



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

## **PRUEBA ILÍCITA EN ETAPA CAUTELAR PENAL**

Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA BELÉN NAOUM NAHUM

PROFESOR GUÍA  
JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ

Santiago, Chile

2020



## **AGRADECIMIENTOS**

A mis padres, María Elisabeth y Antonio, mis hermanas, María Antonieta y María Ignacia, por su apoyo incondicional, su compañía y por impulsarme siempre a seguir y perseguir mis metas. También a mis abuelos, Jorge y Neriman, por estar siempre presentes y pendientes de mis avances y alegrarse por cada uno de mis logros.

Especiales agradecimientos a mi madre, por enseñarme, entre tantas otras cosas, el valor de la responsabilidad y del trabajo constante, los que fueron fundamentales para culminar esta tesis, así como lo han sido a largo de toda mi vida académica.

Al profesor Jesús Ezurmendia, por su guía y comentarios a lo largo de la confección de esta memoria. A la profesora María de los Ángeles González por sus comentarios. A ambos, por la dedicación al impartir sus clases en el ciclo de procesal, donde sin duda incentivaron mi interés por esta área.

A los amigos y amigas que estuvieron presentes en este proceso, especialmente a Katty, Marcelo, y a mis eternos Javier y Jorge, que a pesar de la distancia que supone el confinamiento, estuvieron presentes con todo su cariño y palabras de ánimo.



## TABLA DE CONTENIDO

<b><u>INTRODUCCIÓN.....</u></b>	<b>1</b>
<b>1. CONTEXTO DEL ANÁLISIS.....</b>	<b>1</b>
<b>2. LEGITIMIDAD DEL PROCESO PENAL.....</b>	<b>5</b>
<b><u>CAPÍTULO I: PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN.....</u></b>	<b>8</b>
<b>1.1. PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>8</b>
1.1.1. PRECISIÓN ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	9
<b>1.2. REGLA DE EXCLUSIÓN .....</b>	<b>12</b>
1.2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	14
1.2.2. FUNDAMENTO ÉTICO .....	16
1.2.3. OTRAS FUNDAMENTACIONES .....	18
<b>1.3. ALCANCES Y EXCEPCIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....</b>	<b>20</b>
1.3.1. TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO .....	20
1.3.2. FUENTE INDEPENDIENTE.....	22
1.3.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.....	23
1.3.4. VÍNCULO CAUSAL ATENUADO .....	24
1.3.5. BUENA FE DEL AGENTE.....	25
<b><u>CAPÍTULO II: ACTIVIDAD PROBATORIA .....</u></b>	<b>27</b>
<b>2.1. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2. ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL CHILENO.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3. ACTIVIDAD PROBATORIA EN ETAPA CAUTELAR .....</b>	<b>30</b>
<b>2.4. ERROR.....</b>	<b>33</b>
2.4.1. PRECISIONES ACERCA DEL ERROR .....	33
2.4.2. ERROR CAUTELAR .....	37
<b>2.5. FUNDAMENTACIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR .....</b>	<b>41</b>
<b>2.6. INFLUENCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR.....</b>	<b>46</b>

## **CAPÍTULO III: EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN ETAPA CAUTELAR.....51**

<b>3.1. ETAPA CAUTELAR.....</b>	<b>51</b>
<b>3.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....</b>	<b>56</b>
3.2.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL .....	56
3.2.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA .....	59
3.2.3. CRÍTICAS.....	62
<b>3.3. DEFENSA DE LA EXCLUSIÓN EN MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>66</b>
3.3.1. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y VALOR PROTEGIDO POR EL SISTEMA .....	66
3.3.2. COHERENCIA DENTRO DEL SISTEMA E INTERPRETACIÓN LÓGICA.....	69
3.3.3. ECONOMÍA PROCESAL .....	71
<b>3.4. ¿MODIFICACIÓN LEGAL? .....</b>	<b>73</b>
<b>3.5. PROPUESTAS .....</b>	<b>74</b>
3.5.1. DEBATE ANTERIOR A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA .....	75
3.5.2. RECURSO DE APELACIÓN .....	78

## **CONCLUSIONES .....**

**82**

## **BIBLIOGRAFÍA .....**

**85**

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....**

**92**

## RESUMEN

El objetivo que se abordará en esta memoria radica en evidenciar la problemática que se suscita en etapa cautelar por no contar con una regla expresa de exclusión de prueba ilícita. Por ello, es que la decisión cautelar será analizada como una decisión probatoria, y que como es natural de estas, cuenta con una etapa de conformación del material probatorio, etapa en la que opera la regla de exclusión. Así, es que se discurrirá sobre los fundamentos existentes en nuestra legislación para entender que en dicha etapa debe operar la regla contra epistémica de exclusión de prueba ilícita y que, con independencia de no ser consagrada a nivel legal, no es posible sostener que debe regir el principio general de inclusión. A su vez, se entenderá que la prueba ilícita es prueba prohibida, por lo que sustentar resoluciones en base a esta genera un problema de fundamentación, además, será tratado con especial énfasis una de las posibles consecuencias de la adopción de estas medidas en dichos términos, es decir, la posibilidad de que se generen falsos positivos cautelares.

Con todo, la problemática que se expone, ha sido tratada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo que también es expuesto, pero desde una perspectiva crítica, la que se basa, principalmente, en entender que en esta etapa del proceso no existe una bifurcación del tribunal - como si existe en miras a la sentencia definitiva - dado que el mismo juez que conocerá las alegaciones respecto de que la prueba es ilícita y que, por ende, no puede servir de base a la fundamentación de resoluciones, será el mismo que dictará la decisión cautelar. Teniendo presente ello, es que se formularán dos propuestas a la problemática, siendo la primera de *lege ferenda* y la segunda, un análisis de la vía recursiva.



## INTRODUCCIÓN

### 1. Contexto del análisis

El tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal obliga al análisis del artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal – en adelante CPP-; mandatando la norma a que el juez excluya “*las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales*”. De ella es que se obtiene el supuesto, de lo que, doctrinariamente, se denomina prueba ilícita y de su contrapartida, la exclusión de aquella, siendo su oportunidad legal la audiencia de preparación de juicio oral, en el procedimiento ordinario penal y a causa del supuesto indicado, es decir, las que se obtienen con infracción de derechos fundamentales, se puede promover el incidente de exclusión.

Sumado a ello, el artículo 277 del mismo cuerpo legal ordena que la exclusión debe consignarse en el auto de apertura de juicio oral, siendo este solamente apelable por el Ministerio Público a causa de exclusión de pruebas de cargo y, a su vez, le otorga la posibilidad al fiscal de solicitar el sobreseimiento definitivo del imputado, pudiendo ser decretado por el juez de garantía en una audiencia especial convocada al efecto. Esto último solo se sustenta en que, por motivo de la exclusión de prueba, es decir, que la prueba esencial de cargo del Ministerio Público fuere excluida, por lo que al no poder ser rendida en el juicio oral, generaba la altísima probabilidad de una sentencia absolutoria en este juicio<sup>1</sup>, es decir, una última salida para el Ministerio Público, anterior al juicio oral y a la dictación de la sentencia para que el órgano persecutor no perseverare el intento de una imputación sin pruebas suficientes a causa de haberse excluido parte del material de cargo con que contaba.

---

<sup>1</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal, Tomo II*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017, p. 949. Modificación introducida por la ley 20.074 del año 2005, por problemática que generaba la ausencia de la institución, a mayor abundamiento respecto de dicha problemática: Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 59 a 62

El mismo artículo evoca al recurso de nulidad conforme a las reglas generales, para el caso en que el juez de garantía no excluya la prueba ilícita y que ésta, por consiguiente, sirva de fundamento en la sentencia, siendo la nulidad pertinente al caso la prescrita en el artículo 373 letra a)<sup>2</sup>. Esta causal puede invocarse debido a que, con independencia de que el vicio no se ubique en la tramitación del juicio o en la sentencia - debido a que el vicio se produce con anterioridad a estos supuestos, por ejemplo, al momento de efectuarse la interceptación de llamadas telefónicas sin autorización judicial- el vicio que sirve para argumentar esta causal es la incorporación de la prueba ilícitamente obtenida al juicio oral y valorada por los jueces sirviendo de fundamento a una sentencia, toda vez que debió ser excluida en la oportunidad legalmente establecida<sup>3</sup>. En resumidas cuentas, el autor plantea que en caso de acogerse el recurso por la sentencia de nulidad hace las veces de regla de exclusión<sup>4</sup>.

