

## ¿EXISTE LA PRUEBA ILÍCITA, LÍCITAMENTE OBTENIDA, EN EL PROCESO PENAL CHILENO?


### DOES UNLAWFUL EVIDENCE, LEGALLY OBTAINED, EXIST IN THE CHILEAN CRIMINAL PROCESS?


Carlos Correa Robles\*  
Diego Pardo-Álvarez\*\*

**RESUMEN:** En el derecho procesal penal alemán es admisible prohibir la valoración por el juez de un elemento probatorio con independencia de haber sido éste obtenido lícitamente. Estas son las llamadas prohibiciones de valoración de prueba independiente. La principal justificación para tales prohibiciones es constitucional: la valoración misma de un medio de prueba podría constituir una infracción a los derechos fundamentales de las personas. Este trabajo analiza las prohibiciones de valoración independientes en la doctrina y jurisprudencia alemana, con el fin de preguntarse si sus elementos constitutivos son constatables en el derecho procesal penal chileno, y si la vía de solución propuesta a nivel constitucional desde el derecho alemán representa una alternativa plausible en el derecho constitucional chileno.

**Palabras clave:** prohibiciones probatorias; prueba ilícita; valoración de la prueba; derecho a la vida privada; teoría de las tres esferas.

**ABSTRACT:** In German criminal procedural law, it is possible to forbid the judge to assess a certain piece of evidence regardless of whether it has been legally obtained. This institution is called in German *unselbstständiges Beweisverbot*. The main justification for such exclusionary rule is constitutional: the assessment of a piece of evidence could lead to a violation of the fundamental rights of the individual. This paper analyzes the independent prohibition to use evidence in German scholarship and case law in order to ask whether its

\* Doctor en Derecho, Freie Universität Berlin. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Diagonal las Torres 2640, ed. B, of. 208. Correo electrónico: c.correa@uai.cl.  0000-0002-6006-4255. Este artículo forma parte de una investigación financiada mediante el proyecto Fondecyt Regular N° 1231128 “Mecanismos de selección de casos en el proceso penal: entre la regulación y la discrecionalidad del Ministerio Público”, 2023-2027.

\*\* Doctor en Derecho, Georg-August-Universität Göttingen. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Padre Hurtado 750, of. C-215, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: diego.pardo@uai.cl.  0000-0002-5869-7133. Investigación realizada en el marco del programa de apoyo a la investigación 2024 de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, cuyo apoyo agradezco. Ambos autores agradecen además a los árbitros anónimos por sus sugerencias y comentarios.

constituent elements are ascertainable in Chilean criminal procedural law and whether the solution proposed at the constitutional level in German law represents a plausible alternative in Chilean constitutional law.

**Keywords:** evidentiary prohibitions; unlawful evidence; assessment of evidence; right to privacy; theory of the three spheres.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal y procesal penal chilena se ha nutrido tradicionalmente de las discusiones propias de la dogmática penal alemana. Siendo ambos sistemas pertenecientes a la tradición del derecho penal continental, sus estructuras son —en gran medida— similares. Precisamente, la StPO alemana<sup>1</sup> es una de las principales fuentes de inspiración del Código Procesal Penal chileno. La discusión alemana sobre la prueba ilícita, materia objeto de este estudio, ha también influido en algunos aspectos a la doctrina y jurisprudencia chilenas, en especial, en la elaboración jurisprudencial chilena de la llamada “valoración negativa de la prueba” (*aquí abajo*, V, 2). Sin embargo, el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia alemana han dado en general a la “prueba ilícita” difiere sustancialmente del que se le ha otorgado en Chile. La diferencia más relevante entre ambos sistemas tiene su origen en la regulación legal: la StPO alemana no ha consagrado expresamente una regla general de exclusión de prueba por ilicitud de origen equivalente a la regulada en el artículo 276 inciso 3° del CPP chileno<sup>2</sup>. A falta de una regla de exclusión probatoria legalmente consagrada, el tratamiento de la “prueba ilícita” ha sido enfocado en Alemania a partir del desarrollo primero doctrinario y luego jurisprudencial<sup>3</sup> de las llamadas prohibiciones probatorias (*Beweisverbote*). Las prohibiciones probatorias impiden desarrollar determinadas actividades probatorias dirigidas a la acreditación de los hechos en el proceso penal<sup>4</sup>. Así, ante la ausencia en dicho ordenamiento de una regla general de exclusión de prueba, desde hace más de 100 años la doctrina y la jurisprudencia alemana han venido desarrollando profusamente una teoría general, dirigida a limitar los alcances de la regla de la libre valoración de la prueba establecida en el § 261 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), reconociendo la existencia de verdaderas prohibiciones de valoración de prueba, fundamentadas principalmente a partir de infracciones a reglas de obtención de prueba cometida por los órganos persecutores<sup>5</sup>.

Este trabajo investiga los elementos doctrinarios que subyacen a la construcción en el derecho alemán de una categoría especial de prohibición probatoria: las

<sup>1</sup> ALEMANIA, *Ordenanza Procesal Penal (Strafprozessordnung)*.

<sup>2</sup> CHILE, *Código Procesal Penal*. Véanse: CORREA (2018) p. 146; CORREA (2021a) p. 580.

<sup>3</sup> Véase: CORREA (2018) pp. 147 y ss.

<sup>4</sup> CORREA (2019) pp. 25-26; ROGALL (2008a) p. 821.

<sup>5</sup> CORREA (2018) pp. 146.

prohibiciones probatorias independientes. El objetivo es determinar si éstas pueden reconocerse en el derecho procesal chileno como respuesta a los riesgos de vulneración de garantías constitucionales de los intervinientes en el momento de la valoración de la prueba por parte del tribunal. La siguiente sección (II) explica la categoría de las prohibiciones de prueba independientes. Esta categoría se ha construido a partir de una serie de decisiones jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia que se analizan en la tercera sección (III). El principal problema que ha debido enfrentar la jurisprudencia a este respecto es el del conflicto, que trasciende a diversos aspectos del proceso penal, entre la persecución penal eficaz y el derecho a vida privada de la persona. El tratamiento de este conflicto por parte de la jurisprudencia alemana en lo referido al tratamiento de las prohibiciones de prueba se analiza en la sección IV. En la sección V se determina si los criterios normativos que subyacen a las prohibiciones probatorias independientes se presentan, y en qué medida, en el derecho constitucional y procesal penal chileno.

## II. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA INDEPENDIENTES

Las prohibiciones probatorias admiten múltiples clasificaciones en el derecho alemán. La primera de ellas, ya estudiada en otra oportunidad<sup>6</sup>, diferencia las prohibiciones de producción de prueba (o sea, aquellas prohibiciones de obtener un determinado medio de prueba, cuando dicha acción resulta procesalmente ilícita), de las prohibiciones de valoración de prueba (esto es, aquellas proscripciones de considerar determinados medios de prueba por el juez en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia). A su vez, dentro de las prohibiciones de valoración de prueba se distingue actualmente, según la doctrina dominante<sup>7</sup>, entre prohibiciones de valoración de prueba dependientes (*unselbstständige*) e independientes (*selbstständige*) de una infracción a reglas de obtención probatoria. A este respecto, el fenómeno que ha suscitado el mayor interés y dedicación de parte de la doctrina en Alemania corresponde sin duda al tratamiento de las llamadas prohibiciones de valoración de prueba dependientes de una infracción a reglas de obtención probatoria<sup>8</sup>.

Sin embargo, para fundamentar una prohibición de valoración de prueba en el derecho alemán no es necesario constatar la infracción de una regla de obtención probatoria. Es aquí donde las prohibiciones de prueba independientes cobran relevancia. En estos casos, es la propia valoración del medio de prueba la que resulta contraria a alguna de las garantías contenidas en la GG<sup>9</sup>: su carácter ilícito no es reconducible a la infracción a una regla de producción probatoria, sino directamente a la ley fundamental<sup>10</sup>. En este sentido, la vieja doctrina, que desconocía la existen-

<sup>6</sup> Véase: CORREA (2018) pp. 147 y ss.

<sup>7</sup> JÄGER (2008) p. 474; JAHN (2008) p. C32; REINECKE (1990) p. 6.

<sup>8</sup> CORREA (2018) pp. 147 y ss.; CORREA (2019) p. 27.

<sup>9</sup> ALEMANIA, *Ley Fundamental (Grundgesetz)*.

<sup>10</sup> GÖSSEL (1984) pp. 361 y ss.; STÖRMER (1994) pp. 393 y ss.

cia de prohibiciones de pruebas independientes –afirmando que las prohibiciones probatorias sólo podían existir en tanto consecuencia de una infracción a una regla de obtención probatoria– ha quedado sin sustento<sup>11</sup>: los derechos fundamentales, se sostiene actualmente, son entendidos como derecho directamente aplicable al proceso penal (en base al artículo 1 III de la GG)<sup>12</sup>. A partir de dicha concepción cobra sentido la clásica definición de Eb. Schmidt, para quien el proceso penal sería la “ejecución a nivel legal de la constitución”<sup>13</sup>.

En cuanto a su tratamiento legal, la StPO consagra sólo de manera excepcional algunas hipótesis de prohibición de valoración de prueba independiente<sup>14</sup>. Las más relevantes surgen de la relación entre el § 108 incisos 2° y 3° que imponen prohibiciones de valoración referidas a la omisión de ciertos deberes de confidencialidad y del § 257 letra c) inciso 4° tercera oración, referida a la prohibición de utilizar una confesión del imputado, fruto de un acuerdo inválido<sup>15</sup>. Sin embargo, tal como sucede con las prohibiciones probatorias dependientes, la mayor parte de las prohibiciones de prueba independientes no han sido consagradas expresamente por el legislador. A este grupo pertenecen, sobre todo, aquellas prohibiciones de prueba llamadas constitucionales.

En definitiva, la doctrina alemana de las prohibiciones de valoración de prueba independientes constitucionales considera que incluso la prueba obtenida lícitamente podría no ser valorada dentro del proceso penal en atención a la protección de las garantías constitucionales. Este trabajo examina los elementos que subyacen al desarrollo de esta doctrina para determinar si son constatables, y de qué forma, en el derecho procesal penal y constitucional chileno. Se indaga la hipótesis conforme a la cual los elementos normativos de las prohibiciones probatorias independientes constitucionales se presentan en el sistema procesal penal chileno. En la sección siguiente (III) se reseñan los casos más relevantes que han dado pie al desarrollo de las prohibiciones de valoración de prueba independientes en el derecho alemán. La constelación más problemática, como se verá, radica en la tensión que media entre la actividad persecutoria del Estado y el derecho constitucional a la privacidad. En la tercera sección (III) se indaga la solución desarrollada por la jurisprudencia alemana para el conflicto entre privacidad y *ius puniendi*: la “teoría de las tres esferas de la personalidad”. En la cuarta sección (IV) se evalúa si los elementos normativos que subyacen a las prohibiciones de valoración de la prueba independientes constitucionales y a la doctrina de las tres esferas de la personalidad se encuentran presentes en el derecho procesal penal y el derecho constitucional chileno.

