

# PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN CUANTO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO\*

*Francisco Victorino Castillo Vera*  
*Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile*  
*Profesor de Derecho Penal Universidad Andrés Bello*

---

SUMARIO EJECUTIVO: I.- *Introducción.* II.- *Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y alcance de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales.* III.- *Concepto de garantías fundamentales y contenido del debido proceso.* IV.- *El derecho de defensa.* V.- *Referencia a casos jurisprudenciales de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa.* 1.- *Alemania.* 2.- *Estados Unidos.* 3.- *Argentina.* VI.- *Conclusiones.*

## *I.- Introducción.*

Sin lugar a dudas, uno de los aportes más interesantes del proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento criminal en Chile, que como bien indica Hernández Basualto, “constituye un verdadero hito histórico y uno de los grandes saltos cualitativos del derecho procesal penal chileno”<sup>1</sup>, es la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal.<sup>2</sup>

Actualmente, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en tener una posición contraria a la admisibilidad o apreciabilidad de la prueba ilícitamente obtenida, y por lo tanto la incorporación en nuestro sistema procesal penal del inc. 3º del art. 276 del Código Procesal Penal (CPP), constituye un verdadero acierto de modernidad legislativa de sus impulsores que si bien, viene a resolver expresamente la discusión acerca de la admisión o no de la misma, como consecuencia de su redacción, deja un importante espacio para el debate sobre su verdadero alcance en un Estado de Derecho.<sup>3</sup> Al

---

\* Publicado en *Microjuris. Boletín N° MJD199. Doctrina. 26-03-2008.*

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, N° 2, año 2004, ps. 7.

<sup>2</sup> Una aproximación al tema desde el antiguo sistema procesal penal en RIEGO, Cristián, *El Proceso Penal Chileno y Los Derechos Humanos, Aspectos Jurídicos*, volumen I, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, año 1994, ps. 66 y ss.

<sup>3</sup> Véase una breve exposición sobre los argumentos a favor y en contra de la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita en ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La Prueba Ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2004, ps. 24 y ss. Vid. tb. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*, Editorial Akal, Madrid, España, año 1989, ps. 86 y ss.

respecto, la norma recién citada, a propósito de la exclusión de pruebas para el juicio oral, dispone lo siguiente: "...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."<sup>4</sup>

Como puede apreciarse, son dos las hipótesis construidas por el legislador para excluir la prueba ilegalmente obtenida. La primera, de carácter *formal*, dice relación con la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas; la segunda, de carácter *material*, apunta a aquellos casos en que la prueba es alcanzada mediante la violación de garantías fundamentales.<sup>5</sup>

El presente trabajo intentará abordar al interior de la segunda hipótesis de exclusión de prueba ilícita - aquella que se obtiene a través de la vulneración de garantías fundamentales -, la conseguida mediante la violación del derecho de defensa del imputado en cuanto éste forma parte de la garantía del debido proceso, haciendo referencia para su análisis a jurisprudencia de derecho comparado, intentando a través de esta, establecer un *denominador común* que sirva de guía para la determinación de los casos en que la prueba ha de considerarse ilícita por la transgresión del derecho de defensa en cuanto garantía fundamental del proceso penal chileno.

## ***II.- Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y alcance de la hipótesis de inobservancia de garantías fundamentales.***

El fundamento que hay detrás del inc. 3º del art. 276 CPP, es la búsqueda por reflejar una concepción del proceso penal como *sistema de naturaleza compleja* en una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho, que junto con buscar la condena del delincuente considerado culpable, al mismo tiempo y en idéntico nivel de importancia, vela por la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión.<sup>6</sup>

En ese sentido podemos decir que, la legitimidad del *ius puniendi* del Estado, sólo se construye sobre la base de un celoso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los intervinientes. La aspiración de eficacia de la persecución penal y la búsqueda irrestricta del establecimiento de la verdad, que siempre deviene en un mayor campo de acción y discrecionalidad del Estado, tiene como principal límite, la afectación de los derechos fundamentales del individuo que emanan de la naturaleza humana protegidos en un Estado donde lo que debe imperar es el Derecho.

---

<sup>4</sup> Véase por todos HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Jorge. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, ps. 164 y ss.

<sup>5</sup> La terminología elegida es utilizada por HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.* p. 44.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2000, p. 4.