Entonces, que a raíz de un escueto análisis de las instituciones en cuestión se pueden realizar las siguientes afirmaciones. En primer lugar, la única oportunidad legal establecida con anterioridad a la sentencia de juicio oral para abrir debate respecto de la ilicitud de la prueba obtenida es en la audiencia de preparación de juicio oral, vale decir, en la etapa intermedia. En segundo lugar, en base a la regulación legal, solo se podría volver a debatir acerca de la ilicitud de la prueba y, por consiguiente, la exclusión de esta del proceso, luego de dictada la sentencia, con la interposición del recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) si es que fuera pertinente.

Estas afirmaciones conducen al planteamiento de interrogantes en razón a la estructura del sistema y su respeto a los derechos fundamentales del imputado relacionados con la forma de obtención de la prueba de cargo capaces de ser incorporadas al razonamiento probatorio, que cuya manifestación será la dictación de una resolución basada o influida por prueba que vulneró alguna garantía del imputado por parte del aparato estatal en la indagación de los hechos si es que estas no son debidamente excluidas. Desde ya, en este primitivo análisis, se da cuenta que el sistema no estima aceptable la fundamentación de una resolución en base a este tipo de

---

<sup>2</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. 2a Reimpresión, Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2005, pp. 93-94

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 94

<sup>4</sup> *Ibíd.*

prueba, asentando una regla de exclusión en etapa intermedia, el sobreseimiento definitivo por exclusión de prueba y el recurso de nulidad por la causal invocada que, como ya se expuso, hace las veces de regla de exclusión.

Entonces, en relación a la estructura del proceso y a la ubicación de los mecanismos legales existentes para excluir prueba ilícita, es que se puede plantear la interrogante respecto a qué hacen los jueces de juicio oral en caso de que el juez de garantía no haya excluido prueba en etapa intermedia y que debió ser excluida por ilicitud, admitiendo al juicio oral prueba que este tribunal nunca debió tomar en conocimiento. Esta interrogante ha sido bastante desarrollada por la doctrina y es aquí donde se ubica el debate en relación con la valoración negativa de la prueba en cuestión<sup>5</sup>.

Otra interrogante que podría plantearse, y es la que se analizará en este ensayo, refiere a qué sucede en la etapa de investigación en relación con la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, cuál es la reacción procesal frente a, por ejemplo, una investigación que se inicia con antecedentes obtenidos ilícitamente, que se formalice y se prosiga solicitando tanto, diligencias investigativas como medidas cautelares - todo en el contexto de la etapa de investigación - pero también, todo sustentado en evidencia ilícitamente obtenida. Frente a ello no hay doctrina abundante que desarrolle una solución única a la problemática<sup>6</sup>, menos regulación en el código de la materia que la resuelva. No siendo esto baladí, ya que, el que una resolución judicial se sustente en base a prueba de esta índole genera una doble vulneración de las garantías del imputado, primero, al obtener los antecedentes o pruebas y segundo, al valorarla positivamente y fundamentar con ella una resolución judicial<sup>7</sup>.

Esto último será el objeto de estudio a analizar, debido a la posibilidad que se presenta en la etapa cautelar de una doble vulneración de garantías del imputado y que no cuenta con

---

<sup>5</sup> Véase en este respecto: Cortés-Monroy Fernández, Jorge. “La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”. *Ius et Praxis*, Vol. 24, N°1 (2018): 661-692; Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* p. 89-91; Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* pp. 199-204

<sup>6</sup> Respecto de este punto recae el análisis del capítulo 3, epígrafe 3.2

<sup>7</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno – con especial referencia al Derecho alemán-”. *Política Criminal*, Vol. 13, N°25 (2018): 157

mecanismo de salvaguarda a sus derechos en relación con la evidencia que se pudiera aportar; como si se cuenta con la regla de exclusión en etapa intermedia para asegurar la legitimidad de la decisión que se adoptará en juicio oral. Por lo que, lo central, será la búsqueda de la dotación de legitimidad al proceso en su globalidad, es decir, la forma de evitar “la degradación de la acción punitiva estatal”<sup>8</sup> por producción de material probatorio con infracción de garantías fundamentales, y que más aún, este contribuya a la imposición de una pena<sup>9</sup>. Independiente que esta sea analizada desde la perspectiva de la pena, no se puede afirmar que el todo es legítimo si es que en una parte de ese todo - etapa de investigación o etapa cautelar – se fundamentaron resoluciones en base a antecedentes que no lo son.

Así definida la problemática, este ensayo comenzará su desarrollo por medio de una exposición de lo que se entiende por prueba ilícita y regla de exclusión, por ser esta última la reacción contemplada en nuestra legislación procesal penal para hacer frente a la prueba ilícita. Luego, por medio de un análisis a la teoría de la prueba se expondrá que la exclusión opera en la primera etapa de la actividad probatoria, siendo entonces pertinente análisis de estos momentos.

Ahora bien, como la actividad probatoria cautelar no está regulada en todos sus momentos, el análisis conducirá a que, pese a ello, ésta existe y, por lo mismo, se procederá a la revisión de si es o no aplicable al caso, excluir prueba en esta etapa. Respecto de las medidas cautelares, será especialmente relevante la revisión del concepto de error, y si es que en este se produce algún efecto por no ser precedido por la exclusión. También serán objeto de estudio los efectos que puede tener la prueba ilícita dependiendo de la estructura de la orgánica judicial, y de acuerdo con esa línea irá la propuesta de solución para la situación.

Finalmente, se defenderá por qué los derechos fundamentales mandatan a la exclusión de esta evidencia, como también porqué debería ello estar regulado. Con respecto a la situación actual de la problemática, será analizado el recurso de apelación y la posibilidad de su utilización para enmendar el razonamiento del juez de garantía en caso de que no haya excluido, y, por ende, valorado, prueba ilícita.

---

<sup>8</sup> *Ibíd*, p. 61

<sup>9</sup> *Ibíd*.

## 2. Legitimidad del proceso penal

Los críticos del Código de Procedimiento Penal, incluso cuando este aún se encontraba vigente, discurrían acerca de sus falencias, las que ahora sirven de base frente a la problemática planteada; entre ellas, se afirmaba que, “dentro de una sociedad democrática el proceso debe cumplir la difícil misión de asegurar el imperio del derecho, defendiendo el interés social, y de proteger los derechos y libertades del individuo”<sup>10</sup>. Ello se planteaba porque el proceso es un instrumento para reestablecer la paz social quebrantada y por lo mismo es que debe mantenerse dentro de los márgenes de juridicidad; siendo las prohibiciones probatorias el mecanismo para obtener el respeto de los derechos fundamentales, ya que con ellas se establece el límite al interés estatal en el desarrollo de la investigación, en razón a la pugna de estos dos intereses<sup>11</sup>. Sin más, no se pretendía que estas prohibiciones de prueba eliminen toda la posibilidad de afectar derechos, si no que ello se produzca cuando sea totalmente indispensable y de acuerdo con la regulación<sup>12</sup>, sustentándolo en que “el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho”<sup>13</sup>.

Es por esto que el nuevo sistema procesal penal en busca de legitimar la persecución estatal establece que solo se podrán vulnerar los derechos fundamentales del imputado de la forma en que la Constitución – en adelante CPR- y las leyes lo establezcan y en caso de que así no ocurriera la investigación carecerá de valor jurisdiccional al declararse la ilicitud de ésta por medio de la regla de exclusión contemplada en el artículo 276 inciso 3º del CPP o el recurso de nulidad cuando correspondiere<sup>14</sup>. Ello porque solo un sistema político democrático será legítimo ante la sociedad cuando el ejercicio del *ius puniendi* estatal sea eficiente y cuando respete los derechos fundamentales del imputado, por lo que dentro de los mecanismos de aseguramiento de este cometido es que se sitúa la regla de exclusión de prueba ilícita, para el respeto al debido proceso y la presunción de inocencia<sup>15</sup>. Se agrega que al valorar pruebas que son obtenidas de

---

<sup>10</sup> Bofill Genzsch, Jorge. “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (1988): 229

<sup>11</sup> *Ibíd*, p. 232

<sup>12</sup> *Ibíd*, p. 227

<sup>13</sup> *Ibíd*.

<sup>14</sup> Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal*, N°6, Santiago, Chile: Librotecnia (2010): 99-100

<sup>15</sup> *Ibíd*, p. 100

manera ilícita, lo que se deslegitima es al Estado y al sistema penal que es reflejo del modelo de ese Estado, ya que los derechos fundamentales son el límite, como también, el fundamento de los poderes públicos<sup>16</sup>.