<sup>11</sup> SAX (1969) p. 6. En contra: DENCKER (1977) p. 104; ROGALL (1977) pp. 203 y ss.; KÜPPER (1990) p. 417.

<sup>12</sup> KÜPPER (1990) p. 417.

<sup>13</sup> SCHMIDT (1970) número al margen 333.

<sup>14</sup> JAHN (2008) p. C36.

<sup>15</sup> Véanse: ROGALL (2003) p. 481; ROGALL (1995) p. 146; ROGALL (1979) pp. 3-4.

### III. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA SOBRE PROHIBICIONES DE PRUEBA INDEPENDIENTES

Las prohibiciones probatorias (independientes) constitucionales constituyen, en general, un desarrollo jurisprudencial. Son el producto de varias decisiones emanadas del BHG<sup>16</sup> y del BVerfG<sup>17</sup>. En esta sección se reseñan las decisiones que han desarrollado esta categoría probatoria. En ellas se discute si la valoración de un medio de prueba obtenido lícitamente podría conducir a la afectación de derechos fundamentales.

#### 1. EL PRIMER CASO DEL DIARIO DE VIDA

El año 1965, el BGH se pronunció acerca de la valoración de un diario de vida incautado en el marco de un proceso penal<sup>18</sup>. Una profesora realizaba prácticamente todos los días anotaciones en su diario de vida referidas especialmente a su íntima relación con su superior jerárquico. Habiendo sido este acusado por abuso sexual declaró la profesora –bajo juramento–, y en tanto víctima, que entre ella y su superior jerárquico no habría existido relación de tipo afectiva alguna, sino un mero deseo de carácter idílico. Esta información contradecía el diario de vida descubierto casualmente por una ex pareja de la profesora, quien lo hizo llegar a manos del juez. La profesora, al contrastarse su investigación bajo juramento con su propio diario de vida, fue investigada y finalmente condenada como autora del delito de perjurio. A juicio del tribunal, el diario de vida hacía referencia a acontecimientos reales sucedidos entre ella y el profesor y que contradecían su testimonio.

Esta sentencia fue posteriormente invalidada por el BGH conociendo de un recurso de revisión. Para ello, indicó el tribunal que el diario de vida incautado no era susceptible de valoración de parte del tribunal penal, pues dicha valoración infringiría el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 I de la GG) y la dignidad humana (artículo 1 I de la GG). Para el BGH, la efectiva protección de la personalidad no dependería de que las anotaciones fueran obtenidas por medio de la acción de órganos estatales de persecución –o como sucedió– fueron allegadas al proceso por medio del actuar de particulares. Relevante resultaría en cambio el contenido del material probatorio obtenido, pues éste correspondería a una manifestación de la esfera íntima de la personalidad. A juicio del BGH, se lesionaría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, si el autor de las anotaciones privadas, contenidas en un diario de vida, temiese que ellas pudiesen leerse o bien utilizarse en un proceso penal en contra de su voluntad<sup>19</sup>. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana implicarían, luego, ga-

<sup>16</sup> ALEMANIA, *Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof)*.

<sup>17</sup> ALEMANIA, *Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht)*. Para un análisis detallado de estas y otras decisiones relevantes, véase RENKA (2015) pp. 84-200.

<sup>18</sup> BGHSt 19, 325, 21/02/1964.

<sup>19</sup> Sobre la protección del diario de vida en Chile, véase FIGUEROA (2014) pp. 304-307.

rantizar a todos los ciudadanos que sus sentimientos, emociones, puntos de vista y vivencias permanecerán en reserva y para un uso estrictamente personal, sin el temor que ellas puedan ser eventualmente valoradas en juicio.

## 2. EL SEGUNDO CASO DEL DIARIO DE VIDA

Más de 20 años después, el BGH se pronunció nuevamente respecto de la valoración de anotaciones contenidas en diarios de vida<sup>20</sup>. En el verano de 1985, mientras la víctima tomaba sol plácidamente en un balneario, y sin provocación alguna, fue atacada con un hacha por el imputado, a quien no conocía. El autor asesó a su víctima al menos cuatro certeros golpes en su cabeza, causándole la muerte instantánea. Oficiales de policía, provistos de una orden de entrada y registro, obtuvieron diarios de vida escritos por el imputado a instancias de su psiquiatra, donde expresaba por escrito los sentimientos que sentía hacia las mujeres. El imputado manifestaba en estos diarios, ya antes de cometer el delito, una tendencia hacia el empleo de la violencia contra las mujeres. A juicio del tribunal, las anotaciones evidenciaban el origen o motivación remota del hecho delictual. El imputado fue condenado a presidio perpetuo, por el delito de homicidio con alevosía.

En sentencia de 1987, sostuvo el BGH que los diarios de vida encontrados y lícitamente incautados en la habitación del condenado sí son susceptibles de valoración por el tribunal penal. El BGH señaló que aquellas anotaciones, referidas a la comisión de un delito, así como las referencias a potenciales víctimas, no pueden ser protegidas por la garantía constitucional del derecho general a la personalidad, y con ello, no pueden ser objeto de una prohibición de valoración probatoria. Asimismo, sostuvo el BGH que, en este caso, el resultado de una ponderación entre el derecho a la personalidad y el interés en una eficiente persecución penal debe decantarse por lo segundo, posibilitando con ello la valoración del medio probatorio cuestionado<sup>21</sup>.

## 3. REGISTRO DE GRABACIONES I

En un caso de homicidio múltiple y secuestro cometido por miembros de la organización terrorista “Fracción del ejército rojo” (*Rote Armee Fraktion*) a fines de la década de 1970, aceptó el BGH la validez de la llamada “prueba de voz”<sup>22</sup>. En este caso, mediante una orden judicial y sin conocimiento del imputado, fue registrada una conversación del imputado, provisoriamente privado de libertad, con el director del recinto penitenciario en que se encontraba recluso. Previamente, el imputado había rechazado terminantemente autorizar la recepción de una prueba de voz para efectos de la investigación. Pese a dicha negativa, y ante la falta de con-

<sup>20</sup> BGHSt 34, 397, 09/07/1987.

<sup>21</sup> En este segundo caso del diario de vida también fue relevante la libertad de conciencia como derecho fundamental “especial” respecto del derecho general de la personalidad. Véase DAMMAN (2011) pp. 26-28.

<sup>22</sup> BGHSt 34, 39, 09/04/1986. Véase, además: BGHSt 14, 358, 14/06/1960.

sentimiento del imputado, la grabación sirvió posteriormente para la elaboración de diversos informes periciales. Estos permitieron determinar, finalmente, que la voz del imputado correspondía a la voz del secuestrador de una de las víctimas.

El BGH trató este problema como uno de prohibición de valoración independiente de prueba. En este caso se trata sin embargo de una prohibición dependiente<sup>23</sup>. Se trataba de un medio de prueba obtenido mediante engaño, sin el consentimiento del imputado: el juez, legalmente, no debería haberlo obtenido.

Sostuvo el BGH que el tribunal de instancia no debió aceptar la reproducción de la grabación en juicio, y con ello, valorar la prueba producida a partir de dicho registro. De valorarse el medio de prueba, se afectaría el derecho general de la personalidad, en particular el llamado “derecho a la palabra hablada” (*Recht am gesprochenen Wort*)<sup>24</sup>. Asimismo, afirmó que la recepción privada de grabaciones no puede ser valorada por medio de testigos, pues se lesionaría, indirectamente, el referido derecho. Sostuvo el BGH que el imputado es libre de decidir si desea o no participar activamente en el procedimiento seguido en su contra<sup>25</sup>, específicamente, si desea colaborar en la elaboración de un informe pericial. Lo contrario resultaría inaceptable e incompatible con la dignidad del ser humano<sup>26</sup>.

#### 4. REGISTRO DE GRABACIONES II

En una decisión de 1989, referida a un caso por delito de incendio, el BGH rechazó una prohibición de valoración de prueba respecto de una grabación ilícitamente obtenida por un particular, la que después fue incautada correctamente por la policía<sup>27</sup>. Esta contenía un diálogo entre dos hombres de negocios, en el cual acordaban la apertura y el posterior incendio de las empresas afectadas. Anteriormente, el tribunal de instancia había rechazado valorar las grabaciones sostenidas entre el imputado y un testigo, en las cuales se indicaba claramente la participación del primero en la planificación del incendio. El fundamento de esta decisión radicó en que estaban en presencia de una prohibición probatoria. Durante el transcurso de la investigación el imputado permitió expresamente y por escrito, previa advertencia de las consecuencias penales que ello podría ocasionarle, que la policía pudiera ver y escuchar el material incautado. Su posterior retractación fue, a este respecto, irrelevante.

<sup>23</sup> Los autores agradecen a uno de los árbitros anónimos de este trabajo, quien llamó la atención sobre esta pertinente crítica.

<sup>24</sup> Se ha discutido si con el registro realmente se ha afectado el “derecho a la palabra hablada”. Pues lo verdaderamente importante en este caso no ha sido el contenido mismo de la declaración, sino en realidad la forma y el tono de la voz: sobre cómo el imputado habló, no sobre el contenido de lo que habló. Al respecto, véase: KÜPPER (1990) p. 421.

<sup>25</sup> BGHSt 5, 332 (334), 16/02/1954.

<sup>26</sup> BVerfGE 56, 37 (49), 13/01/1981.

<sup>27</sup> BGHSt 36, 167, 12/04/1989.

En este caso, sostuvo el BGH que, con la valoración obtenida del medio de prueba cuestionado, no se encuentra comprometido el núcleo esencial de una garantía, ya que esta corresponde al contenido de una grabación entre dos hombres de negocios, en el cual acuerdan la realización de un delito grave, previsto y sancionado con penas que alcanzan los 15 años de privación de libertad (§§ 26 y 306 del StGB). Así las cosas, y siendo la valoración de dicha prueba necesaria para aclarar dicho crimen, la ponderación entre la protección de la personalidad y el interés de persecución penal se decanta, en este caso, a favor del último<sup>28</sup>.