Pues bien, dentro de esos derechos elementales, uno que sirve como límite a la facultad de intervención del Estado, es el *principio de formalidad*, que se erige como pilar basal de todo sistema de enjuiciamiento criminal. Conforme a dicho principio, una sentencia condenatoria, sólo se legitimará frente al imputado, los intervinientes y la sociedad, en la medida que, a ella se haya llegado a través de un procedimiento respetuoso de las garantías formales y materiales del inculpado. En palabras de Roxin, “En un procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica.”<sup>7</sup> En la misma línea de argumentación, dice Hernández Basualto: “El derecho procesal penal no es más que un permanente ejercicio de equilibrio entre el legítimo e ineludible interés social en la represión de los delitos y los derechos fundamentales de los ciudadanos.”<sup>8</sup>

Lo anterior, llevado al ámbito de la prueba ilícita, se traduce en señalar que, “el esclarecimiento de los hechos no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal;...no es un principio...que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”<sup>9</sup>, y por ende, desde el punto de vista de la extensión de la regla, ha de ser excluida en principio, aquella prueba que haya sido obtenida ilícitamente, por cuanto es manifestación de la vulneración de garantías trascendentales al interior del proceso para el imputado.

Sin embargo, atendido que todo proceso es manifestación de un constante juego dialéctico, lo anteriormente expuesto, no debe llevarnos a confusión, y hacernos pensar que toda prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida, puesto que, en ese afán por mantener la ponderación de los intereses en conflicto, también debemos considerar el *mínimo de eficacia* que se exige en la persecución penal para que esta tampoco derive en vulneración de garantías por una dilación indebida del juicio.<sup>10</sup>

Así entonces, la redacción del inciso 3º del art. 276 CPP, que en nuestro ordenamiento jurídico aborda el tema, a nuestro entender, a fin de mantener el equilibrio dialéctico propio de un proceso, debe ser interpretado en el siguiente sentido: cuando el legislador ordena al juez de garantía la exclusión de pruebas obtenidas con “*inobservancia*” de garantías fundamentales, está exigiendo algo más que la mera inobservancia o desobediencia de la legalidad ordinaria del acto de obtención de la prueba. En terminología alemana, junto con requerir

---

<sup>7</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 2.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, p. 61. Vid. tb. ZAPATA GARCÍA, *op. cit.*, ps. 18 y ss.

<sup>9</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 191.

<sup>10</sup> GONZALEZ GARCIA, Jesús María. *El Proceso Penal Español y La Prueba Ilícita*. *Rev. derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile, diciembre 2005, volumen 18, N° 2, ps. 187-211. ISSN 0718-0950. Sobre la dilación indebida y sus consecuencias en el derecho penal, vid. PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *Dilaciones Indebidas y Derecho Penal (causas y remedios, crítica a las soluciones jurisprudenciales arbitrales)*, Editorial Akal, Madrid, España, año 1997, *passim*.

que la prueba sea conseguida con infracción de ley, se exige además para ser excluida, la vulneración o afectación de la *esfera de derechos del imputado*, es decir, la real y manifiesta violación de sus garantías fundamentales a través de la prueba alcanzada irregularmente.<sup>11 12</sup>

Un ejemplo claro al respecto, lo narra Hernández Basualto: “Mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley (infracción del art. 205 inc. 3º CPP), difícilmente podrá admitirse el mismo efecto *excluyente* cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero que se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente (infracción del art. 216 CPP).”<sup>13</sup>

De esta forma, requisito indispensable para que se excluya la prueba obtenida, es en primer lugar que ella se haya recopilado a través de una ilegalidad que además, se encuentra revestida de una entidad mayor, la que se manifiesta en el hecho de devenir en consecuencias graves de afectación de las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la actuación o diligencia.

