

**Universidad Diego Portales  
Facultad de Derecho  
Magíster de Derecho Penal y Procesal Penal  
Profesor guía: Mauricio Duce Julio**

## **Trabajo final de titulación**

**Una mirada crítica a la diligencia intrusiva de entrada y  
registro a lugar cerrado ordinario**

**Catalina Erbs Ávila  
25 de julio de 2011**

## Índice

<b>I.- INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>II.- SENTIDO Y ALCANCE DE LA ORDEN JUDICIAL PREVIA</b> .....	7
1. Derechos fundamentales protegidos por la orden judicial .....	7
1.1 El respeto y protección a la vida privada .....	7
1.2 La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada .....	9
1.3 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales .....	9
2. Solicitud, resolución y ejecución de la orden judicial previa .....	10
2.1 Excepcionalidad del Art. 236 CPP .....	10
2.2 Doctrina del <i>no-knock search warrant</i> en el modelo norteamericano .....	11
2.3 Primer momento: Solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía .....	13
a) Forma y medio .....	13
b) Art. 205 CPP “que se presume que en ese lugar cerrado o edificio estén los medios de comprobación del hecho que se investiga .....	14
2.4 Segundo momento: Otorgamiento y justificación por el Juez de Garantía .....	16
a) Intervención del juez de Garantía .....	16
b) Justificación a través de antecedentes fidedignos .....	17
c) Principio de Proporcionalidad en sentido amplio .....	19
d) Artículo 208 CPP .....	21
2.5 Tercer momento: Práctica y ejecución de la diligencia intrusiva por la policía .....	22
a) Especificidad .....	23
b) Búsqueda razonable .....	28
c) Hallazgos casuales .....	29
<b>III.- HALLAZGO DE PRUEBA NO RELACIONADA AL DELITO INVESTIGADO Y NECESIDAD DE NUEVA ORDEN JUDICIAL</b> .....	29
1. Legitimidad y legalidad de la incautación de esas especies .....	30
2. Necesidad de nueva orden judicial .....	31
3. Caso especial de la situación de flagrancia .....	34
4. Tratamiento jurisprudencial chileno .....	34
5. Similitudes y diferencias con otras instituciones de derecho comparado .....	39
5.1 Excepción a simple vista o “ <i>plain view doctrine</i> ” .....	39

5.2 Hallazgos casuales en Alemania .....	41
<b>IV. EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO</b> .....	41
1. Exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales.....	42
1.1 Exclusión de prueba ilícita por inobservancia de garantías en la audiencia de preparación del juicio oral (APJO) .....	45
1.2 Recurso de nulidad del Art. 373 CPP letra a) .....	45
2. Nulidades procesales.....	47
<b>V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTA</b> .....	48
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	51

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de una investigación en materia penal, se pueden decretar diversas diligencias por parte del fiscal del Ministerio Público; una de ellas es la medida de entrada y registro a lugar cerrado ordinario, en la cual se podrán incautar las especies o documentos que son parte de la investigación y que dieron origen a dicha orden. El presente trabajo abarca el proceso a través del cual se solicita, autoriza y ejecuta la orden judicial de entrada y registro, pero además se analizan las posibles consecuencias que se derivan de infringir las normas-garantías que regulan esta medida intrusiva.

Del desarrollo de lo anterior, surgen dos líneas problemáticas en torno a la entrada y registro. La primera, relacionada a la necesidad de orden judicial previa para practicarla, y la segunda surge en la realización del registro, momento en el cual se pueden encontrar documentos u objetos no relacionados con el delito investigado, los que podrían generar la sospecha de otro hecho punible, no amparado en la orden de registro que autoriza dicho procedimiento.

Para comprender y abarcar de mejor manera este trabajo, se dividió en cuatro partes el desarrollo del mismo: en el capítulo II.- se trata en extenso el sentido y alcance de la orden judicial previa, luego en el capítulo III.- se desarrollan los hallazgos casuales de prueba y el tratamiento jurisprudencial que le ha dado a esta institución, posteriormente, en el capítulo IV.- se describen las posibles consecuencias de obtener prueba con infracción de garantías fundamentales en virtud del registro, y por último en el capítulo V.- se contienen las conclusiones y una propuesta de interpretación de los preceptos legales en torno a esta diligencia.

En el capítulo II se trata en extenso el alcance de la orden judicial previa. Pero, en términos generales, se puede decir que, ésta se genera en la etapa de investigación y opera como una garantía para el imputado, dado que, la orden judicial previa autoriza la ejecución de la medida intrusiva de entrada y registro que priva, restringe o perturba los derechos fundamentales del imputado. Esto se encuentra regulado a nivel Constitucional en virtud del Art. 83 inciso 3° de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), y a nivel legal en virtud del Art. 9 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Por su parte, los derechos fundamentales con protección constitucional que pueden ser vulnerados son: el respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada y el derecho de propiedad.

Sin embargo, he podido evidenciar que el estándar de justificación en la práctica de esta diligencia, es muy bajo, en especial, porque la mayoría de las veces se procederá a través de la situación excepcional contemplada en el Art.236 CPP, es decir, sin el conocimiento del afectado, por lo tanto, ha perdido el carácter de excepcional y funciona como la regla general. Ahora bien, al hablar de estándares, me refiero a aquellas reglas jurídicas que son construidas a partir de una posible interpretación dentro del ámbito de aplicación de la ley, teniendo presentes los valores del sistema, que en este caso, serán los derechos fundamentales antes señalados, los que deberían ser ponderados con la legítima finalidad del Estado de investigar y sancionar los delitos que se cometan.

La utilización de bajos o nulos estándares en la interpretación de las reglas jurídicas contenidas en el Código Procesal Penal, en relación al proceso de solicitar, expedir y ejecutar una orden, se traduce en la práctica, en una cadena de actos que resultan en la vulneración de los derechos fundamentales que justamente se busca proteger. Por ello, el estudio de la orden judicial previa se divide en tres momentos, el primero es la solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía; el segundo es la resolución y justificación por el Juez de Garantía; y el tercero consiste en la práctica de la diligencia intrusiva por las policías (pudiendo ser Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones).

En cada uno de estos momentos, se podrá advertir algunos puntos controvertidos que serán analizados de manera comparativa desde un modelo que tiene bastante experiencia en esta materia y que posee un sistema acusatorio de similares características a las de nuestro país. Me refiero a al modelo norteamericano, en el cual la jurisprudencia ha tratado y creado criterios interpretativos bien específicos en relación a diversos problemas que fueron surgiendo en la práctica policial. Con este análisis se pretende idear criterios similares en la interpretación de los preceptos legales del sistema procesal penal chileno.

En el capítulo III, se abarcará la situación poco frecuente que se produce en diligenciamiento de la orden de entrada y registro a lugar cerrado, donde la policía encuentre objetos o documentos que no estén relacionados con el o los delitos investigados y que, sin embargo, permitieran sospechar la existencia de otro hecho punible. Esto resulta tremendamente problemático cuando la orden es genérica y no se le especifica a la policía lo que deben buscar, porque, podría traducirse en una ampliación de las facultades policiales sin límites ostensibles, lo que dificulta delimitar la ejecución de la orden. Esos objetos o documentos que se encuentren no están amparados por la orden inicial, y se podrán calificar de hallazgos casuales, según se verá más adelante.

Se analizó diversa jurisprudencia, tanto a nivel nacional, como comparado, específicamente de Estados Unidos, de lo cual se puede evidenciar un tratamiento más específico y crítico, con especial atención a los requisitos para solicitar la orden y la especificidad de la misma. Por su parte, la jurisprudencia nacional que se pudo analizar, y que es más bien escasa, debido a que se produce en la etapa de investigación, muchas veces desformalizada, de la cual solo quedan registros en audio y no resoluciones escritas, por ello, la jurisprudencia que se pudo revisar es más bien exigua y muchas veces inapelable, por lo tanto a nivel de Cortes, el debate se ha dado más en torno a la nulidad.

De las situaciones precedentemente descritas podremos advertir, así como en muchas otras que no son parte del desarrollo de este trabajo, que la necesidad de orden judicial previa, esta íntimamente ligada a los derechos fundamentales que ahí se protegen. Por lo tanto, se podrá evidenciar lo grave y peligroso que resulta que medidas intrusivas queden a merced del criterio policial, y a una mala o nula justificación dogmática y teórica. Todo lo anterior en definitiva, se traduce en un atropello de los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

En virtud de todo lo anterior, en el capítulo IV se desarrollarán las consecuencias y el alto impacto que puede producir la infracción de garantías y derechos fundamentales y por tanto la teoría de la exclusión de prueba en el modelo acusatorio actual, lo que afecta a todas las partes involucradas en el proceso, lo que en términos procesales se podrá traducir en, exclusión de prueba ilícita, nulidades procesales o un eventual recurso de nulidad.

Y en consecuencia, en el capítulo V, se proponen las soluciones a los problemas identificados en este trabajo, que sean aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la interpretación normativa, teniendo como ejemplo en esta materia las regulaciones emanadas de la jurisprudencia de Estados Unidos y de Chile.

Otra punto relevante, será el contexto judicial en el cual se dan estas solicitudes y se autorizan las diligencias intrusivas, porque existe una fuerte disparidad de criterios entre los Jueces de Garantía, se da debido a la falta de razonamientos uniformadores de jurisprudencia.

## **II.- SENTIDO Y ALCANCE DE LA ORDEN JUDICIAL PREVIA**

Este capítulo tiene por objeto evaluar desde una mirada crítica la necesidad de la orden judicial previa, la que se establece a nivel constitucional en el Art. 83 inciso 3° de la CPR<sup>1</sup>, como también a nivel legal en el Art. 9 del CPP<sup>2</sup>. Para lograr lo anterior, analizaré las garantías fundamentales que se encuentran en juego y luego dividiré el estudio en tres momentos en torno a la orden judicial, que consideran básicamente: la solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía, la resolución del Juez de Garantía y la ejecución por parte de la policía.

### **1. Derechos fundamentales que se encuentran protegidos por la orden judicial.**

En el marco de una investigación criminal, se pueden decretar diversas diligencias que conduzcan a determinar quién o quiénes han cometido diversos delitos y, además, cuáles son los medios para cometerlos.

Éstas pueden ser diligencias que se traducen en actuaciones intrusivas o no intrusivas; las primeras son todas aquellas en las cuales se afectan derechos fundamentales garantizados por la Constitución, y las segundas son todas aquellas que no afectan derechos fundamentales. La diligencia de registro e incautación, se del tipo de de actuaciones policiales que afectan derechos fundamentales, y por tanto, se consideran intrusivas, en consecuencia, cada vez que se pretenda investigar a través de algún medio que afecte, perturbe o restrinja derechos fundamentales, se requerirá de una autorización judicial previa, para poder ejecutar la diligencia.

En este sentido, las diligencias intrusivas y reservadas requerirán siempre de autorización judicial previa, esto está regulado por el art. 83 inciso 3° de la CPR y en el Art. 9 inciso 1° del CPP, pero además en la mayor parte de los casos, deberán solicitarse antes de la formalización de la investigación y sin el conocimiento del afectado, amparándose en el Art. 236 inciso 1° del CPP<sup>3</sup>.

La diligencia de entrada, registro e incautación se considera intrusiva, porque afecta los siguientes derechos fundamentales:

#### **1.1 El respeto y protección a la vida privada.**

---

<sup>1</sup> Artículo 83 inciso 3° CPR.- las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”.

<sup>2</sup> Artículo 9° CPP.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.

<sup>3</sup> Artículo 236 CPP.- Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se llevaran a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito”.

Este derecho fundamental se encuentra establecido en el Art. 19 N°4 CPR. La entrada y registro a lugar cerrado ordinario, implica una directa vulneración sobre el espacio más íntimo que los particulares pueden tener, porque en ese lugar, viven, duermen, descansan, es donde pertenecen los recuerdos, es decir, aquel lugar donde solo se puede acceder con la venia de sus ocupantes. En relación a esto, Enrique Evans de la Cuadra ha señalado:

“el concepto de “vida privada” esta directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos, conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”<sup>4</sup>.

Pero este derecho no es absoluto y se podrá limitar cuando existan otros intereses más importantes desde el punto de vista legal. Uno de ellos consiste en la facultad del Ministerio Público de investigar y practicar diligencias en virtud de una denuncia o sospecha plausible de la comisión de un delito. De hecho, esta facultad reside de manera exclusiva en este órgano constitucional autónomo, consagrado en el Art. 83 inciso 1° CPR<sup>5</sup>, lo que correspondería a una limitación real al derecho a la intimidad y vida privada.

Esa limitación al derecho a la intimidad deberá estar justificada, por ello, tendrá que solicitar al juez de garantía, una autorización judicial para proceder a ello. Lo anterior podría homologarse a lo que la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Katz v. United States* (1967)<sup>6</sup> ha denominado “expectativa razonable a la intimidad”<sup>7</sup>, término que se refiere a que los sujetos que se sientan vulnerados en relación a su derecho a la intimidad, podrán dirigirse contra el Estado para reclamar por dicha vulneración. Ahora bien, el tribunal tendrá que ponderar si el interés subjetivo del afectado sobre el derecho a la intimidad, es razonable para la sociedad.

En el caso chileno, para la diligencia de entrada, registro e incautación, se podría decir que la sociedad permite la limitación al derecho a la intimidad, siempre y cuando existan fundamentos adecuados para practicarla. ¿Existe la mencionada justificación? La pregunta deberá ser respondida caso a caso, pero parece válido plantearla, porque, en definitiva, los ciudadanos pueden ceder en las garantías que la propia Constitución entrega, pero requieren de los resguardos necesarios para confiar en que las actuaciones del Estado serán legítimas, en especial, cuando provienen del ente persecutor. Lo que en

---

<sup>4</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p.172

<sup>5</sup> Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

<sup>6</sup> *Katz v. United States* 389 U.S 347 (1967), ver también *Pueblo v. Bonilla*, 149 D.P.R. 318 (1999)

<sup>7</sup> CHIESA APONTE, Ernesto. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y EEUU, Vol 1*, Colombia: Forum, 1995, p 229.



nuestra práctica procesal penal, muchas veces no parece estar bien entendido ni parece cumplirse a cabalidad.

## 1.2 La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Este derecho fundamental se encuentra establecido en el Art. 19 n°5 CPR, el cual considera una concepción amplia del concepto de hogar, el cual está descrito en la dogmática chilena, de la siguiente manera:

“la expresión hogar, en el Derecho Constitucional chileno, equivale a recinto privado y abarcará, por tanto, la vivienda de la familia, permanente u ocasional, las oficinas, los hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso público o de bien nacional de uso público. En todo caso, valga esclarecer que los recintos privados están protegidos, no por ser propiedad particular, sino por servir de vivienda o lugar de trabajo a las personas”<sup>8</sup>.

De lo anterior cabe señalar, que el hogar constituye una expresión del Derecho a la intimidad y vida privada, porque al entenderlo en sentido amplio se inmiscuye en todo aquello que el sujeto y su familia hacen en su morada, domicilio, hogar, oficina, casa de playa, es decir, cualquier lugar en donde los sujetos se sienten protegidos en su intimidad.

Pero al igual que el derecho a la intimidad o vida privada, este Derecho fundamental puede ser limitado, por la misma razón esgrimida anteriormente, es decir, por la necesidad del Estado de investigar un delito. Por tanto, “la práctica por la policía de la diligencia consistente en entrar y registrar un lugar cerrado constituye una actuación del procedimiento que priva, restringe o perturba al imputado o a un tercero del ejercicio de su derecho constitucionalmente asegurado consistente en la inviolabilidad del hogar”<sup>9</sup>, pero como la misma CPR establece, se podrá allanar el hogar en los casos y formas determinados por la ley. Así, podrá procederse a la entrada y registro de un lugar cerrado, según lo dispone el Art. 205 del CPP, y posteriormente a la incautación de objetos o documentos, según lo previsto en el Art. 217 del CPP con motivo de una persecución penal.

## 1.3 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en el Art. 19 N°24 de la CPR y puede ser limitado o vulnerado, toda vez que se procede a la incautación de las especies, objetos o documentos, según lo dispuesto en el Art. 217 del CPP, de propiedad del afectado. Es decir, cada vez que la policía entra al domicilio de un imputado, y retira documentos o especies que estaban en su posesión, para incautarlas como evidencia de un delito, priva al imputado del uso, goce y disposición de las cosas incautadas.

---

<sup>8</sup> EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos*, cit nota n° 4, p. 176-177.

<sup>9</sup> ZAPATA GARCÍA, María Francisca. *La Prueba Ilícita*, Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 66

Esto no significa que el afectado por el registro pierda el dominio de las cosas incautadas, ya que éstas serán retenidas como evidencia, y dependerá del resultado del proceso si estas especies retornan a su dueño.

## **2. Solicitud, resolución y ejecución de la orden judicial previa.**

En esta segunda sección, se considera como punto de partida la excepcionalidad del Art. 236 CPP en cuanto a la modalidad utilizada para practicar el registro e incautación, en comparación con la doctrina del modelo norteamericano. Luego se analizan los tres momentos relevantes en cuanto a la orden de entrada y registro a lugar cerrado, que consisten en la solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía, luego en la resolución que determine el Juez de Garantía y por último la ejecución de la orden por parte de la policía.