## 5. ESCUCHAS TELEFÓNICAS

En una investigación destinada a desbaratar una red de tráfico de drogas, se ordenó la interceptación de comunicaciones de uno de los principales sospechosos, el cual vivía en un departamento compartido<sup>29</sup>. Luego de una conversación telefónica, uno de los habitantes del inmueble no colgó debidamente el auricular. A consecuencia de esto, la policía logró interceptar una conversación mantenida por el sospechoso con su mujer en su dormitorio matrimonial, en la que él le entregaba a ella antecedentes inculpativos referidos a su participación en el delito investigado.

Conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, el BGH se decantó por afirmar la existencia de una prohibición probatoria<sup>30</sup>. Sostuvo el BGH que la autorización legal de interceptación, y posterior valoración de telecomunicaciones, no incluía aquellas conversaciones que tengan lugar en el marco de una casa y, en particular, en un dormitorio matrimonial. En este sentido, la interceptación y posterior valoración de una conversación entre cónyuges constituyen un ataque a una garantía constitucionalmente protegida. Para este caso concreto, se sostuvo que no habría lugar a una ponderación de intereses, por cuanto la interceptación de una conversación realizada en un dormitorio afecta la esfera íntima de la personalidad, la cual se encuentra protegida de manera absoluta por el artículo 1 de la GG, y que por ello excluye absolutamente toda afectación *iusfundamental* del poder público. Concluye el BGH señalando que autorizar la valoración en este caso importaría justificar la intromisión y el control del Estado en el marco de un círculo familiar. Las interceptaciones de conversaciones mantenidas en una habitación matrimonial no se encontrarían en caso alguno justifica-

<sup>28</sup> En este caso, a pesar de que podría existir en una primera instancia una incautación no autorizada, la posterior entrega voluntaria del registro por parte del imputado permitiría sanear el vicio, por lo cual la obtención de la grabación, en último término carecería de reproche. La discusión puede entonces centrarse, exclusivamente, en la eventual afectación de una garantía con independencia del origen lícito de la prueba cuestionada. CORREA (2022) pp. 207 y ss.

<sup>29</sup> El § 100 a) de la StPO autoriza, bajo el cumplimiento de estrictos requisitos, la interceptación y registro de telecomunicaciones. Un criterio esencial para que dicha diligencia pueda ser ordenada, de acuerdo con la referida disposición, es estar en presencia de un delito grave que forme parte del extenso catálogo contenido en el inciso segundo de la regla mencionada.

<sup>30</sup> BGHSt 31, 296, 16/03/1983.



das por la StPO, ya que se consideran incluidas dentro de la protección de la esfera íntima de la privacidad<sup>31</sup>.

Este caso cobra relevancia en esta evolución jurisprudencial porque el BGH adoptó, por primera vez, la denominada “teoría de las tres esferas”, concebida por el BVerfG<sup>32</sup>. A ella se dedica la sección siguiente.

#### IV. LA TEORÍA DE LAS TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN

Los casos reseñados muestran los elementos constitutivos de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba independientes. Esta doctrina parte de una premisa avalada por el artículo 1 III de la GG: La aplicabilidad directa de la ley fundamental al procedimiento penal. Los casos muestran que, a juicio de la jurisprudencia de los tribunales alemanes, la propia valoración de un medio de prueba, incluso obtenido de manera lícita, constituye un acto llevado a cabo por un órgano estatal (tribunal) que podría ocasionar una afectación de derechos fundamentales. Los casos reseñados, por último, exhiben la tensión principal que subyace a la doctrina y jurisprudencia de las prohibiciones de valoración de prueba independientes: La tensión entre una eficiente persecución penal y el derecho general de la personalidad y de la privacidad<sup>33</sup>. El reconocimiento y desarrollo de las prohibiciones de prueba independientes se encuentran íntimamente ligados a la jurisprudencia del BVerfG. Dicho tribunal ha reconocido como aplicable al proceso penal el derecho general de la personalidad del artículo 2 I de la GG en relación con los artículos 1 I (dignidad humana) y 19 II (cláusula de la esencia) del mismo cuerpo normativo.

La eventual admisión de las prohibiciones de valoración de pruebas independientes, por vulnerar el derecho constitucional a la privacidad, abre la pregunta sobre la forma cómo debiese ponderarse el interés por una adecuada persecución penal con la vida privada del imputado y de terceros. La jurisprudencia constitucional alemana ha señalado que la decisión acerca de la valoración de un medio de prueba, que pudiese resultar atentatoria contra el derecho de la personalidad o

<sup>31</sup> En la especie se ha criticado la solución entregada por el BGH más por cuestiones formales, que por su decisión. De este modo, se ha sostenido que más que tratarse en la especie de un caso de prohibiciones de prueba independientes, no se cumplirían en la especie los presupuestos materiales que autorizarían la interceptación de telecomunicaciones de acuerdo con la regulación vigente en la StPO, con lo cual la solución sería más sencilla de lo resuelto: constatar la presencia de una prohibición probatoria dependiente de una infracción a una regla de obtención. KÜPPER (1990) p. 422.

<sup>32</sup> GÖSSEL (1984) p. 361.

<sup>33</sup> Desde luego, la valoración de la prueba podría afectar otros derechos constitucionales distintos o vinculados a la privacidad, como el derecho a la honra de la persona, la libertad de conciencia, la prohibición de autoincriminación, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. En algunos de los casos reseñados estos derechos han sido también relevantes. El análisis se centra en el derecho a la privacidad, sin embargo, por ser el derecho respecto del cual se ha presentado un desarrollo más robusto en la jurisprudencia alemana.

autonomía personal, en general, y en contra del derecho a la privacidad, en particular, deberá resolverse mediante la aplicación de la denominada teoría de las esferas (*Sphärentheorie*), esgrimida reiteradamente por el BVerfG a partir de 1973<sup>34</sup>.

### 1. LAS TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD

Esta teoría distingue tres “esferas” de protección de la garantía mencionada, cuyos efectos determinan la valoración o prohibición de valoración del medio de prueba cuestionado: en primer lugar, se encuentra la llamada esfera social, que atañe la vida en el espacio público y que no resulta merecedora de una protección especial dentro del proceso penal. Una intromisión en dicha esfera autoriza –sin necesidad de ponderación alguna– la valoración de la prueba cuestionada. En segundo lugar, la llamada esfera privada (intermedia) abarca el ámbito simplemente privado de una persona. Por último, y como tercera categoría, se encuentra la esfera íntima. Ella corresponde –de acuerdo con el artículo 2 I, en relación con los artículos 1 I y 19 II de la GG– al denominado núcleo esencial de la garantía, el que cuenta con una protección absoluta. En esta tercera esfera íntima de protección, cualquier intromisión del poder público se encuentra del todo vedada<sup>35</sup>.

Las consecuencias procesales que conlleva una afectación de garantías producto de la incorporación de un medio de prueba en juicio y su posterior valoración por parte del tribunal, dependerá entonces de la esfera que resulte afectada. En este sentido, y como se indicó, aquellas intromisiones que afecten la esfera íntima –a causa de su protección absoluta–, derivarán siempre en una prohibición de valoración probatoria con total independencia de otros factores, dado que la eventual valoración de la información obtenida afectará el núcleo esencial de una garantía, y la prueba no debería ser valorada por un tribunal<sup>36</sup>. Aun si el caso concreto presenta un interés significativo en favorecer una eficiente persecución penal, ello no puede, en caso alguno, justificar un ataque en la esfera íntima de la personalidad. De este modo, en tanto merecedora la esfera íntima de protección absoluta<sup>37</sup>, no existe espacio alguno para una ponderación de intereses<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> BVerfGE 34, 238, 31/01/1973. Para una presentación sucinta reciente véanse CORREA (2019) pp. 56-58; DOLL (2021) pp. 88-92.

<sup>35</sup> Al respecto: BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 119, 1 (29 s.), 13/06/2007; 109, 279 (313), 03/03/2004; 89, 69 (82 s.), 24/06/1993; 80, 367 (373), 14/09/1989; 54, 143 (146), 23/05/1980; 34, 238 (245), 31/01/1973; 32, 373 (378 s.), 08/03/1972; 31, 296 (299), 16/03/1983; 27, 344 (350 s.), 15/01/1970; 27, 1 (6), 16/07/1969; 6, 32 (41), 16/01/1957. En la literatura, véase ROGALL (2008b) pp. 61 y ss.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 109, 279 (313 s.), 03/03/2004. BGHSt 50, 206 (210), 10/08/2005; BGHSt 36, 167 (173), 12/04/1989.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 109, 279 (313-314), 03/03/2004; 80, 367 (373), 14/09/1989; 34, 238 (245), 31/01/1973. BGHSt 50, 206 (210), 10/08/2005.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 80, 367 (373), 14/09/1989; 34, 238 (245), 31/01/1973. BGHSt 31, 296 (299 s.), 16/03/1983.

En un segundo nivel de análisis, se encuentran los medios de prueba cuya valoración podría afectar la llamada esfera privada (intermedia). Esta categoría representa un área relativamente resguardada de la personalidad, en la que las afectaciones individuales deben ser toleradas en pro del interés superior de la sociedad, y bajo estricto resguardo del principio de proporcionalidad<sup>39</sup>. En estos casos, la respuesta acerca de la valoración de un medio de prueba cuestionado se efectúa a partir de una ponderación entre el interés público por una eficiente persecución penal y el interés del imputado o tercero en el efectivo resguardo de su derecho general de la personalidad<sup>40</sup>. Si como consecuencia de esta ponderación, el interés público por una eficiente persecución penal resulta preponderante frente a la protección de la personalidad, deberá desestimarse una prohibición probatoria. Por el contrario, en aquellos casos en los que tras la referida ponderación resulte predominante el derecho general de la personalidad, deberá admitirse una prohibición probatoria, excluyendo como consecuencia de ello el medio de prueba cuestionado de la valoración efectuada por el tribunal. En síntesis, el tratamiento de un medio de prueba obtenido conforme a derecho, pero cuya valoración pudiese implicar una vulneración del derecho a la privacidad del imputado, dependerá del resultado de un examen de dos pasos<sup>41</sup>: En el primero, se deberá determinar cuál de las esferas del derecho general de la personalidad (esfera social, esfera privada intermedia o esfera íntima) se vería afectada con la eventual valoración probatoria. En el segundo nivel, y a partir de la determinación de la esfera potencialmente afectada, deberán determinarse –como cuestión previa a resolver<sup>42</sup>– las consecuencias que de ello se originan respecto de la prueba cuestionada. Estas consecuencias podrían ser la prohibición absoluta de valoración o la ponderación de intereses, y la eventual admisión de la valoración de la prueba, a pesar de constituir una afectación de los derechos de la personalidad.