### **III.- Concepto de garantías fundamentales y contenido del debido proceso.**

La norma que trata la exclusión de prueba ilícita hace referencia al concepto de “garantías fundamentales”, el que por tanto resulta importante definir. Según Zapata García, debemos entender que comprende los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales, es decir, al catálogo de derechos reconocidos en el art. 19 de la Constitución Política de la República (CPR).<sup>14</sup> Para Piedrabuena Richard, “*garantías fundamentales*” involucra “todo derecho que la Constitución, los tratados internacionales, la ley procesal penal u otras leyes, reconocen a quien debe sufrir un proceso criminal o a otras personas que se vean afectadas por él.”<sup>15</sup>

No existe mejor expresión, para manifestar la estrecha relación existente entre el derecho procesal penal y el derecho constitucional, y que se muestra en el contenido de las definiciones sugeridas en la doctrina nacional, que la dada por Roxin, para quien el primero se convierte en el “sismógrafo” del último, en

---

<sup>11</sup> Una posición contraria a la expuesta en MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, año 1995, T. I., ps. 703 y ss.

<sup>12</sup> La consideración en este trabajo de la teoría de la esfera de derechos (*Rechtskreisstheorie*), más allá de los reparos que en doctrina se le plantean, surge como forma ilustrativa y de distinción del simple respeto general a la legalidad procesal ordinaria. Lo importante es expresar que siempre ha de exigirse algo de una entidad mayor a la pura constatación de la mera infracción legal para excluir la prueba ilícitamente obtenida. En relación con la Teoría del ámbito de derechos, véase por todos, ROXIN, *op. cit.*, ps. 192 y ss.

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, p. 68.

<sup>14</sup> ZAPATA GARCÍA, *op. cit.*, ps. 36 y ss. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>15</sup> PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, Oficio N° 167 dirigido a Fiscales Regionales que orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita, Santiago de Chile, año 2002.

el sentido de contribuir a descubrir la actualidad de la estructura política precisamente a través de las transformaciones que sufre el proceso penal y que hoy en día, en nuestro derecho, se manifiestan en una Constitución Política de corte liberal que consagra la división de poderes, la independencia de los jueces, y el reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al Estado que permiten reconocer al imputado como un sujeto del proceso, dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes son el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho a la defensa.<sup>16</sup>

Ahora bien, dentro de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política, la *garantía del debido proceso*, definida como “el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas”<sup>17</sup>, constituye uno de los mecanismos más importantes con que cuenta todo ciudadano ante la investigación y un procedimiento criminal, a pesar de lo difusa y vaga que resulta ser su noción, característica que para algunos con quienes coincidimos, la hace adquirir mayor importancia por permitir a través de ella incorporar una serie de garantías procesales específicas que no aparecen explícitamente reconocidas.<sup>18</sup> Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el principio del debido proceso comprende “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”<sup>19</sup>

El derecho a un debido proceso, tiene su reconocimiento a nivel constitucional en el art. 19 N° 3 inc. 5° CPR, el que preceptúa lo siguiente: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Ahora bien, siguiendo a López Masle, entre las garantías que habitualmente se asocian a la noción de *debido proceso*, encontramos: a) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; b) El derecho de defensa; c) El derecho a la presunción de inocencia y d) La inadmisibilidad de la persecución penal múltiple.<sup>20 21</sup> La relevancia de cada una de estas garantías es

---

<sup>16</sup> ROXIN, *op. cit.*, ps. 10 y ss.

<sup>17</sup> BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT. J. M. *cit.* por HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, p. 69.

<sup>18</sup> Una exposición y análisis acerca del contenido de la *garantía del debido proceso* así como de su consagración a nivel de tratados internacionales en HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, ps. 65 y ss.

<sup>19</sup> *Opinión consultiva* OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Ser. A N° 9, párrs. 27-28 *cit.* por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *loc. cit.*

<sup>20</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, ps. 71 y ss.

<sup>21</sup> Sobre el contenido del “debido proceso” y su relación con el derecho penal, en cuanto realización de este último a través del primero, véase JAÉN VALLEJO, Manuel. *Estudios Penales. Principios, Sistema de Consecuencias Penales, Jurisdicción Universal, Nuevas Formas de Criminalidad, Proceso Penal, y otras cuestiones de actualidad penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2006, ps. 438 y ss.

indiscutible, y para cada una de ellas, sería posible, hallar una relación de contrariedad con la prueba ilícita, sin embargo, un trabajo en ese sentido, excedería con creces los límites del presente, razón por la cual, como advirtiéramos, en lo que sigue, nos concentraremos en determinar el contenido de una de esas garantías, el “derecho de defensa”, para posteriormente entroncarlo con casos jurisprudenciales en que la garantía se ha visto transgredida al momento de obtener un elemento probatorio.