### **2.1 Excepcionalidad del Art. 236 CPP.**

La hipótesis en la cual se va a desarrollar este trabajo corresponde a la forma más excepcional de practicar la diligencia de entrada y registro a lugar cerrado ordinario. Ello, porque la regla general que se puede apreciar en nuestra legislación, en el Art. 205 CPP, es proceder con el consentimiento del encargado o propietario, por tanto, la norma general será “tocar la puerta” y con la venia del encargado o propietario, practicar la diligencia. Ahora bien, si el sujeto se niega a que la policía realice esta diligencia, ésta podrá adoptar las medidas tendientes, por una parte a evitar la fuga del imputado, y por otra a evitar la destrucción de las especies buscadas. En este escenario, será necesario solicitar una orden judicial para practicar la entrada y registro, lo que la mayoría de las veces, se hará a través de la fuerza pública.

Resulta relevante destacar, que en relación a esta regla general, existen dos excepciones, la primera, contemplada en el Art. 206 CPP, que establece que la policía esta facultada por mandato legal a proceder sin orden judicial previa y sin conocimiento del afectado, “cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes, indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito”. En tales casos, la policía debe hacerlo por el carácter de urgencia de las circunstancias que rodean el registro. Además de lo anterior, existe una segunda excepción contemplada en el Art. 212 inciso 1° CPP, la cual señala que: “la resolución que autorizare la entrada y registro de un lugar cerrado se notificará al dueño o encargado, invitándolo a presenciar el acto, a menos que el juez de garantía autorizare la omisión de estos trámites sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiese frustrar el éxito de la diligencia”. Esta excepción consiste en que, si bien el mismo Art. 212 establece la regla general de proceder con el conocimiento del afectado, exceptúa de esta modalidad, aquellos casos en que el Juez de Garantía, considere que se puede frustrar la diligencia, y por ello en base a antecedentes autorice practicarla sin el conocimiento del afectado.

Este artículo mencionado en el párrafo precedente, se debe relacionar con el Art. 236 CPP<sup>10</sup>, que señala que las diligencias intrusivas que requieran autorización judicial, podrán ser practicadas sin el conocimiento del afectado “cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito”.

Dado lo anterior, la forma en que normalmente se solicitan y ejecutan estas diligencias, será la siguiente: según lo señalado por el Art. 9 del CPP, que establece la necesidad de autorización judicial en los casos que puedan ser vulnerados derechos fundamentales, se deberá formalizar la investigación como requisito del Art. 230 inciso 2° del CPP, a menos que, existan casos en que expresamente la ley exceptúe de dicha formalización, como es el Art. 236 inciso 1° del CPP que faculta al juez a autorizar judicialmente la diligencia intrusiva solicitada por el fiscal, que afecta derechos fundamentales, pero que por “la naturaleza de la diligencia”, como es la entrada y registro de lugar cerrado, permitiere presumir que el éxito de la misma, se encuentra supeditado al desconocimiento de los encargados o propietarios. En este mismo sentido se ha manifestado el Ministerio Público señalando que si la investigación es exitosa, el Fiscal debe avanzar a una segunda etapa mediante la correspondiente formalización, exceptuando aquellos casos en que la misma ley contemple no hacerlo, como se establece en el Art. 236 CPP.<sup>11</sup>

Además del conocimiento del encargado o propietario, la regla general es que se practique en horario diurno, según lo dispone el Art. 207 CPP, que va desde las 06:00 hrs. hasta las 22:00 hrs. Fuera de este horario, se podrá proceder a practicar la entrada y registro en casos urgentes, pero se deberá especificar en la orden judicial, el motivo de la urgencia y la hora.

Teniendo claro, que la situación en la que se basa este trabajo, es una excepción a la regla general del conocimiento del afectado y que en consecuencia, muchas veces será practicado de manera “urgente” en horario nocturno, se puede comparar esta situación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, con la que se ha establecido en la jurisprudencia norteamericana.

## 2.2. Doctrina del *no-knock search warrants* del modelo norteamericano.

---

<sup>10</sup> Artículo 236.-“Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.”

<sup>11</sup> Instructivo N° 4 Ministerio Público, oficio N° 113, año 2000, p. 4

La jurisprudencia norteamericana ha ido modelando diversas doctrinas, que con la práctica judicial se han ido incorporando como parte del derecho vigente en dicho país. Una de ellas, ha sido denominada doctrina del *no-knock search warrants*, la cual se refiere a aquellas órdenes de registro e incautación que se realizan sin tocar a la puerta, es decir, sin anunciar ni informar al afectado de la diligencia que va a ser objeto de la misma, y proceder por sorpresa. En Estados Unidos, pocos Estados han autorizado a través de la ley que se realice la diligencia de entrada y registro por esta modalidad, justificados por la necesidad de evitar que se destruya evidencia o para prevenir un posible daño a los oficiales que ejecuten la misma.

Una de las preocupaciones en el debate norteamericano es la legitimidad de proceder por esta modalidad, en cuanto a si el juez tiene que autorizar este tipo de procedimientos antes de que se realice, con los antecedentes que se tienen previamente o dejar esto a la decisión de la policía, que se encuentra en el momento y lugar, pudiendo evaluar de mejor manera los males antes señalados. Optando por esta segunda alternativa, se resolvió en el caso *Parsley v. Superior Court* (1973)<sup>12</sup>, lo siguiente:

“mientras que la orden de registro se basa necesariamente en información obtenida de manera previa, la entrada sin anuncio esta justificada sólo en base a exigentes circunstancias existentes al momento en que el oficial se acerca al lugar para practicar el arresto o ejecutar la orden. Los hechos existentes al momento de obtener la orden judicial, pueden no existir al momento de la entrada y registro. Una emergencia, sólo puede ser considerada a la luz de las circunstancias que el oficial conozca al último momento”.<sup>13</sup>

De todos modos, para Wayne LaFave, esto no debe ser tan estricto y propone tres reglas para proceder bajo esta modalidad: la primera es que la regla de anunciarse (la policía) esta contenida en la cuarta enmienda en cuanto a su razonabilidad, pero no en cuanto a la orden judicial; segundo, la validez de la ejecución de una orden sin conocimiento del afectado está sujeta a la revisión judicial posterior, para evaluar la razonabilidad y constitucionalidad al momento de la ejecución de la misma; y tercero, la manera en que se ejecuta una orden de registro e incautación, no es parte de los requisitos de la misma, por tanto, no requiere autorización judicial previa.

Con esto, podemos ver que en Estados Unidos, se amplió la ejecución de órdenes sin “tocar la puerta”, y con ello, una justificación *ex post*, de “razonabilidad de la actuación”. Si se quisiera comparar el modelo norteamericano con el nuestro en esta materia, en el modelo procesal penal chileno, la decisión de practicar el registro con o sin el

---

<sup>12</sup> Sentencia de de la Corte Superior de Riverside County, *Parsley v. Superior Court* 9 Cal. 3d 934 (1973)

<sup>13</sup> La traducción es del autor, “In *Parsley v. Superior Court*... While a search warrant must necessarily rest upon previously obtained information, unannounced entry is excused only on the basis of exigent circumstances existing at the time an officer approaches a site to make an arrest or execute a warrant. Facts existing at the time of obtaining a warrant may no longer exist at the time of entry. Such an emergency, therefore, can be judged only in light of circumstances of which the officer is aware at the latter moment”. En LAFAVE, Wayne. *Search and Seizure: A treatise on the fourth amendment, Vol. 2, sections 3.1-4.13, fourth edition*, West’s Criminal Practice Series, 2004, p 694-695.

conocimiento del afectado se resuelve antes de que se ejecute la diligencia, a través del Art 236 CPP y no queda entregada a la policía en consideración de las circunstancias especiales del caso, porque nuestro modelo otorga el poder en los Jueces de Garantía, quienes tienen que velar por el respeto de las garantías de los afectados por una investigación criminal en su contra de manera *ex ante* y no *ex post*.

De todos modos, cabe señalar, que de acuerdo a lo indicado por el Art. 236 CPP, en cuanto a la solicitud del fiscal para proceder a realizar la diligencia de entrada y registro a lugar cerrado, sin el conocimiento del afectado, el Juez de Garantía deberá decidir a partir de la información que presente el fiscal para justificar que, “la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia”, permitiera presumir que ésta sea la forma indispensable para el éxito de la diligencia. Se puede advertir de lo anterior, que la justificación requerida es vaga y no tiene límites claros. En consecuencia, la aplicación del Art. 236 CPP debiera ser utilizado de manera excepcional y cautelosa, puesto que realizar esta diligencia sin el conocimiento del afectado, es una situación que se aparta de la regla general y que limita, perturba y restringe derechos fundamentales, por lo cual, no puede operar sin una justificación que respalde funcionar de esta manera.

### 2.3. Primer momento: Solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía

El primer momento comprende la solicitud del fiscal que lleva la investigación, en virtud de los antecedentes que disponga de su carpeta investigativa, al Juez de Garantía, de la medida intrusiva de entrada y registro a lugar cerrado ordinario. El Ministerio Público instruirá a la policía para realizar diligencias que logren encaminar una denuncia a hechos más concretos que permitan aclarar este “supuesto delito”. En consecuencia, la policía, que disfruta de amplias facultades de actuación autónoma, por regla general está habilitada para recolectar antecedentes de manera que se puedan ir estableciendo bases más fuertes, que luego servirán de prueba para imputar un delito.

#### a) Forma y Medio.

La naturaleza de la autorización judicial puede ser diversa según la incorporación del inciso tercero del Art. 9 del CPP, por la ley 20.074 del año 2005. Porque, en *casos urgentes*, ésta podrá expedirse de diversas formas, tales como, escrita, verbal, telefónica o por cualquier otro medio idóneo, para favorecer la inmediatez de este tipo de diligencias y posibilitar una mayor eficacia de las mismas. Con independencia de lo anterior, la policía debe registrar expresamente en papel todas estas actuaciones, registro que es obligatorio como una forma de llevar la información de manera ordenada según lo establecido en el Art. 238 CPP. En relación a esto, un fiscal<sup>14</sup> me señaló que en algunas zonas son los jueces de garantía quienes fijan qué es o no catalogado como “urgente”, que pueda justificar que se entregue la orden por otro medio que no sea escrito. Es decir, ha quedado a la casuística este criterio, y son los jueces quienes han ido delimitando y lo seguirán haciendo para perfilar la utilización de este inciso tercero.

---

<sup>14</sup> Fiscal n°1 entrevista del 25.01.2011

Entonces, la diligencia de entrada y registro a lugares cerrados, contemplada en el Art. 205 CPP, regirá para efectos del desarrollo de este trabajo, en la hipótesis del Art. 236 CPP, como se señaló anteriormente. Esto quiere decir, que la diligencia se realizara sin el conocimiento del afectado, y no se solicitará autorización al propietario para proceder a su realización, lo que significa que en la mayoría de los casos se hará conforme al criterio de “urgencia” y se solicitará por cualquier medio idóneo autorizados por el inciso 3° del Art. 9 CPP.

b) El Art. 205 CPP establece “que se presume que en ese lugar cerrado o edificio estén los medios de comprobación del hecho que se investiga”.

Para solicitar dicha orden se requiere, que *se presume que en ese lugar cerrado o edificio esté el imputado o los medios de comprobación del hecho que se investiga*. Luego, uno se podría preguntar, ¿en qué se deberá justificar esa presunción? Porque si bien una presunción no implica un alto grado de certeza, tampoco es una mera suposición. Es por esto que se le deben exigir al ministerio público, los antecedentes de la investigación, dependiendo de cada caso para solicitar esta diligencia al Juez de Garantía. Esta es la forma adecuada para afirmar una “presunción”, porque si bien esta norma está para proteger al afectado de esta diligencia, también lo está para resguardar el éxito de la misma y no perder recursos en acciones infructuosas por falta de presunción.

En este sentido, toda vez que entendamos que la función que cumple la orden judicial previa constituye una garantía estatuida en pos del afectado, veremos la necesidad de interpretar restrictivamente el requisito de “presunción”. Esto se podría traducir en una interpretación similar a la establecida por la cuarta enmienda<sup>15</sup> de la Constitución de Estados Unidos, donde se requiere de “*probable cause*” o causa probable, para que el juez pueda dar una orden judicial en materia de registro e incautación.

La causa probable a la que alude la Constitución de Estados Unidos, en su enmienda cuarta ha sido objeto de debate en dicho país, en especial por la dificultad dogmática y práctica de delimitar dicho concepto. Pero a lo largo de la discusión se ha podido establecer al menos su justificación, la cual radica en que es necesario que las actuaciones policiales sean razonables, y para ello deberán actuar conforme a una causa probable, es decir, “su función es garantizar una probabilidad considerable de que las intrusiones que implican la búsqueda se justifican por el descubrimiento de elementos ofensivos”<sup>16</sup>.

Por ello, Ernesto Chiesa ha señalado que “en el caso de la causa probable para el registro, allanamiento o incautación, se trata de la probabilidad de que determinada cosa sea incautable y que se encuentra en el lugar cuyo registro o allanamiento se autoriza”.<sup>17</sup> La

---

<sup>15</sup> la Cuarta enmienda establece: Bill of Rights 4<sup>th</sup> amendment “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

<sup>16</sup> La traducción es del autor “its function is to guarantee a substantial probability that the invasions involved in the search will be justified by discovery of offending items”. En LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 9.

<sup>17</sup> CHIESA, *Derecho*, cit nota n° 7 p. 237

probabilidad a la cual alude este autor reside en que debe ser más que probable, pero menos que certero, lo que además deberá estar delimitado en cuanto al tiempo, es decir, “a mayor tiempo transcurrido entre las observaciones de los agentes que prestan las declaraciones juradas y la expedición de la orden, menor es la causa probable o la probabilidad en que debe estar fundada la orden, y mayor la probabilidad de una intrusión innecesaria con la intimidación constitucionalmente protegida”<sup>18</sup>. Un ejemplo de la importancia que se le atribuye al tiempo que transcurre entre el conocimiento de el hecho ilícito y la practica de la diligencia, es el Tribunal Supremo de Puerto Rico, quien ha establecido que se declara nula una orden de registro y allanamiento que se haya fundado en una declaración jurada, sin establecer la fecha en que el funcionario advirtió la comisión del delito<sup>19</sup>.

El factor temporal es importante para legitimar el trasfondo de las denuncias, es decir, si se tiene conocimiento de un delito, entonces una vez denunciado no podrá ser mucho el tiempo entre la denuncia y la entrada y registro, porque aumentan considerablemente a través del mismo las posibilidades de que lo que se busca, no esté donde se suponía que debía estar, y ello le quita la fuerza a la causa probable, o a la presunción, si aludimos a nuestro sistema. Por ello, también se limita el tiempo de ejecución de la orden de entrada y registro, porque mientras más distantes sean los hechos delictivos, la denuncia, la orden y la ejecución de la misma, mayores son las posibilidades de que no se encuentre lo que se busca y con ello una “mala causa probable” o una “presunción infundada”, además de la frustración de la diligencia.

En relación a la conexión temporal entre los hechos delictivos y la orden de registro e incautación, el Juez de Garantía Eduardo Gallardo, en una causa por almacenamiento de material pornográfico infantil donde el fiscal solicitaba una orden de entrada, registro e incautación en los domicilios de distintos sujetos, señaló que<sup>20</sup>:

“3° A mayor abundamiento, según se sostuvo en la resolución recurrida, en este caso ni siquiera existe apariencia de buen derecho como para otorgar la entrada y registro, pues ha transcurrido más de un año desde que dichas páginas fueron visitadas desde esos domicilios privados, de manera que no hay forma de vincular a persona alguna con esa actividad”

Como se puede advertir, en este primer momento se deberán considerar varios elementos, primero la forma y medio para solicitar la diligencia intrusiva en relación al Art. 9 CPP, luego se deberá establecer una presunción según lo establecido por el Art. 205 CPP, que como señalé anteriormente, tiene una fuerte similitud con la llamada causa probable del ordenamiento jurídico norteamericano, pero además, como se pudo ver, el factor temporal juega un rol importante toda vez que acerca o aleja la probabilidad de que la diligencia tenga éxito, según la proximidad temporal entre los hechos que motivan la denuncia, la solicitud y la ejecución de la orden.

---

<sup>18</sup> CHIESA, *Derecho*, cit nota n° 7 p. 238

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico en Pueblo v. Bonilla 149 D.P.R 318 (1999)

<sup>20</sup> Ver resolución del 13° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC: 1000249623-8, RIT: 4668 – 2011, del 4 de junio de 2011.

Por último, es relevante señalar que la “presunción” requiere ser interpretada con criterios más exhaustivos que los que se utilizan actualmente, porque la discrecionalidad que pueda atribuirse al Juez de Garantía, debe ser mínima, y en definitiva, debe estar respaldada y acompañada de una justificación en torno a evidencia sustancial que el fiscal a cargo de la investigación deberá entregar al juez, para que éste último tome una decisión de manera informada y pueda respaldar dicha diligencia intrusiva de la mejor forma posible.

#### 2.4 Segundo momento: Otorgamiento y justificación por el Juez de Garantía.

Este segundo momento se produce cuando el Juez de Garantía interviene en el proceso, resolviendo la solicitud del fiscal de la causa, acerca de otorgar o no la medida intrusiva que motiva este trabajo. Esta intervención opera como una forma de poder asegurar que un tercero imparcial pondere los intereses de las partes en conflicto, lo que luego se traducirá en una resolución fundada de su decisión, atendiendo a los argumentos de las partes y los intereses en juego. Esto deberá hacerse conforme a los principios del sistema jurídico penal en general, pero en especial consideración de los antecedentes del caso en particular, lo que daría garantía de que dicha resolución esta fundada en los antecedentes presentados por la fiscalía para respaldar la limitación, perturbación o privación de derechos fundamentales, asociados a la orden de entrada, registro e incautación.