Ello, como se deja entrever de la escueta regulación expuesta en el acápite anterior, no suscita problema si nos enfocamos únicamente en la etapa de juicio oral y, por consiguiente, la sentencia, ya que su antecesora se ocupa de dotarla de legitimidad y al menos, hay una posible solución legal en el caso que no se haya dictado una sentencia legítima<sup>17</sup>. La ausencia de regulación en materia de exclusión-valoración de prueba ilícita en etapa cautelar y/o investigativa devela una falta de legitimidad en que puede caer la acción estatal de suscitarse la hipótesis de que, con prueba ilícita se solicite y el tribunal conceda una medida cautelar, porque como se señala;

“el déficit de legitimación que afecta al poder estatal cuando vulnera garantías fundamentales, el déficit de legitimación que informa el fundamento ético de la exclusión de prueba (...) no sólo impide al Estado imponer una pena, sino que también cualquier otra privación o restricción de derechos con fundamento en la supuesta comisión de un delito; la improcedencia de fundar medidas cautelares personales en prueba ilícita no es sino un corolario de esa premisa”<sup>18</sup>.

Más grave aún es la falta de regulación, si se tiene presente que el juicio oral es solo eventual. Como señala LAUDAN, “muchas investigaciones penales nunca llegan tan lejos”, enfatizando en la existencia de normas procesales acerca de admisibilidad probatoria cuyo efecto es excluir pruebas de posible relevancia y que ello tiene incidencia en decisiones anteriores a la etapa de juicio<sup>19</sup>. Deviniendo necesario dotar de legitimidad al proceso con anterioridad al juicio y por sobre todo en la cautelar, por su capacidad ya mencionada, de vulnerar dos veces los derechos fundamentales, pudiéndose lograr ello, como señala HERNÁNDEZ, en la improcedencia que

---

<sup>16</sup> *Ibíd*, p. 101

<sup>17</sup> De igual manera, como se mencionó, si ello no ocurriera, existe la posibilidad a una valoración negativa de la prueba, y como última *ratio* se puede interponer el recurso de nulidad del artículo 373, casual letra a).

<sup>18</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* p. 89

<sup>19</sup> Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Madrid, España: Marcial Pons, 2013. pp. 40-41

prueba ilícita fundamente una resolución acerca de cautelares<sup>20</sup>. Todo ello en base a que la única vía para no convertirse en un Estado policial es “conservar y realizar los derechos humanos en el proceso penal”<sup>21</sup>.

Así, es que el presente ensayo aspira al desarrollo de argumentos para arribar al porqué es necesaria la exclusión de prueba ilícita en etapa cautelar penal. Como se ha mencionado, en primer término, por la necesidad de que el proceso penal sea legítimo en su globalidad, no relegando ello únicamente a la imposición de la condena. Los argumentos que se esbozarán tienden a que el sistema propenda a una congruencia en cuanto al respeto de las garantías fundamentales de los imputados en sus diversas etapas, entendiendo que la cautelar puede estar desprovista de ello por no haber regulación expresa que lo garantice, de igual manera el énfasis será puesto en las medidas cautelares de especial gravedad.

A su vez, se evidenciará que el valor protegido por el sistema para excluir en audiencia de preparación de juicio oral es el mismo que el que puede argumentarse para la etapa cautelar, por ello, y debido a que la exclusión de prueba ilícita es el mecanismo por el que opta el legislador para garantizar la legitimidad del proceso, la argumentación referirá a esa forma de reacción del sistema para la etapa en cuestión. Vale decir, que el desarrollo argumental referirá a un mecanismo que excluya, y, por ende, que opera en etapa de conformación del material probatorio, en consecuencia, que garantice la no valoración de dichas pruebas en la adopción de una decisión cautelar. Así entendido, el discurrir de este ensayo será entre la exclusión-valoración de la prueba cautelar, entendiendo que de excluida ella, no es susceptible de valoración.

---

<sup>20</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.*

<sup>21</sup> Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 103

## CAPÍTULO I: PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN

### 1.1. Prueba ilícita

Averiguar la verdad en el proceso no es algo que se realiza de manera totalmente libre, sino que median reglas institucionales para dicha averiguación, por tanto, la regla epistemológica que señala que podrán usarse todos los elementos que aporten información relevante sobre los hechos que se juzgarán, se ve limitada, y consigo, se produce una merma el conocimiento de los hechos por operar estas reglas contra epistémicas<sup>22</sup>. Dentro de estas limitaciones se encuentran las probatorias, pudiendo fundamentarse en su valor epistemológico o en su valor político, y son estas últimas las que cumplen la función de tutelar “valores extraprocesales” que prevalecen por sobre la averiguación de la verdad, cuyo caso paradigmático es el de la prueba ilícita<sup>23</sup>, sin más, estos valores se pueden llamar ideológicos y su regulación se vincula a la cultura jurídica, pero también política<sup>24</sup>.

Respecto de la prueba ilícita, no es posible dar una definición unívoca del concepto por dos razones. La primera, se debe a que en la doctrina hay diversas definiciones, basadas en diversos criterios, como lo son la ofensa a la dignidad humana, su contrariedad a la Constitución, ley, moral o las buenas costumbres<sup>25</sup>; pero en este ensayo se seguirá la definición de prueba ilícita que refiere a que esta es “recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad”<sup>26</sup>. La segunda deriva en que el CPP no calificó a la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales con el nombre de ilícita, pese a su equivalencia<sup>27</sup>. Con independencia de la definición de la institución, lo relevante radica en que no se está dispuesto a pagar cualquier precio por la meta

---

<sup>22</sup> Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004, pp. 125-129

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pp. 130-132

<sup>24</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita”. En: *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, III Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Universidad del Bosque, 2012, p.77

<sup>25</sup> Zapata García, María. *La prueba ilícita*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2004, p. 17

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 23

que se persigue en el proceso penal, es decir, la verdad, y que los límites a la prueba rigen desde la etapa de investigación, con diversas expresiones; pero lo sustancial es que se renuncia a información por el mayor valor que poseen ciertas razones, incluso, sacrificándose a la verdad material en ciertos casos, por ser este el costo del respeto a los derechos fundamentales de los seres humanos, por parte de las sociedades democráticas<sup>28</sup>. Es en este sentido que puede sostenerse que se está frente a una “garantía contraepistemológica de libertad”, en contraposición a una “epistemológica o de verdad”, ya que, frente a la pugna entre verdad y protección de la libertad, esta última prima sobre la primera<sup>29</sup>.

Esta barrera a la verdad impacta a las normas que rigen la actividad probatoria, principalmente, en nuestro caso, los artículos 295 y 297 CPP que establecen la libertad de medios de prueba y de valoración, siendo su límite el ser “producidos es incorporados de conformidad a la ley” constituyéndose como una garantía de los individuos por limitar su obtención; sin más, para que ellas sean respetadas es necesaria la debida sanción, es decir, la exclusión, que genera la inadmisibilidad de la prueba obtenida producto del acto transgresor, imposibilitando a los jueces de tomarla en consideración en el razonamiento conducente a la decisión<sup>30</sup>. Incluso, dicha sanción no requeriría regulación expresa, ya que ello deriva de la característica de inviolables de los derechos fundamentales lo que produce su “resistencia” frente a una vulneración, generando la anulación de los actos transgresores<sup>31</sup>, es decir, al tratar la prueba ilícita se está frente a prueba que es, derechamente, inconstitucional<sup>32</sup>.

### **1.1.1. Precisión acerca de los Derechos Fundamentales**

Al situarnos en la perspectiva de los derechos fundamentales, se puede mencionar que la Constitución impide que las actuaciones destinadas a esclarecer hechos delictivos los vulneren<sup>33</sup>. Es más, estos derechos son criterios de validez respecto de los procedimientos que

---

<sup>28</sup> *Ibíd*, p. 18-20

<sup>29</sup> Gascón Abellán, Marina. *Los hechos ... Op. Cit.* p. 133

<sup>30</sup> Zapata García, María. *La prueba ... Op. Cit.* pp. 21-22

<sup>31</sup> Gascón Abellán, Marina. *Los hechos ... Op. Cit.* p. 133

<sup>32</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 78

<sup>33</sup> Díaz García, Luis. “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”. En: *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coloma Correa, Rodrigo (Coordinador). Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2003, p. 136

investigan hechos constitutivos de delitos y como contrapartida de ello, son el fundamento de la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración a los mismos<sup>34</sup>, sin más, esto se debe al posicionamiento de los derechos en la Carta Fundamental, ya que condicionan a todo el sistema jurídico a su respeto<sup>35</sup>. Pese a su posición privilegiada en el ordenamiento, no quiere decir que sean absolutos, por lo mismo es que existen normas que los limitan, cuya finalidad es su protección, toda vez que la interpretación de estas normas es restrictiva y en el sentido de favorecer tanto la eficacia como su esencia<sup>36</sup>.

