

MEDIOS PROBATORIOS
EN LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DE JUICIO ORAL
PARTE II

Rossy Lama Díaz

Como continuación del artículo publicado en el Boletín N° 6, en esta ocasión abordaré el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, que permite al juez de garantía, dentro de sus atribuciones de control, excluir prueba proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o de aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

En cuanto a la primera parte de la norma legal citada, también llamada **prueba irregular o ilegal**, su exclusión es el resultado de la realización de actuaciones o diligencias declaradas nulas por inobservancia de las normas procesales que las regulan y que necesariamente debemos relacionar con las reglas sobre nulidades establecidas en los artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal.

La nulidad procesal, para que sea objeto de exclusión del algún medio probatorio, debe ser declarada judicialmente, por tribunal competente y cuando se hubiese reclamado de manera oportuna, ya que sólo es posible declararla de oficio cuando ésta es advertida por el tribunal y existe presunción de derecho del perjuicio que el acto ocasiona, según dispone el artículo 160 del Código ya citado; si no existe tal presunción el juez sólo tiene la facultad de ponerla en conocimiento del interviniente perjudicado, para que este ejerza las acciones que estime pertinentes.

Por último, ésta sólo puede recaer en actuaciones o diligencias judiciales, por consiguiente, la nulidad procesal no se refiere a actuaciones del fiscal que no revistan carácter jurisdiccional, sin que, además, la declaración de nulidad pueda retrotraer el procedimiento a etapas anteriores.

En cuanto a la **prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, también llamada prueba ilícita**, su exclusión opera como una sanción para el ente persecutor que ha obtenido ésta contrariando normas legales, constitucionales o internacionales que le asisten al acusado y que pueden ser excluidas por el juez de garantía incluso sin previa petición de los intervinientes, pero siempre previo debate de las partes, por tratarse evidentemente de una pugna entre la eficiente persecución penal y el respecto de las garantías fundamentales.

La solicitud de exclusión por esta causal, debe necesariamente efectuarse por el titular del derecho afectado, derecho que si es renunciado hace insostenible la petición de cualquier otro interviniente, pues su pretensión no puede ir más allá del interés del titular del derecho.

En cuanto a quien es el titular del derecho afectado siempre lo será la defensa del acusado, existiendo discusión en cuanto a si el Ministerio Público puede solicitar la exclusión de la prueba de la defensa por esta causal.

La doctrina mayoritaria estima que no existen razones de interés público que justifiquen esta solicitud, debido a que el fundamento de esta norma es la vulneración de garantías fundamentales que el Estado debe respetar como titular de la persecución penal; sin perjuicio de lo señalado, existen opiniones contrarias que indican que el Ministerio Público es titular de este derecho por el deber, que le asiste, de proteger las garantías fundamentales de todos los ciudadanos y preservar los supuestos de la integridad judicial, en la medida que no se puede exigir a éste órgano fundar sentencias en pruebas obtenidas de manera ilícita, cuestión que en todo caso ha sido resuelta a través de la figura penal de obstrucción a la justicia.

Entrando al fondo de lo que es la exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales, y sin perjuicio de la multiplicidad de temas que esta genera y que darán pie a futuros artículos, existen alegaciones puntuales que han planteado las defensas, respecto de las cuales haré un análisis particular de las que considero de mayor relevancia para las respectivas alegaciones que se efectúen en audiencias de preparación de juicio oral.

La solicitud de exclusión de **prueba testimonial de testigos que no declararon en la fiscalía o que sólo han declarado por delegación del fiscal**, se basa fundamentalmente en que la estima que esta circunstancia le impide conocer el real alcance de la investigación para poder realizar una defensa activa y la imposibilita para preparar un adecuado contra interrogatorio o hacer uso de la facultad que concede el artículo 332 del Código Procesal Penal, con lo cual se estaría infringiéndose, además, los artículos 180, 181 y 227 del mismo cuerpo legal.

Ninguna de las disposiciones antes referidas, exigen el requisito de la interrogación previa por el fiscal a los testigos de la parte acusadora y no puede considerarse el requisito formal de la escrituración en la carpeta investigativa, como una diligencia obligatoria, pertinente y útil para el esclarecimiento y averiguación del hecho punible, ya que solo basta cumplir con el requisito de dejar constancia de las actuaciones, estando la defensa en condiciones de preparar su interrogatorio sobre la base de los puntos de prueba y la información de que da cuenta la carpeta de investigación.

Por otra parte, el artículo 332 ya citado, contempla una serie de eventualidades, que no dicen relación alguna con la mayor o menor experticia para interrogar y llegar a las conclusiones esperadas, y las que en definitiva puede que nunca se concreten en el juicio oral, por lo que no podemos transformar la oralidad en un expediente escrito puesto a disposición del respectivo tribunal.

En cuanto a la **exclusión de prueba derivada de una detención declarada ilegal**, los juzgados de garantía a lo largo del país han atribuido a esta declaración un efecto reflejo para toda la prueba que deriva de tal declaración.

Sin perjuicio de no desconocer que esta declaración de ilegalidad necesariamente lleva aparejada una inobservancia a las garantías fundamentales, su existencia no implica que la detención haya sido realmente ilegal, ya que teniendo la resolución como base la información preliminar y precaria que se manejaba en la audiencia de control de detención, para proceder a la exclusión se debe estar a la real afectación de la garantía fundamental, en el momento procesal en que esta es revisada, lo que nos permite, en la práctica, desvirtuar tal afectación con los antecedentes obtenidos durante la investigación, siendo necesario realizar este análisis de ilicitud y determinar el alcance de la exclusión con estricta observancia de la relación causal entre las pruebas.