Los criterios para delimitar cada una de las esferas han sido objeto de una intensa polémica. El mismo BVerfG ha mencionado, escuetamente, algunas directrices para efectuar la delimitación entre esfera privada y esfera íntima<sup>43</sup>. En primer lugar, es relevante determinar si el eventual afectado deseaba mantener un acontecimiento como secreto: Este deseo podría constituir un indicio o presunción a favor de considerar un acontecimiento como propio de la esfera íntima, aunque no un criterio definitivo. La comunicación o publicación de un hecho, al contrario, podría significar su exclusión de la esfera íntima<sup>44</sup>. Asimismo, deberá analizarse si el hecho

<sup>39</sup> BVerfGE 34, 238 (246), 31/01/1973; 32, 373 (379), 08/03/1972. Véase GEIS (1991) p. 113.

<sup>40</sup> BVerfGE 32, 373 (379), 08/03/1972; BGHSt 34, 397 (401), 09/07/1987; 19, 325 (332 ss.), 21/02/1964.

<sup>41</sup> Correctamente: KÜPPER (1990) p. 418, quien distingue claramente ambos niveles de análisis. También DOLL (2021) pp. 233-267.

<sup>42</sup> En un sentido similar: GEIS (1991) p. 117.

<sup>43</sup> Para una reconstrucción de los criterios del BVerfG, BARROT (2012) pp. 95-127. Véase también BVerfGE 34, 238, 31/01/1973.

<sup>44</sup> En la polémica sentencia del segundo diario de vida, el carácter escrito de los pensamientos del imputado significó, a juicio del BVerfG, una renuncia a considerarlos dentro del contenido de pro-

sobre el cual recae la prueba cuestionada, en cuanto a su contenido<sup>45</sup>, posee un carácter personalísimo y de qué forma y en qué medida incide éste en la privacidad de un tercero o en el interés de la sociedad<sup>46</sup>. El BVerfG considera cuáles datos personales, que por su propia naturaleza deben considerarse secretos, pertenecen a la esfera íntima. Este criterio sin embargo no ha recibido mayor concreción. Por ejemplo, la planificación de un delito contenida en anotaciones privadas no puede, de acuerdo con estos criterios, ser considerada como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la privacidad, como se decidió en el segundo caso del diario de vida (*aquí arriba, II, 2*), pues dichas anotaciones, en función de su contenido, guardan relación con hechos sociales de carácter criminal. En tercer lugar, resulta un indicio de intimidad el tipo de habitación o espacio donde es captada la comunicación, dialogo o soliloquio de una persona. El domicilio privado o la habitación matrimonial, como en el caso de las escuchas telefónicas (*aquí arriba, II, 5*), constituye un indicador fuerte en orden a considerar las interacciones que allí tienen lugar como incluidas dentro de la esfera íntima. Por último, podrían ser parte de la esfera íntima las comunicaciones dentro de relaciones de especial confianza, como con la familia y dentro del matrimonio, con el médico personal o con consejeros espirituales y religiosos<sup>47</sup>.

## 2. CRÍTICAS A LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL BVERFG

La teoría de las esferas como método de determinación de prohibiciones de prueba independientes ha sido objeto de intensas críticas por parte de la doctrina<sup>48</sup>. La mayoría de ellas no se centran directamente en la distinción teórica entre las tres esferas de protección, sino en los criterios de delimitación de las distintas esferas afectadas en un caso concreto, y específicamente, en la tenue frontera que separa la esfera íntima de la esfera privada<sup>49</sup>. En este sentido, la principal dificultad práctica que presenta la teoría de las esferas radica en la imprecisa determinación de lo que se entiende como ámbito de protección absoluta<sup>50</sup>. El mismo BVerfG ha dado pie a estas críticas, al sostener que la pregunta acerca de la afectación de la esfera íntima

---

tección de la esfera íntima.

<sup>45</sup> El BGH consideró en otro caso que el soliloquio de un imputado, a diferencia de las anotaciones en un diario de vida, pertenecerían a la esfera íntima no en conexión a su contenido sino en tanto a su carácter fugaz y volátil. Al respecto, DAUTERT (2015) p. 173. También véase la discusión sobre “el caso de la habitación de hospital” en DAMMANN (2011) pp. 105-109.

<sup>46</sup> DOLL (2021) pp. 129-143.

<sup>47</sup> BARROT (2012) pp. 122-125.

<sup>48</sup> Véase: FEZER (1995) pp. 6-7; HOFMANN (1992) p. 591; JÄGER (2008) pp. 7, 10 y ss.; KÜPPER (1990) p. 418; ROXIN y SCHÜNEMANN (2014) §24, números al margen 55 y ss.; WOLTER (1990) pp. 175 y ss.

<sup>49</sup> Por todos JAHN (2008) p. C83.

<sup>50</sup> KÜPPER (1990) p. 418.

sólo puede ser respondida “caso a caso, tras el análisis de las particularidades que cada situación representa”<sup>51</sup>.

Las críticas a la teoría de las esferas se han intensificado especialmente a partir del segundo caso del diario de vida (*aquí arriba*, III, 2). Como vimos, el BGH decidió en 1987 que los diarios de vida incautados en la habitación del imputado serían susceptibles de valoración por el tribunal penal: El derecho a la privacidad debía ceder ante la eficiente persecución penal en este caso. La decisión del BGH fue sometida a fuertes cuestionamientos.

En primer lugar, se criticó la primacía que el máximo tribunal le otorgó a la eficiente persecución penal por sobre la esfera íntima<sup>52</sup>. Dicha supremacía absoluta conduciría irremediabilmente a la legitimación de cualquier medio y de toda medida intrusiva en el proceso penal para garantizar el éxito de la persecución penal<sup>53</sup>. Asimismo, se sostuvo que la solución adoptada por el BGH, para este caso contradice el principio de que la esfera íntima en caso alguno puede ser afectada. En ese sentido, en tanto un diario de vida pertenecería siempre a dicho ámbito (como se sostuvo en el primer caso del diario de vida), no debiera ser objeto de valoración por parte de un tribunal<sup>54</sup>.

Ahora bien, el solo hecho de estar en presencia de un diario de vida no permite derivar, sin más, la imposibilidad de valorar dicho medio de prueba. Razonable resulta exigir que, para mantener fuera del alcance del juez el contenido de un diario de vida, este se refiera efectivamente a pensamientos internos, que permitan concluir que pertenecen a la esfera íntima de protección absoluta. **La determinación de la valoración o prohibición de valoración pasará necesariamente por conocer el contenido mismo del diario de vida**<sup>55</sup>. Así, el verdadero problema de la segunda sentencia sobre diario de vida radica en que el tribunal acepta someter la decisión a una ponderación de intereses, sin analizar previamente cuál esfera de protección ha sido afectada.

La referida decisión adoptada por el BGH fue posteriormente objeto de un recurso ante el BVerfG<sup>56</sup>. En una cerrada decisión empatada a cuatro votos decidió ratificar la valoración del mencionado medio de prueba. Para ello, sostuvo el BVerfG en el voto prevaleciente que en este caso concreto las anotaciones contenidas en un diario de vida no pertenecen al núcleo esencial de la garantía<sup>57</sup>: “Si las anotaciones contienen referencias a la planificación o a la realización de un delito, ellas se encuentran en una relación inmediata con comportamientos punibles. Dichos comportamientos punibles en caso alguno pueden pertenecer a la esfera intocable de la

<sup>51</sup> BVerfG 34, 238 (248), 31/01/1973. Al respecto, LABERT (1995) pp. 24-27.

<sup>52</sup> KOHLHAAS (1966) p. 289.

<sup>53</sup> KÜPPER (1990) p. 419.

<sup>54</sup> DENCKER (1977) pp. 125 y ss.; DALAKOURAS (1988) pp. 216 y ss.

<sup>55</sup> Lo mismo ocurre con los soliloquios captados por vigilancias acústicas. DAUTERT (2015) pp. 175-177.

<sup>56</sup> BVerfGE 80, 367, 14/09/1989.

<sup>57</sup> Al respecto, pormenorizadamente, GEIS (1991) pp. 114 y ss.

personalidad”<sup>58</sup>. Las anotaciones cuyo contenido advierte sobre aspectos jurídicos de los actos, sostiene el voto prevaleciente en este sentido, compete directamente al interés de la sociedad<sup>59</sup>. De este modo, para la opinión prevalente del Tribunal, la determinación del núcleo esencial de la garantía no queda determinada simplemente a partir de la mera intención de mantener cierta información con carácter secreto, sino de elementos adicionales vinculados a su contenido<sup>60</sup>, aun cuando las anotaciones hubiesen sido encontradas en un domicilio particular, el que se encuentra constitucionalmente protegido de acuerdo con el artículo 13 I y II de la GG<sup>61</sup>. Sin embargo, para ser consecuente con su doctrina, la ponderación de intereses debería tener lugar una vez definida la esfera de la privacidad que se afecta en un caso concreto, y no —como pareciera desprenderse del criterio adoptado por el BGH y secundado por el BVerfG en este caso— como un criterio para concluir si un determinado medio de prueba pertenece o no a la esfera íntima.

Los reproches contra la teoría de las tres esferas desarrollada por el BVerfG parecieran, en definitiva, estar justificados. Se cuestiona la tendencia vacilante del BVerfG y su consecuente dificultad para determinar el ámbito de la privacidad merecedor de absoluta protección y la esfera privada intermedia, susceptible de ponderación<sup>62</sup>. De acuerdo con los criterios sostenidos por la jurisprudencia constitucional, la existencia misma de una esfera íntima de protección absoluta de la privacidad puede ser puesta en duda en atención a la gravedad del ilícito indagado, o bien, del contenido de la información en juego. Así, la delimitación de las tres esferas en cuestión no dependerá de criterios previamente establecidos, sino de las

<sup>58</sup> BVerfGE 80, 367, 14/09/1989 (traducción propia).

<sup>59</sup> El voto de los 4 jueces que se pronunciaron en contra de la valoración del diario de vida sostuvo que éste en el caso concreto pertenece al núcleo esencial de la garantía protegida en tanto ellos simplemente contienen análisis internos del imputado consigo mismo.