##### a) Intervención del Juez de Garantía.

Como he señalado anteriormente, la figura del juez imparcial e independiente cobra una real importancia para poder delimitar los roles asignados en la toma de decisión sobre una medida intrusiva, como la que se analiza en este trabajo. Siguiendo a Ernesto Chiesa, quien elabora una serie de criterios interpretativos a partir de la cuarta enmienda de la Constitución Norteamericana. “El concepto “warrant” se refiere a orden judicial, lo que constituye, de suyo, una protección muy significativa. Entre el interés del ciudadano y el interés del ejecutivo, se interpone una figura “neutral” del magistrado judicial;”<sup>21</sup> este autor plantea que con la exigencia de la intervención judicial, se cautela a través de un tercero imparcial la contraposición de intereses del ejecutivo, que en este caso estaría representado por el ministerio público y las policías, en contra de los intereses de los particulares afectados por una investigación en su contra. Éste planteamiento está basado en que la Corte Suprema norteamericana ha manifestado una fuerte preferencia por la intervención judicial: “es preferible porque interpone un procedimiento ordenado incluyendo imparcialidad judicial a través de un juez neutral e independiente que puede deliberar informadamente en atención a la causa probable”<sup>22</sup>.

La intervención del Juez de Garantía, antes de que se realice la diligencia, se traduce en definitiva, en una práctica judicial y policial más acorde con los principios del sistema

---

<sup>21</sup> CHIESA, Ernesto. *Derecho*, cit nota n° 7, p 229

<sup>22</sup> La traducción es del autor “ is to be preferred because it interposes an orderly procedure involving judicial impartiality whereby a neutral and detached magistrate can make informed and deliberate determinations on the issue of probable cause”, en LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 15



procesal penal, toda vez que el debate entre el fiscal y el juez, se dará en el contexto anterior a la diligencia y no *ex post*, una vez que haya que discutir acerca de la legalidad de la prueba.

b) Justificación a través de antecedentes fidedignos.

Una vez que el juez decida en base a la información que le presente el fiscal, decretar esta medida intrusiva, deberá respaldar dicha resolución judicial con antecedentes que se encuentren en la carpeta investigativa del fiscal, a esto se refiere el término “fidedignos”, es decir, que tengan un respaldo real en hechos concretos, diligencias practicadas, declaraciones de testigos, de la víctima, etc. De esta manera se podrá determinar la existencia de un hecho punible en conexión con la medida intrusiva solicitada, pero teniendo en consideración los antecedentes con que cuenta el fiscal al momento de solicitarla. Lo relevante de este asunto, es que el Juez de Garantía tenga antecedentes fidedignos para decidir otorgar o no una orden, lo que muchas veces se confunde por los jueces, al pensar que el estándar tendrá que ser más alto al momento de debatir la licitud o ilicitud de la prueba, lo que parece contrario con la directa afectación que se produce al ejecutar una orden con antecedentes de mala calidad

Pero además de fidedignos, deberán ser confiables. Sobre este punto quisiera señalar lo que me relató un fiscal<sup>23</sup> en relación a la fuente de la información que ellos manejan para solicitar estas órdenes. La mayoría de las veces, este tipo de diligencias se solicitan para casos de tráfico de sustancias ilícitas, receptación, robos u otro tipo de delitos similares. Las fuentes para obtener información relevante de las transacciones y del paradero de estas especies, proviene de informantes, “sapos”, vecinos, entre otros. Si no se puede respaldar esa información con nombre y apellido, datos más certeros y concretos, se pueden justificar las denuncias a través de llamados anónimos, los que en ciertas ocasiones podrían ser inexistentes. Cuando señalo “inexistentes”, es porque al parecer esta información puede falsificarse generando llamadas simuladas. En algunos casos los Jueces de Garantía solicitan el registro de la llamada anónima y puede ocurrir que si se quiere el registro de la llamada, es tan fácil como “que un policía vaya a la esquina, llame de un teléfono público a la comisaría y queda la constancia del registro telefónico”.

La situación antes descrita, en caso de ser efectiva, constituye un grave problema de confiabilidad de la información, porque en definitiva, la mayoría de las veces la información provendrá de informantes que pudieran tener incentivos perversos, en el sentido de que son personas que se relacionan en el día a día con los imputados, pueden ser vecinos, tener negocios en común, en fin, una relación cercana que genere intereses comprometidos en que la información que entreguen para beneficiar a terceros o en ciertos casos a ellos mismos no es del todo confiable.

En relación a la confiabilidad de las fuentes, en Estados Unidos existe una institución necesaria para poder solicitar esta diligencia que se llama “declaración jurada” y en ciertas ocasiones se solicita un “examen del declarante”. Ello implica que el que tiene los antecedentes de que se ha cometido un delito, el que la mayoría de las veces es un

---

<sup>23</sup> Fiscal n°1 entrevista del 25.01.2011

policía, debe hacer una declaración bajo juramento que “certifique” que la diligencia de registro es necesaria y que en ese lugar se encontraran las especies buscadas. Esto forma parte de la causa probable, y justifica de buena manera que la información ahí señalada es conducente al éxito de la diligencia, o, al menos, es un grado de certeza mayor, porque entrega un medio de control *ex post* al juez quien podrá responsabilizar, eventualmente, al policía que entregó esa información de manera irresponsable.

La institución del “examen del declarante”, bien podría ser implementada en nuestro país, o al menos ser parte de las preocupaciones de la dogmática chilena, y en especial de los tribunales. Porque de esta manera, se puede certificar la información aportada por la policía y actuar con mayor certeza, o al menos, con información entregada con mayores resguardos de lo que ocurre actualmente. De esta manera, cuáles son las fuentes de la información que se utilizan por parte del Ministerio Público para proceder a solicitar este tipo de diligencias debe ser una preocupación de los jueces al resolver y, por cierto, una mayor preocupación de la confiabilidad y seriedad deberían ser parte de los cuestionamientos que se haga el fiscal al momento de decidir solicitar esta medida.

De todos modos, cabe señalar que en los casos en que un fiscal considere que dicha información es insuficiente o carece de respaldo en antecedentes más concretos y serios, deberá solicitar nuevas medidas investigativas para respaldar su solicitud o abstenerse de solicitarla, cuando el caso así lo amerite.

Esto cobra mayor importancia en el modelo norteamericano, donde la falta de justificación que llegue al estándar de causa probable, impide que el fiscal “rehabilite” dicha orden a través de la información con la cual contaba la policía antes de solicitar la orden, pero que omitieron en sus declaraciones juradas<sup>24</sup>. Esta situación se puede dar en los casos en que se pretenda solicitar una orden judicial con “cierta información” en la declaración jurada (*oath o affirmation*), que luego sea considerada como insuficiente por el juez. Esta situación a partir del caso *Whitney v. Warden* (1971), no podrá ser rehabilitada a través de la incorporación de nuevos antecedentes que eran conocidos por el declarante, pero que omitió al momento de realizar la declaración jurada, esto quiere decir, que no se pueden incorporar antecedentes que eran previamente conocidos por la policía, una vez practicada la declaración jurada, porque de ese modo no tendría sentido esta institución.

Ahora bien, como criterio básico, los antecedentes en los cuales se funde la presunción del fiscal no podrán haber sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, porque de este modo se pierde todo tipo de resguardos en relación a la obtención de antecedentes por la policía<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Whiteley v. Warden*, 401 US 560 (1971) en LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 504

<sup>25</sup> En relación a los antecedentes que fundamentan una orden de entrada y registro, el Juez de Garantía Eduardo Gallardo en la resolución del 13° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC: 1000249623-8, RIT: 4668 – 2011, del 4 de junio de 2011, resolvió que la información obtenida por el fiscal, del origen de algunas direcciones IP, que respaldaban la solitud de entrada y registro a lugar cerrado en un caso de almacenamiento de material pornográfico infantil, había sido obtenida con infracción de garantías fundamentales y por tanto , rechazó la medida intrusiva solicitada por el Ministerio Público.

Algunos Jueces de Garantía han entendido lo anterior como un estándar y así lo han aplicado, por ejemplo la Jueza Francisca Zapata, en la resolución en causa RUC.0300050013-4, del 26 de septiembre de 2003, del Tribunal de Garantía de Coquimbo, en la cual se solicitaba la entrada y registro a tres domicilios, en el marco de la investigación de un robo con intimidación, se resolvió lo siguiente

“8° y para afirmar su efectiva conformidad con la constitución y Tratados Internacionales, además hemos de verificar que la información que se nos presenta como **presupuestos habilitantes**, -es decir que nos habla de la conexión entre el sujeto que va a verse afectado por la medida y el delito investigado- no sea empurria y si sea suficiente”, “15, podemos sostener , sin asomo de duda que esta diligencia cuya autorización se solicita, si bien obedece a un fin constitucionalmente legítimo no justifica válidamente el sacrificio del derecho fundamental de la inviolabilidad del hogar, por cuanto los antecedentes en que se fundan entregan información obtenida con vulneración de garantías fundamentales.”

En la mayoría de los casos, los Jueces de Garantía acceden a esta diligencia, sin fundar su resolución. De hecho, dos fiscales<sup>26</sup> señalaron que es muy fácil que otorguen esta medida intrusiva, porque los jueces suponen que si se solicita, es porque la investigación está avanzada y probablemente estén en dicho lugar las especies o documentos que se quieren encontrar, lo que muchas veces carece de una justificación que en los hechos haga más “probable” que se encuentre lo que se busca, y que se pueda vincular a un ilícito penal, es decir, se da por sentada la presunción que requiere el Art. 205 CPP, y cómo se señaló anteriormente, esto deberá ser menos que certero pero más que probable.

### c) Principio de Proporcionalidad en sentido amplio

Cuando los jueces justifican la decisión de otorgar o no esta diligencia, deberán tener en consideración algunos principios del derecho penal. En este sentido, considero imperioso decidir a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio nace como una vía, que pretende ser idónea, para impedir que los órganos estatales y en especial el poder ejecutivo, se excedan de sus atribuciones o incluso, actuando de manera adecuada, su proceder resulte excesivamente gravoso para los derechos de las personas. Para lograr cumplir este objetivo, este principio general del derecho, se aplica en diversas áreas del mismo, tales como, el derecho administrativo, constitucional y penal, y se asienta en dos presupuestos básicos,<sup>27</sup> el primero es de carácter formal, correspondiente al principio de legalidad y el segundo es de carácter material, correspondiente a la justificación teleológica.

En relación al primero, el principio de legalidad exige que toda limitación a los derechos fundamentales, debe estar previsto expresamente en la ley, lo que no asegura el contenido de la misma, por ello se puede considerar como un requisito de forma y no de contenido.

<sup>26</sup> Fiscal n°1 entrevista del 25.01.11 y Fiscal n°2 entrevista del 18.01.11

<sup>27</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid: editorial Colex, 1990, p.69.

Ahora bien, el segundo que corresponde al presupuesto de justificación teleológica, implica un razonamiento de admisibilidad de intromisiones a los derechos fundamentales, porque el principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de un fin legítimo, y lo que se analiza en este presupuesto, es el fin en si. Este proceso corresponde al razonamiento y justificación que debe hacer el juez de garantía en el caso de decidir la procedencia de diligencias intrusivas.

En materia penal, tanto la jurisprudencia como la doctrina<sup>28</sup> han reconocido que este principio general de la proporcionalidad impone límites materiales al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, esto se justifica, en que el Estado limita, perturba o restringe derechos fundamentales, por tanto, dicha intervención estatal requiere una justificación desde el propio derecho constitucional, pero aplicado al ámbito penal. Esto se ha podido delimitar con gran éxito en virtud del principio en cuestión. La verdad es que parece muy atingente no sólo en cuanto a la imposición de la pena, sino también, en cuanto a la imposición de medidas cautelares personales durante el proceso, y también en la procedencia de medidas intrusivas como la que motiva este trabajo.

En virtud de lo anterior, “el principio de proporcionalidad en sentido amplio sería, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”<sup>29</sup>, esto se puede lograr desmenuzando el principio general en los tres subprincipios antes señalados, de los cuales solo haré alusión a dos de ellos.

#### Subprincipio de Necesidad.

En primer lugar, el subprincipio de necesidad, se remite a que “el fin de protección perseguido no pueda ser conseguido con un menor coste de afectación de derechos, esto es, que no haya alternativas a la intervención penal menos lesivas que ésta”<sup>30</sup>. Esto se puede considerar como una situación conflictiva en la entrada y registro a lugar cerrado, porque, a mi parecer, el juez de garantía tendrá que tener presente este principio antes de tomar una decisión, es decir, se deberá preguntar si acaso es el único medio para obtener resultados en la investigación, o, si acaso, existen otros medios menos lesivos que pudieran dar lugar a resultados similares. En definitiva, se trata de operar bajo el principio de intervención mínima del Estado, como un mínimo necesario para cumplir con los objetivos del *ius puniendi*, y a grandes rasgos también implica un derecho penal de *ultima ratio*.

#### Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto.

---

<sup>28</sup> Ver autores como Alexy, Robert en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p. 111 y ss, Mir Puig, Santiago, *Principio de proporcionalidad*, p.1362 y ss, González-Cuellar, Nicolás en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, p.151-275.

<sup>29</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Principio de Proporcionalidad como Fundamento Constitucional de Límites Materiales del Derecho Penal*. En *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: Semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Valencia: 2009, p. 1361.

<sup>30</sup> MIR PUIG, *El Principio*, cit nota n° 29, p. 1364

En segundo lugar, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a una ponderación caso a caso, “de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención”<sup>31</sup>. En definitiva, se requiere evaluar la gravedad del delito comprometido en la investigación y las consecuencias y nivel de afectación que dicha medida intrusiva provocará en el sujeto investigado, o sea, que la limitación de derechos que supone el registro no sea mayor que los beneficios asociados al resultado de dicha intervención.

Una buena interpretación ha hecho la Jueza de Garantía Francisca Zapata<sup>32</sup>, quien ha señalado en la causa RUC 0200128435-8, del 4 de enero de 2003;

“que no es suficiente con constatar que la petición persiga un fin legítimo para afirmar su conformidad con la Constitución, sino que, además, ha de ser **necesaria y proporcional** a la consecución de ese fin”, “las **sospechas para estimarse fundadas** deben apoyarse en **datos objetivos**, que proporcionen una base real de la que puedan razonablemente sacarse conclusiones, excluyéndose por alejadas de la razón las apreciaciones consistentes en valoraciones acerca de la persona y no acerca de su conducta”, “**el derecho a la inviolabilidad del hogar... no puede amagarse solo para despejar sospechas sin base objetiva** que surja en la mente de los encargados de la persecución penal (...) pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional o quedaría, en definitiva, vacía de contenido”, “los datos que suministra el fiscal no permiten presumir que se encuentran en el domicilio señalado las especies robadas”.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad en los dos sentidos antes señalados, deberá traducirse en una decisión judicial basada en datos objetivos que razonablemente impliquen una presunción a partir de la cual, el Juez de Garantía pueda decidir la autorización al Ministerio Público para practicar la diligencia de entrada y registro. Y esto se debe a que el derecho constitucional de inviolabilidad del hogar no puede ser vulnerado por meras sospechas, el criterio es más alto, y corresponde al fiscal poder justificarlo y al juez valorarlo y decidir a partir de ello.

d) Concordancia con los requisitos del Artículo 208 CPP.

De todos modos, la orden deberá cumplir y contener los requisitos del Art. 208 CPP, el cual exige: el lugar a ser registrado, el fiscal solicitante, la autoridad encargada de practicar el registro, el motivo del mismo, y, en su caso, del ingreso nocturno.

Como se puede apreciar, los requisitos señalados en este artículo, son en su mayoría de carácter formal, así también lo ha señalado Francisca Zapata “no todas las exigencias, requisitos, secuencias previas o coetáneas al acto reúnen por si mismas el carácter de “norma-garantía”, pues muchas de ellas no están dispuestas específicamente para tutelar

---

<sup>31</sup> MIR PUIG, *El Principio*, cit nota n° 29, p. 1364

<sup>32</sup> También ver resolución de Maria Francisca Zapata en el Juzgado de Garantía de Coquimbo, del 23 de enero de 2004.

el derecho fundamental, sino que tiene por objeto otros fines”<sup>33</sup>. De esta manera, podemos advertir lo débil que resulta ser la regulación legal tanto para solicitar, como para resolver acerca de esta diligencia. Pero si se hace una lectura más profunda de este artículo, se podría plantear que existen dos requisitos que pueden ser considerados como sustantivos.

En primer lugar, la letra a) del Art. 208 CPP señala que la orden de registro debe contener “el o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados” y en relación a este requisito, se puede plantear que al menos la especificidad en cuanto al lugar sería requerida por la ley. En consecuencia, toda orden judicial de registro debe contener de manera expresa el lugar o edificio a ser registrado. Y siendo consistente con el trasfondo de este requisito, se puede plantear que también se requerirán la numeración, descripción física, lugares colindantes y otros que logren satisfacer la indicación del lugar a ser registrado.

En segundo lugar, la letra d) del Art. 208 CPP señala que la orden debe contener “el motivo del registro y, en su caso del ingreso nocturno”. En relación a este requisito se puede plantear que, si bien por “motivo” se pueden entender muchas cosas, como por ejemplo que el motivo se refiere al delito investigado, una interpretación más armoniosa sería relacionar motivo con especificidad de la orden, en el sentido de que “motivo” implique no solo el delito investigado, sino que también las especies que se buscan. Porque la policía debe saber qué es lo que busca y estableciéndose el motivo y lo que motiva la orden, es decir, lo que se quiere encontrar en el lugar a ser registrado.

