración del inculpado

Coincidente con la tendencia seguida por la gran mayoría de las legislaciones surgidas a partir del siglo 19, el Código de Procedimiento Penal dedicó especial atención a la regulación de las declaraciones del inculpado y a la valoración de la confesión judicial como medio de prueba. En su intento por alejarse de las prácticas utilizadas en el proceso inquisitorial, se introducen diversas normas que en definitiva persiguen un avance en términos de un proceso informado por el principio del Estado de Derecho. En este sentido hay una nueva concepción del inculpado, no ya como un mero objeto de la inquisición, sino mucho más como un sujeto dentro del proceso penal.

Se reconoce en el Código de Procedimiento Penal una preocupación por dotar a la diligencia de indagatoria de ciertas condiciones que constituyan una garantía para el inculpado, a fin de legitimar la utilización de sus dichos, entendidos como la expresión libre de su voluntad. En todo caso, coincidimos con Etcheberry en cuanto a que para el Código chileno la indagatoria sigue siendo un medio de prueba, más que un verdadero acto de defensa¹⁷: el artículo 322 prohíbe al juez hacer al inculpado los cargos que resulten en su contra, así como tampoco se le reconoce un derecho a negar la declaración. El

¹⁷ Etcheberry (n.6), p. 82.

propio Mensaje confirma la opinión de Etcheberry al decir que, rodeada de ciertas garantías, la confesión conserva el carácter de *regina probationis*. A ello debe agregarse el hecho que en el proceso chileno no se reconoce al inculpado un derecho a solicitar la asistencia jurídica necesaria antes de prestar la primera declaración, en oposición a la tendencia seguida por la mayoría de las legislaciones modernas.

Ahora bien, dentro del grupo de normas relativas a la declaración del inculpado es posible encontrar algunas que, derechamente, caen dentro del primer grupo de prohibiciones de prueba, siguiendo el criterio de clasificación de Gössel, expuesto *supra* II. Así por ejemplo, el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal prohíbe expresamente que dicha declaración sea hecha bajo juramento, prohibición que actualmente tiene un rango constitucional al estar prevista en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Carta Fundamental. La prohibición se aplica incluso en aquellos casos en que el juramento es prestado en forma voluntaria. La jurisprudencia parece haber extraído las consecuencias correctas de esta norma, ya que se ha reconocido expresamente la nulidad de declaraciones prestadas bajo juramento¹⁸.

Por su parte los artículos 323 y 333 del mismo cuerpo legal contienen prohibiciones expresas de utilizar ciertos métodos de interrogatorio, ya que ellos impiden que la declaración sea una manifestación de la voluntad libre y espontánea del inculpado o reo. Los métodos prohibidos son tanto los violentos como no violentos y se extienden incluso a las ofertas de conceder ventajas al reo. ¿Qué ocurre, sin embargo, si se usa de la coacción para obtener una confesión? Es evidente que en un caso similar nos encontramos ante una especie de apremio ilegítimo, método que se encuentra expresamente prohibido por la norma constitucional del artículo 19 N° 1 inciso 4° de la Constitución Política de 1980. A nuestro juicio, la utilización de estos métodos prohibidos por parte de las autoridades que intervienen en el proceso penal, sean ellos miembros de la policía, del personal subalterno de los tribunales o incluso los mismos

¹⁸ Corte Marcial, 10 de mayo 1956, RDJ t. 53 2a. p. sec. 4a., p. 57.

jueces, es incompatible con la función ético-social que cumple el proceso. Este vicio en los métodos de interrogatorio contagia a la prueba misma así obtenida, debiendo prescindirse de ella, ya que desde una perspectiva ética no es correcto que los órganos judiciales puedan obtener un provecho de la comisión de hechos punibles. Esta conclusión es perfectamente compatible con el tenor del artículo 481 en relación con el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal. Los requisitos previstos en el artículo 481 deben reunirse copulativamente para que la confesión prestada acredite la participación del sujeto en el hecho investigado. A falta del primero de dichos requisitos, esto es, la presencia del juez de la causa al momento de la declaración, el artículo 484 permite que la confesión tenga un valor de presunción. La carencia de los demás requisitos impide atribuirle valor probatorio a la diligencia. En efecto, en el caso del número 3 del artículo 481 ello constituye una consecuencia de las facultades de apreciación que se dan al juez sentenciador, ya que no siendo posible y verosímil el hecho confesado, mal puede otorgársele valor alguno a la confesión. Asimismo, el N° 4 es bastante claro, puesto que, no estando acreditado el cuerpo del delito, la confesión en cuanto a la participación tampoco es prueba válida.

