

LA BUENA FE DEL AGENTE COMO EXCEPCIÓN A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

– DERECHO ESTADOUNIDENSE Y DERECHO CHILENO –

CARLOS CORREA ROBLES*

Resumen

El trabajo analiza la posibilidad de considerar la “buena fe del agente” (en el derecho norteamericano conocida como *good faith exception*) como excepción a la aplicación de la regla de exclusión consagrada en el artículo 276 inc. 3° del Código Procesal Penal chileno. Para ello, el trabajo analiza el tema en primer lugar a partir de la jurisprudencia estadounidense, donde la referida excepción tiene su origen, presentándose a continuación una exposición crítica de la posición sostenida al respecto por la jurisprudencia y doctrina chilena.

Palabras claves: *proceso penal, regla de exclusión, prueba ilícita, buena fe, derecho probatorio.*

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal hace más de 15 años, el tratamiento y alcance que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en Chile ha dado a la regla de exclusión de prueba consagrada en el artículo 276 inc. 3° del Código Procesal Penal (CPP), se sustenta –en importante medida– en la recepción del modelo de exclusión de prueba desarrollado por la jurisprudencia estadounidense desde hace más de un siglo.

Dicho sistema se estructura a partir de una regla general: la exclusión de elementos de prueba obtenidos por funcionarios persecutores, con infracción de garantías consagradas en diversas enmiendas a la Constitución estadounidense, y como contrapartida, el reconocimiento de diversas excepciones a dicha regla, que autorizan bajo ciertos requisitos la incorporación al juicio de elementos de prueba, a pesar de los vicios imputados a su obtención.

En Chile, la recepción de las excepciones a la regla de exclusión aceptadas por la Corte Suprema estadounidense se ha asentado en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Su incorporación (muchas veces acrítica), ha contribuido a que los

* Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile (c.correa@uai.cl). Agradezco los valiosos aportes, correcciones y sugerencias de los evaluadores anónimos, y especialmente al profesor Juan Pablo Aristegui Spikin por la traducción al inglés del artículo. Artículo recibido el 25 de septiembre de 2017, aceptado para su publicación el 28 de noviembre de 2017.

tribunales hayan soslayado las particularidades que ellas presentan, ya sea en lo referido a los presupuestos materiales que posibilitan su aplicación, o incluso en lo relativo a su compatibilidad con nuestra legislación positiva.

Teniendo en cuenta que el sistema en el cual dichas excepciones fueron originalmente concebidas posee una estructura distinta a la chilena, propia de la tradición del derecho continental, su recepción en nuestro proceso penal, requiere a lo menos de una justificación especial que permita validar (o descartar) su aplicación en un contexto jurídico diferente. La recepción en Chile de la “buena fe del agente”, como excepción a la aplicación de la regla de exclusión probatoria resulta en este sentido especialmente problemática. A ello dedicaremos los siguientes acápite.

1. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y SUS EXCEPCIONES. NOCIONES GENERALES

Uno de los desarrollos jurisprudenciales estadounidenses más relevantes en el ámbito procesal penal, corresponde sin lugar a dudas a la llamada regla de exclusión [*exclusionary rule*] y su derivación lógica, la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado [*fruits of the poisonous tree doctrine*].

Como se adelantó, el impacto de dicha regla –reconocida por la Corte Suprema estadounidense originalmente en 1914 y perfeccionada por dicho tribunal en los años siguientes– ha incidido no sólo en el tratamiento que el derecho estadounidense le ha asignado a la temática entre nosotros conocida como “prueba ilícita”, sino que además ha influido directamente en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del tema en sistemas jurídicos foráneos, entre los que cabe incluir a Chile.

Desarrollada originalmente por el máximo tribunal estadounidense en el año indicado, a partir de la sentencia *Weeks v. U.S.*,¹ la regla de exclusión sanciona con la inadmisibilidad ante un tribunal con competencia penal, aquellos medios de prueba obtenidos por funcionarios persecutores mediando una vulneración de las garantías contenidas en la IV (protección contra detención, allanamiento e incautación ilegal), V (protección contra la autoincriminación y doble persecución), VI (procedimiento justo, fundamentalmente derecho a ser asistido por un abogado) o XIV (debido proceso) enmiendas a la Constitución estadounidense.²

Pocos años después de *Weeks*, en *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*³ la Corte Suprema estadounidense amplió los efectos de la mencionada regla, incluyendo dentro de la prueba susceptible de ser excluida no sólo aquella *directamente* obtenida en virtud de diligencias que lesionan alguna de las garantías mencionadas, sino además aquella

1 Vid. *Weeks v. U.S.* (1914); *Nardone v. U.S.* (1939); *Mapp v. Ohio* (1961); *Wong Sun v. U.S.* (1963); *Segura v. U.S.* (1984); *Nix v. Williams* (1984).

2 Vid. CORREA (2016), pp. 161 y ss.

3 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920).

prueba *derivada* de una ilicitud, esto es, prueba causalmente vinculada con una infracción de garantías. Al dictaminar la Corte Suprema en aquella oportunidad que “[l]a esencia de que una norma prohíba obtener prueba de cierta manera, no es sólo que la prueba así adquirida no será usada ante el tribunal, sino que no será utilizada del todo”,⁴ se reconoció por vez primera la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado, cuya recepción –como adelantamos– ha superado las fronteras de su país de origen, alcanzando desde hace algunos años la jurisprudencia⁵ y doctrina chilena.⁶

El momento del nacimiento de la teoría de los frutos del árbol envenenado significó simultáneamente el comienzo de las sucesivas limitaciones que la jurisprudencia estadounidense –a lo largo del siglo XX– ha progresivamente impuesto a su aplicación. En efecto, ya en *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* señalaba el máximo tribunal que “[p]or supuesto que esto (la doctrina de los frutos del árbol envenenado) no significa que los hechos así conocidos se vuelven sagrados e inaccesibles. Si su conocimiento es obtenido a partir de una fuente independiente, se los puede probar como a los demás hechos [...]”.⁷ Con dicho pronunciamiento nacía la primera de las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado, la excepción de la fuente independiente [*independent source exception*].

Por medio de esta excepción, se autoriza la inclusión en el proceso penal de material probatorio cuestionado, en tanto se acredite que éste tiene su origen en una fuente independiente claramente distinguible de la infracción de garantías invocada. Siendo en estos casos la obtención de la prueba reconducible a un acto jurídicamente irreprochable, no se encuentra la prueba cuestionada *realmente* envenenada.⁸ Así, resulta coherente sostener que la excepción de la fuente independiente no representa propiamente una excepción a la regla de exclusión o respectivamente a la doctrina de los frutos, sino que más bien indica, como se ha sostenido acertadamente en nuestro país,⁹ la falta de presupuestos materiales que permitan fundamentar su aplicación.

4 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920), p. 392.

5 Vid. *contra C.C.D.* (2015); *contra Villanueva* (2015); *contra Carrasco* (2015); *contra Nazar* (2015); *contra Encina* (2014); *contra Apablaza* (2014); *contra Maripán* (2014); *contra Castro* (2014); *contra Navarrete* (2013); *contra Fuentes y otros* (2012); *contra González y otros* (2010); *contra Furlong y otros* (2010); *contra Sanhueza* (2007).

6 HERNÁNDEZ BASUALTO (2005), pp. 76 y ss.; ZAPATA GARCÍA (2004), pp. 29 y s.; HORVIZ LENNON / LÓPEZ MASLE (2004), p. 219; CHAHUÁN SARRAS (2016), p. 263; CERDA SAN MARTÍN (2010), pp. 157 y ss.; CORREA (2016), pp. 161 y ss.

7 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920), p. 392. Ver además: *Sutton v. U.S.* (1959); *Burke v. U.S.* (1964); *Segura v. U.S.* (1984); *U.S. v. Crews* (1980); *U.S. v. Wade* (1967); *Costello v. U.S.* (1961); *Bynum v. U.S.* (1960); *Lawn v. U.S.* (1958).

8 “La regla de exclusion no tiene aplicación (cuando) el Estado ha tomado conocimiento de la evidencia a partir de una fuente independiente” *Wong Sun v. U.S.* (1963), p. 487; *U.S. v. Houlton* (1978). En la literatura, vid. GOLDEN (1998), p. 98; JONES (1967), p. 18 nota al pie 7; KILLIAN (1982), p. 155; OSSENBERG (2011), p. 106; SK-ROGALL (2016), §136 a, número marginal 116.