De todos modos, la interpretación que se ha hecho del Art. 208 CPP ha sido meramente formal, y se ha transformado en una justificación circular, porque desde el momento en que existe una investigación por un delito *x*, entonces se encuentra justificado todo lo que se solicite con motivo de su investigación y la orden contiene datos de registro más que información para guiar la actuación policial, atentando contra la razonabilidad y legitimidad de este tipo de diligencias.

En consecuencia, en este segundo momento el Juez de Garantía deberá justificar su resolución basándose en los antecedentes proporcionados por el fiscal, los que deberán fidedignos y tener respaldo efectivo, teniendo en consideración los principios de proporcionalidad en sentido estricto y necesidad. Pero lo anterior deberá constar en la orden que cumpla con los requisitos del Art. 208 CPP, que interpretados como se señaló en los párrafos anteriores, deberá especificar el lugar y especies buscadas.

## 2.5 Tercer momento: Práctica y ejecución de la diligencia intrusiva por la policía

Este tercer momento, consiste en la ejecución que realiza la policía, de la orden de entrada, registro e incautación, bajo la dirección del Ministerio Público, quien entra y registra un lugar cerrado, bajo el presupuesto de que en ese lugar, se encuentre el imputado o los medios de comprobación del delito investigado.

---

<sup>33</sup> ZAPATA, *La Prueba Ilícita*, cit nota n° 9, p.71.

De esto se deriva que la orden debe contener información que guíe a la policía en la ejecución de la misma, y reduzca considerablemente los errores en la práctica, una forma de lograr lo anterior es a través de la especificidad de la orden.

a) Especificidad.

Durante el registro, la policía se remitirá a practicar la diligencia con los límites que la autorización judicial tenga. Por lo anterior, si la orden señala en sentido amplio “que se registre e incaute todo aquello que pueda estar relacionado al delito investigado”, como me señaló un fiscal<sup>34</sup> que sucedía, y que luego me confirmó un prefecto en retiro de la Policía de Investigaciones<sup>35</sup>. La consecuencia más relevante de lo anterior, se traduce en que la policía tendrá una amplia discrecionalidad para ejecutar la orden. Ésta implica un resguardo en cuanto a la extensión del lugar a ser registrado, a las especies o documentos a ser incautados, a que una vez que se encuentre lo que se buscaba se retire la policía del lugar, etc.

Son muchas las consecuencias que se derivan de imponer límites a la ejecución de una diligencia de esta naturaleza. Por ello, la especificidad de la misma, es parte de la legitimidad que se le entrega al Juez de Garantía para que vele por el respeto de las garantías de los sujetos que son objeto de estas medidas intrusivas.

A modo de ejemplo, el ex-funcionario, me relató que el procedimiento, en general, era del siguiente tenor: existe una denuncia ante Carabineros o el Ministerio Público, con lo cual éste último entrega a la policía, pudiendo ser Carabineros o la Policía de Investigaciones, una orden detallando las diligencias que se consideran necesarias para la investigación. Cuando se solicita una orden de registro e incautación, el fiscal a cargo detalla las “diligencias tipo” de la misma, donde se requiere que la policía a cargo del procedimiento busque “cualquier medio de prueba que permita esclarecer el hecho investigado”, es decir, es una orden absolutamente amplia que deja al criterio policial la actuación en sí. Entonces la policía no tendría límites concretos para revisar todo lo que sea necesario con la finalidad de encontrar lo que buscan<sup>36</sup>.

Por lo anterior, en la práctica cotidiana las instrucciones investigativas son absolutamente amplias y no tienen límites concretos que puedan ayudar a la policía a ejecutarlas con ciertos resguardos y límites. Y si vamos más atrás, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, la cadena de actos es del mismo tenor, porque la información con la cual se

---

<sup>34</sup> Fiscal n°2 entrevista del 18.01.11

<sup>35</sup> Prefecto en retiro de la Policía De Investigaciones, Profesor institucional, entrevista del 04.05.11

<sup>36</sup> Un problema de carácter institucional que puedo advertir en este momento, es que no existe una regulación de qué policías hacen qué, entonces es el fiscal quien decide trabajar con una policía o la otra. Por ello, el ex funcionario de la PDI al cual entrevisté, me señaló que esto siempre sería un problema en cuanto a la formación y especialidad que tienen las dos policías de nuestro país, puesto que la PDI es una policía altamente capacitada como policía investigativa, lo que la diferencia de Carabineros que están capacitados como policía preventiva, y que recién están separando departamentos para investigar delitos. Esto puede generar problemas de idoneidad para practicar algunas diligencias, como por ejemplo la que motiva este trabajo.

solicita la diligencia de entrada y registro probablemente se funde en antecedentes amplios y por ende la orden será emitida de manera amplia.

Esto significa que la orden carece de **especificidad**. Este requisito ampliamente aceptado y protegido en el debate norteamericano para las órdenes de registro e incautación, tiene dos alcances distintos, a saber:

En relación al lugar.

Sobre el **lugar** que se autoriza a registrar, habrá que dejar al mínimo la discrecionalidad policial en esta materia. En esta línea, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que se refiere a la especificidad en cuanto al lugar a ser registrado, en relación a diferentes problemas que surgen en el diligenciamiento de la misma. A continuación se tratarán los de mayor frecuencia y aplicables a nuestra práctica policial.

En el caso *Maryland v. Garrison* (1987)<sup>37</sup> que trata sobre la búsqueda en lugares **donde pueda haber más de una vivienda**, la Corte utilizó la regla de *Santore*<sup>38</sup>. Esta regla precedente establece que cuando la orden señala un edificio que parece ser habitado solo por una familia (en apariencia y en la descripción municipal) la policía no tiene como saber que pueden existir más de un ocupante en la vivienda, por lo tanto, la orden y la diligencia serán válidas. En el caso de *Maryland* la orden describía la búsqueda en el piso tercero, sin distinguir departamentos, pero se determinó por los tres votos minoritarios que se debía especificar a cual de ellos se estaba autorizando a entrar, en virtud de una causa probable. “Por consiguiente, si, como parece ser el caso, la orden fue limitada en su descripción del departamento del tercer piso de *McWebb*, la búsqueda de un departamento adicional (...) fue sin orden judicial y se presume irrazonable”<sup>39</sup>. Aun cuando, en este caso se concluye por la mayoría que no hay violación de la Cuarta Enmienda, porque los policías actuaron de buena fe y por error. Pero de todos modos, parece importante el criterio utilizado por la corte, en el sentido de limitar tajantemente el registro al lugar señalado en la misma.

En el caso *Commonwealth v. Douglas*, por apuestas y juegos ilegales, la orden estaba dada en términos de un **futuro acontecimiento**, donde el lugar aún no había sido determinado, pero sería anunciado de manera previa a la ejecución a través de la radio, por un agente encubierto que asistiría con esa finalidad al juego. La Corte estableció que la orden era defectuosa, por no describir adecuadamente el lugar donde se practicaría el registro, razonando que “el lenguaje en una orden de registro elimina el rol del magistrado neutral e imparcial, y lo sustituye por un “cheque en blanco” para ser llenado por un oficial de policía”.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> *Maryland v. Garrison* 480 U.S 79 (1987).

<sup>38</sup> *United States v. Santore* 290 (1959).

<sup>39</sup> *Maryland v. Garrison*. (1987) “Accordingly, if, as appears to be the case, the warrant was limited in its description to the third-floor apartment of *McWebb*, then the search of an additional apartment - respondent's - was warrantless and is presumed unreasonable”

<sup>40</sup> La traducción es del autor. *Commonwealth v. Douglas*, 399 Mass. 141 (1987) “ to be identified by Trooper Sullivan prior to execution of the warrant”, “language in a search warrant eliminates the role of a



Otro problema que se puede producir, es que, **de todas las descripciones señaladas en la orden, la mayoría coincide pero algunas no**, es decir, si se señala el número del edificio de color rojo que esta entre una calle “p” y otra “z”, pero una vez en el lugar en ese número coincide todo menos el color del edificio. Estos casos son comunes, es fácil que existan errores de digitalización, tipeo o incluso en la información detallada, pero ¿cómo deberán proceder los policías a cargo de dicha diligencia? Claramente habrá que distinguir los meros errores técnicos, de otras órdenes donde no se detalle con precisión el lugar, porque no se tiene la información, porque puede ser en más de un lugar y se deja abierta la posibilidad de que así se proceda, etc.

En *Steve v. Blackburn*, se dio la situación de que la orden decía que el lugar a ser registrado correspondía al departamento n°2 con las letras “ECURB” grabadas en la puerta, luego cuando la policía fue al lugar efectivamente estaban las letras en la puerta, pero no así la numeración del departamento. La Corte en este caso decidió que “nadie podría haber cometido un error o haberse confundido con la palabra ECURB, pero cualquiera podría haber cometido un error por una numeración. ECURB era una guía significativamente mejor para evitar un error que una numeración”<sup>41</sup>. Por tanto, lo que está detrás de este razonamiento, es que los errores en la numeración son comunes y que teniendo otras descripciones más específicas como: el nombre del ocupante, condominio, empresa, descripción del vecindario, descripción física del lugar, etc. Muchas veces serán mejor guía que la dirección exacta que puede no estar exhibida en el exterior del lugar. Esto no implica que no sea necesaria, claramente es vital señalar la dirección exacta del lugar a ser registrado, pero en el caso de que una vez en el lugar la policía no pueda encontrar el número afuera del lugar, pueda llegar a determinar el lugar con las otras descripciones específicas en la misma orden, como las señaladas precedentemente.

En definitiva, la especificidad de la orden en relación al lugar tiene grandes implicancias prácticas, lo que se intenta con este límite objetivo es evitar algunos efectos indeseados, como por ejemplo: las búsquedas en domicilios de terceros ajenos, ampliar las búsquedas más allá del lugar del cual se tiene la presunción, afectar sin justificación alguna la privacidad de terceros. En consecuencia se intenta evitar la arbitrariedad y extralimitación de funciones investigativas y policiales.

En relación a las especies, objetos o documentos

La especificidad tiene una segunda área que corresponde a las especies, objetos o documentos que son buscados con la medida intrusiva de entrada y registro y los cuales se pretenden incautar. Esto es requerido, toda vez que no es suficiente la descripción específica del lugar a ser buscado y es necesaria también una especificación de lo que se

---

detached and neutral magistrate and substitutes a “blank check” to be filled by a designated police officer”. En, LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p 569.

<sup>41</sup> La traducción es del autor. *State v. Blackburn*, 266 Or. 28, 511 (1973) “No one could have made a mistake or been confused about a word like ECURB, but anyone could easily have made a mistake about a numeral. ECURB was a significant and more unmistakable guide than a mere number”. En LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 571.

busca, porque, el presupuesto habilitante para proceder con esta medida, es que existan posibilidades reales de encontrar los objetos buscados en un lugar determinado.

En relación a las especies o documentos Chiesa ha señalado que “lo decisivo es, en fin, la descripción de la persona o cosa con tal grado de particularidad que apenas se deje margen para lo que se quiere evitar: que se registre lo no autorizado.”<sup>42</sup> Esto quiere decir que además de existir una descripción de las cosas que se buscan ésta debe ser detallada de manera que facilite la labor policial, y esto venga predispuesto por el juez con anterioridad y no al momento de practicar el registro, por parte de la policía.

En relación a esto, el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos que más se utiliza como caso precedente en este tema, es el de *Marron v. United States* (1927), en el cual se establecieron dos reglas en materia de especificidad de las especies u objetos a ser buscados e incautados, a saber “prevenir búsquedas generales; y prevenir la incautación de objetos asumiendo erradamente que están amparados por la autorización del magistrado”<sup>43</sup>.

En este mismo sentido, en el caso *Lo-Ji Sales Inc v. New York* (1979)<sup>44</sup>, que corresponde a un caso muy particular, donde se estableció la causa probable por la *Town Justice*, que corresponde a una Corte del Estado de Nueva York que tiene jurisdicción en materia criminal. En este caso, se procedió a un registro e incautación de dos películas consideradas obscenas para las reglas de material obsceno de ese Estado, lo que se encontraría en una librería. El problema era que el *affidavit* (declaración jurada ante notario) del investigador decía que en ese lugar se podían encontrar otro tipo de revistas, libros y películas que podrían contravenir igualmente las reglas de obscenidad de Nueva York. Por ello, la orden se ejecutó con 11 personas, quienes fueron a “buscar y registrar” otros materiales que no estaban contenidos en la orden, mostrando imágenes por 2 a 3 minutos de las películas y también imágenes de los libros y revistas a los miembros de la Corte<sup>45</sup>, quienes decidían si había causa probable para incautar dichas especies, lo que luego se tradujo en un detalle individual de cada objeto considerado obsceno que fueron transcritos en la orden judicial primitiva, para justificar la causa probable de todos esos cientos de objetos que no estaban contenidos en la orden inicialmente. Por ello, la Corte Suprema Federal anuló el juicio y señaló que;

“a excepción de las copias de las dos películas anteriormente compradas, la orden no contiene una descripción particular de las cosas que se debían buscar (...) La orden se deja enteramente a la discreción de los funcionarios encargados

---

<sup>42</sup> CHIESA, *Derecho*, cit nota n° 7, p. 234

<sup>43</sup> La traducción es mía. *Marron v. United States* (1927) “preventing general searches; and preventing the seizure of objects upon the mistaken assumption that they fall within the magistrate’s authorization”. En LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p.605

<sup>44</sup> DRESSLER, Joshua, THOMAS III, George. *Criminal procedure: principles, policies and perspectives*, American Casebook Series, Westgroup, 1999, p. 190-193.

<sup>45</sup> Cabe mencionar que este caso tiene otro problema adicional, que se genera cuando la Corte se involucra a este nivel en una actuación policial, dejando de lado su calidad de juez independiente e imparcial y siendo parte en el proceso.

de la búsqueda para decidir qué artículos se consideran obscenos y para llevar a cabo su incautación. La cuarta enmienda no permite tal acción”<sup>46</sup>.

Por relación a lo señalado precedentemente, se puede advertir a esta altura, que la necesidad de especificidad de la orden se traduce en los límites que tendrá la policía al momento de ejecutar la orden, por tanto, si la orden es ambigua y genérica, el registro también lo será. La idea que subyace a la necesidad de orden judicial previa, es que quede la decisión en poder de un tercero imparcial que se supone, podrá delimitar el registro, y consecuentemente dejar al mínimo la discrecionalidad policial. En virtud de lo anterior, la especificidad requiere ser entendida teniendo claro cuál es el sentido de la orden judicial. Lo que ya se expuso al principio de este capítulo, donde el rol del Juez de Garantía es vital en cuanto aporta la imparcialidad y neutralidad en el conflicto, dando una respuesta en consideración de los intereses de ambas partes, y resguardando los derechos del sujeto investigado.

Entonces, la falta de especificidad le quita al juez el conflicto y le entrega dichas facultades al policía a cargo del procedimiento. Esto es justamente, lo que se pretende evitar, es decir, una restricción mayor a los derechos fundamentales, de lo que era estrictamente necesario para ejecutar la diligencia, y en definitiva, obtener los resultados esperados.

En todo caso, se debe considerar que la especificidad a la que se refiere la Corte Suprema Federal en el caso Marron, no es absoluta. No se trata de que los policías a cargo de las diligencias no puedan distinguir y razonar en cuanto a la información que les entregan y lo que se encuentra en el lugar buscado, eso no tendría sentido, efectivamente, se deberá dejar una parte a la interpretación del oficial policial para que pueda ejecutar su trabajo de la mejor manera posible, pero ésta deberá ser razonable.

#### b) Búsqueda razonable.

La búsqueda por parte de la policía implica un ejercicio personal de los funcionarios a cargo de la diligencia, esto es claro, pero la ejecución deberá ser consistente con los objetos o documentos buscados. En este sentido, si se buscan CDs por infracción a la propiedad industrial, el tamaño de los objetos buscados, corresponderá prácticamente a toda la casa, pero no a estuches donde “razonablemente” no pueda caber un CD. Luego, si se buscan televisores LSD, no estará justificada la búsqueda en los cajones de un escritorio. En definitiva, esto implica una **búsqueda razonable**, que no se exceda de lo que esta siendo buscado ya que “asumiendo que un orden describe el lugar a ser registrado con adecuada precisión, la autoridad para ejercer la búsqueda incluye toda el área en cuestión, incluyendo lo que se encuentra dentro de contenedores (embases, recipientes, etc), siempre y cuando sean los suficientemente grandes para contener el

---

<sup>46</sup> La traducción es del autor, “*Except for the specification of copies of the two films previously purchase, the warrant did not purport to particularly describe the things to be seized... the warrant left it entirely to the discretion of the officials conducting the search to decide what items were likely obscene and to accomplish their seizure. The fourth amendment countenance does not permit such action.*” En DRESSLER, *Criminal procedure*, cit nota n° 44, p. 193.

objeto de la búsqueda”<sup>47</sup>. Además, una vez encontrados los objetos de la orden, la búsqueda deberá cesar.<sup>48</sup>

Un ejemplo de búsqueda irrazonable se puede ver en el fallo de casación en el fondo de la Corte Suprema del 26 de octubre de 2010, Rol N° 4740-2009, donde se solicitaba una indemnización de perjuicios, por la responsabilidad del Estado y específicamente del Ministerio Público, en virtud de una incautación ilegal, lo que finalmente fue rechazada por la Corte. Los hechos del caso son los siguientes: se procedió a realizar la diligencia de entrada y registro a lugar cerrado ordinario, en virtud de una orden judicial en el contexto de una investigación criminal por el robo de vehículos motorizados en bienes nacionales de uso público. Una vez en el inmueble, no se encontraron los vehículos buscados, pero la búsqueda no terminó ahí, entraron a una ramplas donde había frigoríficos y paqueterías, registraron esos lugares encontrando una gran cantidad de cigarrillos. Además, en medio del operativo llegó personal del OS-7 con perros entrenados en búsqueda de droga, los que interrogaron al cuidador de la bodega, pero no había droga en el lugar. Luego, incautaron los cigarrillos y se fueron sin entregar al encargado una copia de las especies incautadas.