Especial atención nos merece sin embargo el N° 2 de dicha norma: en éste se dispone que la confesión debe haber sido prestada libre y conscientemente, requisito que no tiene relación alguna con las facultades de apreciación que se confieren al juez sino, por el contrario, con la prohibición de extraer coactivamente la confesión judicial, ya que en tales casos el interrogado carece de una voluntad verdaderamente libre y vuelve a ser un mero objeto de la interrogación, como lo era en el proceso inquisitorial. Es cierto que la sanción de nulidad no está contemplada expresamente por la norma legal, pero la prohibición constitucional es perentoria y clara, no siendo a nuestro juicio posible al juez sustraerse de ella. Creemos que en esta materia la solución no puede limitarse a considerar puntos de vista meramente procesales. En este punto vale la pena recordar las palabras citadas supra¹⁹, en cuanto a la aplicabilidad directa de las normas constitu-

¹⁹ vide n.10.

cionales. Los jueces, en cuanto órgano del Estado, son los primeros obligados a obedecer y realizar el mandato constitucional. Representaría una doble moral inaceptable el hecho de acoger como válida una prueba tal, ilícitamente obtenida, con el fin de sancionar a un sujeto por una conducta indebida.

IV. 2. Las declaraciones de testigos

También en materia de prueba testimonial encontramos algunas disposiciones que revisten interés desde nuestro punto de vista. Quizás si la más importante de ellas sea el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal, precepto que reconoce a ciertas personas el derecho a negarse a prestar testimonio, sustrayéndolos del régimen general que impone la obligación de declarar a todo aquel que sea citado a la presencia judicial.

Si bien los N^o 1 y 2 del artículo 201 se refieren a dos grupos diferentes de personas, el fundamento de esta disposición está constituido en ambos casos por la necesidad de sustraer a la persona favorecida de una situación de conflicto en la que se encontraría, si a su respecto rigiera la obligación de declarar como testigo. El N^o 1 de la norma en cuestión alude a los parientes del reo y el N^o 2 a las personas que, por razones legales o de otra índole, están obligadas a guardar el secreto que les ha sido confiado. Esta disposición goza hoy en día, además, de rango constitucional, ya que el artículo 19 N^o 7 letra f) de la Constitución de 1980 señala que no pueden ser obligados a declarar en contra del inculpado sus ascendientes, descendientes, su cónyuge y las demás personas que indique la ley. Este precepto se encuentra inserto dentro del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y constituye uno de los casos en que el Constituyente no sólo formuló la garantía reconocida, sino además extrajo de ella algunas de las consecuencias derivadas de la misma.

Luego, la declaración de las personas mencionadas en el artículo 201 N^o 1 del Código de Procedimiento Penal debe ser prestada voluntariamente. ¿Cómo se concreta este derecho? El Código ha previsto en el art. 202 un deber de instrucción para el juez, quien debe señalar al testigo su derecho a no declarar. Cabe preguntarse entonces por las consecuencias de la omisión de esta instrucción, con la consiguiente declaración del testigo, ignorante del privilegio que le reconoce la ley. Es importante considerar los riesgos que una prueba

como ésta puede representar para el hallazgo de la verdad investigada en el proceso, ya que la posibilidad de que estas personas tergiversen la verdad con el propósito de ayudar al inculpado es considerablemente mayor a la normal. No en vano los artículos 203 y 460 del Código de Procedimiento Penal prohíben tomar juramento y declaran inhábiles a estos testigos, de modo que sus dichos tienen de por sí un valor probatorio disminuido.

A nuestro entender el juez debe cerciorarse si el testigo está en conocimiento de su derecho a no declarar. Y si ocurriere que, no estándolo, declara, debe prescindirse de dicha declaración como medio de prueba. Así se desprende igualmente de la historia del establecimiento de la norma. El autor del Proyecto de Código de Procedimiento Penal señaló lo siguiente en nota puesta al actual art. 202: "El juez no debe desperdiciar testimonio alguno que conduzca a la averiguación de verdad, aunque el testigo... tenga derecho a no declarar, *si accede voluntariamente a hacerlo*"²⁰. Ello coincide con el rango constitucional que en la actualidad tiene el derecho a no declarar de que gozan ciertas personas.