#### **IV.- El derecho de defensa.**

El “derecho de defensa” es definido por Gimeno Sendra como “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.”<sup>22</sup> Riego lo define como “el derecho de conocer los cargos que se formulan en contra del imputado, la oportunidad para rebatirlos frente al tribunal, el derecho a presentar pruebas, a confrontar las que se presentan en su contra, y el de contar con la asistencia de un letrado, además de otras manifestaciones.”<sup>23</sup> En el mismo sentido, Vásquez Rossi nos dice que “consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.”<sup>24</sup>

Su contenido en términos generales, comprende según Horvitz Lennon, los siguientes derechos: a) El derecho a ser oído, lo que abarca a su vez el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa. Desde el punto de vista del juez, atendida la existencia de éste derecho, las decisiones judiciales sólo podrán basarse en hechos y elementos probatorios sobre los cuales se les haya ofrecido a las partes la posibilidad de tomar noticia<sup>25</sup>; b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo; c) El derecho a probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable; y

---

<sup>22</sup> GIMENO SENDRA, V., *cit.* por. HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, ps. 76 y 226.

<sup>23</sup> RIEGO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>24</sup> VÁSQUEZ ROSSI, J., *cit.* por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, p. 226

<sup>25</sup> ROXIN, *op. cit.*, ps. 124 y ss.

e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista.<sup>26 27</sup>

Este haz de derechos reunidos en el concepto de “derecho de defensa”, reconocidos a nivel de tratados internacionales, y por tanto, con rango constitucional por aplicación del art. 5 inc. 3º de la CPR, presenta dos aristas, una, a la que denominamos *derecho de defensa material*, y que consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado; y, otra, a la que llamamos *derecho de defensa técnica*, consistente en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. La relación que existe entre una y otra, radica en que la *defensa técnica* es consecuencia necesaria de la efectiva *defensa material*.<sup>28</sup>

En lo que dice relación con el derecho de defensa de nivel material, este comprende: a) derechos de información; b) derechos de intervención en el procedimiento; y, c) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal. Por su parte, el derecho de defensa de nivel técnico, comprende: a) El derecho a la autodefensa técnica; y, b) El derecho del imputado a designar un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público.<sup>29</sup>

#### **V.- Referencia a casos jurisprudenciales de prueba ilícita obtenida con violación del derecho de defensa.**

A continuación, se hará referencia a distintos casos jurisprudenciales de derecho comparado, y se comentará en términos generales, como a través de estos, es posible hallar una afectación a alguna arista del derecho de defensa, material o técnica. Muy lejos estamos de poder en estas escasas líneas, determinar criterios de razonamiento acerca de cuándo se está frente a una prueba obtenida con vulneración del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso, pero si al menos, buscaremos encontrar un denominador común que contribuya a establecer reglas de determinación al interior de esta garantía.

##### *1.- Alemania.*

De acuerdo con la jurisprudencia alemana, el *derecho de defensa de carácter técnico*, se ve vulnerado, en aquellos casos en que la declaración del imputado es

---

<sup>26</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *loc. cit.*

<sup>27</sup> Su reconocimiento a nivel legal se encuentra, entre otros, en los arts. 93, 94, 102, 150 todos del CPP.

<sup>28</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *ibidem.*

<sup>29</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *ibidem.*

lograda, omitiendo la advertencia al individuo sobre su derecho a consultar a un defensor (BGHSt. 38 374). Del mismo modo, se violenta el derecho de defensa del imputado cuando, no obstante haberse hecho las advertencias en el sentido de su derecho a consultar con un defensor, no se le permite que este lo asista de forma efectiva (BGHSt. 38 372). De igual manera, su derecho de defensa de carácter técnico se ve transgredido cuando estando el imputado detenido ante la policía, no se le ayuda suficientemente en la búsqueda de un defensor, ocultándosele la existencia de un servicio de abogados de urgencia (BGHSt. 42 15).<sup>30</sup>