Como se puede apreciar, este es un típico caso contrario a lo que denominó “razonable”, primero, porque la policía no encontrando los vehículos que buscaban siguieron efectuando un registro, apartándose de la orden judicial que los autorizaba. En segundo lugar, porque no estando amparados por la orden, buscaron en lugares donde no pueden haber vehículos, o sea, abrieron frigoríficos y paqueterías donde razonablemente no puede haber un automóvil. En tercer lugar, la orden señalaba que estaban buscando vehículos robados y no se menciona nada relacionado con droga, por lo tanto, la presencia del OS-7, como unidad especial de delitos de la ley de drogas no estaba justificada por el juez, por lo tanto, se puede inferir que el personal policial tenía sospechas de que habían drogas en el lugar, pero que dicha información no fue señalada al Juez de Garantía, porque en definitiva, no existía una causa por delitos de la ley de drogas. En cuarto lugar, se incautan especies muebles que no constituyen un delito en sí, y que solo pueden constituir una sospecha de un hecho punible, como lo sería una eventual infracción a la ley de aduanas, por lo tanto, procedía incautar esas especies en cumplimiento de una nueva orden judicial como lo señala el Art. 215 CPP, y por último, si se incautan las especies de debe entregar una copia del detalle al afectado, lo que tampoco se hace.

### c) Posibles consecuencias: Hallazgos casuales

Todos los elementos que he abordado en relación a la especificidad de la orden, están íntimamente ligados a lo que será el resultado del registro. Porque como he señalado anteriormente, si se deja abierto a la discrecionalidad policial el contenido de la orden,

---

<sup>47</sup> La traducción es del autor “However, assuming that a warrant describes the place to be searched with adequate precision, the authority to search that place includes the entire area in question, including containers found within it, as long as they are large enough to contain the object of the search”. En DRESSLER, cit nota n° 44, p. 175-176.

<sup>48</sup> Fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Horton v. California* 496 U.S 128 (1990)

entonces será ésta y no un juez, quien establezca los límites de la ejecución o diligenciamiento de la misma. Los efectos que se pueden derivar de esto, pueden ser muchos, por una parte, la inseguridad en la cual se encuentran los sujetos objeto de la diligencia, en el sentido de que nunca se sabrá qué es lo que se busca en el registro. Por otro lado, las investigaciones no tendrían límites en cuanto a los delitos investigados, y en este punto se podría dar la situación en la cual se encuentren objetos o documentos que se alejan de la investigación o que se acercan a otra investigación, de la cual no se tenían antecedentes para solicitar la orden. En definitiva, se puede causar más daño del necesario para obtener lo buscado, como destrucción de la propiedad, exponer a las personas a una vulneración de su intimidad al ver cosas privadas que están permitidas por la ley, pero que afecten la intimidad de las personas, entre otras. Al final, transformar el registro en un acto arbitrario de la autoridad, como se mostró que pasaba en el fallo por indemnización de perjuicios de la Corte Suprema recién visto.

Al final la cuestión es circular, es decir, teniendo una investigación en curso, son esos los antecedentes que presenta la fiscalía al juez para que le permita realizar la diligencia, una vez en el lugar y con una orden amplia sin especificar lo que se busca, se podría entender que solo aquellos objetos o documentos que sirvieran para esclarecer el delito que motivó la orden sirvieron de base para la autorización y que por tanto, todo lo demás que se encuentre será parte de una nueva investigación con una nueva orden judicial según lo señalado en el Art. 215 CPP. Con esto me refiero a los hallazgos casuales de prueba, que han sido regulados por el legislador, en el artículo antes mencionado.

Sobre este punto problemático me referiré en el próximo capítulo, y trataré dar una respuesta acorde con la línea jurisprudencial que advierte, en una cantidad no menor de casos, una situación de flagrancia en el contexto de un registro a lugar cerrado.

### **III.- HALLAZGO DE PRUEBA NO RELACIONADA AL DELITO INVESTIGADO Y NECESIDAD DE NUEVA ORDEN JUDICIAL**

El capítulo segundo abarca la institución de los hallazgos casuales de prueba que surgen en el contexto de una entrada y registro con orden judicial previa y en desconocimiento del afectado. Esta institución aun no se ha desarrollado a nivel doctrinario ni se encuentra muy internalizada por los tribunales, por lo mismo, el objeto de este capítulo es mostrar cuáles han sido las posturas más relevantes y el tratamiento que se les ha dado especialmente por los tribunales.

En nuestra legislación, los hallazgos casuales son una institución del derecho procesal penal, que se encuentran regulados en el Art. 215 CPP<sup>49</sup> en materia de registro e

---

<sup>49</sup> “Artículo 215.- Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.”

incautación. Pero además se encuentran regulados en el Art. 223 inciso final CPP, en materia de intervenciones telefónicas, que no será parte de este trabajo.

Se considera que existe un hallazgo casual, cuando en la ejecución de una orden de registro e incautación, se encuentran objetos o documentos, que pueden eventualmente, servir de prueba en un procedimiento criminal, porque permiten sospechar de un hecho punible distinto de aquel que está siendo investigado y que dio origen a la diligencia investigativa. Por ejemplo, si la policía tiene una orden de registro e incautación, porque se está investigando el delito de tráfico de drogas, específicamente de cocaína, y una vez en el domicilio del imputado, ejecutando el diligenciamiento acorde a lo que se denominó anteriormente como “búsqueda razonable”, encuentran debajo de la cama del dormitorio del imputado, una caja con revistas de pornografía infantil y unos 100 CDs con carátulas de imágenes pornográficas infantiles. ¿Qué hace la policía con esto? Porque fueron en búsqueda de droga, pero encontraron pornografía infantil. Ese hallazgo podría ser considerado casual, porque estando habilitados para buscar en ese lugar, encontraron evidencia que es constitutiva de un nuevo delito, distinto del delito de tráfico de drogas que motivó el registro.

Por otro lado, esta institución del derecho procesal penal, está íntimamente ligada a la prueba ilícita. Y esto es así, porque los hallazgos casuales corresponden a una situación imprevisible y casual, sin que la policía haya tenido conocimiento de esta nueva evidencia al momento de practicar la diligencia. Esto muchas veces causa escepticismo y duda en la defensa, y frente a esta situación busca que esa evidencia sea excluida del eventual juicio oral. Entonces la institución de los hallazgos casuales, se forma como una excepción a las reglas de exclusión, porque si bien, la policía estaba habilitada para buscar una evidencia “x”, y encontró evidencia “y”, este hallazgo fue casual e imprevisible, por lo tanto, la policía estaría facultada de manera excepcional a tomar esa evidencia e incautarla, cumpliendo los requisitos que se señalan en la ley. Ahora bien, cabría preguntarse ¿por qué constituyen una excepción a la regla de exclusión?, a lo cual se responderá a lo largo de este capítulo.

## **1 Legitimidad y legalidad de la incautación de esas especies.**

Los hallazgos casuales son complejos en múltiples aspectos, uno de ellos, es preguntarse cómo la policía se encuentra facultada para actuar frente a ese hallazgo. Esto se debe a la inminente colisión de deberes y derechos que se encuentran en juego. Por una parte el sistema procesal penal, tiene normas<sup>50</sup> que obligan a los empleados públicos a denunciar y actuar frente al conocimiento de un hecho punible. Y por otro lado, existen garantías como el derecho a la intimidad y privacidad para el imputado o sujeto objeto de una investigación, que son igualmente importantes. Lo que el legislador hizo fue ponderar. Por ello, frente a la situación de que se produzcan uno o más hallazgos casuales, se entiende que la orden inicial que dio origen al registro e incautación de “ciertas especies”, en relación a “ciertos delitos”, no ampara ni cubre la eventual incautación de estos nuevos objetos. Entonces si se va un poco más allá, se puede decir que el legislador le dio

---

<sup>50</sup> Ver Artículos 83, 84, 130, 173, 175 y 177 del Código Procesal Penal

más importancia al derecho fundamental de intimidad y privacidad del sujeto objeto de la investigación.

Esto se puede justificar en gran medida, en lo señalado en el capítulo II de este trabajo. Donde es importante rescatar, que la orden judicial, es en su justa medida, la llave que abre la puerta a la intimidad de un sujeto, por ello debe ser una llave legítima y no una usurpada ni obtenida con engaño. Con esto quiero decir, que dicha autorización tiene de base los antecedentes presentados por el fiscal, además, de generarse a partir de una presunción de que en ese lugar se encontrarán las especies buscadas, y todo esto decidido por un juez imparcial. Estas son garantías que legitiman una actuación tan limitativa y restrictiva de derechos, como lo es un registro y posterior incautación. Por ello, esta diligencia intrusiva no implica una “carta blanca” para la policía, en el sentido de que se puedan llevar todo aquello que se pueda considerar sospecha de un hecho punible. Con una única excepción que será tratada más adelante.

De este modo, será de vital importancia delimitar la legitimidad y legalidad de esta prueba, porque eventualmente si el caso llega a juicio, en la audiencia de preparación de juicio oral, a través del Art. 276 CPP, se podría solicitar la exclusión de la misma por infracción de garantías fundamentales.

## **2 Necesidad de nueva orden judicial.**

En nuestro ordenamiento jurídico, la forma que se utilizó para legitimar y legalizar la incautación de las cosas consideradas como hallazgos casuales, fue la de establecer como requisito previo a su incautación, la necesidad de solicitar una nueva orden judicial al juez de garantía competente. Esto se señala de manera explícita en el Art. 215 CPP.

Pero, para que este requisito cobre especial significado y no sea un mero trámite administrativo, como llamar al juez y solicitar la nueva orden, hay que entender que este trámite tiene un trasfondo sustancial que implica legitimar la actuación policial y no es un mecanismo meramente formal.

Es interesante señalar que este requisito cobra especial sentido, si se considera que la actuación policial es un espacio donde se pueden vulnerar los derechos fundamentales. Y que con mayor precisión, el legislador entendió que la diligencia intrusiva de entrada y registro, representaba una eventual amenaza de extralimitación de las facultades policiales. Por ello se estableció la nueva orden judicial, para poder incautar las especies que se encontraran en hipótesis de hallazgos casuales, pero justificados *ex ante*, por un juez habilitado.

Ahora bien, para poder aplicar el Art. 215 CPP, se debe estar en esa hipótesis, es decir, que los documentos o especies hayan sido encontrados de manera casual e inadvertida por la policía. Con esto me refiero, a que no siempre estos hallazgos serán “casuales” y que por tanto, en esos casos, no se podrá proceder por este medio. Un ejemplo, se podría dar en la situación en que se tengan antecedentes sobre estos objetos, y que la policía

teniendo una orden por “x” vaya en búsqueda de “y”. En ese caso, no se podría constituir un hallazgo casual, porque faltaría el requisito de imprevisibilidad.

En esta línea, una nueva orden judicial, abarca ciertos objetos o documentos, que la orden inicial no contenía. Lo que pasa en definitiva, es que se crea una nueva autorización que habilita a la policía a incautar y llevarse esas especies. Es interesante indicar, que en el proyecto de la ley 19.696 del nuevo Código Procesal Penal, el actual Art. 215 CPP, correspondía al Art. 303, que señalaba lo siguiente:

“Artículo 303. Incautación de otros objetos o documentos. Si durante la práctica de la diligencia de registro el ministerio público o la policía descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituya la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, **podrán proceder a su incautación en forma provisional. Dichos objetos o documentos serán conservados por el ministerio público.** En estos casos deberá obtenerse el pronunciamiento judicial de que trata el artículo 282 inciso tercero.”<sup>51</sup>

El punto relevante de esto, es que en el proyecto se establecía que podrían ser incautados de manera provisoria los objetos o documentos que constituyeran hallazgos casuales, sin nueva orden judicial previa, pero de todos modos se establecía la necesidad de someter esto a la decisión de del juez a través de lo que se señalaba en el Art. 282 inciso 3°:

“Artículo 282. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en casos urgentes el ministerio público podrá realizar la diligencia en cuestión, informando al juez de control de la instrucción dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su inicio. El juez resolverá sobre la legalidad de la diligencia y, si no la estimare ajustada a derecho, declarará su nulidad ordenando que se ponga término inmediato a la misma, en su caso. Si el fiscal no informare oportunamente al juez, la actuación o diligencia deberá ser declarada nula por ese solo hecho”<sup>52</sup>

Esto quiere decir, que en el proyecto de ley ya había una clara dirección de parte del ejecutivo, a que debía recurrirse de una u otra forma al Juez para legitimar la incautación de las especies. Esto porque si bien la policía se encontraba autorizada para buscar, no lo estaba para incautar cosas que se excedieran de la orden judicial. Por ello, se estableció que debía ser revisada la actuación policial por el juez de garantía, quien debía decidir por la legalidad o ilegalidad de la misma dentro de las 48 horas siguientes al registro. Y que si el fiscal no recurría al juez, entonces se declaraba nula la actuación por ese hecho.

En el actual Art. 215 CPP y lamentablemente sin mayor discusión que conste en las actas, se estableció que la intervención judicial debía ser previa a la incautación, lo que confirma la necesidad de legitimar esta actuación policial *ex ante*, con el fin de poder usar la evidencia que constituya hallazgo casual de prueba. Esto se podría justificar en que la discusión no fue tan fuerte al momento de debatir el código procesal penal, pero que si se discutió en sede constitucional, al momento de crear el Ministerio Público.

---

<sup>51</sup> Historia de la ley 19.696, Artículo 215 Código Procesal Penal, Mensaje del ejecutivo, p.122

<sup>52</sup> Historia de la ley 19.696, Artículo 215 Código Procesal Penal, Mensaje del ejecutivo, p. 116



Esto quedó registrado en la historia de la ley 19.519 que creó el Ministerio Público como un organismo constitucionalmente autónomo, específicamente en el Art. 83 CPR. Y la discusión en el Congreso se basó en gran medida, en los controles y limitaciones que debían establecerse para las actuaciones del Ministerio Público, porque se encontraban en pugna dos necesidades igualmente importantes. Por un lado, la necesidad de investigar y entregar facultades autónomas al Ministerio Público que no interfiriera en su labor investigativa, pero por otro lado, están los derechos y garantías fundamentales de los imputados. Por esto, se optó por un modelo transversalmente aplicable en materia de afectación, perturbación o restricción de garantías fundamentales. Y esa toma de decisión se hizo en base al modelo de autorización o intervención judicial previa. Porque, en general el proyecto del nuevo código presentaba situaciones donde la intervención judicial era posterior al acto investigativo, lo cual facilitaba las gestiones de la policía y Ministerio Público. Pero al momento de establecer las limitaciones a este organismo autónomo del ente persecutor, se decidió que la mejor manera de proteger las libertades, derechos y garantías de los imputados, era establecer un modelo de autorización previa.

Si bien esto no implica una restricción mayor en sus facultades autónomas de dirigir la investigación criminal, esto significa, a grandes rasgos, que la regla general en materia de afectación, perturbación o restricción de derechos fundamentales, debe ser conocido necesariamente por el Juez de Garantía correspondiente, quién deberá decidir si autoriza o no la diligencia o solicitud del ente persecutor. Lo que queda reflejado en las actas, donde el Senador Larraín señaló que:

“Es sabido que la actividad instructora suele comprometer las garantías de las personas, al punto de que la eficacia en controlarla y en su sujeción a la legalidad resultan indispensables para asegurar un verdadero Estado de Derecho. Por ello, así como se entrega al Ministerio Público la potestad de investigar, se le excluye de cualquier juzgamiento acerca de las garantías individuales, obligándosele a requerir de la jurisdicción la aprobación previa de toda actuación que prive, perturbe o restrinja, al imputado o a terceros, el ejercicio de los derechos que consagra la Carta. Queda superada, así, esa difícil confluencia de funciones que en algunos ordenamientos suele situar al investigador en una posición de permanente contradicción, al obligarle, al mismo tiempo, a instruir y a controlarse en la instrucción; a ordenar y ejecutar los actos de instrucción y a velar por los derechos de los afectados por ellos”<sup>53</sup>.

De todos modos, quisiera señalar una crítica frente a la opción adoptada por el legislador y contemplada en el Art. 215 CPP. Y esta crítica viene desde el plano práctico de la legislación, porque la necesidad de una nueva orden judicial para incautar las especies o documentos halladas casualmente, es poco práctica. Hay que ponerse en la situación de que la policía ya está ejecutando una orden judicial, y ya se encuentran autorizados para registrar el lugar. Entonces, si se hacen las cosas como corresponde, es decir, si se procede con una orden judicial emanada por un Juez de Garantía competente, específica tanto en las especies o documentos objetos de la búsqueda y en cuanto al lugar, quien

---

<sup>53</sup> Historia de la ley 19.519 de 2007 que crea el Ministerio Público, discusión en sala del primer informe de la Comisión de Constitución, p.120.

consideró los principios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad, que además justifica la orden en antecedentes fidedignos proporcionados por el fiscal y, por último, que esta siendo ejecutada de manera racional por la policía, entonces ¿para qué una nueva orden judicial?. Si entendemos que se cumplen los pasos antes señalados, la nueva orden judicial para incautar los objetos encontrados casualmente, estaría de más, porque la policía actúa habilitada, y el requisito adicional impuesto por el Art. 215 CPP, sería solo un requisito formalista y poco riguroso.