9 En la doctrina: HERNÁNDEZ BASUALTO (2005), pp. 22, 77 y ss.; CORREA (2016), pp. 161 y ss. En la jurisprudencia: *contra Fuentes* (2010).

La segunda gran excepción a la regla de exclusión corresponde a la excepción del vicio purgado [*purged taint exception*], también conocida como excepción del vínculo atenuado [*attenuated connection exception*]. Esta fue originalmente concebida en la sentencia de 1939, *Nardone v. U.S.* y décadas después delimitada y precisada en *Wong Sun v. U.S.*¹⁰ Por medio de esta excepción, la Corte Suprema estadounidense ha admitido la inclusión en juicio de aquella prueba obtenida con infracción de garantías, pero cuyo vínculo con la obtención antijurídica se ha atenuado suficientemente, gracias a un acontecimiento posterior a la obtención primera. En estos casos, ya no resultará posible –normativamente– hablar de un vínculo entre ilicitud y obtención de prueba. En palabras de la Corte Suprema: “La regla (de los frutos del árbol envenenado) no tiene aplicación cuando la conexión entre la conducta antijurídica del agente policial y la obtención de la evidencia cuestionada, resulta tan atenuada que se consigue disipar el vicio”.¹¹

Años después, en 1984, la Corte Suprema en *Nix v. Williams* aceptó por primera vez la aplicación de una tercera excepción a la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la llamada excepción del descubrimiento inevitable [*inevitable discovery exception*]. Por medio de esta, el máximo tribunal admite la inclusión en juicio de aquella prueba causalmente derivada de una infracción de garantías constitucionales, pero cuya obtención conforme a derecho resultare, atendida la existencia de un curso causal hipotético lícito más no realizado, esperable.¹²

El reconocimiento de parte de la jurisprudencia estadounidense de la regla de exclusión y de las referidas excepciones a su aplicación, han permitido armonizar las distintas finalidades (contrapuestas) que subyacen al proceso penal.¹³ Así, junto a la protección de garantías constitucionales consagradas a favor del imputado, se ha buscado asegurar el interés de la sociedad en la correcta averiguación de la verdad y la consecuente condena a los culpables,¹⁴ resguardando con ello el correcto funcionamiento del sistema de justicia penal.¹⁵

10 *Nardone v. U.S.* (1939); *Wong Sun v. U.S.*, (1963). Cfr. KILLIAN (1982), p. 155.

11 *Wong Sun v. U.S.* (1963), p. 487. Cfr. *Nardone v. U.S.* (1939).

12 *Nix v. Williams* (1984); *Brewer v. Williams* (1977); *Wayne v. U.S.* (1963). En la literatura, vid. AMBOS (2010), p. 134; HARRIS (1991), pp. 315 y 317; OSSENBERG (2011), p. 107; PITTSCH (2009), p. 409.

13 Como se señaló en *Nardone v. U.S.* (1939): “En la persecución de delitos, toda pretensión de excluir prueba lógicamente relevante se ve fuertemente impedida. Debe estar justificada sobre la base de una política pública preponderante y encontrarse expresada en la Constitución. En un conflicto como el que está ahora ante nosotros, debe armonizarse dos preocupaciones contrapuestas: por un lado, la estricta aplicación de la ley penal y por otro lado, la protección de ese campo de privacidad que la Constitución y las leyes han dejado libre, pero que puede ser infringido ya por celo, o determinación” (p. 340). Cfr. HARRIS (1991), p. 313.

14 Cfr. PITTLER (1968), p. 586.

15 En palabras del juez Wright: “[...] no podemos ignorar la seguridad pública en nuestro intento por corregir la mala conducta policial. [...] Sin duda, [la regla de exclusión] sería el disuasivo de interrogatorios ilegales más eficaz, pero su costo para la sociedad es demasiado alto. *Killough v. U.S.* (1962) (voto concurrente).

Las tres excepciones antes mencionadas representan aquellas que gozan de mayor reconocimiento y aceptación aún fuera de las fronteras del derecho estadounidense, validándose su aplicación en países de tradición jurídica continental como Chile. Los motivos que permiten validar o descartar el reconocimiento de las tres excepciones referidas en nuestro país, excede del marco del presente trabajo y será desarrollado en otra oportunidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado excepciones adicionales a la aplicación de la regla de exclusión, cuyo reconocimiento y aplicación en el derecho comparado resulta especialmente controvertido. Una de ellas corresponde precisamente a la excepción de la buena fe [*good faith exception*], cuyo contenido, alcance y límites analizaremos a continuación.

2. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

La Corte Suprema estadounidense ha rechazado la exclusión de elementos probatorios obtenidos con infracción de garantías contenidas en las referidas enmiendas a la Constitución, en aquellos casos en los cuales los funcionarios persecutores actuaron de buena fe, esto es, incurriendo en un error respecto de la ilicitud de su actuación destinada a obtener material probatorio.

El origen remoto de la excepción de la buena fe por parte del máximo tribunal estadounidense puede encontrarse en el voto disidente expuesto por el juez White en *Stone v. Powell*, quien en aquella sentencia de 1976 manifestó que la regla de exclusión “debiera ser sustancialmente modificada de modo de evitar su aplicación en aquellos numerosos casos en que la prueba en cuestión ha sido obtenida por un funcionario que ha actuado sobre la base de una creencia de buena fe en que su conducta se ajustaba al derecho vigente, contando con fundamentos razonables para tal creencia”.¹⁶

La recepción de la excepción de buena fe por parte de la mayoría de la Corte se produjo algunos años más tarde, en *U.S. v. Leon*, cuya opinión mayoritaria fue igualmente redactada por el juez White.¹⁷

Los hechos del caso son los siguientes: en agosto de 1981 la policía del Estado de California recibió información que incriminaba a dos presuntos traficantes de drogas. A partir de dichos antecedentes, personal policial comenzó un trabajo de vigilancia en los domicilios de los imputados, generando un registro de las personas que visitaban diariamente el inmueble. A partir de los antecedentes recabados, uno de los agentes participantes en la operación dirigió al juez un *affidavit*, emitiendo posteriormente el juez la respectiva orden de registro. Provisos de dicha autorización, personal de la policía llevó a cabo el ingreso y registro del domicilio indicado, obteniendo múltiples elementos probatorios incriminatorios.

¹⁶ *Stone v. Powell* (1976) (voto disidente del Juez White).

¹⁷ *U.S. v. Leon* (1984).

Tiempo después, se determinó que la información en virtud de la cual fue solicitada la orden de ingreso y registro judicialmente emitida provenía de fuentes no suficientemente corroboradas por la policía. De este modo, los antecedentes con los que contaba la policía entonces no permitían satisfacer el estándar necesario (*probable cause*) exigido para emitir una autorización judicial: la orden de entrada y registro adolecía de un vicio de validez.

En consecuencia, habiendo la policía ingresado al domicilio del imputado sin contar con una orden válidamente emitida, su actuar vulneró la garantía contenida en la IV Enmienda, destinada a proteger a los ciudadanos contra registros e incautaciones arbitrarias. Aplicando la regla de exclusión, el material probatorio incautado a partir de dicha actuación resultaba susceptible de ser excluido. Pese a ello, la Corte Suprema desestimó la exclusión de la prueba argumentando que la diligencia de entrada y registro –pese a su ilegalidad– habría sido ejecutada por funcionarios de la policía actuando de buena fe. Ese sería el nacimiento de la llamada excepción de la buena fe en el derecho estadounidense.