Como puede apreciarse, en todos los casos precedentemente expuestos, lo que se ha tomado en consideración para los efectos de prescindir de la prueba obtenida por ser considerada ilícita, es la imposibilidad que tiene el imputado de ser asistido por un abogado, y que en nuestro sistema procesal penal, se encuentra expresamente establecido en los arts. 8 inc. 1º, 93 b) y 102, todos del CPP, y que a nivel constitucional se consagra en el art. 19 N° 3. En otros términos, la obtención de declaraciones del imputado, sin la presencia del abogado defensor por causas no atribuibles al imputado, constituye una *afectación esencial* del derecho de defensa, se convierte en un serio obstáculo para la planificación de su defensa produciéndose una *desigualdad de armas*, que sin duda dejará disminuido desde el inicio, el derecho que tiene el imputado de efectuar sus descargos de forma ordenada y planificada. No ocurre lo mismo, cuando el no contar con abogado defensor en ciertas diligencias, surge como consecuencia de su decisión de prescindir del mismo en una determinada etapa, por cuanto aquello, sólo se traduce en una *afectación marginal* del derecho de defensa. Tan relevante resulta ser el derecho de defensa, que la ley buscando paliar la situación desventajosa con que entra el imputado al proceso o contienda frente a la máquina del Estado, ha establecido la obligatoriedad de la *defensa técnica*, ya que esta presume que el imputado no tiene capacidad para resistir los embates de la persecución penal por sí sólo, con excepción del caso, muy infrecuente por cierto, en que se autorice la autodefensa.<sup>31</sup> A mayor abundamiento, de acuerdo al art. 103 CPP, existen casos en que se sanciona con nulidad las actuaciones que se realicen en ausencia del defensor cuando la ley exija expresamente su presencia.

Distinto es lo que ocurre, cuando la declaración del imputado, que en principio desea hacerlo en presencia de un defensor, por la imposibilidad de contar con él, debido a la hora, acepta declarar sin esa asistencia (BGHSt. 42, 170).<sup>32</sup> Se entiende en este caso, que el imputado está haciendo uso de su

---

<sup>30</sup> Cit. por HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, ps. 33 y ss; Vid. tb. ROXIN, *op. cit.*, p. 196 y ss,

<sup>31</sup> HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, *op. cit.*, p. 242.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *ibidem*; ROXIN, *ibidem*, quien en relación con el fallo citado, advierte que "...cuando el imputado no insiste en un interrogatorio inmediato, se le debería dar tiempo de buscar un abogado a la mañana siguiente, antes de que continúe el interrogatorio. Si esto no sucede, también está lesionado el derecho a consultar a un defensor, con la consecuencia de que se presenta una prohibición de valoración."



derecho a ser asistido por un defensor de forma negativa, decidiendo libre y espontáneamente no participar con él, al menos en esta diligencia. En otras palabras, no son los órganos de investigación, quienes han decidido obtener una prueba, en este caso, la declaración del imputado, vulnerando el derecho de defensa, en cuanto garantía fundamental del debido proceso, sino que es el propio imputado quien, se desprende, renuncia a esa protección que le entrega el ordenamiento procesal-punitivo al momento de declarar.

En lo que dice relación con las denominadas “trampas de escucha” (*Hörfalle*) un caso emblemático de la jurisprudencia alemana lo constituye uno resuelto por el Gran Senado Penal del Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 42, 139). El caso en cuestión, consiste en que se convence a un compatriota del imputado para que telefonee a este último desde dependencias policiales con la presencia de un intérprete y lo induzca a confesar, naturalmente sin mencionar estas circunstancias; convencido de estar conversando sólo con su interlocutor se obtiene la confesión y el imputado es condenado en virtud del testimonio del intérprete. Al respecto, el Gran Senado declara admisible la prueba obtenida argumentando que los deberes del parágrafo 136 StPO sólo persiguen contrarrestar la posible creencia errónea del imputado de estar obligado a declarar cuando lo interroga un agente policial, pero que no protegen la “libertad de error”.<sup>33</sup>

En relación con este último fallo, no compartimos el razonamiento del Tribunal Supremo, y por el contrario, consideramos que necesariamente una confesión obtenida mediante el engaño, sin lugar a dudas es una prueba ilícita que no puede ser admitida ni apreciada en el proceso. Pensar lo contrario, significaría admitir la autoincriminación alcanzada por un medio engañoso y promovido además por el Estado, sería admitir la mentira como mecanismo de contrapeso de los órganos policiales frente al *derecho a guardar silencio* que todo individuo tiene, y que en el caso citado se ve perjudicado.