La nueva orden judicial además es poco práctica porque no es la policía la que directamente se consigue la orden judicial, debe interferir el fiscal, que en muchos casos no presencia la diligencia, por lo tanto, la policía debe llamar al fiscal para que éste solicite la nueva orden al Juez de Garantía. Ahora, todo esto ocurre mientras la policía deja “suspendida” sus funciones a la espera de la orden, pero el lugar sigue estando intervenido. Este espacio temporal puede tener consecuencias negativas para la investigación y crea mayor incertidumbre en las personas afectadas por el registro. Contextualizando la situación, esto la mayoría de las veces ocurre en la noche, de improviso y se procede a través de la fuerza, por tanto, incluso se podría decir que deja más expuesta a la policía para sufrir un eventual ataque por parte de las personas afectadas o incluso la destrucción de la evidencia.

### **3 Caso especial de la situación de flagrancia.**

Un tratamiento distinto se le ha dado a los objetos o documentos que constituyan un delito flagrante, o sea, todos los casos en los cuales los objetos o documentos, constituyen en sí un delito, lo que pasa de manera evidente, en los casos de posesión de drogas, porte de armas de fuego no inscritas, almacenamiento de material pornográfico infantil, y otros. El principal argumento utilizado por el Ministerio Público<sup>54</sup>, es que en los casos en que existe un delito flagrante, y no una mera sospecha de un hecho punible, como señala el Art. 215 CPP, la policía tiene el deber ineludible de informar el nuevo delito y de actuar, incautando la evidencia y deteniendo al sujeto, si el caso así lo amerita.<sup>55</sup> Esto será evaluado a partir de casos específicos a continuación.

### **4. Tratamiento jurisprudencial chileno.**

En este acápite identificaré cual ha sido el tratamiento de la jurisprudencia nacional entorno al hallazgo de prueba no relacionada con el delito investigado, que en muchos casos se ha considerado como un caso de flagrancia, en vez de un hallazgo casual. Para lograr lo anterior, se analizarán los argumentos que se han establecido en la decisión judicial.

Como señalé precedentemente, los objetos o documentos que se podrán entender como aquellos susceptibles de registro e incautación, son aquellos “relacionados al delito investigado”, y que luego, puedan constituir prueba o ser susceptibles de comiso. Por lo

---

<sup>54</sup> Ver MARCAZZOLO AWAD, Ximena. *Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas*, Revista Jurídica del Ministerio Público n° 34, pp. 150

<sup>55</sup> Ver Artículos 83, 84, 130, 173, 175 y 177 Código Procesal Penal.

tanto, en el diligenciamiento de la orden por parte de la policía, podrán encontrar objetos “no relacionados” al delito investigado, y de acuerdo con el Art. 215 CPP requerirán de una nueva orden judicial para poder incautarlos. Estos objetos o documentos podrán constituir hallazgos casuales.

El problema que se ha presentado en la práctica, y de lo cual puede dar cuenta la jurisprudencia, es que esta situación, en la mayoría de los casos se justifica a través de la *flagrancia*, y como consecuencia de esto, las Cortes han admitido que en esos casos no se requiere nueva orden judicial.

Lo anterior, lo podemos advertir a partir de un argumento principal y dos cuestiones secundarias que vienen a reforzarlo, a saber:

El argumento principal, es que el Art. 215 CPP opera en la base de que los objetos o documentos encontrados casualmente, corresponden a la sospecha de la existencia de un hecho punible, que constituye un grado de certeza inferior a la *flagrancia* establecida en el Art. 130 CPP.

Este punto es el de mayor relevancia y el más controversial, toda vez que se determine que existe *flagrancia*, los argumentos que siguen solo vienen a reforzarla, pero es esta decisión, la que implica salirse de la hipótesis del Art. 215 CPP.

El Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, causa RUC 0700392681-2 del 5 de diciembre de 2007<sup>56</sup>, utiliza este argumento en su fallo condenatorio por el delito de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas en pequeñas cantidades, encontradas en la ejecución de un registro por el delito de receptación, donde la policía procedió a incautar la droga encontrada sin nueva orden judicial. Este tribunal en un voto de mayoría, consideró que la evidencia obtenida a través de este procedimiento policial, era lícito y se ajustaba a derecho. Para ello, señaló como principal argumento lo siguiente:

“16° para el correcto análisis de esta cuestión de suyo importante, se debe distinguir entre la incautación de un objeto del delito y objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible, y si esto se verifica o no en una hipótesis de *flagrancia*. En cuanto a la primera diferenciación, esta surge de lo que es el objeto mismo encontrado. En el caso que nos convoca, resulta claro que los funcionarios policiales, actuando en virtud de un procedimiento correcto y ajustado a derecho, deben asir los objetos encontrados que son en sí, constitutivos de crimen o simple delito, a diferencia de aquellas cosas que se encuentran en un lugar y permiten la sospecha del acaecimiento de un hecho

---

<sup>56</sup> Los hechos del caso eran del siguiente tenor “que el día 25 de mayo de 2007 alrededor de las 12:25 horas, funcionarios de la Sección de Investigaciones Policial, hicieron ingreso al domicilio del imputado, exhibiéndole el acta de orden judicial de entrada y registro, en cumplimiento de orden verbal de allanamiento por el delito de receptación. En dicha revisión, en el interior de un dormitorio del imputado, encontraron entre los dos colchones de la cama la cantidad de 12 envoltorios de papel de diario que contenían marihuana elaborada, además en el interior del primer cajón de una cómoda se encontró una bolsa de nylon transparente que contenía marihuana prensada sin dosificar, sobre el mueble se encontraba un vaso de una juguera sin marca, la que contenía restos de marihuana elaborada y utilizada para molerla, junto a la droga se encontraron \$42.400.-, en dinero efectivo, provenientes de la venta de droga”

punible. Esta distinción surge de la forma en la cual se encuentra redactada la disposición, dado que resulta evidente que existen objetos que la mera tenencia de ellos da cuenta de un injusto, mientras que hay que son meramente indiciarios de lo mismo”.

También el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol: 753-2007 de 19 de abril de 2007<sup>57</sup> señaló.

“2° Que corresponde determinar si el hallazgo de un arma y de documentación al parecer falsa, son hechos que por sí solos configuran la comisión de un delito en términos que tratándose de un caso de flagrancia de aquellos contemplados en el artículo 130 del Código ya señalado... En efecto si en poder de un particular se encuentra un arma de fuego y requerido para que exhiba la documentación que lo autoriza para su tenencia y porte, no lo hace, es de toda lógica inferir que se configura alguna de las infracciones que penaliza la ley sobre control de armas y por ello se trata de la flagrancia en la comisión de un delito, en conformidad a lo que señala el artículo 130 N° 1 del referido Código. No se trata de un objeto o documento indiciario de la comisión de algún delito, sino de la materialidad misma del ilícito, por lo que asimilar la situación producida a aquella descrita en el artículo 215 ya citado, no es pertinente.”

En relación a las armas, la flagrancia se desprende de la redacción del Art. 215, porque alude a la evidencia que pueda conducir a “sospechar la existencia de un hecho punible”, y la mera posesión o porte o de armas sin autorización, constituye un delito. Pero no es razonable lo que sucede con la “documentación presumiblemente falsa”, porque si se encuentra evidencia que eventualmente pudiese vincularse a otro delito del que motivó el registro, entonces el grado de certeza exigible a la policía que esta ejecutando el registro, no puede ser el de verificar si efectivamente hay un delito ahí, eso se podrá determinar a través de otra investigación y no al momento de los hechos, por ello los documentos claramente estaban en la hipótesis del Art. 215 CPP y considero errada la posición de la Corte, porque en esa situación correspondía solicitar una nueva orden judicial.

Ahora bien una cuestión complementaria, es que la policía estando habilitada para registrar el lugar, si encuentran especies que son constitutivas de delito, tiene el deber de informarlo a la fiscalía, y de incautarlas conforme a la ley<sup>58</sup>.

Esta segunda cuestión ha sido utilizada como argumento a favor de legitimar la actuación policial después de efectuado el registro y la incautación. Y tiene plena lógica, porque incluso se estipuló una sanción para aquellas personas señaladas en el Art. 175 que no

---

<sup>57</sup> Los hechos de la causa son los siguientes, que por la investigación del delito de clonación de tarjetas se procedió a efectuar un registro al domicilio del imputado, con la finalidad de encontrar la tarjetas falsificadas, pero una vez en el lugar, la policía encontró documentos presumiblemente falsos y armas de fuego, a lo cual procedió a incautar dichas especies y detener al imputado, bajo la hipótesis de flagrancia del Art. 130 letra a). Luego, el juez de garantía consideró que la detención era ilegal, así como también lo eran las especies incautadas (armas de fuego y documentos), frente a lo cual, el fiscal de la causa apeló y la Corte revocó la resolución del Juez de Garantía, con voto de mayoría.

<sup>58</sup> Ver Artículos 83, 84, 129, 130, 173, 175 y 177 Código Procesal Penal.

informen al ministerio público, de los delitos que tienen conocimiento. Entonces es efectivo, que la policía tiene este deber, y que frente a su incumplimiento cometen una falta. Por ello, el paso previo señalado en el primer argumento es decisivo, ya que, si determinamos que existe flagrancia, entonces la policía esta obligada a actuar, la pregunta sería más bien ¿puede existir flagrancia en los registros en lugar cerrado? Y la respuesta parece ser afirmativa.

Por ello, en el fallo antes mencionado del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, causa RUC 0700392681-2 del 5 de diciembre de 2007, señaló lo siguiente:

“Dentro de este esquema las hipótesis de flagrancia autorizan a la actuación de los funcionarios policiales en consonancia con las disposiciones legales que informan su actuar, lo cual se traduce, en el caso que nos cita, en que ellos no requerían de autorización judicial previa para realizar la incautación de la droga tantas veces tratada ni tampoco para requisar las otras especies, ya que se encontraban también en el supuesto de flagrancia del artículo 130 literal d) del Código Procesal Penal, por lo que no puede estimarse como nula la prueba, sino que esta debe ser necesariamente considerada y tenida como sustento del castigo que se trata, máxime cuando es la propia ley la que autoriza incluso a una de las máximas vulneraciones a los derechos constitucionales, como lo es la detención, la cual priva a una persona de su libertad cuando es sorprendida cometiendo un ilícito, lo cual obliga, bajo sanción, a la actuación policial”.

Por otro lado, el fallo antes mencionado de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol: 753-2007 de 19 de abril de 2007, señaló en relación a esta posición que “2° no es pertinente, el pretender que la policía deba inhibirse de actuar en la forma que le es exigible, si en el transcurso de una diligencia autorizada por la autoridad judicial, constata hechos, que si bien no guardan conexión con ella, se están ejecutando y son constitutivos de delitos”.

Por último, una tercera cuestión que se desprende de las dos anteriores es que se debe valorar la situación en atención a las especiales circunstancias en las cuales se encuentra la policía, y no de manera ex post, con el estándar exigido a un profesional de Derecho. Esto se considera parte del razonamiento que debe exigírsele al policía, en consideración al contexto y momento en que ejecuta la orden y no como a un profesional del Derecho, una vez producido el hecho. Así lo ha determinado la Corte Suprema en el fallo, Rol N° 7005-07, del 23 de abril de 2008, (Sentencia confirmatoria en la condena del TOP de San Antonio, tratado anteriormente), señalando:

“6° En consecuencia, analizados los hechos a la luz del tipo penal, se puede decir que la policía, al momento de proceder autónomamente, entendió de un modo razonable, estar amparada por la hipótesis de flagrancia, del Artículo 130 letra a), del Código Procesal Penal, vale decir, el que actualmente se encontrare cometiendo el delito. La valoración precedente se hace, además, teniendo en cuenta las especiales circunstancias, bajo las cuales los policías deben adoptar sus decisiones, de modo que el análisis debe ser hecho a la luz de ese contexto y no ex post, con el estándar exigido a un profesional del derecho”.

De todos modos, es interesante ejemplificar con lo que sucede en otros países, como España, Estados Unidos y Alemania, ya que resolver a través de la flagrancia en casos complejos como los señalados precedentemente, no es exclusivo de la jurisprudencia chilena, así se ha considerado en el caso Español, de hecho en:

“la Sentencia de 4 de octubre de 1996 admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición”. (STS de 4 de marzo de 2003)”.<sup>59</sup>

En el modelo de enjuiciamiento criminal de España, la flagrancia esta establecida como una situación que se puede producir en el diligenciamiento del registro.<sup>60</sup> Ahora bien, y como luego veremos de manera más detallada más adelante, en relación a las excepciones de exclusión de prueba Estados Unidos ha establecido la excepción de “a plena vista” que podría analogarse a la situación de flagrancia de nuestro modelo procesal penal. Lo que también sucede en el modelo Alemán, que considera, al igual que España, la posibilidad de que los hallazgos casuales sean considerados como delitos flagrantes.

La necesidad de nueva orden judicial, establecida por el Art. 215 CPP, en los casos de hallazgos casuales pierde sentido con una institución tan abierta y abarcadora como lo es la flagrancia. Debido a lo anterior, el punto central de casos como los expuestos precedentemente, está en la orden judicial primitiva, porque de cumplirse con los estándares señalados en el capítulo II, esta nueva justificación no sería necesaria. Y como consecuencia de lo anterior, los objetos podrán ser utilizados luego como prueba válida y lícita, siempre y cuando, se respete el *ethos* de la orden judicial primigenia. Y lo que sería problemático acá, es que la mayoría de las veces no se procede de manera correcta en la primera orden judicial, por ello, ¿qué podría garantizar esta segunda orden?, si existe desde el principio una vulneración al sentido y alcance de la orden judicial.

---

<sup>59</sup> GOMEZ-COLOMER, Juan Luís. *La prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (el caso español)*, Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre “Evaluación y restos del sistema penal acusatorio: un debate sobre sus debilidades y perspectivas”, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2009 p.21

<sup>60</sup> Artículo 553 de la Ley de enjuiciamiento Criminal. “Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediateamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Inc 2º Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.”

## 5. Similitudes y diferencias con otras instituciones de derecho comparado.

Como se señaló en la introducción de este capítulo, los hallazgos casuales corresponden a una excepción de las normas de exclusión de prueba, por esto se analizará una institución muy similar de Estados Unidos, por tener una larga tradición en esta materia. Así como también, la regulación que existe en Alemania, en esta materia.

### 5.1 Excepción a simple vista o “*plain view doctrine*”.

Esta doctrina norteamericana, establece que no existe protección constitucional, es decir, no es ilícita la evidencia obtenida en la ejecución de un registro, cuando la policía encuentra objetos que están a plena vista o percepción de los agentes, siempre y cuando, la presencia de los agentes en ese lugar esté justificada de manera independiente<sup>61</sup>. El caso del cual proviene este precedente, es *Coolidge v. New Hampshire* (1971)<sup>62</sup>, en el cual se estableció, que si un agente se encontraba bajo ciertas circunstancias, que lo habilitaban a estar en ese lugar determinado, y encontraba a simple vista evidencia delictiva, podía incautarla sin la necesidad de orden judicial. Esto porque en los casos de *plain view* la policía tendría una justificación anterior para la intrusión al domicilio del acusado, por ello, existiría una fuente independiente justificatoria, porque si luego se encuentra la evidencia incriminatoria de manera inadvertida para los funcionarios policiales, esto permite incautar esta evidencia, sin una nueva orden judicial.<sup>63</sup> Pero esta excepción no podrá utilizarse para extender una búsqueda genérica y exploratoria de un objeto a otro, hasta que se encuentren objetos incriminatorios<sup>64</sup>

Para proceder conforme a esta doctrina, es indispensable que los objetos sean advertidos a través de la simple percepción, porque el hecho de que el policía intervenga directamente, ya sea tomando el objeto, verificando su procedencia, etc, implica que la causa probable no proviene de la simple percepción del policía, y por ello, la evidencia fue obtenida ilegalmente. Así fue establecido en el caso *Arizona vs. Hicks* (1987)<sup>65</sup>, en el cual la policía se encontraba válidamente en un inmueble, por motivo de un tiroteo, una vez en el lugar, un policía encontró un equipo de sonido que se veía muy costoso, y sospecharon que era robado. Con esta impresión lo movieron y buscaron el número de serie, frente a lo cual, se enteraron que el equipo había sido robado a mano armada un tiempo atrás. Provistos de esta información procedieron a incautarlo, pero la Corte Suprema Federal, consideró que no estaban amparados por la doctrina a simple vista, ello porque al mover el equipo de sonido y averiguar si era robado o no, la causa probable no provenía de la simple percepción de los agentes policiales, sino que, de la confirmación hecha por la unidad policial de que era un objeto robado. Pero además, en este caso, solo existía una mera sospecha lo que no es suficiente para afirmar causa probable.

---

<sup>61</sup> CHIESA, *Derecho*, cit nota n° 7, p. 293

<sup>62</sup> Fallo de la Corte Suprema Federal, *Coolidge v. New Hampshire* 403 U.S. 443 (1971)

<sup>63</sup> LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p 780

<sup>64</sup> LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 781

<sup>65</sup> Sentencia de la Corte Suprema Federal, *Arizona v. Hicks*, 107 S. Ct. 1149 (1987).