En este sentido, y en relación con la persecución estatal eficaz de los delitos por parte del Ministerio Público, es que en la etapa de investigación se producen vulneraciones a los derechos fundamentales, por lo que es esencial la regulación de dicha afectación<sup>37</sup>. La posibilidad de que se produzcan este tipo de vulneraciones dice relación con la tensión entre una persecución estatal eficaz y el respeto de los derechos fundamentales, por lo que en esta línea HORVITZ señala que es necesario el establecimiento de mecanismos de frenos y contrapesos para evitar que se produzcan abusos, así es que el juez de garantía tiene una función de cautelar los derechos del imputado para que estos no se vean afectados<sup>38</sup>. En este sentido el legislador dispone de casos reglados en que, mediando el cumplimiento de ciertos requisitos y presupuestos, se pueden afectar tales derechos, y para los casos en que no exista regulación específica es aplicable lo dispuesto por el artículo 9 del CPP que establece que se requerirá de autorización judicial previa en caso de que se prive, restrinja o perturbe alguno de estos derechos; de esta manera es que se conforma un sistema de control de la legalidad y constitucionalidad de las diligencias de investigación<sup>39</sup>.

Todo esto se sustenta en la particularidad de los derechos fundamentales, es decir, que tienen supremacía intraconstitucional y limitabilidad<sup>40</sup>. La primera particularidad se concluye del

---

<sup>34</sup> *Ibíd*, p. 137

<sup>35</sup> *Ibíd*.

<sup>36</sup> Núñez Ojeda, Raúl, y Correa Zacarías, Claudio. “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 23, Nº1 (2017): 197

<sup>37</sup> *Ibíd*, p. 200

<sup>38</sup> Horvitz Lennon, María y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 447

<sup>39</sup> Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 206-207

<sup>40</sup> Díaz García, Luis. “Derechos fundamentales ... *Op. Cit.* p. 138-139

artículo 6 de la CPR, ya que las potestades públicas deben subordinarse a estos derechos, significando que habrá procedimientos iusfundamentalmente necesarios y otros imposibles, es más el artículo 5 de la CPR, establece como límite a la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyendo también un deber del Estado garantizarlos y promoverlos; y la segunda particularidad atiende que estos derechos, por su jerarquía, solo pueden limitarse por normas de igual rango o por normas infraconstitucionales mandatadas por una de rango constitucional<sup>41</sup>. En relación con esta lógica es que la actividad investigativa tendiente a esclarecer hechos constitutivos de delito se ve limitada por los derechos fundamentales y por lo mismo es que se establece la norma relativa a que solo podrán privarse, perturbarse o amenazarse en virtud de autorización judicial previa; como contrapartida, la averiguación de ilícitos es un bien constitucional, por lo que puede eventualmente limitar estos derechos, pero como se señaló, se requiere la autorización judicial previa, sin más, todo es aplicable únicamente para los derechos que se establecen en el catálogo constitucional<sup>42</sup>. Se plantea que estos derechos al operar como criterios de validez de los procedimientos y también, como criterios de validez para la obtención de pruebas<sup>43</sup> - siendo este el fundamento de la posibilidad de objetar pruebas por su ilicitud - su contravención genera que el procedimiento carezca de legitimidad constitucional, pudiendo realizarse un juicio de reproche iusfundamental por el cual se imponga que esta prueba sea excluida<sup>44</sup>.

Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales pueden ser entendidos como entidades de valor y, en el plano normativo, como mandatos “*prima facie*” o “mandatos de optimización”<sup>45</sup>. Esta terminología propia de ALEXY surge de la distinción entre reglas y principios para lograr desentrañar el rol y los límites de los derechos fundamentales en el sistema jurídico, pese a la distinción, ambas son normas que dicen lo que debe ser<sup>46</sup>. En relación a los principios se debe destacar que, como se señala, son normas, y lo que ordenan es que algo se realice en la mayor medida de lo posible, teniendo en consideración las posibilidades jurídicas y reales, de esta

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 141-142

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p.142

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> Aldunate Lizana, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008, p. 117

<sup>46</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-83

forma es que son mandatos de optimización, debido a que su cumplimiento puede ser en diferentes grados, y la medida para ser cumplidos dependerá tanto de las posibilidades reales como jurídicas; por el contrario, las reglas también son normas, pero su característica es que solamente pueden o no ser cumplidas<sup>47</sup>.

En este sentido es que para los principios o mandatos de optimización tiene especial relevancia el principio de proporcionalidad y la ponderación para casos de colisión, por inexistencia de “relaciones absolutas de precedencia” entre ellos en un sistema<sup>48</sup>, destacándose que la solución es la ponderación cuyo significado es que “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia o cumplimiento del otro”<sup>49</sup>.

## 1.2.Regla de exclusión

Como ya se señaló, la prueba ilícita es la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y la regla de exclusión de prueba dice relación con la prueba ilícita, lo que es de especial relevancia, ya que a esta no se le reconocerán efectos, es decir, ilicitud probatoria<sup>50</sup>. De ello se desprende que la exclusión es una consecuencia jurídica que recae sobre la prueba que se obtuvo infringiendo derechos fundamentales<sup>51</sup>. De igual manera, si es que se revisa la regla exclusionaria contenida en el artículo 276 del CPP se puede extraer que la norma no solamente manda a excluir del juicio oral prueba ilícita, sino que también, por ejemplo, las manifiestamente impertinentes, prueba irregular, entre otras; lo relevante de esta precisión recae en que el objeto de estudio de este ensayo versa sobre la regla de exclusión de particularmente, prueba ilícita.

Respecto de esta última es que se puede precisar que, como se refiere a una exclusión de prueba que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales, el compromiso de esta regla es con ellos y con su preservación, por lo mismo es que se puede señalar que estamos frente a una

---

<sup>47</sup> *Ibíd*, pp. 86-87

<sup>48</sup> Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 117-118

<sup>49</sup> *Ibíd*.

<sup>50</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (2010): 133

<sup>51</sup> Medina Rico, Ricardo. *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en Derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2017, <http://www.digitalpublishing.com.uchile.idm.oclc.org/visorepub/48619> (consultado el 24-4-2020)

garantía de carácter ideológico y que se enmarca dentro del debido proceso<sup>52</sup>. Así entendido, esta regla limitará la investigación, dado que ella deberá efectuarse dentro del margen de respeto a dichos derechos – y en caso contrario debe ceñirse a lo establecido en el artículo 9 del CPP –, entonces, es una decisión política la de respetar esos derechos, con independencia del detrimento epistemológico que pueda producirse<sup>53</sup>. Para finalizar esta idea introductoria, es necesario exponer que la regla se cuestiona debido al perjuicio epistémico que ella produce, pero el verdadero problema que allí se debela es cuán comprometidos se está con las garantías y derechos<sup>54</sup>.

Respecto del nacimiento de esta regla, es necesario señalar que remonta a los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos comenzando por una fase de planteamiento de la regla, para así consolidarse en 1914 con el fallo de *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1904), luego la regla con los casos *Silverstone Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), *Gouled v. United States*, 255 U.S. 338 (1939), y *Agnello v. United States*, 269 U.S. 20 (1925) entra en una fase de expansión; para finalmente, entrar en la fase de universalización de la regla, cuyo caso más paradigmático es *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)<sup>55</sup>. Lo relevante del caso *Weeks* radica en que se reconoció que suprimir la prueba ilícita era una garantía para el imputado, dado que dicha garantía se consagraba en la Cuarta Enmienda, pero un punto importante a destacar es que en el centro de esta sentencia estaba el derecho de propiedad debido a que se habían incautado bienes ilegítimamente<sup>56</sup>.

Respecto de los precedentes de la fase de expansión es necesario destacar que se deja de lado el derecho de propiedad y se convierte la exclusión en una garantía constitucional, dejando de lado la concepción de que la exclusión probatoria era excepcional pasando a que sea una regla de aplicación general, lo que significa un alejamiento del *common law* respecto del derecho

---

<sup>52</sup> Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012, <http://www.digitaliapublishing.com.uchile.idm.oclc.org/visorepub/39880>, ISBN 978-958-710-762-3 (consultado el 19-07-2020), capítulo III, 3º.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> Pouchain Ribeiro, Pedro. *La regla de exclusión de la prueba ilícita. Un estudio comparado desde su origen en EE.UU.* Sao Paulo, Brasil: Tirant lo Blanch, 2020, p. 59

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pp. 64-66

probatorio; también es en esta fase donde se crea la teoría de los frutos del árbol envenenado<sup>57</sup>. En cuanto a la fase de universalización, reviste de importancia el caso de *Mapp* por cuanto cúspide de la consagración de la teoría de la inadmisibilidad de la prueba ilícita, imponiéndose ella a los estados federales, por la influencia que esta tuvo a nivel comparado y por haber sido dictada por la “Corte de Warren”, una de las más progresistas que ha tenido dicho país<sup>58</sup>. Con todo, luego de estas etapas, la regla de exclusión en EE.UU. transitó por un período de múltiples atenuaciones, al punto que incluso se ha discutido su eliminación<sup>59</sup>.