A este respecto, resolvió el máximo tribunal:

Nuestras decisiones han reconocido consistentemente que la aplicación irrestricta de la sanción de exclusión de prueba a fin de realizar los ideales de la rectitud estatal, obstaculizaría de manera inaceptable las funciones de búsqueda de la verdad del juez y el jurado. Una cuestionable consecuencia colateral de la interferencia en la función de búsqueda de la verdad del sistema de justicia penal, es que algunos imputados culpables saldrán libres o recibirán una sentencia reducida como resultado favorable de admitir su responsabilidad [*plea bargains*]. En particular, cuando los funcionarios policiales han actuado en objetiva buena fe, o sus transgresiones han sido menores, la magnitud del beneficio concedido a esos imputados culpables lesiona ciertos conceptos fundamentales del sistema de justicia penal.¹⁸

Precisamente, en consideración a los referidos efectos perniciosos que puede traer la aplicación de la regla de exclusión para la eficacia del sistema de persecución criminal, resolvió la Corte modificar la regla de exclusión “para permitir la incorporación de prueba obtenida sobre la base de una razonable creencia de buena fe en que el registro o la incautación ocurrió de conformidad a la Cuarta Enmienda”.¹⁹

Ahora bien, contrario a lo que se podría pensar la excepción de buena fe del agente reconocida por la Corte Suprema no fue originalmente concebida para subsanar cualquier clase de vicio del que pudiese adolecer la obtención de material probatorio. Por el contrario, en *Leon* la Corte fue clara en señalar que “no hemos reconocido en ninguna forma una excepción de buena fe a la regla de exclusión de

¹⁸ *U.S. v. Leon* (1984), pp. 907 y s.

¹⁹ *U.S. v. Leon* (1984), p. 909.

la Cuarta Enmienda”:²⁰ el reconocimiento de la buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión se limita desde entonces al supuesto específico de aquel policía que ejecuta una orden de entrada y registro emitida por un juez, a pesar de no satisfacerse en la especie el estándar de “causa probable” estándar probatorio necesario para expedir judicialmente la referida orden en los EE.UU.²¹

Respecto de esta situación puntual, sostuvo la Corte “nuestra evaluación de los costos y beneficios de la eliminación de evidencia física confiable, obtenida por funcionarios que razonablemente basaron su actuar en una orden judicial emitida por un magistrado imparcial y neutral, conduce a la conclusión de que esa evidencia debe ser admitida en la persecución del caso en cuestión”.²²

La buena o mala fe del agente debe ser analizada en cada caso –prosigue la Corte– en base a parámetros objetivos; en concreto, a partir de la presencia de una orden de ingreso presumiblemente válida: “Cuando los funcionarios han actuado en cumplimiento de una orden judicial, la fiscalía normalmente debería ser capaz de demostrar su buena fe objetiva, sin hacer al tribunal incurrir en un gasto significativo de tiempo”.²³

Tras *Leon*, la Corte Suprema amplió –de manera muy limitada– la aplicación de esta excepción, dando pie a su reconocimiento además en aquellos casos en los cuales una orden de ingreso adolece de defectos meramente formales, como errores tipográficos.²⁴

La aceptación general de esta excepción más allá de los límites referidos, resulta en el sistema estadounidense a lo menos problemática. Como se ha sostenido,²⁵ la aplicación de esta excepción fuera de los márgenes indicados podría conducir –por ejemplo– a que las autorizaciones judiciales requeridas para efectuar determinadas diligencias probatorias no sean controladas ni examinadas debidamente, a sabiendas que un error a este respecto podría restar sin sanción procesal al no derivar en una exclusión.

3. JUSTIFICACIÓN MATERIAL DE LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El fundamento esgrimido por la Corte Suprema estadounidense para justificar la excepción de buena fe se relaciona directamente con la disuasión [*deterrence*]; interés de disuadir a los agentes persecutores por medio de la exclusión probatoria,

20 *U.S. v. Leon* (1984), p. 913.

21 *U.S. v. Leon* (1984). Cfr. PITSCH (2009), p. 381; ROGALL (1995), p. 124 y ss.

22 *U.S. v. Leon* (1984), p. 913.

23 *U.S. v. Leon* (1984), p. 926.

24 *Massachusetts v. Sheppard* (1984).

25 Al respecto en la jurisprudencia: *Nix v. Williams* (1984). En la doctrina: GOLDEN (1998), p. 101; HARRIS (1991), p. 314.

de cometer nuevas infracciones de garantías al momento de obtener elementos de prueba. Dicha finalidad ha sido reiteradamente reconocida por el máximo tribunal como justificación –hoy en día exclusiva– del reconocimiento y aplicación de la regla de exclusión probatoria.²⁶

De este modo, en aquellos supuestos en los cuales los agentes persecutores actúan de buena fe al momento de obtener un elemento de prueba, desconociendo la antijuridicidad de su conducta, no sería necesario a su respecto –pese a la vulneración de garantías efectivamente cometida– prevenir futuras infracciones de garantías: su actuación, al menos en su fuero interno, se ajustó en todo momento a derecho. A este respecto, la Corte Suprema –incluso antes de *Leon*– había señalado:

La finalidad disuasoria de la regla de exclusión necesariamente asume que los funcionarios policiales han incurrido en una conducta deliberada, o a lo menos negligentemente, que ha privado al imputado de algún derecho. Al rechazar la admisión de evidencia obtenida como resultado de tal conducta, los tribunales esperan inculcar en esos funcionarios en particular, o en sus futuros colegas, un mayor grado de cuidado hacia los derechos del acusado. Sin embargo, allí donde la conducta del funcionario ha sido realizada completamente de buena fe, ese fundamento disuasorio pierde gran parte de su fuerza.²⁷

La buena fe del agente es entonces indiciaria de la falta de conciencia de antijuridicidad de parte de la policía al momento de obtener (ilegalmente) un determinado medio de prueba, derivando en la falta de necesidad de aplicar la regla de exclusión en el caso específico. Como corolario de lo anterior, sostuvo la Corte en *Leon*: “concluimos que los marginales o inexistentes beneficios producidos por la exclusión de la evidencia obtenida basándose razonable y objetivamente en una orden de registro subsecuentemente invalidada, no puede justificar los significativos costos de la exclusión probatoria”.²⁸

La falta de necesidad de disuasión como fundamento de la excepción de buena fe se extiende no sólo a los agentes persecutores que actuaron sin conciencia de su ilicitud, sino además al juez que expidió una autorización improcedente. La posibilidad de excluir prueba en estos casos, fundada en la eventual necesidad de disuadir al juez que erróneamente emitió la orden, resulta igualmente innecesaria. A este respecto, la Corte sostuvo en *Leon* “no alcanzamos a discernir base alguna (...) para creer que la exclusión de la evidencia incautada en cumplimiento de una orden judicial tendrá un efecto disuasivo relevante sobre el magistrado que emitió la orden”.²⁹

26 *Nix v. Williams* (1984); *Stone v. Powell* (1976); *U.S. v. Janis* (1976); *People v. Cahan* (1955). Cfr. En la doctrina: OSSENBERG (2011), p. 75; ROGALL (1995), p. 125.

27 *Michigan v. Tucker* (1974), p. 447; *U.S. v. Peltier* (1975). Cfr. *U.S. v. Leon* (1984); *Massachusetts v. Sheppard* (1984). En la literatura: HARRIS (1991), p. 314; PITSCH (2009), p. 381.

28 *U.S. v. Leon* (1984), p. 922.

29 *U.S. v. Leon* (1984), p. 916. Por el contrario, aquel efecto disuasivo atribuido a la exclusión de prueba sí será necesario –sostiene la Corte Suprema– en aquellos casos en los cuales el error judicial

En síntesis, para que opere la excepción de buena fe en los Estados Unidos, el defecto que incide en la obtención probatoria debe tener su origen en una actuación del juez, específicamente en lo referido al cumplimiento del estándar probatorio necesario para expedir una orden de ingreso y registro. Asimismo, la policía deberá obrar en desconocimiento que su actuar dirigido a la obtención de material probatorio se encuentra viciado por un defecto en la expedición de la orden, atribuible al juez.

A contrario sensu, los vicios cometidos por personal de la policía al momento de obtener material probatorio, independientemente del conocimiento que el funcionario involucrado tenga de la antijuridicidad de su actuación, no resultan susceptibles de ser saneados por esta vía: su exclusión resulta necesaria en orden a disuadir a los funcionarios de vulnerar garantías a futuro.

Como se verá, la distinción precedente resulta fundamental para entender el problema que subyace la deficiente recepción por parte de nuestra Corte Suprema de la doctrina reconocida en *Leon*.

La excepción de la buena fe constituye quizás el más claro ejemplo de la forma en la cual opera en la práctica la regla de exclusión en el sistema estadounidense. En efecto, la aplicación de la regla y su contracara, las excepciones a la misma, muestra que la decisión judicial sobre la inclusión de la prueba invocada no se resuelve de manera mecánica,³⁰ sino que aplicando –caso a caso– un procedimiento complejo, cuyos resultados finalmente conducirán a la incorporación o exclusión de un determinado medio de prueba.

4. LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, nuestra Corte Suprema ha reconocido en múltiples oportunidades la aplicación en el proceso penal chileno de las tres grandes excepciones a la regla de exclusión antes mencionadas. De este modo, y sin mayor explicación,³¹ el máximo tribunal ha rechazado acoger recursos

cometido el expedir una orden resulta tan grosero, que no sólo importa un verdadero abandono del juez respecto de su función, sino que además constituye una orden que ningún policía debiese seguir. Lo anterior se manifiesta en *Lo-Ji Sales, Inc. v. New York* (1979), oportunidad en la cual la expedición de la orden de ingreso y registro carece de cualquier fundamento, al no indicar de modo alguno los objetos que se deberán incautar.

30 Como acertadamente sostuvo la Corte Suprema en *McGuire v. U.S.* (1927): “[la] persecución penal de un delito es algo más que un juego en el que el Estado puede ser vencido en jaque mate simplemente debido a que sus funcionarios no han jugado conforme a las reglas” (p. 99).

31 La recepción de dichas excepciones como aplicables al caso chileno por parte de la jurisprudencia (independientemente de lo acertado o desacertado de ello), requiere ante la ausencia de razones de texto, de una justificación adicional. Dicho estudio, pese a su enorme relevancia, excede del alcance de este trabajo y será analizado en otra oportunidad.

de nulidad en los que se alega por parte de la defensa una infracción de garantías con motivo de la obtención de material probatorio, en aquellos casos en los cuales la prueba impugnada no se encuentra causalmente vinculada a una infracción de garantías,³² cuando un descubrimiento hipotético conforme a derecho hubiese resultado inevitable,³³ o bien en aquellos supuestos en los cuales el vínculo entre la vulneración de garantías y la obtención probatoria aparezca suficientemente atenuado.³⁴

Asimismo, como veremos en seguida, nuestra Corte Suprema se ha decantado mayoritariamente por el reconocimiento de la buena fe del agente, tanto como excepción a la aplicación de la regla de exclusión probatoria, como también de la llamada teoría de los frutos del árbol envenenado,³⁵ no controvirtiendo como consecuencia de ello, la valoración que el tribunal del fondo efectúa de aquella prueba vinculada a una (genérica) actuación de buena fe.

A continuación, se examinarán los distintos fallos en los cuales la Corte Suprema (y excepcionalmente la Corte de Apelaciones de San Miguel) se ha pronunciado sobre la excepción de buena fe, analizando en primer término los casos en que nuestro máximo tribunal ha reconocido la validez de dicha excepción, finalizando con aquella sentencia en que ésta ha sido rechazada.

- *contra Arévalo*

En un proceso seguido por el delito de violación con homicidio, funcionarios policiales premunidos de una orden amplia de investigar, procedieron a ir en busca del imputado, trasladándolo desde su domicilio hasta las dependencias de un cuartel policial. Atendida la falta de indicios que permitiesen entonces vincular al imputado con la comisión de un delito, el encartado fue interrogado en el referido cuartel por funcionarios de Carabineros en calidad de testigo. En consecuencia, dicha declaración (no registrada) fue prestada por el imputado –en tanto formalmente testigo- sin habersele informado previamente de sus derechos y sin asistencia de un abogado defensor. La diligencia se prolongó por varias horas, hasta confesar finalmente el sospechoso haber dado muerte a la víctima, siendo posteriormente trasladado al lugar donde –según manifestó– procedió a enterrar al cadáver.

8 horas después de los hechos descritos, el imputado accedió a prestar una nueva declaración, esta vez ante la presencia del fiscal y previamente advertido de sus derechos. En dicha oportunidad, el imputado reconoció nuevamente su autoría en el delito por el cual resultó finalmente condenado, narrando detalles adicionales referidos a la comisión del mismo (Considerando 4°).

32 Vid. *contra C.C.D.* (2015); *contra Furlong y otros* (2010); *contra Sanhuesa* (2007).

33 Vid. *contra C.C.D.* (2015); *contra Formantel* (2014); *contra Orellana* (2013). Véase además: *contra Molina* (2008).

34 Vid. *contra Arévalo* (2013); *contra López* (2011); *contra Furlong y otros* (2010).

35 Al respecto vid. CORREA (2016), pp. 159-176.

En la sentencia condenatoria pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal, pese a constatar los jueces del fondo la presencia de una vulneración de garantías referida a la primera declaración, resolvieron dotar de valor probatorio a la segunda declaración, estimando que en la especie se habría producido el denominado vínculo atenuado, generando –en palabras del tribunal– un “sancamiento de la nulidad”. En efecto, dado que la segunda declaración del imputado habría tenido lugar una vez advertido de sus derechos y en presencia del fiscal, el vicio efectivamente cometido por la policía anteriormente, habría sido sancionado.

En contra de la sentencia condenatoria, interpuso la defensa recurso de nulidad fundado en las causales establecidas en los art. 373 letra a) y art. 374 letra e) en relación al art. 342 letra c) y 297 CPP. Respecto de la primera causal de nulidad invocada –relevante para los efectos de este trabajo– sostuvo la defensa que al valorar el tribunal tanto las declaraciones prestadas en juicio por los funcionarios presentes al momento en que tuvo lugar la primera declaración, como toda la prueba derivada de aquella, se habría violado en la especie la garantía del debido proceso, concretizada en la vulneración al derecho a no autoincriminación del cual es el imputado titular.

Rechazando el primer fundamento del libelo de nulidad, la Corte Suprema adhirió a lo sostenido por el tribunal de juicio oral en orden a reconocer que, si bien la conducta desplegada por los policías sin autorización del fiscal (primer interrogatorio y posterior hallazgo del cadáver) sería efectivamente ilícita (Considerando 6°), dicha conclusión sería “excesiva”, pues “desatiende el origen de la indagación”. Al respecto, el máximo tribunal recalcó que las diligencias de investigación llevadas a cabo por la policía se enmarcaron en el contexto de una investigación por presunta desgracia, destinada a dar con el paradero de una persona desaparecida. En este contexto, al momento en que tuvo lugar el primer interrogatorio al imputado, este –se sostuvo– “no podría ser sospechoso de delito alguno”. De este modo, continúa la Corte, la conducta desplegada por la policía se enmarcaría dentro de una de las excepciones a la exclusión de prueba ilegal, a saber, la de buena fe.

En relación a dicha excepción, manifestó el máximo tribunal (Considerando 6°), que habiendo sido trasladado el imputado al cuartel policial en calidad de testigo, al momento de obtener los funcionarios aprehensores la información incriminatoria habrían actuado de buena fe. Argumenta además la Corte, que al decidir el imputado hablar de lo sucedido, confesando (ya desde su primera frase) la comisión de un delito, sorprende a los funcionarios policiales. Hasta ese momento –reitera la Corte– los policías estaban actuando de buena fe.

Como argumento adicional para rechazar la primera causal de nulidad, validó la Corte –siguiendo al tribunal de juicio oral– la inclusión de prueba objetada por la defensa, en base a la doctrina del vínculo atenuado. Dicha excepción a la regla de exclusión probatoria se habría configurado al ratificar el imputado sus declaraciones incriminatorias originales, esta vez previa lectura de sus derechos y tras haberse entrevistado con su abogado defensor. En este sentido, señaló la Corte (Considerando 6°) que el imputado al momento de prestar su segunda declaración habría sido

informado de sus derechos y en específico del derecho a contar con un abogado defensor, decidiendo libremente no hacer uso de éste al momento de declarar.

- *contra Catalán*

Pocas semanas tras la dictación de la sentencia antes referida, el máximo tribunal aceptó nuevamente (considerando 7°) reconocer la buena fe del agente como criterio determinante para validar, excepcionalmente, prueba obtenida con infracción de garantías en el proceso penal.

En un proceso seguido por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, la defensa del condenado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva fundado en la causal establecida en el art. 373 letra a) del Código Procesal Penal. En su recurso, denuncia la defensa una infracción al debido proceso, al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar, reconocidos en el artículo 19 N° 3, 4 y 5 de la Constitución Política, como asimismo en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 17 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal.