IV. 3. Entrada y registro en lugar cerrado y otras medidas

El legislador ha regulado acuciosamente el curso de las investigaciones y diligencias que deben tener lugar dentro del sumario. En este cúmulo de normas juegan un papel importante para los problemas aquí tratados las regulaciones relativas a las facultades de ordenar la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros, papeles y vestidos, la detención y apertura de correspondencia epistolar y telegráfica. En estas materias el campo de tensiones existentes entre los intereses socio-estatales y los intereses individuales se hace particularmente evidente. Todas aquéllas son actividades de investigación de las que los órganos de la administración de justicia no pueden prescindir. Sin embargo, ellas también representan una intromisión en la esfera personal y en los derechos de aquellas personas a quienes se

²⁰ Ballesteros, *Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile* (Santiago 1891), citado por Lazo, *Los Códigos Chilenos anotados*, Código de Procedimiento Penal, (1916), p. 174.

imponen. La solución a estos conflictos radica en el hallazgo de un justo equilibrio entre ambos grupos de intereses.

Dado el gran número de disposiciones existentes en este tipo de materias, a continuación nos referiremos, a vía ejemplar, a la entrada y registro en lugar cerrado, a fin de presentar algunos de los criterios que puedan resultar determinantes en los tópicos en análisis.

La entrada en un lugar cerrado sin autorización de su dueño u ocupante representa, regularmente, la comisión de un delito. Una conducta similar lesiona la esfera más íntima de las personas, su privacidad. También la entrada y registro ordenada por un tribunal constituye una violación de la esfera privada, si bien, normalmente, ella se encontrará fundamentada y justificada. Es necesario considerar que en ciertos casos la inviolabilidad del hogar debe ceder ante el interés social. Ello, empero, sólo es procedente en los casos y formas admitidos por la ley (art. 19 N° 5 de la Constitución Política de 1980). Visto de este modo el problema, resulta de toda lógica que las autoridades de investigación deban respetar los límites y cumplir las exigencias legales.

Frente a esta situación cabe preguntarse por las consecuencias de la violación de alguna de las normas de procedimiento establecidas en la ley. La jurisprudencia al respecto es en extremo escasa, de modo que no podemos recurrir a ella como fuente de solución. Nos parece, en todo caso, que es posible discriminar sobre la importancia de unas y otras disposiciones en esta materia, esto es, que algunas de las exigencias legales tendrán el carácter de esenciales, mientras el cumplimiento de otras quedará librado, en mayor o menor medida, a la discrecionalidad de los juzgadores. No es posible en este lugar considerar en forma particular cada una de tales normas, dado su gran número. En todo caso, es nuestra opinión que algunos de los requisitos mencionados en la ley, en especial los consagrados en el art. 156 del Código de Procedimiento Penal, son esenciales para lograr el debido respeto de la garantía constitucional del art. 19 N° 5. Estos son los siguientes:

- a) La entrada y registro en lugar cerrado sólo puede ser ordenada dentro de un proceso penal legalmente iniciado;
- b) La orden de entrada y registro sólo puede emanar de un juez y debe ser expresa. En especial, no nos parece que las así llamadas "órdenes amplias de investigar" faculden a los funcionarios policiales

encargados de su cumplimiento a disponer, motu proprio, una diligencia similar;

c) En la orden de entrada y registro debe señalarse expresa y determinadamente el lugar respecto del cual se emite, ya que ello no puede quedar sometido a la discrecionalidad de un funcionario de policía, por tratarse de meros órganos ejecutores;

d) Finalmente, la existencia de, al menos, un indicio que justifique la medida de entrada y registro es también requisito de ésta, de modo tal que el juez debe contar con algún antecedente que le indique, si no la necesidad, al menos la utilidad que aquélla puede tener para la investigación.