Ahora bien, la consagración de la regla de exclusión en nuestra legislación se encuentra en el artículo 276 del CPP. Relacionando dicho artículo con el 295 y 323 del CPP, podría señalarse que en nuestro ordenamiento rige una regla general inclusiva, encontrándose las hipótesis de exclusión en el artículo 276 del CPP, y pudiendo añadirse otra, de conocimiento de la Corte Suprema, respecto al recurso de nulidad por la causal letra a) del artículo 373 CPP, siendo entonces estos los mecanismos legales que el legislador pone a disposición para que el enjuiciamiento contenga un mínimo respeto a los derechos fundamentales del imputado o terceros<sup>60</sup>. Las garantías fundamentales protegidas por el 276 inciso 3 CPP son tanto las consagradas en el artículo 19 de la CPR como las del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por efecto del artículo 5 inciso 2 de la CPR<sup>61</sup>.

### **1.2.1. Fundamento constitucional**

En cuanto a la fundamentación de existencia de la regla de exclusión se puede argüir a las de características constitucionales de la misma. La necesidad de este análisis acontece por motivo de que se puede configurar una especie de regla de exclusión por ilicitud consagrada a nivel constitucional<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibíd*, p. 67

<sup>58</sup> *Ibíd*, p. 82

<sup>59</sup> *Ibíd*, p. 87

<sup>60</sup> Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio. “La prueba ... *Op. Cit.* pp.210-213

<sup>61</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* p. 154

<sup>62</sup> Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 218

En primer lugar, se señala que, por supremacía constitucional, en base a los artículos 5 y 6 de la Carta Fundamental, se establece un límite y un deber a los tribunales, cual es que deben respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, debiendo su acción ser sometida a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella<sup>63</sup>. El deber no es solo de respetar los derechos, sino que también de promoverlos, lo que devendría en excluir la prueba que los infringe, ya que promover significa el “reafirmar la vigencia del derecho amagado” y en caso de conocerse la ilicitud por el juez y no excluirse se incurre en un incumplimiento del mandato constitucional<sup>64</sup>. En relación con este mandato de la Carta Fundamental y su irradiación al sistema jurídico, es que se puede afirmar que, hasta en las causas tramitadas en el procedimiento penal antiguo, los jueces deberían excluir pruebas de esta índole<sup>65</sup>.

En segundo lugar, el fundamento refiere a la garantía de debido proceso que establece que toda sentencia de un órgano jurisdiccional debe ser fundada en un proceso previo legalmente tramitado y que es deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, siendo estos los requisitos mínimos de validez de las decisiones jurisdiccionales, no refiriéndose únicamente a la sentencia definitiva o decisión final, sino que toda resolución que ejerza jurisdicción<sup>66</sup>. Con esta garantía lo pretendido es obligar al juez a emitir una decisión cuyo sustento sean actuaciones procesales o diligencias investigativas acordes a la razón, lo que conlleva como requisito que la prueba de fundamento sea lícita, de no ser así, es contrario a la justicia y al derecho con motivo de las normas constitucionales que son límites y garantías<sup>67</sup>.

Que se pueda formular la exclusión de prueba ilícita desde la Constitución y los efectos que ello produce en el ordenamiento jurídico no es algo baladí. Como ya se ha venido esbozando, la exclusión de este tipo de prueba genera que ésta no se pueda utilizar en el proceso, es decir, no se permite que esta sea admitida ni valorada<sup>68</sup>. Entonces que se puede llegar a argumentar que pese a la inexistencia de regulación expresa acerca de la exclusión de dicha prueba en los

---

<sup>63</sup> Zapata García, María. *La prueba ... Op. Cit.* p. 46-47

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 48

<sup>65</sup> Bofill Gensch, Jorge. “Las prohibiciones ... *Op. Cit.* p. 243

<sup>66</sup> Zapata García, María. *La prueba ... Op. Cit.* p. 50-51

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p.54

<sup>68</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 78

procedimientos de toma de decisiones jurídicas sometidos a la Constitución, la inclusión de prueba ilícita en un razonamiento probatorio genera que la decisión adoptada devenga en inconstitucional. Ello entendiendo que en razón de que los artículos 5 inciso 2 y 6 inciso 1º de la CPR se establece que los órganos del Estado deben resguardar y someter su acción a la Constitución y Tratados Internacionales, así es que allí se puede formular un mandato de prohibición general de valorar medios de prueba que los contravinieron<sup>69</sup>, lo que conlleva a que se pueda determinar que es la misma norma suprema que proscribire estas pruebas. A su vez, al ser la exclusión que en este acápite se está configurando una proyección de la garantía de debido proceso<sup>70</sup>, o sea la proyección de una garantía fundamental, y como ya se señaló, es un mandato que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que en caso de colisión de derechos fundamentales se debe analizar con la debida ponderación de estos y aplicación del principio de proporcionalidad.

### **1.2.2. Fundamento ético**

Además, se puede señalar que toda la fundamentación de la regla de exclusión es ética y se relaciona totalmente con la legitimidad de la acción del Estado, ya que éste solo será legítimo si es que respeta los derechos fundamentales, sino imponer una pena sería un actuar sumamente violento y sin justificación alguna<sup>71</sup>.

A su vez – al igual que como se expuso con relación a los derechos fundamentales – las garantías fundamentales protegidas y el fundamento ético de la regla de exclusión no son absolutos y se admiten modulaciones, ello por medio de la ponderación intereses; de hecho, al analizar la naturaleza de la exclusión en el ordenamiento puede decirse que es un principio, por lo que será ineludible, con independencia del fundamento que le sea asignado<sup>72</sup>. Significando ello, que aun cuando se analice desde su justificación ética, en terminología de ALEXY igual se puede señalar que es un mandato de optimización, y no una regla, por lo que esta se puede cumplir en grados

---

<sup>69</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* p. 164

<sup>70</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. *Revista Jueces para la Democracia*, N°52 (2005): 62

<sup>71</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión...* *Op. Cit.* p. 60-61

<sup>72</sup> *Ibíd*, p. 63

dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>73</sup>. A su vez, en terminología de DWORKIN, se señala que un principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>74</sup> y que una directriz política es “un estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado”<sup>75</sup>; es decir, el fundamento ético de la exclusión coincide con la definición de propuesta al inicio, ya que la legitimación de un sistema penal mediante el respeto de los derechos fundamentales no es un objetivo, sino que una exigencia<sup>76</sup>.

Ligado a lo anterior y vinculándolo al análisis respecto del qué hacer de los jueces de juicio oral frente a la situación de incorporación de prueba ilícita, se señala que pese a establecerse legalmente la oportunidad para excluir, dichos jueces están llamados a no valorarla, sustentándose que el artículo 276 del CPP cumple la “función de una prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales”<sup>77</sup>. Entonces, se puede señalar que el mandato normativo respecto de la prueba ilícita es que, primero, sea excluida, pero también que ella no sea valorada, entendiendo así, que esta no tiene la aptitud de integrar los elementos de prueba a ser valorados, y a su vez, que su valoración está prohibida. Siendo importante esto último porque devela que, pese a establecerse en un momento determinado, el contenido mandado por la norma trasciende en su aplicación a la oportunidad legal que el legislador ha establecido, es decir, en la regulación positiva solo se señala un momento u oportunidad para que esta opere, pero por su relevancia para el ordenamiento jurídico, aunque no haya norma expresa, su aplicación se traslada a otras oportunidades procesales.

Ello no hubiese podido concluirse si es que la exclusión de prueba ilícita fuera concebida como una regla, ya que estas pueden cumplirse o no, no hay matices en ese respecto, tampoco si hubiese sido concebida como una directriz política, ya que no es un estándar que propone un

---

<sup>73</sup> Alexy, Robert. *Teoría de ... Op. Cit.* p. 86

<sup>74</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel Derecho, 1989, p. 72

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp.72-73

<sup>77</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión... Op. Cit.* p. 90

objetivo que gustaría verse alcanzado; sino que es una exigencia ética que debe resguardarse a lo largo de todo el proceso el no admitir prueba que la Carta Fundamental proscribe en función de tutelar ese valor extraprocesal.