El procedimiento llevado cabo por los funcionarios policiales y que culmina con la detención del sentenciado, se inicia a partir de denuncias anónimas en las que se sindicaba al imputado Catalán como vendedor de droga. Producto de ello, la policía procedió a fiscalizar al individuo en las afueras de su domicilio, constatando que portaba una bolsa con una sustancia blanca, la que finalmente resulta positiva para clorhidrato de cocaína. Minutos después, personal de Carabineros regresa al domicilio del acusado, realizando una diligencia de entrada y registro en la cual incauta diversos envoltorios con pequeñas cantidades de droga. La policía –se sostiene en la sentencia– habría *entendido* que al momento de ingresar al domicilio se encontraría en situación de flagrancia.

En la especie se impugnó por parte de la defensa la inclusión y posterior valoración por parte del Tribunal, del material probatorio obtenido a partir del ingreso de la policía al domicilio del imputado, llevado a cabo sin autorización judicial y sin que objetivamente se configure una situación de flagrancia que autorice dicha diligencia.

Al respecto, la Corte Suprema respaldó la valoración de prueba obtenida producto del ingreso no autorizado efectuada por el tribunal oral, atendido la presencia de múltiples “signos evidentes”, que indicarían la comisión de un delito en el domicilio del acusado. Al respecto sostuvo la Corte que si bien la interpretación de dichos indicios “no resulta en extremo categóricos como fuera deseable en el proceder regular de las policías”, daría cuenta de “una actuación de buena fe de los funcionarios” entendida ésta como “evidencia de la flagrancia que les autorizaba el acceso al domicilio del sujeto investigado”.

De este modo, la Corte finalmente rechazó el recurso intentado por la defensa, desestimando (Considerando 9°) la vulneración de garantías invocada, y aceptando como válida la incorporación y posterior valoración de la prueba controvertida.

- *contra Sanhueza*

Igualmente, el máximo tribunal consideró –pese a lo escueto del razonamiento entregado– aplicable la excepción que analizamos.

Al inicio de la investigación seguida por el delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, la policía habría procedido a controlar la identidad del acusado quien se habría negado a ello, siendo por ello esposado y subido al carro policial. Al llegar al cuartel, el imputado habría arrojado frente a una funcionaria de Carabineros, una bolsa que resultó contener 44 gramos de marihuana. La consecuente detención fue declarada ilegal por el Juzgado de Garantía.

Habiendo sido rechazada la solicitud de exclusión probatoria formulada en la oportunidad procesal correspondiente y sustentándose la sentencia condenatoria precisamente en dicha prueba (pese a la solicitud formulada por la defensa en el juicio oral, destinada a evitar su valoración), recurre la defensa de nulidad. Al respecto, invoca el recurrente una infracción de garantías fundamentales, justificada a partir de la valoración de la prueba de cargo, efectuada por el tribunal de juicio oral en lo penal a pesar de su obtención ilícita.

Al respecto, sostuvo la Corte (considerando 10°) en primer lugar que no existe una relación causal entre el (ilegal) control de identidad, y la posterior detención por flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía: el acusado en un acto voluntario, se habría desprendido de la droga que portaba y la habría arrojado al suelo en presencia de una funcionaria de Carabineros. Al respecto, sostuvo la Segunda Sala escuetamente “pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores”, sin dar más luces del contexto específico en el cual dicha actuación se enmarcaría.

- *contra Molina*

Conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución del Juzgado de Garantía que excluyó en la audiencia de preparación, prueba de cargo ofrecida por el ente persecutor aduciendo una infracción de garantías, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió (considerando 8°) confirmar la resolución apelada, argumentando que efectivamente la prueba objetada debe ser excluida del juicio oral en virtud de su obtención atentatoria de garantías fundamentales.

Respecto de la prueba derivada de la ilicitud acreditada, sostuvo el tribunal de alzada que igualmente debe ésta ser desestimada, por cuanto ella no es más que una consecuencia de la prueba ilícitamente obtenida. Al respecto, argumentó la Corte de Apelaciones en base a la “teoría de los frutos del árbol envenenado” que “siendo la prueba primigenia obtenida de manera ilícita, todo lo que es consecuencia de aquello también lo es”. Concluye la Corte señalando que la aplicación de dicha regla, deberá sin embargo desestimarse cuando “se ha obrado de buena fe, se ha judicializado el asunto o el descubrimiento ha resultado inevitable”, lo que en la especie no habría ocurrido.

- *contra Pino y otro*

Hasta ahora, la Corte Suprema ha rechazado explícitamente en sólo un fallo la procedencia de la doctrina de la buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión.

Mediante sentencia del 12 de abril de 2010, el máximo tribunal acogió un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados como autores del delito de robo por sorpresa. La causal de nulidad acogida corresponde a la consagrada en el art. 373 letra a) CPP, en conexión con la garantía del debido proceso reconocida en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política. La infracción invocada se fundamenta en el hecho de haber sido obtenida la prueba de cargo a partir del interrogatorio a los imputados llevado a cabo por un funcionario de Carabineros, diligencia que no se ajustó a los requerimientos establecidos al respecto en el art. 91 del CPP.

En el considerando 12° de la sentencia, sostuvo el máximo tribunal que la buena fe de un funcionario de Carabineros, no sufre el desconocimiento de la licitud de los procedimientos policiales, ni tampoco legitima actuaciones que se desarrollan en la creencia errónea de estar amparadas en órdenes amplias de investigar. Con ello, la Corte Suprema descartó que el desconocimiento de parte del policía en relación a la licitud de su actuar, pueda tener como consecuencia el saneamiento de la prueba efectivamente obtenida con infracción de garantías.

5. LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE EN LA DOCTRINA CHILENA

Contrario a la posición predominantemente favorable a la admisión de la excepción de buena fe en el derecho chileno sostenida por la Corte Suprema, la escasa doctrina ha mantenido una posición opuesta, decantándose la mayoría por rechazar su aplicación en nuestro país.

En su reconocido manual, López rechaza expresamente la aplicación de la excepción de buena fe en el derecho chileno.³⁶ Al respecto señala el autor que aceptar dicha doctrina como limitación a los alcances de la regla de exclusión no resulta posible en caso que –como propugna– se reconozca a dicha regla una función múltiple, que exceda del criterio de prevención o disuasión policial. Reconociendo López como uno de los fines perseguidos por la regla de exclusión el resguardo de la “integridad judicial”,³⁷ resulta para el autor lógico que la buena fe del agente no puede ser reconocida como una limitación real en nuestro sistema a la aplicación de la regla contenida en el art. 276 CPP.

En un sentido similar, recurre Hernández igualmente al fin de protección buscado por la regla de exclusión para sustentar su negativa a dar cabida a la excepción de

36 HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE (2004), p. 225.

37 HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE (2004), pp. 183 y ss. En idéntico sentido, vid. NUÑEZ OJEDA / CORREA ZACARÍAS (2017), p. 219.

buena fe en el ordenamiento chileno. Al respecto, argumenta el autor que dicha excepción no tiene cabida en nuestro sistema si se considera como función de la regla de exclusión el resguardo de las garantías fundamentales.³⁸ Como corolario de lo anterior, sostiene Hernández que una aceptación de la mencionada excepción conduciría finalmente a validar probatoriamente actuaciones judiciales ilegítimas atentatorias de garantías fundamentales.³⁹

Por su parte, ha sostenido escuetamente Díaz que la aceptación de la excepción de buena fe del agente importaría condicionar la ilicitud de una actuación vulneratoria de derechos fundamentales a “convicciones subjetivas del agente”, razón por la cual se decanta en contra de su aceptación.⁴⁰

La posición contraria ha sido sustentada exclusivamente por Cerda,⁴¹ quien de manera un tanto confusa, acepta –en principio– la aplicación de la mencionada excepción en Chile, aunque sólo mediando la concurrencia previa de ciertos requisitos. En este sentido señala el autor que “se trata de una excepción peligrosa que puede dar entrada (*sic*) a tal número de situaciones que pueden llegar a convertirse en la regla general”. Sin perjuicio de ello, reconoce que en caso de ser admitida en nuestro ordenamiento, “su uso debe ser cuidadoso y restringido a situaciones donde rechazar la prueba ilícita parece excesivo”. En concreto, el mencionado autor condiciona la aplicación de la excepción de buena fe del agente a una aplicación previa del principio de proporcionalidad, haciéndola depender de la gravedad de la actuación atentatoria de garantías fundamentales a partir de un examen de la “naturaleza de la violación y de su intensidad”.⁴²

6. CONTENIDO MATERIAL DE LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE DEL AGENTE EN EL DERECHO CHILENO

Determinar adecuadamente el contenido y alcance de la excepción de buena fe del agente, implica contraponer una obtención probatoria atentatoria contra reglas (fundamentalmente establecidas en el CPP) que prescriben el modo en el cual la evidencia deberá obtenerse, con el conocimiento de dicha ilicitud de parte del sujeto que realiza la acción destinada a recabar material probatorio.