Todas estas condiciones se desprenden directa o indirectamente del texto legal, de modo que la reclamación de su debido cumplimiento nos parece de toda lógica y en consonancia con los términos en que se encuentra redactada la norma constitucional del art. 19 N^o 5. De dicho modo, la violación de cualquiera de estas condiciones podrá significar que las pruebas que se obtengan de una entrada y registro ilícitos no puedan, en definitiva, ser utilizados como tales dentro del respectivo proceso penal. Una decisión apropiada de esta clase de situaciones requiere, por cierto, del desarrollo de criterios útiles al efecto. Ello depende, en gran medida, de la labor que desarrollen los tribunales de justicia frente a los casos concretos que se les presenten. Sin perjuicio de ello, nos parece que, p. ej., el grado de la infracción a los preceptos constitucionales y a los requisitos legales, así como la gravedad del hecho delictivo investigado en el caso concreto, son dos factores a ser considerados para la obtención de una solución adecuada.

Ahora bien, es posible que, efectuada la ponderación de los antecedentes en un caso específico, se llegue a determinar que la diligencia respectiva no reunió los requisitos mínimos exigidos y que ciertos y determinados antecedentes probatorios así obtenidos no deben formar parte de la prueba, prescindiéndose en definitiva de ello. Es preciso tener en claro las consecuencias que una decisión similar podría traer consigo en ciertas situaciones, como es por ej. la imposibilidad, desde un punto de vista jurídico, de emitir un fallo condenatorio en contra de una persona determinada, por falta de prueba suficiente en tal sentido. Aún así, estimamos que dicha conclusión solamente representa el resultado de la aplicación consecuente del art. 19 N^o 3 inciso 5^o de la Constitución Política de 1980, ya que toda sentencia de un

órgano jurisdiccional deba basarse en un proceso previo legalmente tramitado. La justicia material --el valor más alto involucrado en el proceso, al decir de Figueroa²¹-- es el objeto principal de esta norma de rango constitucional. Así, es sumamente dudoso que sea admisible recurrir a métodos ilegítimos para obtener la prueba de una actuación delictiva. Por el contrario, si la realización de la justicia material sólo es posible lograrla dejando de lado los fundamentos básicos del proceso, ello bien puede importar, precisamente, la pérdida del sentido de justicia. Así lo ha sostenido también la doctrina en la República Federal de Alemania: "las prohibiciones de prueba tienen por tarea impedir que el imperativo de la justicia material, que deriva del principio del Estado de Derecho, sea transformado en lo opuesto, como acontecería si, con el fin de alcanzar el conocimiento de los hechos objetivamente verdaderos, que son necesarios para la emisión de un juicio justo, se lesionara la dignidad humana o alguna otra garantía derivada del principio del Estado de Derecho"²².

IV. 4. Métodos modernos de investigación

Al comenzar el presente trabajo mencionamos algunos de los métodos de investigación que la ciencia y la técnica han puesto a nuestra disposición y que pueden representar una gran ayuda en la tarea de esclarecimiento y sanción de hechos que revisten caracteres de delito. También se señaló, sin embargo, que estos métodos --nos referimos a la grabación de conversaciones, la interceptación telefónica, las filmaciones ocultas, entre otros-- constituyen o pueden constituir formas de atentado contra el interés del individuo particular por su dignidad e intimidad.

Hasta el día de hoy, con excepción de la ley 18.314, que estableció normas especiales sobre procedimientos en casos de delitos terroristas, no existen en Chile normas expresas sobre estos tópicos. ¿Pueden los órganos estatales --y entre ellos los judiciales-- valerse

²¹ Figueroa, *Medios de prueba no contemplados en nuestra legislación civil*, en Dunlop, *Nuevas orientaciones de la prueba* (Santiago 1981), p. 105

²² Gössel, *Die Beweisverbote im Strafverfahren*, en *Festschrift für Paul Bockelmann* (1979), p. 808

de este tipo de métodos, sin contar con una base legal suficiente al efecto? Creemos que la respuesta debe encontrarse en base a los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de 1980, normas que contienen la consagración del principio del Estado de Derecho. De acuerdo a la segunda de ellas, los órganos estatales sólo pueden actuar previa investidura, dentro de su competencia y en la forma prevista por la ley. Ello se encuentra en consonancia con el principio de la legalidad, en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro país: en materias de Derecho Público sólo es posible hacer aquello que la ley autoriza expresamente. Tratándose de las garantías individuales este principio recibe plena aplicación, de manera que, a primera vista, la respuesta parece clara, en el sentido de rechazar esta clase de métodos dentro del proceso, mientras no exista una base legal para su utilización.