<sup>60</sup> WOLTER (1990) p. 177.

<sup>61</sup> En otro caso, BGHSt 50, 206 (212 y ss.), 10/08/2005, el BGH consideró que el soliloquio autoincriminatorio de una persona captada por el sistema de vigilancia en la habitación del hospital de rehabilitación en el que se encontraba debe ser considerado dentro del núcleo esencial protegido, en parte, por el hecho de haber sido captado en su propia habitación. Al respecto, DAUTERT (2015) pp. 173-174.

<sup>62</sup> Véase BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 124, 43 (69-70), 16/06/2009; 113, 348 (391), 27/07/2005; 109, 279 (314-315.; 319), 03/03/2004; 80, 367 (374-375), 14/09/1989. De acuerdo con la jurisprudencia del BVerfG pertenecerían al núcleo esencial de la garantía las “exteriorizaciones de sentimientos internos” o bien “expresiones de la sexualidad” (BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 119, 1 (29-30), 13/06/2007; 109, 279 (313 y ss.), 03/03/2004, mas no aquellas expresiones que se encuentren en una relación directa con la realización de un comportamiento delictual como lo serían por ejemplo aquellas notas sobre la planificación de un delito o bien las anotaciones referidas a crímenes cometidos (BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 124, 43 (70), 16/06/2009; 113, 348 (391), 27/07/2005; 109, 279 (319), 03/03/2004; 80, 367 (375), 14/09/1989.

particularidades del caso concreto<sup>63</sup> y en especial, de la gravedad del delito indagado. Con ello, podría dudarse de la existencia de una protección absoluta de los derechos de la personalidad<sup>64</sup>.

Por otro lado, se ha criticado la ausencia de criterios claros para efectuar la ponderación de intereses entre la protección de garantías del imputado y el interés en la efectiva persecución criminal. La mera contraposición entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y la necesidad de contar con una eficiente persecución criminal, por el otro, no pareciera ser suficiente en casos de criminalidad especialmente grave, donde reconocer la preponderancia del primero de los factores expuestos resultará singularmente improbable<sup>65</sup>. Las voces que sostienen que, en casos graves, la ponderación de intereses siempre perjudicará al imputado podrían estar en lo correcto<sup>66</sup>. De este modo, si lo que se quiere es evitar que, en caso de delitos graves, la protección que el ordenamiento ha conferido a los sujetos individuales se vea relativizada<sup>67</sup>, propender a la normativización de los parámetros que guían la ponderación resulta algo urgente<sup>68</sup>. Estos problemas siguen todavía abiertos para la jurisprudencia del BVerfG.

## V. LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA INDEPENDIENTE Y EL SISTEMA CHILENO

¿Son reconocibles en el sistema jurídico chileno los elementos constitutivos de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba constitucionales? Es evidente (e inevitable) que la actividad probatoria del Estado en ejercicio del *ius puniendi* signifique una afectación de garantías constitucionales<sup>69</sup>. Las distintas reglas que

<sup>63</sup> BVerfGE 124, 43 (70), 16/06/2009; BVerfGE 109, 279 (314), 03/03/2004; BVerfGE 80, 367 (374), 14/09/1989.

<sup>64</sup> Las críticas a la ponderación de intereses se han dirigido fundamentalmente en contra de la imprevisibilidad en los resultados que dicho método genera, motivada principalmente por la ausencia de reglas claras que permitan prevenir eventuales resultados contradictorios al momento de ponderar. Así, se ha criticado el extremo subjetivismo del que adolece dicha teoría, y el consiguiente “decisionismo judicial” que ésta conllevaría. CORREA (2018) p. 150 y 151. Véase HOFMANN (1992) p. 591; KÜPPER (1990) p. 416.

<sup>65</sup> KÜPPER (1990) p. 418.

<sup>66</sup> AMELUNG (1997) p. 522; AMELUNG (1991) p. 2533.

<sup>67</sup> HAUCK (2014) pp. 334-358.

<sup>68</sup> Precisamente, a partir de las críticas a la ponderación de intereses, parte de la doctrina ha propuesto un sistema para la determinación de prohibiciones de valoración de prueba a partir de la ponderación de tres criterios específicos, que precisamente busca normativizar los criterios propios de la ponderación: la relevancia específica de la infracción de ley procesal en el caso concreto; el significado de la infracción de ley procesal para los intereses individuales legalmente protegidos por la norma vulnerada, y por último, la necesidad de valoración de la prueba en consideración al interés estatal de persecución penal. Véase: CORREA (2018) p. 152, ROGALL (2008a) p. 824. Detallado al respecto: ROGALL (1999) p. 143 y ss.

<sup>69</sup> NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 200.

regulan la realización de diligencias probatorias de la investigación penal, y de modo general, el artículo 9 del CPP, reconocen la posibilidad de dicha afectación, estableciendo un procedimiento para que ella se materialice en conformidad a derecho.

La prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales se encuentra cubierta bajo la hipótesis de exclusión de prueba consagrada en la segunda parte del inciso 3 del artículo 276 del CPP. El contenido específico de dicha garantía ha sido analizado por la doctrina y escapa del objeto del presente estudio<sup>70</sup>. Dicha disposición no responde, sin embargo, la pregunta acerca del tratamiento que debe otorgarse a aquella prueba cuya valoración –a pesar de haber sido obtenida conforme a derecho– pudiese significar una vulneración de garantías fundamentales del imputado o de terceros. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 226 del CPP, en su redacción vigente: ¿Es susceptible de valoración, independiente del carácter íntimo o privado de su contenido, toda aquella prueba obtenida gracias al empleo de medios tecnológicos para captar, grabar y registrar subrepticamente imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público, solo por el hecho de cumplirse los requisitos legales para su obtención?

A continuación, se indagan las lecciones que pueden obtenerse de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba independientes para el sistema que regula la prueba ilícita bajo el CPP. Para ello es necesario determinar si los elementos que subyacen a la construcción de tal doctrina en el derecho constitucional alemán se presentan, y en qué medida, en el sistema procesal penal chileno.

#### 1. APLICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

El reconocimiento de las prohibiciones constitucionales de valoración de prueba en la jurisprudencia alemana descansa, fundamentalmente, en la “erradicación” de la GG al proceso penal. El proceso penal es comprendido en la jurisprudencia alemana como la “ejecución a nivel legal de la constitución”<sup>71</sup>. Esta premisa del desarrollo jurisprudencial alemán se presenta también (hasta cierto punto) en el sistema procesal penal chileno. En un giro copernicano, en relación con su antecesor inmediato, el CPP consagra y resguarda diversas garantías procesales del imputado. Establece para ello diversos mecanismos para su resguardo, por ejemplo, el recurso de nulidad (artículos 373 y 374 del CPP), la exclusión de prueba por ilicitud, en la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 276 inciso 3 del CPP), la cautela de garantías (artículo 10 del CPP) y la nulidad procesal (artículos 159 y ss. del CPP). Todos estos mecanismos exhiben la relevancia reconocida a las garantías constitucionales en el derecho procesal penal chileno.

Asimismo, pareciera consistente con la premisa anteriormente referida el reconocer que, en principio, la protección que el sistema procesal penal chileno

<sup>70</sup> Véase: CAROCCA (1998) p. 306; HERNÁNDEZ (2002) p. 51-52; NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 213-214; CORREA (2018) pp. 153-154.

<sup>71</sup> SCHMIDT (1970) número al margen 333.



confiere a los derechos fundamentales se extiende más allá de las obtenciones probatorias, abarcando, en cambio, otras etapas del procedimiento probatorio. La valoración de la prueba por parte del tribunal también representa una actividad estatal sujeta al respeto de las garantías constitucionales. La causal del recurso de nulidad, contemplada en el artículo 373 literal a) del CPP, —el haberse infringido derechos o garantías asegurados por la Constitución— no se restringe a la obtención del material probatorio, sino que se extiende a “cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia”. Luego, parece implausible que los derechos fundamentales de las personas se vean protegidos, frente a la actividad probatoria, solo respecto de la obtención de prueba (regulada por el artículo 276 inciso 3 del CPP). Al contrario, es razonable pensar que la regla del artículo 276 inciso 3 del CPP sirve al propósito de facilitar, sin agotar, la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a la actividad persecutoria del Estado<sup>72</sup>. La valoración de la prueba es un acto estatal que potencialmente puede afectar derechos fundamentales. Su ejercicio requiere por lo tanto siempre de una adecuada justificación constitucional, conforme al artículo 6 inciso 1 de la CPR<sup>73</sup>.

Por último, el derecho constitucional chileno reconoce expresamente, en el artículo 19 N° 4 de la CPR, el derecho al respeto de la honra y la vida privada de las personas. Como adelantara Bofill, esta norma podría servir de base para el desarrollo en Chile de una teoría equivalente a la teoría de las esferas antes referida u otra creación similar que permita resolver el problema de las llamadas prohibiciones de prueba constitucionales<sup>74</sup>. El derecho constitucional chileno no desconoce la tensión existente entre la valoración de la prueba y la privacidad de la persona. La valoración de la prueba, en conclusión, es un acto estatal que podría vulnerar garantías constitucionales, y en particular, el derecho a la vida privada de la persona.

## 2. PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE PRUEBA INDEPENDIENTES EN EL CPP

¿Podría prohibirse la valoración de un medio de prueba en caso de ser dicha actividad vulneradora de garantías constitucionales, a pesar de haber sido obtenida dicha prueba conforme a derecho? Tras la entrada en vigor del CPP, esta pregunta no ha sido objeto de discusión alguna ni en doctrina ni en jurisprudencia<sup>75</sup>. Al respecto, la solución más simple pareciera ser rechazar de plano la procedencia de las prohibiciones de valoración de prueba independientes en el CPP, invocando la ausencia de una justificación expresa para ello. Bajo esta hipótesis, solo podría prohibirse el material probatorio obtenido con infracción de garantías constitucionales (artículo 276 inciso 3 del CPP). Algunos antecedentes hablan contra esta posición restrictiva de la prueba ilícita.

<sup>72</sup> En este sentido, ALVARADO (2022) p. 526; RODRÍGUEZ (2022) p. 23.

<sup>73</sup> CHILE, *Constitución Política de la República*.

<sup>74</sup> Véase: BOFILL (1988) p. 144.

<sup>75</sup> Durante la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, Bofill se refirió en su tesis doctoral tangencialmente al tema. BOFILL (1988) p. 144.