En ese sentido, “actuar de buena fe” –en tanto concepto de contenido indeterminado– puede tener distintas manifestaciones, según el origen de la infracción a reglas de obtención de prueba acaecida.

38 HERNÁNDEZ BASUALTO (2005), p. 74.

39 HERNÁNDEZ BASUALTO (2005), p. 74.

40 DÍAZ GARCÍA (2003), p. 154.

41 CERDA SAN MARTÍN (2010), p. 165.

42 CERDA SAN MARTÍN (2010), p. 165.

Como mencionamos anteriormente, el alcance de la excepción en el derecho estadounidense es restringido. Ella se limita a purgar exclusivamente determinados errores cometidos por jueces en la expedición de órdenes de ingreso y registro y que finalmente inciden en la licitud de las actuaciones de la policía realizadas gracias a ellas; el funcionario, recordemos, siempre actuará en desconocimiento de la ilicitud de su actuación. En estos casos, reiteramos, el origen de la antijuridicidad en la obtención probatoria no se encuentra en el actuar del funcionario persecutor, sino que se remite más bien a un estadio anterior: a una autorización judicial viciada.

Por el contrario, como parece desprenderse de los supuestos de hecho referidos, en los casos en los cuales la buena fe ha sido reconocida por los tribunales chilenos el alcance que la Corte Suprema le ha asignado a la excepción parece ser mucho más amplio.

En efecto, de acuerdo al criterio sustentado mayoritariamente por el máximo tribunal en los fallos analizados, actuará amparado por la excepción de buena fe aquel funcionario que desconoce que el modo en que lleva a cabo una actuación dirigida a la obtención de material probatorio, infringe los requisitos específicos consagrados por el legislador para su procedencia. Por ejemplo, en *contra Arévalo* yerran los funcionarios policiales mismos respecto de la calidad de imputado que detentaría el supuesto testigo, infringiendo con ello el art. 7°, en relación a los arts. 93 y ss. CPP. Asimismo, en *contra Catalán* al ingresar los policías al domicilio del imputado bajo la equivocada creencia que en la especie concurrían hipótesis de flagrancia que autorizarían dicha diligencia, infringieron con su actuar los arts. 129 y s., y 205 y ss. del CPP, que regulan el ingreso de los funcionarios policiales a lugares cerrados.

Si extendemos el campo de aplicación de la excepción a los supuestos recién descritos, surge una interrogante ineludible: ¿es posible aún hablar de buena fe del agente, cuando el origen de la infracción a reglas de obtención probatoria es precisamente atribuible a su actuar, y no al de un juez?

En EE.UU. la respuesta a dicha interrogante es negativa. Como señalamos, los supuestos de aplicación de la excepción de buena fe de parte de la jurisprudencia norteamericana limitan su procedencia exclusivamente a aquellos casos en los cuales el error no se origina de una actuación del funcionario que realiza la diligencia, sino de una resolución judicial y específicamente una orden de ingreso y registro expedida sin cumplir con los requisitos legales para ello. Atendido que en estos casos el funcionario persecutor no ha contribuido a generar el error, sino que más bien no se ha percatado de éste, su actuar es indiciario de una conducta que —a juicio de la Corte Suprema— no resulta merecedora de sanción por vía de exclusión. La finalidad pública en una eficiente averiguación de la verdad se sobrepone en estos casos, a la (discutible) necesidad de corregir conductas futuras de funcionarios persecutores que simplemente toleraron por desconocimiento, una ilicitud cuyo origen les es completamente ajeno.

Por lo anterior, extender la aplicación de la excepción de buena fe a supuestos donde origen del vicio recae directamente en el policía (y no en el juez), como ha

aceptado reiteradamente nuestra Corte Suprema, importa dejar sin sanción procesal infracciones de garantías cuyo saneamiento por esta vía, incluso en EE.UU., no encuentra cabida.

7. LA DOCTRINA DE LA BUENA FE DEL AGENTE Y SU VÍNCULO CON LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

De lo expuesto anteriormente, el lector atento se habrá percatado de la estrecha relación existente entre el reconocimiento (o rechazo) de la excepción de buena fe del agente, y la finalidad que se le reconoce a la regla de exclusión probatoria, ya sea en Estados Unidos como en Chile. En efecto, las justificaciones esgrimidas a favor o en contra de la aplicación de dicha excepción, discurren en gran medida sobre su compatibilidad o incompatibilidad con una determinada finalidad perseguida por la regla de exclusión, de lo cual derivan su aceptación o rechazo.

En este sentido, si se le reconoce a la regla de exclusión establecida en el art. 276 inc. 3° CPP una función eminentemente preventiva dirigida a disuadir a funcionarios policiales de cometer nuevas infracciones al obtener prueba,⁴³ como sucede en el derecho estadounidense (*deterrence*), resulta una consecuencia lógica analizar al momento de decidir la exclusión o inclusión de un medio de prueba, la conducta y el conocimiento de la ilicitud del posible destinatario de la sanción.

Bajo esta justificación, el policía que con su actuar *genera* la vulneración a una garantía protegida por el ordenamiento, será –mercidamente- destinatario de una sanción dirigida en principio (e independiente de la real incidencia práctica que de ello se obtenga⁴⁴) a disuadirlo de cometer nuevamente la misma infracción. La aplicación de dicha sanción procesal debiese ser la tónica tanto respecto de infracciones dolosas como imprudentes generadas por actuaciones de la policía al obtener material probatorio.

Por el contrario, aquella prueba obtenida por un policía mediando objetivamente una infracción de garantías, pero cuyo origen se retrotrae a un estadio anterior a la diligencia realizada (v.gr. la expedición de una resolución judicial viciada), debiese ser razonablemente evaluada de forma distinta. Desde luego, si el policía sabe que la orden judicial adolece de un vicio, su conducta en caso alguno se encontrará justificada: su actuación ya no estará revestida de buena fe. Por el contrario, en caso que el policía desconozca el defecto que subyace a la autorización judicial emitida,

43 En el derecho chileno sustenta esta posición DONOSO BOASSI (2008), p. 36, y parcialmente HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE (2004), pp.186 ss., quienes atribuyen a la regla de exclusión una doble función: el mencionado efecto preventivo en conjunto con el resguardo de la “integridad jurídica”.

44 Las investigaciones llevadas a cabo por OAKS (1970), pp. 672 y 755, demuestran que no existen antecedentes empíricos sólidos que permitan constatar que la regla de exclusión estadounidense ha incidido en el actuar de la policía, generando en ésta el efecto disuasivo buscado. A partir de ello, POSNER (1982), 635 y ss., ha propuesto en base a un análisis económico del Derecho sustituir la “ineficiente” regla de exclusión por una regla de indemnización de perjuicios a favor del titular de las garantías vulneradas producto de una obtención probatoria contraria a derecho.

actuará sin conciencia de la ilicitud, esto es, de buena fe. Atendido el menor disvalor de acción que su conducta representa (a partir del origen del vicio), no debiese en estos casos la prueba así obtenida, ser excluida. La Corte Suprema estadounidense ha sido consistente al limitar la aplicación de la excepción en los términos expuestos.

Sin perjuicio de las conclusiones referidas, atribuir a la regla de exclusión consagrada en el art. 276 CPP una función idéntica a la descrita, resulta incorrecto. En primer lugar, la función de disuasión dirigida a la policía resulta incompatible con la estructura del proceso penal chileno. En efecto, el art. 77 del CPP, en concordancia con el art. 3° de la LOCMP, someten al Ministerio Público al principio de objetividad. El proceso penal chileno, a diferencia del estadounidense, no es un procedimiento de partes de corte adversarial; el Fiscal se encuentra obligado a recabar con igual celo material incriminatorio como exculpatorio. Precisamente, para el cumplimiento de dicha finalidad deberá dirigir la actuación de la policía, la cual –de acuerdo al art. 79 inc. 1° CPP– es un auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación.