Ahora bien, entendemos que también el principio de legalidad tiene o debería tener señalados ciertos límites, pues de lo contrario se corre el riesgo de una paralización de los órganos del Estado. ¿Existe alguna manera de cerrar, al menos parcialmente, estas lagunas legales? Refiriéndose precisamente a este aspecto dentro de la legislación penal alemana, Gössel efectúa una clasificación de estos métodos de investigación y prueba no regulados en la ley, distinguiendo a aquéllos que, no obstante la carencia de base legal, por no suponer la afectación de una esfera jurídicamente protegida, podrían ser utilizados de un proceso penal²³. “Fotografías y grabaciones sonoras o de otro tipo, de acciones delictuosas en sí, no afectan la esfera jurídicamente protegida de quien las comete: sólo se protege el desarrollo de la personalidad, no así su decaimiento en acciones delictuosas” ha dicho el Tribunal Supremo Federal²⁴.

Sin embargo, este tipo de criterios deben ser tomados con precaución, ya que ellos suponen una extensión de las facultades conferidas a los órganos estatales y, por lo mismo, exigen una definición previa de lo que deba entenderse por la esfera protegida por una garantía

²³ Gössel, *Über die Rechtmässigkeit befangnisloser strafprozessualer rechts-gutsbeeinträchtiger Massnahmen*, en *Jus* 1979, p. 166.

²⁴ *BGH* 19, p. 325 (331).

constitucional, puesto que, de otro modo, es imposible establecer cuándo una acción determinada afecta a esa garantía. Esta, entendemos, es una tarea que recae sobre la jurisprudencia, que está llamada a definir criterios claros que permitan desarrollar una lucha más efectiva contra el delito, pero igualmente una debida protección de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Por último, cabe mencionar en este lugar que no siempre la regulación legal supone el establecimiento de criterios definidos y aceptables. Un buen ejemplo de ello está constituido por el art. 14 de la ley 18.314, disposición que, entre otras atribuciones, faculta a diversas autoridades políticas y militares a ordenar la vigilancia por cualquier medio de aquellas personas que se hallan bajo sospecha de encontrarse preparando o de haber perpetrado una acción terrorista. A nuestro entender la norma en cuestión está en abierta oposición con el art. 19 N° 26 de la Constitución Política de 1980, por cuanto esta asegura que las disposiciones legales que regulen o complementen las garantías constitucionales no podrán afectar la esencia de tales derechos; no obstante, el art. 14 en cuestión no señala límite alguno a las facultades entregadas a diversas autoridades, ni tampoco cumple con la exigencia de determinación establecida en el art. 19 N° 5 de la Constitución Política, en el sentido que las medidas que afecten a la inviolabilidad de la comunicación privada deben estar efectivamente precisadas en la ley. Estas exigencias no han sido satisfechas en el precepto en cuestión, según se desprende de su texto.

Ciertamente el terrorismo representa una seria amenaza para la paz social, ya que desconoce los valores que constituyen la base de la existencia de la sociedad democrática. Por lo mismo, es necesario combatirlo con especial energía. Aun así, el Estado no puede olvidar que sus propias acciones están limitadas por el principio del Estado de Derecho, puesto que constituiría un contrasentido sin solución el defender ciertos y determinados valores sociales con medios que suponen, precisamente, un desconocimiento de estos valores. Dicho de otro modo: el Estado de Derecho se abandonaría a sí mismo, si para combatir a sus oponentes, violara los límites que le impone el principio del Estado de Derecho.

V. Conclusión

El presente trabajo ha tenido por objeto enfocar el proceso penal chileno desde una perspectiva diferente, así como analizar, en especial, las consecuencias que para él podría tener una efectiva y consecuente interpretación y aplicación de las garantías individuales reconocidas por la Constitución Política en vigencia. Las ideas que subyacen a este reconocimiento constitucional ya habían encontrado acogida en el propio Código, según se desprende del Mensaje del mismo, de modo que ellas no son ajenas al proceso penal de nuestro país; no obstante, no siempre han sido llevadas a la práctica con la consecuencia debida.

Creemos, por otra parte, que los conceptos aquí planteados pueden presentar una forma de realizar aquéllas, en especial porque con las prohibiciones de prueba parece ofrecerse un instrumento que admite un tratamiento metódico de la problemática aquí planteada.