Otro caso comentado ya en trabajos nacionales<sup>34</sup>, dice relación con los casos en que, se prohíbe al imputado participar de las actuaciones probatorias anteriores al juicio oral, puesto que de esta forma se afecta su *derecho a ser legalmente oído* en juicio, toda vez que de esa forma pierde toda posibilidad de influir en el resultado de la prueba (BGHSt. 26, 332). En la legislación nacional, el tema se encuentra abordado mediante los arts. 191 y ss del CPP, en los que en general, se ordena que el juez de garantía cite a todos los que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.<sup>35</sup>

## 2.- Estados Unidos.

Otro importante caso en lo que dice relación con la prueba ilícita obtenida con vulneración del derecho de defensa, se ha dado en Estados Unidos.

---

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *ibidem*.

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *ibidem*.

<sup>35</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 198.

Es el conocido caso *Miranda* (*Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 [1965]). Ernesto Miranda en el año 1963, en la ciudad de Phoenix, Arizona fue detenido por robo con violación. Mientras permanecía en detención, el señor Miranda firmó una confesión por escrito respecto del robo y la violación. Posteriormente, los abogados apelaron de la diligencia argumentando que Miranda no conocía que él se encontraba protegido de su propia incriminación. La Corte Suprema de Estados Unidos declaró inadmisibles la prueba obtenida en el caso, la confesión por escrito de Ernesto Miranda, argumentando que previo a ello se le deben leer los siguientes derechos y advertencias: a) Usted tiene derecho a guardar silencio; b) Cualquier cosa que usted diga puede y será usada en su contra en un tribunal; c) Usted tiene el derecho de llamar a un abogado y tenerlo presente durante el interrogatorio; d) Si Usted no cuenta con los recursos para contratar a un abogado, le será asignado uno para representarlo, si usted así lo desea.”<sup>36</sup>

La protección que hay detrás de este importante fallo, viene dada por la Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución Federal. La Quinta Enmienda señala lo siguiente: “...tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial.” La Sexta Enmienda preceptúa lo siguiente: “En todas las causas penales, el acusado... contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa.”

Como puede apreciarse, desde la Declaración de Derechos de 1789, la preocupación en lo que dice relación con el derecho de defensa, es proteger al individuo de apremios y engaños que no le permitan enfrentar debidamente al Estado en la realización que a este le compete del derecho penal a través del proceso. Desde el momento en que el Estado a través de sus órganos obliga a un sujeto a confesar contra si mismo o se le niega una defensa letrada, esta vulnerando, el derecho de todo individuo a realizar en un proceso legalmente tramitado todos los descargos que le correspondan mediante los profesionales correspondientes para probar su inocencia en los hechos de los que se le acusa.

### 3.- Argentina.

En el caso *Daray, Carlos Ángel s/ presentación*, 1994.<sup>37</sup> Como consecuencia de un control policial rutinario efectuado en la ciudad de San Rafael, se le solicitó a don Carlos Antonio Garbin la documentación del vehículo que manejaba. Una vez cumplida dicha diligencia, fue invitado a concurrir al local de la delegación. Mientras, se verificaba que el vehículo no tuviera ningún impedimento legal, el señor Garbin manifestó espontáneamente que sus hijos Claudio y Alejandro poseían vehículos de industria extranjera con patentes colocadas diplomáticas. El señor Garbin, se ofreció a acompañar al personal policial para hablar con ellos. La entrevista tuvo lugar en la bodega de

---

<sup>36</sup> En el mismo sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>37</sup> Mayores antecedentes del caso en ZAPATA GARCÍA, *op. cit.*, ps. 201 y ss.

propiedad de Carlos Garbin, donde sus hijos habrían reconocido haber comprado automóviles importados por diplomáticos, aportando detalles sobre las operaciones y revelando el lugar de su ocultamiento. Posteriormente, el funcionario policial solicitó las órdenes de allanamiento a través de las cuales, se logró el secuestro de dos vehículos.

Pues bien, en la causa, la prueba así obtenida, fue declarada absolutamente ilegal, porque como el mismo Tribunal indicó, “la misma iniciación del procedimiento aparece teñida de violaciones constitucionales que a continuación se señalarán... Esos hijos fueron inmediatamente detenidos y dieron explicaciones acerca del supuesto delito y del lugar en el que se encontraban los objetos del ilícito. Todo este procedimiento que duró al menos varias horas, y en el que todos los afectados se vieron privados del acceso a un defensor...Lo cierto es que para simplificar la investigación acerca de la existencia de los automóviles y de su lugar de depósito, la policía recurrió a una detención contraria a la Constitución.”