Asimismo, como han sostenido algunos autores en el derecho alemán,⁴⁵ la exclusión de prueba en el proceso penal no constituye el medio idóneo para lograr el efecto disuasivo buscado. Éste puede ser alcanzado –se sostiene– de manera más eficiente por medio de mecanismos que importen la aplicación de una sanción directa en contra del funcionario infractor, como lo es paradigmáticamente el derecho penal y/o el derecho administrativo sancionador.⁴⁶ La disuasión dirigida hacia funcionarios policiales, aún en caso que ella resulte posible por esta vía, corresponderá simplemente a un efecto secundario o reflejo de la exclusión probatoria.⁴⁷

La regla contenida en el art. 276 inc. 3° segunda hipótesis CPP establece como objeto directo de protección por medio de la exclusión probatoria, las garantías fundamentales transgredidas producto de una obtención probatoria. Así, de acuerdo al tenor literal de la citada disposición, resulta coherente reconocer como su finalidad el asegurar la vigencia de las garantías del imputado ante ataques antijurídicos cometidos por los órganos de persecución con ocasión de la obtención de prueba.⁴⁸

Bajo dicha premisa, la respuesta a la pregunta central de este trabajo pareciera ser distinta. Justificar la aplicación de la buena fe del agente como excepción a la regla de exclusión reconocida por el ordenamiento chileno resultará –en cualquiera de sus supuestos– desaconsejable.

45 Véase JÄGER (2003), p. 70; STÖRMER (1992), p. 199; LÖFFELMANN (2008), p. 71.

46 En idéntico sentido se ha manifestado la doctrina mayoritaria en Alemania: AMELUNG (1990), p. 18; JÄGER (2003), p. 70; KELNHOFER (1994), p. 60; OSSENBERG (2011), p. 30; PELZ (1993), p. 128 y s.; RANFT (1992), p. 725; RANSIEK (2015), p. 950; ROGALL (1999), p. 131; ROGALL (1995) p. 149; ROGALL (1979), p. 15; STÖRMER (1992), p. 199.

47 Véase AMELUNG (1990), p. 20; BEULKE (2012), número marginal 454; BOCKEMÜHL (1996), p. 103; STÖRMER (1992), p. 199; DALAKOURAS (1988), p. 115; DENCKER (1977), p. 55; GROPP (1989), p. 219; HENGSTENBERG (2007), p. 57; JAHN (2008), C 58; KELNHOFER (1994), p. 254; MUTHORST (2009), p. 56; PELZ (1993), p. 131; ROGALL (1979), p. 16; SCHRÖDER (1992), p. 67.

48 CORREA ROBLES (por aparecer); DÍAZ GARCÍA (2003), pp. 38 y s.; ZAPATA GARCÍA (2004), pp. 23 y ss.; ECHEVERRÍA DONOSO (2010), p. 27.

En efecto, la protección de garantías como finalidad directa de la regla de exclusión consagrada en nuestro sistema procesal penal, impide relativizar su aplicación y vigencia atendiendo la simple creencia de un funcionario, de estar actuando conforme a derecho al obtener prueba. De este modo, independientemente de la buena o mala fe del agente, en aquellos casos en los cuales la obtención probatoria resulta una consecuencia directa de la lesión de una garantía fundamental, la aplicación de la sanción procesal consagrada en el art. 276 CPP resulta imperativa. Lo anterior, reitero, con independencia del origen de la infracción. En caso de aceptarse la excepción analizada, la vigencia de una garantía aplicable al proceso penal dependería de percepciones internas del agente, más no de una lesión objetiva a la misma, vulnerando el tenor literal de la referida disposición. Con ello, al ponerse en entredicho la vigencia misma de la regla consagrada en el art. 276 inc. 3° CPP se cuestionaría la protección conferida por el legislador a las garantías fundamentales consagradas en la Constitución y en tratados internacionales de Derechos Humanos.

8. CONCLUSIONES

El fin disuasivo (*deterrence*) que se le atribuye a la regla de exclusión en los EE.UU., resulta compatible con la inclusión en juicio de aquella prueba obtenida por la policía bajo la falsa creencia de obrar conforme a derecho, no contribuyendo con su actuar a la generación del vicio alegado.

En un sistema como el chileno, dotado de una regla codificada que prohíbe incluir en el auto de apertura del juicio oral medios de prueba obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, dicha justificación no resulta extrapolable. La buena o mala fe del agente no logra eliminar –ni causal, ni normativamente– la lesión a una garantía fundamental efectivamente producida.

En este sentido, y a diferencia de lo que acontece con las tres grandes excepciones a la regla de exclusión reconocidas por la Corte Suprema estadounidense, y recepcionadas por nuestros tribunales, en el caso de la excepción de buena fe del agente no existe una desvinculación causal, una obtención hipotética conforme a derecho, ni tampoco un acto posterior a la infracción, que permita excepcionalmente validar obtenciones probatorias vinculadas con una infracción de garantías. Por el contrario, los supuestos de hecho en los cuales la Corte Suprema ha recurrido a la excepción de buena fe, corresponden todos a casos paradigmáticos de infracciones de garantías fundamentales, y pese a ello, y sin mediar un acto posterior efectivamente acaecido o hipotético, es la conducta misma –atentatoria de garantías– la que logra ser saneada.

Por ello, tanto para admitir su procedencia en el restringido supuesto base aceptado por la jurisprudencia de EE.UU., como para extender su campo de aplicación del modo amplio e indiferenciado entendido por nuestra Corte Suprema –que incluye infracciones a reglas de obtención cuyo origen radica en el actuar mismo del policía–, resultaría necesario dotar al razonamiento del máximo tribunal de una justificación que permita compatibilizar obtenciones probatorias generadas a partir de vulneraciones a garantías fundamentales, con la existencia de una regla

de exclusión. Dichos motivos se encuentran del todo ausentes del razonamiento del máximo tribunal.

La vigencia de la regla de exclusión y el consecuente resguardo de las garantías fundamentales en el proceso penal no puede ser relativizado en base a consideraciones subjetivas, como lo sería paradigmáticamente la conciencia de la ilicitud de parte del funcionario persecutor; la legitimidad misma del sistema de enjuiciamiento, y finalmente la imposición de una sanción penal dependen precisamente de que ello no suceda.

La postura aquí sostenida –autorizar la exclusión de prueba sin considerar la conciencia de la ilicitud de parte de los funcionarios que obtienen un medio de prueba– generará un efecto simbólico referido a la reafirmación de la vigencia de la garantía puesta en entredicho. La consecuente negación de la excepción de buena fe importará entender el respeto por las garantías no como un mero recordatorio que guía el actuar de los órganos persecutores, sino por el contrario como una verdadera obligación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMBOS, Kai (2010). *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme* (Duncker & Humblot).
- AMELUNG, Knut (1990). *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess: dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote* (Duncker & Humblot).
- BEULKE, Werner (2012). *Strafprozessrecht*, 12. Ed. (Müller).
- BOCKEMÜHL, Jan (1996). *Private Ermittlungen im Strafprozess: ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten* (Nomos).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2010). “La prueba ilícita y la regla de exclusión”, *Revista de la justicia penal*, pp. 99 y ss.
- CHAHUÁN SARRAS, Sabas (2016). *Manual del nuevo procedimiento penal* (4a Ed., Legal Publishing Chile).
- CORREA ROBLES, Carlos (2016). “Comentario a Sentencia Corte Suprema Ingreso N.º 14781-15, Efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”, *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIII, N.º 1, pp. 161 y ss.
- CORREA ROBLES, Carlos (por aparecer). “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno - con especial referencia al Derecho alemán —”, *Revista Política Criminal*, aceptado, pendiente de publicación.
- DALAKOURAS, Theoharis (1988). *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre: unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts* (Duncker & Humblot).
- DENCKER, Friedrich (1977). *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten* (Heymann).
- DÍAZ GARCÍA, Iván (2003). “Derechos Fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en: Correa (Ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal* (LexisNexis), pp. 129 y ss.
- DONOSO BOASSI, Samuel (2008). “Prueba ilícita, oportunidad para debatir y resolver sobre la regla de exclusión”, *Revista Derecho Mayor*, pp. 35 y ss.
- ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel (2010). *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita: con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, (Eds. Jurídicas de Santiago).
- GOLDEN, Troy E. (1998). “The Inevitable Discovery Doctrine Today: The Demands of the Fourth Amendment, Nix, and Murray, and the Disagreement Among