En este sentido, esta excepción no es extensiva a todo tipo de situaciones, de hecho requiere de una doble justificación, así lo ha manifestado Wayne LaFave quien considera que:

“la razón de la excepción a simple vista es evidente, si se tienen en mente las dos protecciones constitucionales que se protegen con la orden. Primero, el escrutinio del juez intenta eliminar las búsquedas que no se basen en causa probable. La premisa acá, es que toda intrusión a través del registro e incautación, es un mal, por ello, ninguna intrusión estará justificada sin una determinación previa de necesidad. El segundo objeto distintivo, es que las búsquedas consideradas como necesarias deberán ser las menos posibles. Acá, el mal específico es “la orden general”, aborrecida por los colonos, y el problema no es la intrusión *per se*, sino que, el hurgueo general y exploratorio de las pertenencias de las personas. La orden resguarda este segundo objetivo requiriendo una “descripción específica” de las cosas a incautar”<sup>66</sup>.

Entonces, salvaguardando la causa probable en primer lugar, y la especificidad de la orden en segundo lugar, se podrá aplicar esta excepción a simple vista.

Como se puede advertir, esta institución de derecho comparado es muy similar a los hallazgos casuales de prueba que regula nuestro código. La gran diferencia es que en la excepción a plena vista, estando habilitada la policía, no necesitan de una nueva orden judicial para incautar los objetos encontrados bajo esta excepción. Por ello, se podría decir, que la doctrina del *plain view*, procede en términos muy similares a la flagrancia en nuestra país, pero la gran diferencia entre estas dos instituciones procesales, es que en el modelo norteamericano se han estipulado a través de la jurisprudencia muchas restricciones a la procedencia de la misma, cosa que en Chile se encuentra poco regulada, y como ya he señalado antes, la flagrancia opera con mucha libertad y pocos límites.

## 5.2 Hallazgos casuales en Alemania.

En este ordenamiento jurídico, se consideran hallazgos casuales, aquellas cosas que son halladas en el curso de un registro domiciliario, pero que indican la perpetración de otra acción punible, por ejemplo; cosas hurtadas o cigarrillos contrabandeados por un cazador furtivo<sup>67</sup>. Ahora bien, la policía podrá proceder a la incautación o secuestro de estos hallazgos de manera provisional. Luego, la policía deberá entregar esta información a la fiscalía. Esto será así, solo si la orden inicial de registro era legítima, en caso contrario, esas especies deberían ser excluidas. Por otro lado, es inadmisibles una búsqueda dirigida

---

<sup>66</sup> La traducción es del autor “The rationale for the “plain view” exception is evident if we keep in mind the two distinct constitutional protections served by the warrant requirement. First, the magistrates scrutiny is intended to eliminate altogether searches not based on probable cause. The premise here is that any intrusion in the way of search or seizure is an evil, so that no intrusion at all is justified without a careful prior determination of necessity \*\*\* The second, distinct objective is that those searches deemed necessary should be as limited as possible. Here, the specific evil is the “general warrant” abhorred by the colonists, and the problem is not of intrusion *per se*, but of a general, exploratory rummaging in a person’s belongings. \*\*\*The warrant accomplishes this second objective by requiring a “particular description” of the things to be seized.” En LAFAVE, *Search*, cit nota n° 13, p. 781.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 318.



a hallazgos casuales. Es decir, estos objetos deberán ser encontrados de manera casual por la policía, y no ser conocidos por la agentes<sup>68</sup>.

Como se podrá apreciar, en términos generales tienen una gran similitud esta institución con la regulada en nuestro código. Se diferencia en tres cosas principalmente, la primera es que en Alemania dividen la regulación del registro domiciliario en personas sospechosas y otras no sospechosas<sup>69</sup>, lo que no sucede en nuestro ordenamiento procesal penal pero que al parecer no tiene grandes implicancias prácticas. En segundo lugar, en Alemania no se requiere de una nueva orden judicial para proceder a incautar las especies obtenidas como hallazgos casuales. Y en tercer lugar, hay una diferencia sustancial que se produce en cuanto a los documentos,

“si en el marco del registro son hallados papeles (u otros soportes de información, BGH StrV 88, 90), los funcionarios de la policía solo pueden examinarlos cuando el tenedor lo autorice. De lo contrario, después de un examen superficial-también admisible sin autorización- los papeles cuyo examen ellos consideren necesario deben ser incluidos en un inventario y entregados a la fiscalía “en un sobre que debe ser cerrado en presencia del tenedor con el sello oficial. El examen de los papeles, que antes estaba reservado, en lo esencial, al juez le corresponde ilimitadamente a la fiscalía (...)”<sup>70</sup>.

Esto quiere decir que la información que contienen los documentos encontrados en el registro, no puede ser conocida por la policía, y solo podrá ser conocida por el fiscal una vez concluido el procedimiento. Esto es una gran diferencia, porque en nuestro modelo y en el norteamericano también, esto queda en manos de la policía, lo que luego, se entrega al fiscal, a ver si éste lo investiga o no, porque en él recae la investigación de los delitos, pero en un primer momento, es la policía la que decide si esos documentos, pueden o no constituir sospecha de un hecho punible, o incluso un delito.

Teniendo en consideración estas dos instituciones de derecho comparado, con las similitudes y diferencias que he podido advertir, es indispensable pasar a las consecuencias que se pueden producir, con órdenes de registro e incautaciones poco rigurosas, prácticas policiales sin límites y hallazgos causales en ocasiones poco claras.

#### **IV.- EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

En este capítulo se contemplan las consecuencias que se derivan de la mala utilización de la orden judicial previa, lo que se traduce en una afectación a las garantías fundamentales

---

<sup>68</sup> GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán Introducción y Normas Básicas*. Bosh Casa Editorial SA, Barcelona: 1985, p. 119.121.

<sup>69</sup> Ver MAIER, Julio. *La Ordenanza Procesal Penal Alemana: Su Comentario y Comparación con el Sistema de Enjuiciamiento Penal Argentino, Vol. II*, Buenos Aires: De Palma, 1982, p. 66, 67, y ROXIN, *Derecho*, cit nota n° 67, p. 318

<sup>70</sup> ROXIN, *Derecho*, cit nota n° 67, p. 318.

del imputado. Y en virtud de esta afectación, perturbación o restricción se podrá excluir dicha prueba por haber sido obtenida con infracción de garantías, o por provenir de una actuación declarada nula.

Nuestra legislación procesal contiene un precepto legal que contempla la exclusión de prueba, que corresponde al Art. 276 CPP<sup>71</sup>, el que posee dos hipótesis aplicables a este trabajo en su inciso tercero. En primer lugar, la exclusión, por haber obtenido evidencia con infracción de garantías fundamentales, y en segundo lugar, por provenir de actuaciones declaradas nulas por infringir una norma que ha objetivado una garantía constitucional.

### **1 Exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales.**

Antes de hacer referencia a la hipótesis del Art. 276 CPP en específico, en relación al concepto de exclusión, se puede decir que, “el punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal”<sup>72</sup>. Lo que para efectos de este trabajo, tiene mucho sentido, porque las situaciones donde se puede producir la infracción son dos: el primero es en la resolución del juez de garantía de autorizar una orden de entrada y registro, y el segundo es al momento de ejecutar la orden por la policía. Esta etapa es preprocesal, y como he señalado en el capítulo anterior, la mayoría de las veces el registro será sin el conocimiento del afectado, en virtud del Art. 236 CPP. Por ello, es preprocesal, porque es una etapa previa a la formalización de la investigación, y se procede en desconocimiento del afectado, para lograr obtener los elementos probatorios del delito en cuestión.

Pero habría que preguntarse, ¿qué sucede una vez que la prueba fue declarada ilícita?, y la respuesta es simple, el juez deberá excluirla. Las reglas de exclusión provienen de la tradición norteamericana de las “*exclusionary rule*”, éstas se han formado a partir de precedentes jurisprudenciales, a diferencia de nuestro país, donde existe una regla de exclusión un tanto genérica y poco clara en el Art. 276 CPP. Ahora bien, la tradición norteamericana ha elaborado una gran línea jurisprudencial en torno a las reglas de exclusión, y específicamente se ha preocupado de la cuarta enmienda con mayor cuidado, por la importancia que se le da a la garantía constitucional de inviolabilidad del hogar y expectativa razonable a la intimidad. Por lo anterior, la doctrina norteamericana es la que tiene mayor tradición y desarrollo en materia de exclusión de prueba ilícita, y por tanto, servirá de modelo ilustrativo para el reciente debate en nuestro país. La aplicación de esta regla, se retrotrae al caso *Weeks v. United States* (1914)<sup>73</sup>, porque es el primer fallo de la

---

<sup>71</sup> “Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. Inciso 3° 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>72</sup> HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, p.168.

<sup>73</sup> Fallo de la Corte Suprema Federal, *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914)

Corte Suprema Federal que prohíbe utilizar evidencia obtenida con infracción de la cuarta enmienda.<sup>74</sup>

Como se podrá advertir, las reglas de exclusión son parte de las decisiones políticas que el legislador, en nuestro caso, o la judicatura, en el caso de países como Estados Unidos, deben tomar. Son decisiones políticas, porque las consecuencias de excluir o incluir evidencia, con un alto valor probatorio, pero que fueron obtenidas ilícitamente, ya sea, con infracción de una garantías constitucional, o bien, de una actuación declarada nula, puede significar la libertad o condena de una persona. Entonces, ya no corresponde a una decisión normativa, sino que, corresponde a una decisión a partir de las políticas que adopta un país en determinado momento. Por tanto, habrá que determinar, cuál es el fundamento de exclusión.

Para el autor Ernesto Chiesa<sup>75</sup>, existen tres fundamentos de exclusión, en torno a la cuarta enmienda, a saber:

- El primero, es para disuadir o desalentar a los funcionarios de orden público a que no violen la protección constitucional; lo que se conoce por *deterrence*;
- El segundo, es sobre la integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida;
- El tercero, es para impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno.

En el debate doctrinario chileno, el primer fundamento parece ser el más factible, o sea, la decisión de excluir la prueba ilícita es de política pública, con el objeto de prevenir que la policía y el Ministerio Público cumplan su labor investigativa, vulnerando los derechos fundamentales que contiene la Carta Fundamental, porque este fundamento, tiene efectos a futuro, y no contiene una sanción para las personas que ejecutaron el hecho con infracción de garantías fundamentales, su finalidad es disuadir a la policía y Ministerio Público de infringir garantías y que en el caso en concreto, esa prueba no pueda ser presentada al juicio y en consecuencia se pierden los casos. Por esto, no tiene sentido actuar infringiendo la Constitución, si luego, esa prueba no va a servir para probar la culpabilidad del acusado, y de hecho, tiene el efecto contrario, excluye la que muchas veces, construye la única o principal prueba incriminatoria, con lo cual la causa no tiene cómo prosperar.

De todos modos, esto recién esta tomando forma en el debate nacional, y hay autores como Hernández<sup>76</sup>, que consideran que el fundamento sería más bien ético, es decir, que los tribunales, Ministerio Público, policía, etc, deben actuar éticamente para legitimar sus decisiones. Esto tiene sentido, pero parece que debe ir de la mano del fundamento disuasivo, al final como señala López y Horvitz, “se trata de criterios que de ningún

---

<sup>74</sup> Pero como este caso se refería solo a la jurisdicción federal, dejaba fuera del caso precedente a las Cortes de los Estados. Por ello, el caso *Mapp v. Ohio* 367 U.S 643 (1961), hace extensiva las reglas de exclusión a los Estados.

<sup>75</sup> CHIESA, *Derecho*, cit nota n° 7, p 184.

<sup>76</sup> HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección de investigaciones jurídicas Universidad Alberto Hurtado, 2004.p 63 y 64.

modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, criterio que, nos parece, debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile.<sup>77</sup> Parece ser que el fundamento disuasorio es más fuerte que el ético, aun cuando, estos dos operan conjuntamente. Y cumplen esa función de manera acorde con la lógica de nuestro proceso penal acusatorio, porque, en general se han establecido múltiples maneras de limitar la actuación estatal de persecución penal, conteniendo instituciones que limitan y consecuentemente establecen soluciones en pos del afectado, que muchas veces son muy tajantes. Por ejemplo, la cautela de garantías del Art. 10 CPP, que faculta al Juez de Garantía a hacer todo lo posible, para que el imputado pueda ejercer sus derechos, y de ser necesario incluso puede sobreseer temporalmente. También el Art. 186 CPP, que establece que quien se sienta afectado por una investigación desformalizada en su contra, podrá solicitar al Juez de Garantía que le ordene al fiscal informar al imputado, o incluso fijar un plazo máximo para que formalice la investigación. Otros ejemplos son el Art. 232 inciso 3° CPP, que contempla la formalización arbitraria, y el Art. 247 CPP que faculta al juez a apercibir al fiscal para que cierre la investigación. En fin, existen muchas normas-garantías en nuestra normativa, que apuntan en la dirección de los fundamentos acá defendidos.

Entonces, teniendo identificados los fundamentos de exclusión de prueba ilícita, podremos vincularlo al Art. 276 CPP, para ver cómo procede la exclusión en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta regla de exclusión debe vincularse de manera directa a la infracción de alguna garantía constitucional en específico, es decir, debe haber inobservancia de alguno de los derechos fundamentales del Art. 19 de la CPR, o de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en virtud del Art. 5 inciso 2° de la CPR. Lo anterior, se debe traducir en la vulneración de una garantía en específico.

Las oportunidades para hacer valer la exclusión de prueba son dos, por un lado se podrá solicitar la exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales del Art. 276 inciso 3° CPP, o bien, podrá solicitarse la nulidad del juicio y de la sentencia a través de la causal del Art. 373 letra a) del CPP.

1.1 Exclusión de prueba ilícita por inobservancia de garantías en la audiencia de preparación del juicio oral (APJO).

La APJO es la instancia que se estableció en nuestro modelo acusatorio para discutir acerca de la licitud o ilicitud de la prueba, es decir, en sede de admisibilidad con anterioridad al juicio. Esta instancia, tiene el propósito y efecto lógico, de evitar que la prueba sea presentada al tribunal y valorada por este en su sentencia, “de esta manera se busca limitar al máximo posible el riesgo de una influencia indebida-consciente o inconsciente- de la prueba ilícita en la convicción del tribunal”<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> HORVITZ, LÓPEZ *Derecho*, cit nota n° 71, p. 187

<sup>78</sup> HERNANDEZ, *La exclusión*, cit nota n° 76, p 87.

Lo más importante de esta instancia, es que existe debate de las partes, y que ambas están en igualdad de información en relación al caso. Además de lo anterior, es el Juez de Garantía, quien detenta el poder de decisión ante la exclusión o inclusión de prueba, y esta resolución solo puede de ser apelada por el fiscal para que no se le excluya la prueba que sustenta la acusación penal, y de esta manera, evitar que se quede sin caso antes del juicio.

Entonces, la APJO tiene el efecto de sacar del juicio la información que fue obtenida con infracción de garantías fundamentales, y eventualmente, los frutos de la misma. Esto, para que los jueces no tengan conocimiento de esta prueba ilícita que en general, tiene un alto valor probatorio, pero que es superado por el perjuicio que genera en el proceso y por tanto, debe excluirse. De todos modos, si no fue considerado esto por el Juez de Garantía y se incluyó prueba obtenida con infracción de garantías, aún queda la instancia de nulidad a la que me referiré a continuación.

## 1.2 Recurso de nulidad del Art. 373 CPP letra a)

La segunda opción, es que ante la negativa del juez de garantía de excluir la prueba, se recurra de nulidad una vez concluido el juicio, como se establece en el Art. 277 inciso final CPP. Y, el fundamento que se deberá señalar, será la inclusión y valoración por el tribunal de juicio oral, de una prueba obtenida con infracción de una o más garantías fundamentales en cualquier etapa del procedimiento.

Pero esto no siempre fue así, porque antes de la reforma que introdujo la ley 20.074 del año 2005, solo procedía el recurso de nulidad cuando “en la tramitación del juicio” o “en el pronunciamiento de la sentencia” se hubiera producido la infracción. Y la interpretación que había hecho la Corte Suprema, y con ello, los tribunales en general, era que solo procedía declarar la nulidad cuando en el juicio o en la sentencia se hubieren infringido las garantías del imputado. Esta interpretación formalista llevó a que no fuera posible utilizar la causal del Art 373 letra a) CPP por una infracción producida en la etapa de investigación, como típicamente se produce la infracción por prueba ilícita.

Por esto, el legislador introdujo esta reforma a la redacción del Art. 373 letra a), incorporando la frase “en cualquier etapa del procedimiento” lo que no deja dudas para su interpretación en el sentido que siempre se quiso que tuviera. Pero con la reforma del artículo no se solucionó el problema, y así lo advierten Duce y Riego, al señalar que:

“Lo que sorprende de analizar las decisiones de la Corte Suprema sobre esta materia, es que el cambio normativo del artículo 373 a), no ha tenido impacto en sus decisiones. En varios fallos posteriores a tal cambio, la Corte ha mantenido exactamente el mismo argumento expresado con anterioridad para rechazar recursos de nulidad fundados en in fracciones anteriores al juicio”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 2007, p. 529.

Por ello, el criterio de la Corte recién cambia el año 2007 con el fallo del 6 de junio de 2007, Rol N° 678-07, en el cual se acepta la causal de nulidad del Art. 373 letra a) CPP, por infracción de garantías al obtener ilícitamente prueba incriminatoria, que terminó en la condena del acusado. Este caso se trataba del imputado Carlos Alberto Muñoz Aceituno, quien tenía una orden de detención pendiente, por quebrantamiento de condena. Por este motivo, fue la policía en su búsqueda, encontrándolo en la casa de su madre en la comuna de Macul, una vez detenido, lo llevaron a su casa en la comuna de la Florida, y una vez en el lugar ingresaron los policías con el imputado, encontrando un revólver al interior del inmueble del imputado, sin contar con una orden de registro e incautación, procedieron a incautarla porque el imputado no contaba con autorización para tenerla. Y fue esta arma la que sirvió de evidencia para condenar al imputado por tenencia ilegal de arma de fuego.