El tenor literal del artículo 226 del Código Procesal Penal, nos lleva al tema de las **filmaciones o fotografías efectuadas en la vía pública**, cuya exclusión requiere una afectación real de garantías y para determinar el contenido de la misma, hay que aceptar que la protección a la privacidad, garantizada incluso a nivel constitucional, admite una graduación en la medida que su titular puede ir renunciado a ella, mediante una aumento progresivo en su exposición respecto de terceros, no existiendo ninguna norma nacional o internacional que extienda este derecho a conductas realizadas en la vía pública.

En cuanto a **diligencias probatorias en las cuales el imputado es el objeto material u órgano de la prueba**, cuyo objetivo está orientado a verificar posibles marcas, indicios o huellas que la comisión de un delito puede dejar en el cuerpo del propio hechor, existen aquellas conductas que le son exigibles al imputado, respecto de las cuales puede voluntariamente soportar o ser obligado judicialmente a aceptar, sin que se le pueda exigir una colaboración activa, las cuales si han cumplidos los requisitos exigidos por la ley no pueden ser revestidas de ilicitud y sin perjuicio de aquellas que necesariamente requieren el consentimiento expreso del examinado, como ocurre con las pruebas psiquiátricas o psicológicas, por la propia naturaleza de estas.

Respecto de la **ilicitud de ordenes judiciales de entrada y registro**, existen cuatro puntos que pueden ser objeto de discusión, el primero de ellos dice relación con el **cuestionamiento al fundamento para la concesión de la orden**, respecto del existe norma expresa en el artículo 205 del Código Procesal Penal, en orden a que el análisis de los antecedentes ya fue realizada por el juez de garantía competente, quien debidamente cauteló la intromisión estatal en la vida privada del afectado por la medida, razón por la cual no puede ser objeto de una nueva revisión.

Si por el contrario, lo que se alega es la **existencia de errores en la emisión de la orden de entrada y registro**, situación que se da normalmente respecto de la identificación de lugar cerrado en que se ejecuta ésta, el artículo 208 letra a) del Código Procesal Penal permite señalar el o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados y

cuyo objeto es evitar la discrecionalidad policial, impidiendo el ingreso a lugares respecto de los cuales no existe causa probable ni control judicial, por lo tanto un simple error de numeración no implica incumplir con dicha exigencia, en la medida que el contenido de la orden o los antecedentes fundamentales de la misma, permitan identificarlo de otro modo.

En tercer lugar esta la exclusión por **defectos en la ejecución de la orden de entrada y registro**, por lo que resultad de gran importancia ser extremadamente cautelosos al momento de constatar que la orden contenga efectivamente las hipótesis exigidas por la ley, como por ejemplo la facultad de omitir la notificación de ésta, y por otra parte verificar la persona a quien puede practicársele dicha notificación, en donde entran a jugar las actuaciones de buena fe de los funcionarios policiales que notifica al tercero en la razonable creencia de que se trataba del encargado del inmueble, lo que en todo caso debe verificarse en atención a las circunstancias de hecho del registro, las que deben necesariamente ser justificadas por la policía y el Ministerio Público.

Por último, en este tema surge el llamado **hallazgo casual**, respecto del cual se plantean temas de exclusión relativos a la evidencia incautada en una diligencia cuando se trata de objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado, respecto de los cuales existe la norma expresa del artículo 215 del Código Procesal Penal que exige la obtención de una orden judicial, salvo aquellos casos en que nos encontramos en una hipótesis de flagrancia, respecto de la cual nos debemos remitir a las normas generales aplicables al caso en concreto.

En lo que dice relación con la presentación de **policías como testigos de oídas acerca de la declaración del imputado, previa a la lectura de sus derechos**, la posición del Ministerio Público siempre debe ir orientada a que el derecho a guardar silencio es renunciable en la medida que dicha renuncia sea libre e informada y que puede ser renunciado durante la investigación, ya que la decisión de no declarar en el juicio oral no opera con efecto retroactivo respecto de declaraciones anteriores del imputado y por tanto no hay razones para sostener que los policías no puedan declarar como testigos de lo que vieron y oyeron decir al imputado, situación que en todo caso, también ocurre con la relación oral que en el respectivo juicio puedan hacer los funcionarios respecto de declaraciones de testigos.

Por último, la solicitud de exclusión de **fotografías relativas a los objetos u efectos del delito o de las que dan cuenta de las circunstancias de comisión de los mismos**, acompañadas como otros medios de prueba, no pueden ser excluidas si se refieren a hechos contenidos en la acusación, puesto que no se ajustan a ninguna de las causales que contempla el 276, existiendo como único elemento de importancia el separarlas del informe policial que las contiene, por tratarse de medios probatorios independientes, cuya incorporación se realiza de conformidad a lo dispuesto en el artículo 323 del Código Procesal Penal y siempre acompañado de los dichos del funcionario policial que concurrió al lugar o tomo las respectivas fotografías o de la persona que los presencié, ya que la norma contenida en el artículo 334 sólo tiene por objeto el que no se reemplacen las declaraciones de los

funcionarios policiales por los informes evacuados por estos, porque la naturaleza de la prueba es testimonial y no documental y en este caso en particular no se refiere a ninguna de estas hipótesis sino a una situación diametralmente opuesta, la cual la acreditación de hechos a través de medios probatorios “no convencionales” que se basan en la libertad de prueba.

En síntesis, las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o de aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, revisten el mayor punto de discusión al momento de plantearse su exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral y la mayor relevancia por tratarse de afectación de derechos del acusado u otro interviniente, razón por la cual es necesario velar por que a lo largo de la investigación estas situaciones no se produzcan y de ser inevitables, buscar los medios necesarios para salvar todas aquellas omisiones o infracciones que puedan devenir en la ausencia de prueba que en el juicio oral será determinante para una sentencia condenatoria y el rechazo de un posible recurso de nulidad.