### 1.2.3. Otras fundamentaciones

Existen muchas fundamentaciones acerca de la regla de exclusión, pero en este acápite nos detendremos en las que más se relacionan con nuestro ordenamiento, por lo que utilizaremos la clasificación de LÓPEZ, quien divide los criterios acerca de la fundamentación de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en principalmente tres: (i) confiabilidad en la evidencia, (ii) integridad judicial y (iii) prevención o disuasión<sup>78</sup>.

- i. La confiabilidad en la evidencia atiende en la dificultad de confiar en prueba que se ha obtenido con infracción de garantías fundamentales, afectando la aptitud de la prueba para reflejar la verdad material - siendo un ejemplo, la prueba que se obtiene sin autorización judicial previa - esta carece de mecanismos que aseguren que ella efectivamente no fue implantada por los agentes de la persecución penal para ser utilizada como prueba de cargo<sup>79</sup>. El principio de confiabilidad como fundamento de la exclusión de pruebas ha sido utilizado tradicionalmente por las Cortes inglesas, para los casos en que las confesiones eran obtenidas de forma ilegal, siendo así poco fiables<sup>80</sup>. Aquí no es cuestionada ni la ética del Estado ni la de los agentes, sino que el punto relevante es la poca fiabilidad que entregan los elementos probatorios así obtenidos, por ejemplo, en una declaración bajo tortura, lo más probable es que se diga lo que el agente quiere escuchar con el propósito de terminar con el sufrimiento<sup>81</sup>.

En este sentido y con relación a la conformación del material probatorio se puede señalar que un filtro epistemológico, como el principio general de inclusión, prescribe que deben

---

<sup>78</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 181

<sup>79</sup> *Ibíd*, p. 182

<sup>80</sup> Ábalos Weisser, Andrés. *Análisis comparado de la regla de exclusión de prueba obtenida a través de medios ilícitos*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019, p. 60-61

<sup>81</sup> Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio. "La prueba ... *Op. Cit.* p. 216-217

ser admitidas todas las pruebas relevantes<sup>82</sup>. A su vez, se destaca que, a diferencia de las reglas de exclusión que protegen valores distintos a la averiguación de la verdad, hay otras que excluyen elementos de juicio por poseer bajo valor epistemológico, cuyo efecto puede ser producir una defectuosa valoración por parte del juzgador, otorgándoles mayor peso que el correspondido, debido a que la información que pueden aportar estas pruebas es poco fiable<sup>83</sup>. En esta línea, es que se enmarca esta fundamentación de la prueba ilícita no atiende a la protección de otro valor, sino que la necesidad que ésta sea excluida del razonamiento del juez radica en el perjuicio que puede causar en la decisión por haberse incorporado un elemento poco fiable y que se le puede asignar por lo mismo, otro valor que el correspondido.

- ii. El segundo criterio es la integridad judicial, con ella no se pretende preservar la verdad material, sino que un “juego limpio y la decencia” en la persecución penal, debiendo para ello emplearse medios lícitos en la persecución, siendo la base de la idea que el fin lícito de perseguir delitos no puede efectuarse a través de un medio no lícito, por lo que no es aceptable una doble moral por parte del Estado al tener por válida una prueba cuyo origen es espurio<sup>84</sup>. Este es el criterio dominante en el sistema alemán, de hecho, es propia de su ordenamiento la célebre frase del Tribunal Supremo de Justicia alemán, acuñada en la sentencia BGHSt. 14 de junio de 1960, señalando que “si bien el fin del tribunal penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio”<sup>85</sup>, con esta concepción lo que se busca es que se debe conjugar el interés de esclarecer los delitos con la preservación de los derechos fundamentales y la dignidad humana; es decir, el fundamento de sus prohibiciones probatorias es ético por la supremacía de ciertos valores por sobre la persecución penal<sup>86</sup>.
- iii. La preservación o *deterrence* alude a que se pretende disuadir el accionar aislado del respeto a las garantías fundamentales por parte de los agentes de la persecución penal,

---

<sup>82</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007, p. 42

<sup>83</sup> *Ibíd*, pp. 42-43

<sup>84</sup> Horvitz Lennon, María y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 183-185

<sup>85</sup> Ambos, Kai. *El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura*. p. 453 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37931.pdf> (consultado el 25-5-2020)

<sup>86</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* pp. 27-28

ya que si este actuar se aleja de ello será sancionado con ineficacia<sup>87</sup>. Esta justificación de la regla de exclusión es propia del modelo estadounidense, siendo para ellos un instrumento procesal para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, pero por medio del efecto disuasorio de la violación de estos, acarreado la problemática de que, en el supuesto de que el acto transgresor de las garantías pudiese ser sancionado por otro medio, podría llegar a admitirse la prueba ilícita al proceso<sup>88</sup>. El problema radica, como señaló WARREN BURGER, en que no hay evidencia empírica en respaldo a que efectivamente la exclusión desaliente la conducta ilegal de los agentes policiales<sup>89</sup>. Siendo en ese mismo sentido, que hay defensores del abandono de la regla de exclusión, encontrándose dentro de sus argumentos, que ella, en términos utilitarios, es poco persuasiva<sup>90</sup>. Conllevando a que, de estimarse que este efecto no se produce y si existiesen medios más eficaces para alcanzar el cometido, la razón de ser de la regla desaparecería y podría cesar en su aplicación, ya que pese en que sus inicios estuvieron fuertemente vinculada a las Enmiendas de la Constitución de EE.UU., la jurisprudencia más reciente solo vincula su fundamento al *deterrence effect*<sup>91</sup>.

### 1.3. Alcances y excepciones de la regla de exclusión

#### 1.3.1. Teoría de los frutos del árbol envenenado

Todo lo señalado respecto a la prueba ilícita y su consecuente, la regla de exclusión, podría pensarse que está solamente diseñada con respecto a la prueba que directamente se obtiene por el acto que viola derechos fundamentales, pero ello no es así. Al tratarse el alcance, efecto reflejo o dominó nos encontramos frente a la determinación de que no solo son ilícitas las pruebas producto del acto transgresor, sino que también las que se obtienen de manera indirecta, pero vinculadas a este<sup>92</sup>. La teoría que describe este fenómeno es la de los frutos del árbol envenenado

---

<sup>87</sup> Horvitz Lennon, María y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 186

<sup>88</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 82-84

<sup>89</sup> Alschuler, Albert. “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”. *The University of Chicago Law Review* 75, N°4 (2008): 1367

<sup>90</sup> Kaplan, John. “The Limits of the Exclusionary Rule”. *Stanford Law Review*, 26, N°5 (1974): 1029

<sup>91</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* pp. 134-135

<sup>92</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Freedom of ... *Op. Cit.* pp. 58-59

o *the fruit of the poisonous tree doctrine*, rezando que es nulo tanto la prueba obtenida por la transgresión como toda la que deriva de ella<sup>93</sup>.

El origen de esta doctrina dice relación con la jurisprudencia estadounidense, más precisamente en la sentencia *Silverstone Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), en esta doctrina lo que se establece es que la regla no solamente se aplica a la prueba ilícita que se obtuvo de manera ilícita, sino que a las pruebas incriminatorias que derivan de esta prueba ilícita primeramente obtenida<sup>94</sup>. Pese a que el caso recién señalado fue el primero en aplicar la teoría, no fue hasta el segundo, en la sentencia del caso *Nardone vs. United States*, 308 U.S. 338 (1939), que su nombre fue acuñado<sup>95</sup>. Sin más, su fundamento es la vigencia de los propósitos de la regla de exclusión, ya que estos podrían ser eludidos si no se extiende a los resultados mediatos del acto espurio<sup>96</sup>.

Aquí es donde hay que precisar que si es que se negara el efecto reflejo de la prueba ilícita, lo que se genera es que la protección de derechos fundamentales se vea debilitada, dado que solo se van a asegurar estos si es que realmente no surten efectos las pruebas que derivan de la ilícita inicial<sup>97</sup>. Por esto es que, lo que genera la teoría por medio de un razonamiento hipotético, que se pueda evidenciar una conexión causal entre una prueba que, mirada ella solamente, sea lícita, y otra prueba que fue obtenida mediante una violación de derechos fundamentales, se produzca un traspaso de las consecuencias jurídicas y procesales de la ilícita a la otra; ahora bien, en situaciones la conexión entre pruebas puede ser difícil o forzada, siendo en este sentido que han surgido criterios por medio de los cuales puede llegar a entenderse que esta conexión o cadena se corta o que su solidez no es suficiente para excluir la prueba en base a esta teoría<sup>98</sup>.