En efecto, las prohibiciones de valoración de prueba ya han sido admitidas jurisprudencialmente en el proceso penal chileno. Desde los albores de la reforma procesal penal, la doctrina mayoritaria<sup>76</sup> y la jurisprudencia de los tribunales superiores<sup>77</sup> han admitido (la mal llamada) “valoración negativa de la prueba”: “La actividad del juez de fondo dirigida a no considerar como medios de prueba susceptibles de fundar convicción en el tribunal aquellos rendidos en el juicio oral y cuyo origen se vincula a una infracción de garantías fundamentales del imputado cometida por los órganos de persecución criminal”<sup>78</sup>. La “valoración negativa de la prueba”, si bien no necesariamente es una prohibición probatoria independiente, es –indudablemente– una genuina prohibición de valoración de prueba. En el proceso penal chileno ya se ha atribuido al juez de fondo la competencia para prohibir la valoración de la prueba ilícita por una vía distinta de su exclusión basada en el artículo 276 inciso 3 del CPP. En principio, la prohibición de valoración de prueba podría extenderse no sólo a aquella prueba erróneamente admitida en el auto de apertura –por infracción a reglas de obtención probatoria–, sino además a aquella prueba lícitamente obtenida, pero cuya valoración podría lesionar alguna garantía constitucionalmente reconocida a favor del imputado.

En segundo lugar, el CPP contempla, a lo menos, una regla que sanciona valoraciones probatorias atentatorias de garantías fundamentales, a pesar de haber sido esta prueba obtenida conforme a derecho. El artículo 220 del CPP regula el tratamiento de los objetos y documentos no sometidos a incautación. Establece dicha norma que no podrá disponerse la incautación de las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar en calidad de testigos, así como las notas tomadas por ellos y otros objetos o documentos a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración. La misma disposición, en su inciso final, establece que “si en *cualquier momento* del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser *valorados* como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente” (el destacado es nuestro). Así, en aquellos casos en los cuales un elemento de prueba no susceptible de incautación ha sido obtenido, a pesar de que la diligencia hubiera sido realizada conforme a derecho, el legislador establece, como sanción, una consecuencia distinta a la exclusión probatoria: La prohibición de valoración de la prueba.

En definitiva, el CPP reconoce una amplia protección de garantías fundamentales del imputado y terceros, y al menos una regla de prohibición de valoración independiente de la regla de obtención. Adicionalmente, existe una sentada

<sup>76</sup> CORREA (2021b) pp. 79 y ss.; CORREA (2018) pp. 162 y ss.; HERNÁNDEZ (2002) pp. 89 y ss., y HERNÁNDEZ (2008) p. 60. En un sentido similar DONOSO (2008) pp. 39 y ss.

<sup>77</sup> Entre otras: Corte Suprema, 20/09/2006; Corte Suprema, 22/10/2014; Corte Suprema, 17/04/2017; Corte de Apelaciones de Santiago, 29/09/2017; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03/04/2019.

<sup>78</sup> CORREA (2021b) p. 69; VERA (2022) pp. 85 y ss. Crítica: CORTÉS-MONROY (2018) pp. 661 y ss.

práctica de prohibiciones de valoración resueltas por los tribunales del juicio oral en lo penal. El sistema constitucional y procesal penal chileno cuenta con todos los elementos que subyacen a la construcción de prohibiciones constitucionales de prueba independientes.

### 3. OPORTUNIDAD PROCESAL

El eventual reconocimiento de prohibiciones de valoración de prueba independientes, por infracción de derechos constitucionales en el derecho chileno abre la pregunta acerca de la oportunidad procesal en la cual estas deben ser reconocidas. Una posible respuesta sería considerar que la prohibición de la valoración de la prueba, lícitamente obtenida, habría de verificarse por el tribunal de fondo, a través de la sentencia definitiva correspondiente, de manera similar a lo que sucede en la práctica respecto de la “valoración negativa de la prueba”, cuestión generalmente asignada al tribunal oral en lo penal. En el derecho alemán es precisamente el tribunal penal de fondo a quien corresponde, en primer término, prohibir la valoración de la prueba por vulneración de derechos fundamentales. El tribunal oral en lo penal, bajo esta hipótesis, analizaría y decidiría si la valoración de la prueba, declarada admisible en el auto de apertura del juicio oral, podría o no lesionar garantías constitucionales. Así, la decisión del tribunal de fondo en orden a prohibir la valoración (a partir de una ponderación entre la lesión de derechos fundamentales y otros bienes colectivos, como, por ejemplo, la eficacia en la persecución penal), quedaría plasmada en la sentencia definitiva.

Como se analizó en otra oportunidad<sup>79</sup>, existen diversos fundamentos a favor de la posibilidad de que el tribunal de juicio oral sancione prohibiciones probatorias. A nivel supralegal, la prohibición de valoración de prueba ilícita se sustenta en la obligación que asiste a todo órgano del Estado (establecida en el artículo 6 inciso 1, en relación con el artículo 5 inciso 2 de la CPR) de someter su actuar al resguardo de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales<sup>80</sup>. De este modo, como se ha sostenido, la exigencia de sanción de la prueba ilícita no corresponde a una exigencia impuesta solo por una regla de rango legal (artículo 276 del CPP), sino que su fuente estaría en la Constitución<sup>81</sup>. Por ello, su sanción representa un imperativo para el juez, exigible ante la presencia de una infracción de garantías constatada a lo largo del procedimiento<sup>82</sup>. Negar dicho

<sup>79</sup> CORREA (2021a) 83 y ss.

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ (2022) p. 22.

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ (2022) p. 26.

<sup>82</sup> CORREA (2021a) p. 85. Precisamente, NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 213, sostienen que el sistema de tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal chileno, constituye “el bloque de mecanismos ideados por el legislador procesal penal para asegurarse que la prueba con la que se enjuicie a los ciudadanos, se someta a una exigencia mínima de respeto de las garantías de los derechos esenciales, ya sea aquellos prescritos en la Constitución, sea se trate de otros contemplados en los tratados internacionales vigentes que haya suscrito Chile”.

imperativo obligaría al tribunal de fondo a fallar, a sabiendas, en base a prueba cuya valoración contraviene la Constitución. Del mismo modo, el artículo 297 inciso 2 del CPP exige al tribunal “hacerse cargo” en la fundamentación de la sentencia de toda la prueba producida y rendida en juicio. Sin embargo, el mismo artículo permite al tribunal desestimar prueba producida, indicando las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Luego, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido al tribunal oral en lo penal la facultad de no valorar prueba producida en el juicio<sup>83</sup>. Como ha resuelto recientemente el máximo tribunal “cuando los jueces de fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de las infracciones a las garantías constitucionales del imputado [...]”<sup>84</sup>. No hay fundamento alguno para excluir la vulneración de derechos y garantías constitucionales como una de las razones idóneas para que el tribunal oral en lo penal desestime prueba producida y rendida en juicio.

Esta solución, si bien plausible, no se encuentra libre de problemas. Al respecto, se ha esgrimido que la decisión del juez de fondo carecería de un claro control jurisdiccional posterior en caso de ser favorable al imputado: El recurso de nulidad no podría invocarse ante la prohibición de valoración de la prueba constitucional, pues *ex hypothesi* no se presenta una infracción de derechos o garantías constitucionales (artículo 373 literal a) del CPP) del imputado o tercero<sup>85</sup>. A la inversa, si la decisión consistiese en valorar a todo evento la prueba rendida, a pesar de que su producción en el juicio oral y posterior valoración inciden en el ámbito de protección de un derecho fundamental, ellos se lesionarían de manera definitiva respecto del imputado o de un tercero, antes de que los tribunales superiores de justicia tengan la oportunidad para conocer el asunto. La vulneración quedaría consumada antes de su posible revisión por vía de recurso de nulidad. Un problema adicional, relacionado con el anterior, radica en la paradoja según la cual para proteger el derecho a la vida privada del imputado o tercero, el tribunal del juicio oral en lo penal necesariamente debe lesionar la vida privada del imputado o tercero<sup>86</sup>. Por ejemplo, y en los casos ya expuestos y analizados, el tribunal deberá tener acceso al contenido de la escucha telefónica privada o leer las anotaciones en el diario de vida, para determinar la prohibición de valoración de tal conversación o anotación privada. Así, se trata de un problema de “contaminación”<sup>87</sup>, pero de uno mucho más agudo: El

<sup>83</sup> CORREA (2021b) pp. 85-86; RODRÍGUEZ (2022) p. 229. En la jurisprudencia, entre otras: Corte Suprema, 09/08/2021; Corte Suprema 09/03/2022; Corte Suprema, 20/04/2022 y Corte Suprema 25/04/2022.

<sup>84</sup> Corte Suprema, 01/03/2023. En el mismo sentido: Corte Suprema 25/06/2024, citado por RODRÍGUEZ (2022) p. 228.

<sup>85</sup> Vid. ARISTEGUI (2020) p. 195. En contra: CORREA (2021b) pp. 81 y ss. No obstante, dicha prohibición de valoración podría eventualmente enmarcarse en la causal absoluta de nulidad contenida en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letras c y/o d) del CPP.

<sup>86</sup> DAMMANN (2011) p. 40.

<sup>87</sup> Véase CORREA (2021a) pp. 89-90; VERA (2022) p. 79.

tribunal del juicio oral en lo penal discutirá en audiencia pública si el contenido de un diario de vida se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho fundamental a la vida privada; y deberá justificar su decisión en la sentencia definitiva<sup>88</sup>. Esos actos constituyen ya una posible vulneración de derechos fundamentales, la cual resulta *a priori* sancionable en tanto parte integral de un sistema transversal de resguardo de las garantías fundamentales en el proceso penal<sup>89</sup>.