Se colige entonces, a partir del razonamiento del Tribunal, que también así como para otros casos de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales distintas a la garantía del debido proceso, en relación con el derecho de defensa la *doctrina de los frutos del árbol envenenado* es aplicable, puesto que en este caso, la obtención de la información que en definitiva permite dar con los objetos del delito fue lograda a través de una detención ilegal y mediante una declaración prestada sin que previamente se le hubieren advertido al imputado de su *derecho a guardar silencio y a ser asistido por un abogado*.

Otro caso de relevancia ocurrido en Argentina, *Montenegro, Luciano Bernardino s/ robo, 1981*, la Suprema Corte de Justicia, basándose en el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Spano vs. New York, 360 US. 315 - 1958*, declaró como prueba ilícita la confesión extrajudicial obtenida mediante apremios físicos respecto de un sujeto que había cometido previamente el delito de robo y respecto del cual las especies fueron halladas en su domicilio por su propia confesión. Como se indicó por tribunal estadounidense, citado por el máximo tribunal argentino, el problema de legitimidad aquí viene dado por “el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley.”<sup>38</sup>

Efectivamente, la obtención de una confesión a través de esos métodos, transgrede el *derecho de todo individuo a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el art. 93 letra h) del CPP. Al mismo tiempo, y como consecuencia de su forzamiento a informar acerca del paradero de las especies, se ve transgredido en derecho de todo imputado a guardar silencio o, en caso

---

<sup>38</sup> ZAPATA GARCÍA, *op. cit.*, ps. 144 y ss.

de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, reconocido en el art. 19 N° 7 letra f) de la CPR y en el art. 93 letra g) del CPP.

## **VI.- Conclusiones.**

De los distintos casos jurisprudenciales expuestos, así como del desarrollo de la doctrina estudiada, es posible avizorar en primer término que, la amplitud con que fue redactada la regla de exclusión de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales, sumado a la generalidad de derechos que comprende la garantía del debido proceso, y en su interior del derecho de defensa, constituye una virtud del sistema procesal penal nacional e internacional, ya que permite incorporar los innumerables casos que se presentarán en nuestros tribunales de justicia sin ser restrictivos en la interpretación de la norma, precisamente porque a través de ella el legislador busca encontrar el equilibrio al sistema dialéctico del proceso. Como dijera Roxin, “Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurado – ya de antemano – dialécticamente y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas, cuestión que con la técnica de redacción utilizada en cuanto a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, permite, al menos desde la perspectiva del imputado, entregar una importante herramienta de compensación a los poderes persecutorios del Estado.”<sup>39</sup>

Ahora bien, en relación con el derecho de defensa, un *denominador común* encontrado a la luz de la jurisprudencia comentada, lo constituye el que en cuanto derecho fundamental de todo individuo compelido a intervenir en un proceso penal por estar siendo investigado de hechos que revisten caracteres de delito, constituye un derecho del imputado el ser asistido en primer lugar y antes que todo por un abogado que contribuya con él y materialice una estrategia de defensa, previamente planificada y discutida, el que en ciertos casos es disponible, en la medida que dicha disposición sea efectuada libre y espontáneamente y siempre que no sea definitiva, a menos que el imputado se defienda a sí mismo.

Frente a la máquina de órganos de persecución e investigación con que cuenta el Estado, y no obstante la misión del fiscal de investigar también los antecedentes que acrediten la inocencia del imputado, es el mismo Estado el llamado a respetar y hacer respetar el derecho de defensa del imputado, y ello a nuestro juicio se plasma, en una regla que efectivamente contribuya al necesario equilibrio dialéctico a través de la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, en la medida en que esta junto con la inobservancia de una determinada norma reflejo del derecho de defensa, afecte de forma esencial y no marginal, el derecho tutelado. Un camino distinto, sólo nos conducirá a una total deslegitimación del *ius puniendi* que como bien sabemos cumple sus fines en sí mismo, mediante un irrestricto respecto al debido proceso.

---

<sup>39</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 4. Lo cursivo es nuestro.