Entonces, un punto relevante por destacar radica en que esta teoría no es absoluta, sino que hay hipótesis en que la ilicitud no se traspasa de la prueba originaria a la derivada, siendo estas

---

<sup>93</sup> *Ibíd*, p. 59

<sup>94</sup> Eusamio Mazagatos, Ester, y Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. México D.F., México: Tirant lo Blanch, 2016, p. 141

<sup>95</sup> *Ibíd*, p. 143

<sup>96</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* pp. 21-22

<sup>97</sup> López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita penal*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2019, p. 267

<sup>98</sup> *Ibíd*, p. 268-269

excepciones la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado, la buena fe del agente, entre otras<sup>99</sup>. Esto último puede ser entendido como un debilitamiento a la regla de exclusión, el que se remonta al caso *United States v. Leon*, 458 U.S. 897 (1984), en el cual se crea la excepción de buena fe del agente, comenzando así a sufrir una transformación la regla y a restringir su ámbito de aplicación<sup>100</sup>.

Por otro lado, son importantes porque la adopción de la decisión de excluir pruebas no se realiza de manera automática, es decir que ella es producto de un procedimiento complejo por medio del cual se determina el incluir o excluir la prueba<sup>101</sup>. Como precisión adicional, pese a que esta teoría y sus excepciones sean de creación comparada, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de la Corte Suprema se han pronunciado al respecto y las han adoptado<sup>102</sup>.

### 1.3.2. Fuente independiente

En cuanto al fundamento de la excepción de la fuente independiente en Estados Unidos, se puede decir que radica en que se efectúa un balance para no dejar a las policías en una posición más desfavorable, como si a caso no se hubiesen colocado en una posición de infracción a la Constitución, dado que, el propósito de la regla de exclusión es la disuasión de la mala conducta policial, pero que el costo de ello no puede ser excesivo en relación con la cantidad de evidencia desaprovechada<sup>103</sup>. Respecto del origen de esta excepción, se puede destacar que ya se hacía alusión a ella en *Silverstone Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)<sup>104</sup>, es decir, la misma sentencia que se citó precedentemente por configurarse allí la teoría de los frutos del árbol envenenado.

---

<sup>99</sup> Medina Rico, Ricardo. *Prueba ilícita ... Op. Cit.*

<sup>100</sup> Ábalos Weisser, Andrés. *Análisis comparado ... Op. Cit.* pp. 40-45

<sup>101</sup> Correa Robles, Carlos. “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión”. *Latin American Legal Studies*, Vol. 2 (2018): 33

<sup>102</sup> Correa Robles, Carlos. “Comentario de sentencia Corte Suprema ingreso número 14781-2015: efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. 43, Nº1 (2016): 164

<sup>103</sup> López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita ... Op. Cit.* p. 271

<sup>104</sup> Eusamio Mazagatos, Ester, y Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita ... Op. cit.* p. 147

El carácter de excepción en la fuente independiente es más bien discutido, ya que esta proviene del reconocimiento de la limitación del alcance de la prueba ilícita, es decir, si es que no se guarda relación con ella, difícilmente se puede extender la eficacia refleja<sup>105</sup>. Por otro lado, se puede considerar esta como una excepción, cuando la prueba cuya licitud es cuestionada, pueda haberse obtenido tanto por una fuente ilícita como por otra lícita, operando esta excepción en la línea de sostener una desconexión causal, es decir, es lícita porque de suprimirse la prueba espuria, esta razonablemente se habría obtenido, ya que dicha prueba no era indispensable para dar con la prueba cuestionada<sup>106</sup>. Lo que aquí se cuestiona es la relación exclusiva o no del vínculo causal, a diferencia de las dos excepciones que se mencionarán en los acápites posteriores, donde el cuestionamiento no recaerá en el vínculo, sino que en criterios político-criminales<sup>107</sup>. En síntesis, esta excepción alude a los casos en que aun cuando se suprima el acto viciado, se hubiese podido llegar a la prueba por vías legales<sup>108</sup>.

Lo problemático sucede en los casos que se determina que una prueba es de fuente independiente cuando en realidad sí se vincula causalmente a la prueba ilícita originaria y no es excluida, por lo que en este supuesto operaría como una “fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de prueba independiente”<sup>109</sup>.

### **1.3.3. Descubrimiento inevitable**

Respecto de esta excepción se puede mencionar que es una extensión o derivación de la fuente independiente y que incluso en ocasiones se han confundido<sup>110</sup>. A diferencia de la excepción anterior, que atendía a que la prueba aparentemente derivaba de una ilícita, en esta no se cuestiona la vinculación causal entre la prueba espuria y su derivada; lo que aquí sucede también se le denomina fuente independiente hipotética - ya que el razonamiento para aplicar la excepción no es en base a elementos fácticos, sino que en base a suposiciones de que podría

---

<sup>105</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 143

<sup>106</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 88

<sup>107</sup> Correa Robles, Carlos. “Comentario de sentencia ... *Op. Cit.* p. 164

<sup>108</sup> López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita ... Op. Cit.* p. 272

<sup>109</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* pp. 143-144

<sup>110</sup> López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita ... Op. Cit.* p. 273

haberse encontrado por otro medio<sup>111</sup>. Entonces, la diferencia entre ellas recae, que en el descubrimiento inevitable la prueba que derivó de la ilícita, se hubiese obtenido a futuro por medios lícitos dado que la investigación que se lleva a cabo iba muy posiblemente en dirección a encontrar dicha prueba<sup>112</sup>.

Ahora bien, respecto del origen de esta excepción, se puede señalar que se ubica en la sentencia de *Nix v. Williams*, 467 U.S. (1984), caso donde la Corte Suprema estadounidense destacó que la doctrina de los frutos del árbol envenenado no puede obstaculizar que sean admitidas pruebas, que, pese a ser derivadas de un acto en que hubo una violación constitucional, inevitablemente esta se hubiese descubierto por medio de actividades investigativas lícitas<sup>113</sup>.

El grave problema que presenta esta excepción es su colisión con la presunción de inocencia – en el supuesto de que no se esté excluyendo prueba del razonamiento probatorio en que llevará a la decisión final del juicio- ya que se basa en supuesto hipotético, toda vez que ella no puede derribarse sobre la base de elementos probatorios inidóneos<sup>114</sup>.

#### **1.3.4. Vínculo causal atenuado**

Esta excepción es una variante de la fuente independiente, toda vez que no se niega un nexo causal entre la prueba ilícita originaria y la derivada, pero que este se ve debilitado o atenuado<sup>115</sup>. Existen diversos criterios, que son solo orientaciones generales, para determinar si está atenuado el vínculo causal entre la ilegalidad y una prueba determinada, dentro de ellos se encuentra la proximidad temporal, extensión de la cadena causal, si es que el acto es libre de voluntad, la gravedad de e intencionalidad de la ofensa y la naturaleza de la evidencia derivada<sup>116</sup>. La relevancia de esta excepción se da porque, por medio de un análisis, se puede llegar a determinar que el nexo causal se debilitó a un punto que puede considerarse inexistente<sup>117</sup>.

---

<sup>111</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 90-91

<sup>112</sup> López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita ... Op. Cit.*

<sup>113</sup> *Ibíd*, p. 274

<sup>114</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 146

<sup>115</sup> *Ibíd*, p. 146

<sup>116</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* pp. 25-26

<sup>117</sup> Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? ... *Op. Cit.* p. 91

La crítica a esta excepción recae sobre todo al supuesto de la confesión voluntaria realizada por un sujeto luego de obtención de evidencia ilícita por parte de los agentes, ya que de toda lógica ella no se habría efectuado en caso de saber que la prueba que la precede es inadmisibile, por otro lado, se puede argumentar que la confesión dotaría de validez a prueba que no lo es, y que una declaración auto inculpatoria sin otra prueba de sustento difícilmente puede provocar la convicción de un tribunal<sup>118</sup>.

### 1.3.5. Buena fe del agente

Aquí se atiende al rechazo de la exclusión de pruebas que son obtenidas por los agentes policiales en los casos en que actúen de buena fe, es decir, desconozcan que su obrar es ilícito<sup>119</sup>. Esta definición es, a lo menos problemática, si es que no se define su contenido y alcance, como también si es que se sobrepasan sus limitaciones; en primer lugar, es del todo necesario que ella se analice caso a caso y, en segundo lugar, debe condecirse con el fin de disuadir a los agentes<sup>120</sup>. Con relación a esto último es que la buena fe opera cuando el funcionario obra sin conciencia de antijuridicidad al obtener la prueba, por lo que, si no es consciente de ello, difícilmente puede cumplirse el fin perseguido por la disuasión; para ejemplificar esto, el caso paradigmático de la jurisprudencia de EE.UU. es que un juez expida, sin cumplimiento del estándar requerido, una orden de entrada y registro, y que el agente la ejecute, en este caso claramente el agente obró de buena fe, ya que no tenía conocimiento de que la orden tenía problemas de licitud<sup>121</sup>.