Ahora, y más allá de los fundamentos que permiten reconocer que un tribunal oral en lo penal tiene legitimidad en realizar dicho ejercicio intelectual, las dificultades esgrimidas invitan a buscar otras opciones. Una posibilidad es incluir las prohibiciones de valoración de la prueba dentro del campo de aplicación del artículo 276 inciso 3 del CPP. Esta alternativa concentraría la prohibición de prueba, ya sea dependiente o independiente, en un mismo momento procesal: La audiencia de preparación del juicio oral. La estructura del CPP apunta a que la sanción de la prueba atentatoria contra garantías por regla general debe verificarse antes del juicio oral, en el auto de apertura, y mediante una decisión del juez de garantía<sup>90</sup>. Esta alternativa permite que la decisión del juez de garantía sea susceptible de impugnación por vía de apelación, en orden a excluir prueba ilícita independiente, dejando un segundo juicio de ponderación por lesión de derechos fundamentales en manos de la Corte de Apelaciones como segunda instancia. En cambio, si la prueba se admitiese, quedaría al imputado o al tercero la posibilidad de obtener una prohibición de valoración por el juez de fondo, así como recurrir de nulidad ante la sentencia. Sin embargo, el gran escollo de esta solución es el tenor literal: El artículo 276 inciso 3 del CPP establece la competencia del juez de garantía para excluir del juicio oral las pruebas “que hubieren sido *obtenidas con* inobservancia de garantías fundamentales” (énfasis agregado). Si bien este artículo no se refiere a la exclusión de pruebas que hubieren sido obtenidas sin infracción de garantías constitucionales, es plausible preguntarse: ¿Debe rechazarse la competencia del juez de garantía para excluir la prueba cuya valoración en el juicio oral podría resultar en una vulneración de derechos constitucionales? Esta alternativa exige, entonces, justificar interpretativamente la extensión de la competencia del juez de garantía para excluir prueba que fue obtenida bajo observancia de garantías fundamentales. La admisibilidad de una interpretación del CPP que aumente el contenido de protección de derechos fundamentales del artículo 276 inciso 3 del CPP es una cuestión abierta. Depende, en definitiva, de la intensidad con la que se dote al CPP de una interpretación “conforme con la Constitución”<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> La actuación del Tribunal de Juicio Oral será en estos casos análoga a la que realiza al momento de valorar negativamente la prueba por vicios referidos a la obtención de un medio de prueba.

<sup>89</sup> Véase NÚÑEZ y CORREA (2017) pp. 213.

<sup>90</sup> La doctrina ya considera que al juez de garantía corresponde realizar una ponderación respecto de las prohibiciones probatorias dependientes. Por todos NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 201.

<sup>91</sup> Una introducción breve al problema en PIEROTH y SCHLINK (2012) p. 27. En Chile, FERNÁNDEZ (2016) pp. 153-188 (con más referencias).

#### 4. ¿TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO?

La posible admisión de las prohibiciones de valoración de prueba por vulnerar el derecho a la vida privada de la persona (artículo 19 N° 4 de la CPR) abre la pregunta sobre la forma en que debe brindarse una solución al conflicto constitucional entre privacidad y persecución penal en el derecho constitucional chileno. Como se desarrolló, el BVerfG y el BGH han aplicado la doctrina de las tres esferas de la personalidad. La distinción entre privacidad e intimidad ha sido acogida también por un sector de la doctrina constitucional chilena<sup>92</sup>. En su importante monografía sobre el derecho a la privacidad, sin embargo, Rodolfo Figueroa se posiciona en contra de dicha distinción. Para Figueroa no existe esfera íntima alguna libre de ponderación en la práctica jurisprudencial chilena<sup>93</sup>. Adicionalmente, los autores que han defendido la distinción entre intimidad y privacidad no habrían sido capaces de delimitar la esfera íntima de la privada: No habría, a su juicio “criterios analíticos para apoyar tal distinción”<sup>94</sup>. Por último, Figueroa afirma que el contexto en el que se desarrolla la teoría de las esferas en la jurisprudencia alemana resultaría distinto, pues allí el “tema central” es la autonomía y el desarrollo de la personalidad”, no el derecho a la vida privada en los términos establecidos en la Constitución<sup>95</sup>.

Los dos primeros argumentos arriesgan incurrir en un *non sequitur*: Que la legislación, los tribunales y la doctrina enfrenten agudas complejidades al concretar la distinción entre esfera íntima y esfera privada no implica que dicha distinción no deba ser reconocida en la Constitución. Por ello, de los tres argumentos, el más fructífero es el tercero. A este respecto considera Figueroa que la distinción entre esfera íntima y esfera privada intermedia no se presenta en el sistema constitucional chileno, pues el artículo 19 N° 4 de la CPR regula el derecho a la vida privada, no el derecho a la intimidad como emanación del derecho a la autonomía individual. Sin embargo, y como se demostró, la jurisprudencia del BVerfG ha elaborado la distinción entre esfera íntima y esfera privada no solamente desde el derecho general a la personalidad. Al contrario, la teoría de las tres esferas de la personalidad es un desarrollo que vincula el derecho a la vida privada (artículo 2 I de la GG) con la dignidad humana (artículo 1 I de la GG) y la cláusula de la esencia contenida en el artículo 19 II de la GG. En función de la intangibilidad de la dignidad humana y del núcleo esencial de protección absoluta de cada derecho, debiera reconocerse normativamente, a juicio del BVerfG y parte de la doctrina alemana, una zona de protección del derecho a la privacidad en la que cualquier afectación resultaría injustificable.

Los elementos normativos que subyacen a la elaboración alemana de las tres esferas de la personalidad se encuentran presentes en la regulación constitucional chilena. Por una parte, la postulación de una esfera íntima absoluta de protección

<sup>92</sup> FIGUEROA (2014) pp. 23-45 resume críticamente la elaboración de la distinción entre intimidad y privacidad en la doctrina constitucional chilena.

<sup>93</sup> FIGUEROA (2021) pp. 129-131.

<sup>94</sup> FIGUEROA (2014) pp. 46-47.

<sup>95</sup> FIGUEROA (2014) p. 31.

ha sido considerada por la jurisprudencia del BVerfG como una emanación de la dignidad humana<sup>96</sup>. El artículo 1 inciso 1 de la CPR reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este reconocimiento contemplado en la Constitución no contiene, sin embargo, declaración alguna respecto a un ámbito de protección intangible. Pero, por otra parte, y acaso más importante, el artículo 19 N° 26 de la CPR establece una cláusula de la esencia similar a la que establece el artículo 19 II de la GG. Así, el derecho a la vida privada establecido en el artículo 19 N° 4 de la CPR no puede afectarse en su esencia en el derecho constitucional chileno. Esto podría implicar, en términos equivalentes a la teoría de las esferas del BVerfG, que dicho núcleo esencial del derecho a la vida privada no puede ser sometido a ponderación alguna respecto de la persecución penal. Sea que se denomine intimidad o de otra forma, la Constitución tiende a reconocer un núcleo esencial del derecho a la vida privada cuya afectación no puede justificarse incluso en pro de una eficiente persecución penal.

No es posible ignorar esa distinción, sin perjuicio de que su aplicación suponga complejidades, incluso insalvables para la práctica<sup>97</sup>. Considerar implausibles los intentos por reconstruir la distinción entre intimidad y vida privada en la Constitución es todavía insuficiente para rechazar la existencia de un contenido esencial de la vida privada no sujeto a ponderación. Al contrario, debe demostrarse positivamente que ni el principio de la dignidad humana ni la protección del contenido esencial otorgada por el artículo 19 N° 26 de la CPR fuerzan al interprete a reconocer un ámbito de los derechos fundamentales libre de ponderación, al menos frente a intereses colectivos como la persecución penal<sup>98</sup>. La respuesta definitiva a este problema supone, luego, posicionarse respecto de la disputa dogmática entre la teoría relativa y la teoría absoluta del núcleo esencial de los derechos fundamentales<sup>99</sup>. Un compromiso coherente con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales implica un compromiso también con la existencia de una esfera de protección del derecho a la vida privada libre de toda ponderación.

## VI. CONCLUSIONES

La doctrina procesal penal alemana y la jurisprudencia desarrollada por el BVerfG y por el BGH han considerado que la valoración de un medio de prueba, incluso obtenido lícitamente, podría significar una vulneración del derecho a la vida privada, en los términos entendidos en la GG, como una emanación de los derechos de la personalidad y autonomía individual. Para resolver la tensión entre vida privada y valoración de un medio de prueba, la doctrina y jurisprudencia alemanas han desarrollado la teoría de las prohibiciones de valoración de pruebas

<sup>96</sup> WARNTJEN (2007) pp. 43-48.

<sup>97</sup> LABERT (1995) pp. 50-58.

<sup>98</sup> Un intento en DAMMANN (2011) pp. 185-197.

<sup>99</sup> Al respecto, por todos, BASSA y VIERA (2017) pp. 324-331, con más referencias.

independientes. Dicha teoría ha sido aplicada, con distintos resultados, en casos de valoración de diarios de vida, de escuchas telefónicas y de interceptación de comunicaciones, incluso ocurridas en espacios de privacidad especialmente protegidos, como el domicilio o la habitación matrimonial.

Este trabajo se preguntó por las lecciones que pueden obtenerse de esta doctrina para el sistema procesal penal chileno. En conclusión, puede afirmarse que los elementos jurídicos que subyacen a la construcción de la teoría de las prohibiciones probatorias independientes son comunes al derecho procesal penal chileno y al alemán. En particular, tanto el derecho procesal penal chileno, como el alemán, reconocen la aplicación directa de los derechos fundamentales al proceso penal, así como la posibilidad de sancionar aquella prueba vinculada a una violación de las garantías constitucionales. Adicionalmente, la Constitución reconoce, en términos más concretos y específicos en comparación a la GG, el derecho a la vida privada de la persona. Estas consideraciones abren el espacio lógico en el derecho procesal chileno para el reconocimiento de prohibiciones de valoración de prueba independientes constitucionales.

El BVerfG ha intentado resolver el conflicto constitucional entre el interés en una eficiente persecución penal y el derecho a la vida privada de la persona mediante la elaboración de la teoría de las tres esferas de protección de la privacidad. Mientras las afectaciones al contenido de protección de la esfera privada pueden justificarse bajo observancia del principio de proporcionalidad, existiría a juicio del BVerfG una esfera íntima de protección en la que no cabría afectación justificada alguna de la privacidad. Las premisas normativas que subyacen a esta construcción son el reconocimiento del derecho a la vida privada como una emanación de los derechos generales de la personalidad y de la autonomía personal, así como el vínculo que cabría reconocer entre este derecho, la dignidad humana intangible contemplada en el artículo 1 I de la GG y la cláusula de la esencia de los derechos fundamentales contemplada en el artículo 19 II de la GG. Tales premisas normativas también se presentan en el sistema constitucional chileno.