Como se puede apreciar, en este caso es evidente la extralimitación de la policía, y la Corte señaló que:

“5° en consecuencia, el ingreso, registro e incautación de que se trata en autos, practicado en el momento que su dueño se encontraba detenido y allí presente, no se ajusta a las normas legales que establecen los artículos 205 y siguientes del código procesal penal del ramo, siendo del caso dejar constancia que, aún volviendo a la situación de tratarse de un ingreso con autorización del dueño de la propiedad y en tal evento, si se encontraren objetos que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto al del procedimiento por el que se allanó, tampoco podrían haber procedido a su incautación son orden judicial previa”...”6° así, entonces se desprende que de una actuación policial ilegítima se obtuvo un elemento material que ha sostenido la formalización, acusación y condena de un imputado, es decir, ha sido el fundamento de todo un juicio criminal, en circunstancias que aquello-la conducta inicial de la policía-constituye violación de una garantía constitucional específica, la inviolabilidad del hogar del imputado, por lo que el proceso penal que se derivó no puede conformarse a las reglas constitucionales del debido proceso y así, de ese modo, es claro que en el presente caso se han vulnerado ambas garantías, las que protegen expresamente tanto nuestra Carta Fundamental –en su artículo 19 N° 5° y 3°, respectivamente- como los tratados internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes”...”7° que la expresión “en cualquier etapa del procedimiento” ha de comprenderse conforme a la extensión que a ello da el artículo 7° inciso 2° del Código Procesal Penal...”

Entonces, por la vía de infracción a garantías fundamentales, existen dos medios a través de los cuales se puede solicitar la exclusión de prueba, una es preventiva y se genera en la audiencia de preparación de juicio oral, pero de no funcionar existe otra instancia represiva, en la solicitud de la nulidad del juicio y sentencia, una vez producida la afectación a una garantía fundamental concreta. Y siendo ambos medios idóneos para evitar que se considere prueba obtenida ilícitamente, se deberán utilizar conforme a las necesidades de cada caso en concreto. Por otro lado, y como señalé antes, además de la vía por infracción de garantías fundamentales, existe otra vía para excluir prueba contemplada en el Art 276 CPP, que se sería por nulidades procesales

## 2. Nulidades procesales.

La nulidad procesal es una forma de excluir prueba ilícita según lo dispone el Art. 276 CPP. Es un mecanismo de exclusión que se refiere a actos formales, ya que solo procede de actuaciones judiciales, y se encuentra regulada en el Art. 159 CPP<sup>80</sup>.

Se debe considerar que esta institución existe para subsanar un defecto de procedimiento que ocasiona perjuicio y que se debe utilizar cuando ésta sea la única forma de reparar el perjuicio provocado por la actuación judicial.

Esto cobra especial importancia en las órdenes de registro e incautación emanadas del Juez de Garantía. Porque constituyen un tipo de resolución judicial, la que puede causar un perjuicio en el imputado, si no se respetan los límites mencionados en el capítulo II. Por ello, una posible consecuencia es que se declare nula la orden. Así se ha manifestado Hernández<sup>81</sup>, al señalar que algunas resoluciones judiciales, particularmente las autorizaciones u órdenes judiciales otorgadas en cumplimiento del mandato general del Art. 9 CPP, para realizar diligencias intrusivas de investigación, las que podrían ser: La orden judicial amplia, que no señale el lugar específico de búsqueda, o el motivo de la búsqueda, que serían anulables por infringir el Art. 208 CPP, también podría ser el caso de una orden que fue resuelta por el juez por error o coacción, porque se fundaba en antecedentes viciados, o antecedentes falsos, y por último en el caso de que la probabilidad exigida por el Art. 205 CPP no este del todo cumplida, porque no existen antecedentes para poder presumir que los objetos se encuentren en el lugar solicitado para ser incautados, los que podríamos analogar a una falta de causa probable, del modelo norteamericano.

En contexto, la exclusión de prueba por infracción de garantías fundamentales o por provenir de una actuación declarada nula, tanto en la APJO como en sede de nulidad, es una consecuencia que entrega un fuerte mensaje a los intervinientes del proceso penal, en el sentido de que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes y por tanto reconocen como limitación el respeto de los derechos fundamentales, es su deber el promoverlos y respetarlos, según lo dispone la propia CPR en los Art. 5° y 6°. Por lo anterior, al momento de trasgredir las limitaciones y controles, la exclusión de prueba tiene efectos directos en que el caso no llegue a juicio oral o que si llega, no se pueda utilizar prueba con un alto valor probatorio, con lo cual los incentivos para respetar los derechos y garantías establecidos en la ley se hacen muy fuertes. En definitiva, la vulneración de los derechos fundamentales de inviolabilidad del hogar, privacidad o propiedad, por la ejecución de un registro incumpliendo las normas-garantía de los Art. 205, 212, 215, 217 o 236 todos del CPP, genera la inutilidad de la prueba obtenida.

---

<sup>80</sup> Artículo 159.- *Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.*

<sup>81</sup> HERNANDEZ, *La exclusión*, cit nota n° 76, p. 46 y 47.

## V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La regulación constitucional y legal en nuestro ordenamiento jurídico, entorno a la restricción, perturbación o limitación de garantías fundamentales, opera bajo la lógica de la orden judicial previa. Esto quiero decir, que el legislador optó por establecer un requisito, que consiste en; recurrir a un juez de garantía, para que éste resuelva si se puede o no efectuar la diligencia intrusiva. Esto como un mecanismo de control y limitación, a la facultad exclusiva de la dirección de la investigación criminal que recae en el ministerio público.

Teniendo esto presente, la orden judicial previa, debiera ser un mecanismo efectivo y eficaz en el control de garantías, que debe ejercer el juez de garantía. Pero como he podido apreciar a lo largo de este trabajo, no se le ha dado la misma relevancia en la jurisprudencia y práctica cotidiana.

Una expresión de este diagnóstico negativo, es que los criterios para entregar o no una orden judicial de registro e incautación son muy distintos, y así como me señaló un fiscal, existen juzgados de garantía donde se dan siempre este tipo de órdenes, como hay otros donde se dan para casos complejos, lo que trae como consecuencia, que en los delitos donde el principio de ejecución es poco certero, porque se cometió en más de una comuna, etc. La policía podrá presentar las denuncias, en la fiscalía y tribunal que más le convenga para tener éxito en la solicitud de diligencias intrusivas. Además, cómo esto se produce ante el Juez de Garantía en una etapa desformalizada, no existen registros escritos de las resoluciones al público en general y solo está el audio de la audiencia, que hacen más difícil tener un conteo más general e información certera de lo que se discute y cómo se discute.

Por otro lado, la excepcionalidad del Art. 236 CPP parecer ser la regla general para proceder al registro, porque según lo señalado por los fiscales entrevistados y por el ex funcionario de la Policía de Investigaciones, la mayoría de las veces se realiza este tipo de procedimiento, en desconocimiento del afectado, con la finalidad de procurar el éxito de la misma. Pues bien, esto no se condice con el carácter excepcional y de urgencia señalado en los Art. 212 y 236 CPP.

Otro punto, es que la orden judicial previa que se necesita para proceder al registro e incautación, no cumple con criterios de especificidad, porque, aun cuando no se señale esto en el código de manera expresa, según la interpretación que he planteado en virtud de los requisitos de “lugar” y “motivo” establecidos en el Art. 208 CPP, se puede inferir que la orden debe ser específica en cuanto al lugar a ser registrado y a los objetos buscados. Además, la especificidad de la orden es un requisito fundamental utilizado en derecho comparado de larga tradición en esta materia, como Estado Unidos, en el cual la propia enmienda cuarta establece este requisito. La especificidad de la orden es vital, porque de ella se deriva la actuación policial, por ello, los límites que establezca en cuanto al lugar y objetos, será otro mecanismo de control frente a la arbitrariedad policial. Lo que lamentablemente no sucede en nuestra práctica judicial, porque las órdenes en general se reducen a “todo aquello que pueda conducir al esclarecimiento del delito”.



Esto último se traduce, en que la intervención judicial se hace inocua, toda vez, que con o sin orden, es la policía la que decide qué cosas y qué lugares pueden ser registrados, dejando abierta la posibilidad de que se encuentren objetos distintos de aquellos cubiertos por la orden primigenia.

Entonces, ¿cómo procede la policía, cuando encuentra objetos que pueden llevar a la sospecha de un hecho punible distinto del investigado?, según el Art. 215 CPP, deberán solicitar una nueva orden judicial para incautar dichos objetos, pero la verdad es que la jurisprudencia revisada, nos lleva a otra conclusión. Se ha interpretado que el estándar exigido por el Art. 215 CPP es el de la mera sospecha, y que por tanto, los objetos que en sí constituyan un delito, están amparados por la hipótesis de flagrancia, lo que obliga a la policía a actuar e incautar esas especies, sin nueva orden judicial.

Una vez presentados los problemas que se producen con la orden judicial previa y la institución de hallazgos casuales, puedo plantear una propuesta en torno a la interpretación que se le debería dar a los preceptos legales en cuestión y a una visión más armónica del deber ser.

Primero, la orden judicial previa, es una justificación ex ante para proceder a una diligencia que afecta, perturba o restringe los derechos fundamentales de los números 4, 5 y 24 del Art. 19 de la CPR, la que se radica en un tercero imparcial y ajeno al conflicto entre particulares y el Ministerio Público.

Segundo, en relación al Art. 236 CPP. La situación hipotética en la cual base el desarrollo de este trabajo, fue la de proceder a realizar un registro e incautación sin el conocimiento del afectado, para evitar que se destruya la evidencia que se intenta incautar. Pero, hay que tener en cuenta, que esta hipótesis debe ser entendida como una excepción a la regla general de proceder con el consentimiento y conocimiento del afectado. Porque el Art. 236 CPP existe solo para casos justificados, en los cuales, el temor de la destrucción de los objetos o de la fuga del imputado es más fuerte, que el temor a causar un perjuicio en el afectado. Y con perjuicio me refiero, a la incómoda y traumática situación de que entren por la fuerza a un inmueble, sin saber si las personas están armadas o no, y los moradores sin saber si es la policía o les están robando.

En fin, proceder sin el conocimiento del acusado a realizar una orden de registro e incautación deberá ser excepcional y justificar su urgencia a través de antecedentes que den cuenta de la posibilidad de que se destruyan las especies buscadas o que se fugue el imputado. Y en relación a la hora para practicar la diligencia, se deberá tomar en consideración que el ingreso nocturno también constituye una excepción porque se entiende que existe una mayor vulnerabilidad de los afectados por esta medida en la noche que en el día, por tanto, se deberán especificar los motivos del ingreso nocturno en la orden, y solo podrá ser autorizada por el juez, en casos de urgencia debidamente justificados.

En tercer lugar, se procederá a través de una orden judicial de registro e incautación, situación regulada en el Art. 9 CPP, la que deberá ser por escrito, pero según sea la urgencia del caso en concreto, podrá expedirse por cualquier otro medio idóneo.

Esta orden judicial será solicitada por el fiscal, quien deberá presentarle al juez, una justificación que se base en información confiable, que no haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Y a través de esta información el juez deberá llegar a la convicción, de que exista una presunción, de que las especies se encuentran en el lugar señalado por el fiscal. Y de esta manera se cumpla con el estándar establecido en el Art. 205 CPP.

Una vez que el Juez de Garantía alcance el estándar de presunción, deberá justificar su resolución en antecedentes fidedignos aportados por el fiscal de la causa, los que deberán ser respaldados en datos objetivos y concretos de las diligencias practicadas y registradas en la carpeta investigativa.

A su vez, deberá resolver en conformidad con los principios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad, entendiendo que estos principios le imponen al Estado, límites materiales en el ejercicio del *ius puniendi*.

Y en último lugar, el Juez de Garantía, deberá especificar en la orden dos cosas fundamentales; el lugar a ser registrado, dando la mayor cantidad de detalles posibles, para evitar un error en la policía; y los objetos o documentos que se pretenden incautar, en relación al delito investigado.

Este último punto es central, porque la policía efectuará el registro en conformidad a los límites que se señalen en la orden, sea ésta verbal o escrita. Entonces la especificidad de la orden que queda registrada de manera escrita, es el medio que tendrá la defensa, para proteger los intereses del imputado, en caso de que se vulneren sus derechos fundamentales, realizando una búsqueda poco razonable, excediéndose en sus facultades, etc.

De esta manera, la defensa podrá alegar ya sea por exclusión de prueba ilícita, nulidades procesales o recurso de nulidad por la causal del 373 letra a), que la evidencia obtenida en virtud del registro e incautación fue ilegal, y por tanto que se excluya la prueba o que se anule el juicio y la sentencia.

Como estas consecuencias suelen ser devastadoras para el ente persecutor, es necesario que el Ministerio Público se resguarde de eventuales situaciones de riesgo. Y con ello prevea estas consecuencias perniciosas para el proceso y haga las cosas bien, con respeto de las garantías fundamentales; primero, porque obtendrá prueba con un alto valor probatorio que servirá para condenar al acusado y segundo, porque le aporta legitimidad al sistema procesal penal toda vez que se condena con mayor probabilidad a culpables y no a inocentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- AITURRIETA SEGUEL, Mariana. “Prueba ilícita, Nociones generales”, *Revista procesal penal*, N° 14.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, DUCE JULIO, Mauricio, RIEGO RAMIREZ, Cristián y otros. *Nuevo proceso penal incluye texto completo del nuevo código procesal penal*, Santiago: Conosur, 2000.
- CHAHUÁN SARRAS, Sabas. *Manual del nuevo procedimiento penal*, Santiago: Conosur, 2007.
- CHIESA, Ernesto. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Vol. 1*, Colombia: Forum, 1995.
- COLOMA CORREA, Rodrigo. *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: Lexis Nexis, 2003.
- CORREA SELAMÉ, Jorge. *Curso de Derecho procesal penal*, Jurídicas, 2003.
- DRESSLER, Joshua, THOMAS III, George. *Criminal procedure: principles, policies and perspectives*, American Casebook series, Westgroup, 1999.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, New York: Legal text series, 2000.
- DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- FUENTES REBOLLEDO, Carlos. “Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías. Análisis y comentarios”, *Revista procesal penal*, N° 23.
- GOMEZ-COLOMER, Juan Luís. *La prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (el caso español)*, Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre “Evaluación y restos del sistema penal acusatorio: un debate sobre sus debilidades y perspectivas”, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2009.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luís. *El Proceso Penal Alemán Introducción y Normas Básicas*. Barcelona: Bosh Casa Editorial SA, 1985.

- HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Santiago: Colección de investigaciones jurídicas Universidad Alberto Hurtado, 2004.
- HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- MAIER, Julio. *La Ordenanza Procesal Penal Alemana: Su Comentario y Comparación con el Sistema de Enjuiciamiento Penal Argentino, Vol. II*, Buenos Aires: De Palma, 1982
- KRAUSE, María Soledad. “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, *Revista procesal penal*, N° 30.
- LAFAVE, Wayne. *Search and Seizure: A treatise on the fourth amendment, Vol. 2, sections 3.1-4.13, fourth edition*, West’s Criminal Practice Series, 2004.
- LEIGHTON GARCÍA, Guillermo. “Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías procesales”, *Revista procesal penal*, N° 30.
- MARCAZZOLO AWAD, Ximena. “Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas”, *Revista jurídica del Ministerio Público* N° 34.
- MIR PUIG, Santiago. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal como Fundamento Constitucional de Límites Materiales del Derecho Penal”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: Semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, t. 2, Valencia: 2009.
- PINO REYES, Octavio. “La exclusión de la prueba ilícita”, *Revista Procesal Penal* N° 17.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal, cuestiones y casos*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- ZAPATA GARCIA, Maria Francisca. *La prueba ilícita*, Santiago: Lexis Nexis, 2004.

**Instrucciones generales del Ministerio Público:**

- Sobre la Investigación no formalizada o preliminar y aquella que se practica después de la formalización de la investigación, N° 4, oficio N° 113, 20 de septiembre del 2000.
- Sobre las funciones de las policías previstas en los artículos 83 y 90 del código procesal penal, N° 19, oficio N° 171, 8 de noviembre de 2000.
- Sobre los objetos y las evidencias del delito en relación al nuevo proceso penal, N° 44, oficio N° 38, 24 de enero de 2001.
- Sobre la audiencia de preparación de juicio oral, N° 56, oficio N° 124, 29 de marzo de 2001.

**Normas:**

- Código Procesal Penal, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2011.
- Constitución Política de la República, editorial Nexis Nexis, Santiago, 2007.
- Historia de la ley 19696, Biblioteca del Congreso Nacional, 12 de octubre del 2000, <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>
- Historia de la ley 19.519, Biblioteca del Congreso Nacional, 16 de septiembre del 2007, <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19519/HL19519.pdf>

**Jurisprudencia nacional:**

- Tribunal de Garantía de Coquimbo, RUC:0300050013-4 , del 26/09/2003.
- Tribunal de Garantía de Coquimbo, RUC:0200128435-8, del 04/01/2003.
- Tribunal de Garantía de Coquimbo, 23/01/2004.
- Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, RUC:0500295028-8 del 24/01/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol: 753-2007 del 19/04/2007.
- Corte Suprema, Rol N° 7005-07, 23/04/2008.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 673-2009 del 16/06/2009.
- Corte Suprema, Rol N° 4740-2009, 26/10/2009.
- Tribunal de Garantía de Santiago, RUC 1000249623-8 del 04/06/2011.