- the Federal Circuits”, *B.Y.U. Journal of public law*, pp. 97 y ss.
- GROPP, Walter (1986). “Zur Verwertbarkeit eigenmächtig aufgezeichneter (Telefon-) Gespräche - Der Fall Schenk und die Lehre von den Beweisverboten“, *StV*, pp. 216 y ss.
- HARRIS, Kenneth (1991). “Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht“, *StV* pp. 313 y ss.
- HENGSTENBERG, Achim (2007). *Die Frühwirkung der Verwertungsverbote: eine Untersuchung der Bedeutung der Beweisverwertungsverbote für die strafprozessualen Verdachtsbeurteilungen* (Kovač).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005). *Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal* (Universidad Alberto Hurtado, 2a Reimpresión).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004). *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II (Ed. Jurídica de Chile).
- JÄGER, Christian (2003). *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess* (Beck).
- JAHN, Matthias (2008). “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008“, en *Ständigen Deputation des deutschen (Ed.), Verhandlungen des Siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Band I Gutachten, Teil C*, 2008, pp. C 1 y ss.
- JONES, Luther E. Jr. (1967). “Fruit of the poisonous tree”, *S Tex. L. J.*, pp. 17 y ss.
- KELNHOFER, Evelyn (1994) *Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote* (Duncker & Humblot).
- KILLIAN, Bobbi J. (1982). “United States v. Crews: Fruit of the Poisonous Tree - A new wrinkle?”, *Idaho L.Rev.*, pp. 151 y ss.
- LÖFFELMANN, Markus (2008). *Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren: Ideen zu einer Kritik der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege* (De Gruyter Recht).
- MUTHORST, Olaf (2009). *Das Beweisverbot: Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und der Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren* (Mohr Siebeck).
- NUÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017). “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”, *Ius et Praxis*, pp. 195 y ss.
- OAKS, Dallin H. “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, en *U. Chi. L. Rev.* 1970, 665 y ss.
- OSSENBERG, Sarah (2011). *Die Fernwirkung im deutsch-U.S.-amerikanischen Vergleich: unter besonderer Berücksichtigung der Funktionen der Beweisverwertungsverbote* (Kovač).

- PELZ, Christian (1993). *Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe* (VVF).
- PITTLER, Robert M. (1968). "The Fruit of the poisonous Tree" Revisited and Shepar-dized." *Cal. L. Rev.* 1968, 579 y ss.
- PITSCH, Christoph (2009). *Strafprozessuale Beweisverbote: eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik* (Kovač).
- POSNER, Richard A. (1982). "Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases", en *Wash.L.Rev.* 1982, 635 y ss.
- RANFT, Otfried (1992). "Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß", en Seebode (Ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, (De Gruyter), pp. 719 y ss.
- RANSIEK, Andreas (2015). "Rechtswidrige Ermittlungen und die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten", en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Ed.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag* (Müller), pp. 949 y ss.
- ROGALL, Klaus (1999). "Grundsatzfragen der Beweisverbote", en Höpfel, Frank and Höpfel, Huber (Ed.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, 18. - 20. September 1997* (Iuscrim), pp. 119 y ss.
- ROGALL, Klaus (1995). "Beweisverbote im System des deutschen und des ameri-kanischen Strafverfahrensrechts", en: Wolter y Feigen (Ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts* (Hermann Luchterhand Verlag), pp. 113 y ss.
- ROGALL, Klaus (1979). "Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", *ŽStW 91*, 1 y ss.
- SCHRÖDER, Svenja (1992). *Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess* (Duncker & Humblot).
- STÖRMER, Rainer: (1992) *Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote: eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts* (Elwert).
- VARIOS AUTORES (2016). *SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK*, Editado por: Wolter. Band II: §§94 – 136a StPO, (5. Ed., Heymanns).
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004). *La prueba ilícita*. (LexisNexis).

JURISPRUDENCIA CITADA

Chile:

- contra C.C.D.* Corte Suprema (2015), 3 de noviembre de 2015, Rol Nr. 14.781-15 (Homicidio simple)
- contra Villanueva Orellana.* Corte Suprema (2015), 24 de septiembre de 2015, Rol Nr. 10.772-15 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra Carrasco Mosca.* Corte Suprema (2015), 23 de julio de 2015, Rol Nr. 6996-15 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra Nazar Délano.* Corte Suprema (2015), 23 de marzo de 2015, Rol Nr. 1946-15 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra Encina Zúñiga.* Corte Suprema (2015), 8 de enero de 2015, Rol Nr. 29.375-14 (receptación)
- contra Formantel Concha.* Corte Suprema (2014), 11 de diciembre de 2014, Rol Nr. 3828-14 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra Apablaza Rodríguez.* Corte Suprema (2014), 22 de octubre de 2014, Rol Nr. 23.683-14 (robo en bienes nacionales de uso público)
- contra Maripán Gutiérrez.* Corte Suprema (2014), 22 de septiembre de 2014, Rol Nr. 21.413-14 (tráfico de drogas en pequeñas cantidades)
- contra Castro Vinet.* Corte Suprema (2014), 23 de julio de 2014, Rol Nr. 11.835-14 (robo con fuerza en las cosas)
- contra Arévalo Vidal.* Corte Suprema (2013), 31 de diciembre de 2013, Rol Nr. 11.482-13 (Homicidio con violación)
- contra Orellana Gonzalez.* Corte Suprema (2013), 30 de diciembre de 2013, Rol Nr. 11.767-13 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra Navarrete Muñoz.* Corte Suprema (2012), 6 de junio de 2012, Rol Nr. 2958-12 (tráfico de drogas en pequeñas cantidades)
- contra Fuentes Arancibia y otros.* Corte Suprema (2012), 4 de abril de 2012, Rol Nr. 1258-12 (Tráfico ilícito de estupefacientes)
- contra López Pérez.* Corte Suprema (2011), 2 de mayo de 2011, Rol Nr. 2095-11 (Homicidio)
- contra Gonzalez Leiva y otros.* Corte Suprema (2010), 19 de octubre de 2010, Rol Nr. 6305-10 (robo con violencia)

contra Fuentes Santis. Corte Suprema (2010), 24 de junio de 2010, Rol Nr. 2333-10 (manejo en estado de ebriedad)

contra Furlong Escudero y otros. Corte Suprema (2010), 25 de mayo de 2010, Rol Nr. 1741-10 (tráfico ilícito de estupefacientes)

contra Sanhuesa Sanhuesa. Corte Suprema (2007), 11 de diciembre de 2007, Rol Nr. 5435-07 (tráfico de drogas en pequeñas cantidades)

contra Molina Ferreira. Corte de Apelaciones de San Miguel (2008), 18 de noviembre de 2008, Rol Nr. 1428-08 (Penal) (abuso sexual).

Estados Unidos:

Corte Suprema:

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984)

Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984)

United States v. Crews, 445 U.S. 463 (1980)

Lo-ji Sales, Inc. v. New York, 442 U.S. 319 (1979)

Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977)

Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976)

United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976)

U.S. v. Peltier, 422 U.S. 531 (1975)

Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)

United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967)

Wong Sun v. United States, 371 U. S. 471 (1963)

Costello v. United States, 365 U.S. 265 (1961)

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Laven v. United States, 355 U.S. 339 (1958)

Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)

McGuire v. United States, 273 U.S. 95 (1927).

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)

Otros tribunales:

People v. Cahan, 44 Cal. 2d 434, 282 P.2d 905 (1955)

Wayne v. U.S., 318 F. 2d 205 (D.C. Cr. 1963)

Sutton v. United States, 267 F. 2d 271 (4th Cir. 1959)

Burke v. United States, 328 F. 2d 399 (1st Cir. 1964)

Bynum v. United States, 274 F. 2d 767 (D.C. Cir. 1960)

Killough v. United States, 315 F. 2d 241, 249 (D.C. Cir. 1962)

United States v. Houlton, 566 F.2d 1027 (5th Cir.1978)