El reconocimiento de un contenido esencial del derecho a la vida privada de la persona podría llevar a concluir la existencia, en el derecho procesal penal chileno, de prohibiciones probatorias de carácter constitucional: Si la actividad probatoria del Estado tendiente a la obtención o valoración de medios de pruebas afectase la esencia del derecho a la vida privada de la persona, no cabría reconocer espacio para justificación ni ponderación alguna. La persecución penal, necesariamente, debería ceder ante el contenido esencial de la privacidad.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO, Agustina (2022): “Fundamentos normativo-dogmáticos para una ‘valoración negativa’ de prueba ilícita en juicio oral. Consideraciones a propósito del denominado ‘Caso Armas de San Antonio’”, en MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (coords.), *Mujeres en las Ciencias Penales* (Santiago, Legal Publishing) pp. 505-555.



- AMELUNG, Knut (1997): “Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, en SCHULZ, Joachim y VORMBAUM, Thomas (edits.), *Festschrift für Günter Bemann: zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997* (Baden-Baden, Nomos) pp. 504-523.
- AMELUNG, Knut (1991): “Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991: pp. 2533-2540.
- ARISTEGUI, Juan Pablo (2020): “La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 1: pp. 177-198.
- BARROT, Johannes M. (2012): *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2017): “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general* (Santiago, LOM editores) pp. 323-348.
- BOFILL, Jorge (1988): *Die Beweisverbote im chilenischen Strafprozess*. Tesis doctoral Universidad Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen-Nürnberg.
- CAROCCA, Alex (1998): “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2: pp. 301-322.
- CORREA, Carlos (2018): “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno –con especial referencia al Derecho alemán–”, *Revista Política Criminal*, Vol. 13, N° 25: pp. 144-174.
- CORREA, Carlos (2019): *Die Fernwirkung der Beweisverbote. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und chilenischem Strafprozessrecht* (Berlin y otros, Peter Lang Verlag).
- CORREA, Carlos (2021a): “Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLIII: pp. 571-586.
- CORREA, Carlos (2021b): “La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 8: pp. 66-94.
- CORREA, Carlos (2022): “La excepción del vínculo atenuado y la lectura de derechos calificada como mecanismos de saneamiento de vicios procesales”, en: VALENZUELA, Javier y FERNÁNDEZ, Alejandro (edits.), *Temas actuales de derecho penal y procesal penal a 20 años de la reforma procesal penal* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 203-224.
- CORTÉS-MONROY, Jorge (2018): “La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, *Ius et Praxis*, 24 (1): pp. 661-692.
- DALAKOURAS, Theoharis (1988): *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre: unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts* (Berlin, Duncker & Humblot).
- DAMMANN, Ilmer (2011): *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*. (Berlin, Duncker & Humblot).
- DAUTERT, Franziska (2015): *Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung* (München, Utz Herbert).
- DENCKER, Friedrich (1977): *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten* (Köln y otros, Heymann).

- DOLL, Simone (2021): *Strafprozessuale Konturierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).
- DONOSO, Samuel (2008): “Prueba ilícita, oportunidad para debatir y resolver sobre la regla de exclusión”, *Revista Derecho Mayor*, N° 7: pp. 35-42.
- FERNÁNDEZ, José Ángel (2016): “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Ius et Praxis*, Año 22, N° 2: pp. 153-188.
- FEZER, Gerhard (1995): *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote* (Heidelberg, Müller).
- FIGUEROA, Rodolfo (2021): “Derecho a la privacidad”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 129-168.
- FIGUEROA, Rodolfo (2014): *Privacidad* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- GEIS, Max-Emanuel (1991): “Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts - Ein Plädoyer für die ‘Sphärentheorie’”, *JuristenZeitung*, 1991: pp. 112-117.
- GÖSSEL, Karl Heinz (1984): “Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren”, *JuristenZeitung*, 1984: pp. 361-364.
- HAUCK, Pierre (2014): *Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2002): *Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2a Reimpresión 2005).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2008): “Prueba ilícita y recurso de nulidad: (o ¿Para qué está la Corte Suprema?)”, *Gaceta Jurídica*, N° 332: pp. 60-68.
- HOFMANN, Michael (1992): “Beweisverbote im Strafprozeß - Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote”, *Juristische Schulung*, 1992: pp. 587-594.
- JÄGER, Christian (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Tomo 155: pp. 473-499.
- JAHN, Matthias (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: Ständigen Deputation des deutschen Juristentages (edit.), *Verhandlungen des Siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Tomo I (Erfurt y München, C.H. Beck) pp. C1- C128.
- KOHLHAAS, Max (1966): “Beweisverbote im Strafprozeß”, *Deutsche Richterzeitung*, 1966: pp. 286-291.
- KÜPPER, Georg (1990): “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate - Zur Lehre von den selbstständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren -”, *JuristenZeitung*, 1990: pp. 416-424.
- LABERT, Birgit (1995): *Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren*. (Fráncfort del Meno y otros, Peter Lang).
- NUÑEZ, Raúl y CORREA, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 1: pp. 195-246.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard (2012): *Grundrechte* (Heidelberg y otros, C.F. Müller).
- REINECKE, Jan (1990): *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten* (Munich, VVF).

- RENKA, Susanne (2015): Zur Verwertbarkeit von Selbstkommunikation im deutschen Strafprozess (Fráncfort del Meno y otros, Peter Lang).
- RODRÍGUEZ, Manuel (2022): *La prueba ilícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (Santiago, Rubicón).
- ROGALL, Klaus (1977): *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozeß* (Berlin, Duncker & Humblot).
- ROGALL, Klaus (1979): “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 91: pp. 1-44.
- ROGALL, Klaus (1995): “Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts”, en: WOLTER, Jürgen; y FEIGEN, Hans W. (eds.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts* (Neuburg y otros, Hermann Luchterhand Verlag) pp. 113-160.
- ROGALL, Klaus (2003): “Das Verwendungsverbot des § 393 II AO”, en HIRSCH, Hans Joachim; WOLTER, Jorgen y BRAUNS, Uwe (eds.), *Festschrift für Günther Kohlmann* (Colonia, OVS Verlag Dr. Otto Schmidt) pp. 465-498.
- ROGALL, Klaus (2008a): “Kernbereichsmystik im Strafverfahren”, en WESSLAU, Edda y WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008* (Berlin, De Gruyter) pp. 61-86.
- ROGALL, Klaus (2008b): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, *JuristenZeitung* 2008, pp. 818-830.
- ROGALL, Klaus (1999): “Grundsatzfragen der Beweisverbote”, en HÖPFEL, Frank; HUBER, Barbara (eds.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, 18. - 20. September 1997* (Freiburg i. Br.: Iuscrim, 1999), pp. 119-148.
- ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd (2014): *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* (Munich, C.H. Beck, vigésimo octava edición).
- SAX, Walter (1969): Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel: Ein Beitrag zur Bestimmung der “Verletzung” des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung nach Artikel 2 I GG”. *JuristenZeitung* 1969, pp. 1-6.
- SCHMIDT, Eberhart (1970): *Strafprozeßordnung. Nachträge und Ergänzungen zu Teil 2: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht).
- STÖRMER, Rainer (1994): “Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen”, *JURA*, Tomo 8: pp. 621-628.
- VERA, Juan Sebastián (2022): “Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales”, *Colección Materiales Docentes*, vol. 51 (Academia Judicial). Disponible en: [https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/02/MD51-Valoracion-probatoria\\_-Exigencias-legales-jurisprudenciales-y-doctrinales.pdf](https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/02/MD51-Valoracion-probatoria_-Exigencias-legales-jurisprudenciales-y-doctrinales.pdf) Fecha de consulta: 22/11/2023.

WARNTJEN, Maximilian (2007): *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).

WOLTER, Jürgen (1990): “Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen – zugleich Besprechung der Tagebuch-Entscheidung des BVerfG–” *Strafverteidiger*, Tomo 29: pp. 175-180.

## NORMAS CITADAS

CHILE, *Código Procesal Penal* (12/10/2000).

CHILE, *Código de Procedimiento Penal* (19/02/1906).

CHILE, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).

ALEMANIA, *Ordenanza Procesal Penal (Strafprozessordnung)* (01/02/1877).

ALEMANIA, *Código Penal (Strafgesetzbuch)* (15/05/1871).

ALEMANIA, *Ley Fundamental (Grundgesetz)* (23/05/1949).

## JURISPRUDENCIA CITADA

### ALEMANIA:

Sentencia BGHSt 5, 332 (16/02/1954).

Sentencia BGHSt 14, 358 (14/06/1960).

Sentencia BGHSt 19, 325 (21/02/1964).

Sentencia BGHSt 31, 296 (16/03/1983).

Sentencia BGHSt 34, 39 (09/04/1986).

Sentencia BGHSt 34, 397 (09/07/1987).

Sentencia BGHSt 36, 167 (12/04/1989).

Sentencia BGHSt 50, 206 (10/08/2005).

Sentencia BVerfGE 6, 32 (16/01/1957).

Sentencia BVerfGE 27, 1 (16/07/1969).

Sentencia BVerfGE 27, 344 (15/01/1970).

Sentencia BVerfGE 32, 373 (08/03/1972).

Sentencia BVerfGE 34, 238 (31/01/1973).

Sentencia BVerfGE 54, 143 (23/05/1980).

Sentencia BVerfGE 56, 37 (13/01/1981).

Sentencia BVerfGE, 31, 296 (16/03/1983).

Sentencia BVerfGE 80, 367 (14/09/1989).

Sentencia BVerfGE 89, 69 (24/06/1993).

Sentencia BVerfGE 109, 279 (03/03/2004).

Sentencia BVerfGE 113, 348 (27/07/2005).

Sentencia BVerfGE 119, 1 (13/06/2007).

Sentencia BVerfGE 120, 274 (27/02/2008).

Sentencia BVerfGE 124, 43 (16/06/2009).

Sentencia BVerfG NJW 2012, 907 (07/11/2011).

**CHILE:**

Corte Suprema, 20/09/2006, rol 3570-06, nulidad.

Corte Suprema, 22/10/2014, rol 23.683-14, nulidad.

Corte Suprema, 17/04/2017, rol 6783-17, nulidad.

Corte Suprema, 09/08/2021, rol 31.701-21, nulidad.

Corte Suprema, 09/03/2022, rol 81.397-22, nulidad.

Corte Suprema, 20/04/2022, rol 85.832-21, nulidad.

Corte Suprema, 25/04/2022, rol 56.148-21, nulidad.

Corte Suprema, 01/03/2023, rol 17.675-22, nulidad.

Corte Suprema, 25/06/2024, rol 25.386-21, nulidad.

Corte de Apelaciones de Santiago, 29/09/2017, rol 3103-17, nulidad.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03/04/2019, rol 375-19, nulidad.