Dos casos relevantes de la jurisprudencia norteamericana que se refieren a esta excepción son *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009), y *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), cuyo efecto es la atenuación de la regla y una expansión de las atribuciones de la policía, en el sentido de que el actuar negligente de ella ya no posibilita la exclusión, señalándose la posibilidad de excluir para casos en que el obrar de la policía sea deliberado, generando así un futuro incierto a la regla de exclusión en dicho país<sup>122</sup>. Corresponiendo la primera sentencia

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 92-93

<sup>119</sup> Correa Robles, Carlos. “La buena fe ... *Op. Cit.* p. 29

<sup>120</sup> *Ibid.* p. 31

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 32-33

<sup>122</sup> Ábalos Weisser, Andrés. *Análisis comparado ... Op. Cit.* pp. 39-45

señalada a un caso donde se aceptaron pruebas derivadas de una entrada y registro que se realizó sin esperar el tiempo que es considerado como oportuno y la segunda, refiere a un caso donde fue aceptada como válida una detención y las pruebas que derivaron de ella, pese a que la orden judicial por la que fue practicada la detención era errónea<sup>123</sup>.

Lo problemático de esta excepción, es que al igual que las tres anteriores, ha sido aplicada por la Corte Suprema sin mayor profundización en las diferencias que nuestra regla de exclusión posee con la estadounidense<sup>124</sup>. Con relación a esta excepción es que se puede sostener que la doctrina no está de acuerdo con la introducción a nuestro sistema, por su parte, LÓPEZ señala que al tener como único sustento esta excepción el de prevención, no es admisible en nuestro ordenamiento, por lo que no alcanza a constituirse como una limitación real a la prueba ilícita, por no condecirse con las demás fundamentaciones que rigen en nuestro sistema<sup>125</sup>. HERNÁNDEZ sostiene que menos será admisible la excepción si el sustento de la exclusión son el respeto el respeto a los derechos fundamentales para así dotar de legitimidad al proceso penal<sup>126</sup>. Finalmente, CORREA indica que la utilización por la Corte Suprema, en los casos en que el vicio se origina por los agentes policiales, implica dejar sin sanción la violación de garantías - precisando que ni la jurisprudencia estadounidense ha extendido de tal forma la institución - siendo que estas, para nosotros, son el objeto de protección de la regla de exclusión por lo que no es posible extrapolarla, ya que no logra eliminar la lesión producida, ello mucho menos ocurrirá si es en base a consideraciones subjetivas como lo es la consciencia de ilicitud<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Eusamio Mazagatos, Ester, y Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita ... Op. Cit.* p. 186

<sup>124</sup> Correa Robles, Carlos. "La buena fe ... *Op. Cit.* p. 33

<sup>125</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* p. 74

<sup>126</sup> Horvitz Lennon, María y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 225

<sup>127</sup> *Ibid*, p. 41-44

## CAPÍTULO II: ACTIVIDAD PROBATORIA

### 2.1. Momentos de la actividad probatoria

La actividad probatoria se puede entender como el “conjunto de actos destinados a obtener la *incorporación* de los elementos de prueba al proceso”<sup>128</sup>. Si bien la doctrina ha señalado distintos momentos de la actividad probatoria, en esta tesis se seguirá la de FERRER, que señala que los momentos de la actividad probatoria se dividen fundamentalmente en tres, la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, la valoración de aquellos y la adopción de la decisión<sup>129</sup>.

En relación a la etapa de conformación, se puede señalar que se logra luego de la proposición de pruebas aportadas y admitidas al proceso, por consiguiente, la decisión jurídica producto de la actividad probatoria no podrá considerar las pruebas que hayan sido aportadas, pero a su vez excluidas, por ejemplo, por ser ilícitas, todo ello porque no han sido admitidas al proceso producto de la regla de exclusión; generándose para el caso de la prueba jurídica que los elementos que se valorarán serán un “subconjunto del conjunto de los elementos disponibles: aquellos que han sido incorporados al expediente judicial”<sup>130</sup>.

De acuerdo a lo anterior, es posible señalar que es común para los ámbitos de la experiencia, que el único filtro epistemológico sea que se admitan todas las pruebas que entreguen información relevante acerca de los hechos en estudio, por lo que este deviene en un principio general de inclusión, radicando la diferencia en la existencia de reglas jurídicas de exclusión - como por ejemplo la exclusión de prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, exclusión de información por preclusión de plazo judicial, entre otras - sin más, el fundamento de la exclusión versa en que el derecho protege otros valores considerados relevantes, pero distintos a la averiguación de la verdad<sup>131</sup>. Así entonces, para el caso de la ilicitud de prueba, el

---

<sup>128</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 138

<sup>129</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. IX, N°18 (2017):154

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 155

<sup>131</sup> *Ibid*, p. 155-156

filtro de admisibilidad no se enfoca en la eficiencia de la prueba, sino que su enfoque está puesto en que la vulneración de derechos fundamentales es intolerable, con independencia del valor epistémico que pudiera tener dicha prueba<sup>132</sup>, por lo que los valores aquí protegidos quedan al margen al ámbito de la epistemología jurídica<sup>133</sup>.

La etapa de valoración se predica respecto del conjunto de los elementos incorporados al juicio y se señala que esta es libre porque “no, está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración”; sin embargo, es la etapa de la racionalidad, valorar racionalmente - de lo que del conjunto que se conformó en la etapa anterior – realizándose inferencias probatorias que permitan concluir cierto grado de confirmación de la hipótesis <sup>134</sup>.

Por último, el momento de adopción de la decisión dice relación con si el grado de confirmación de la hipótesis, producto de la valoración, en relación con el estándar aplicable, puede declararse o no probada; siendo en el proceso penal “más allá de toda duda razonable” – que en nuestro ordenamiento se consagra en el artículo 340 del CPP - estándar que se exige para que sea corroborada la hipótesis de culpabilidad, que, de no ser superado, aunque se cuente con mayor grado de confirmación que la hipótesis de inocencia, la hipótesis de inocencia primará<sup>135</sup>.

## **2.2.Actividad probatoria en el proceso penal chileno**

La doctrina nacional destaca como primera fase la proposición de prueba que sería equivalente a la etapa de conformación ya referida y que sería la concerniente en el señalamiento de los intervinientes de los medios de prueba que pretenden hacer valer en juicio, esto en la audiencia de preparación de juicio oral<sup>136</sup>. Su relevancia recae en que garantiza el derecho a defensa, porque este comprende el derecho a conocer los antecedentes que fundan la imputación<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> Coloma Correa, Rodrigo. “Conceptos y razonamientos probatorios”. *Revista de Derecho*, Vol. XXX, N°2 (2017): 41

<sup>133</sup> Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28 (2005): 97

<sup>134</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 156-157

<sup>135</sup> *Ibid*, 157-158

<sup>136</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 139; y, Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal Tomo II ... Op. Cit.* p. 1174

<sup>137</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 140

En la misma audiencia se procede a la fase de admisión, realizándose por medio de la inclusión de las pruebas que son ofrecidas en la audiencia de preparación de juicio oral<sup>138</sup>. En esta fase opera la regla de exclusión contenida en el artículo 276 del CPP, dictándose en audiencia por resolución fundada cuáles serán las pruebas no admitidas y, por ende, no consignadas en el auto de apertura, siendo su fin, que ellas no lleguen al conocimiento del tribunal de juicio oral<sup>139</sup>. Que opere en esta etapa se condice con el propósito del legislador que es pretender que en el juicio oral no se pueda valorar el material probatorio obtenido con infracción de garantías, que no tome conocimiento de estas pruebas ya que se pretende que no puedan ser utilizadas y que no puedan formarse prejuicios producidos por las mismas<sup>140</sup>. Incluso, se ha señalado que la terminología prueba ilícita tiene una contradicción en los términos, toda vez que estas evidencias al ser excluidas en la audiencia preparatoria de juicio oral no se les puede llegar a denominar pruebas, ya que no lo serán<sup>141</sup>.

Luego, en el juicio oral, por regla general, de conformidad al artículo 296 CPP, se procede a la ejecución<sup>142</sup> o rendición de la prueba<sup>143</sup>. Acto seguido, en relación con el artículo antedicho y el 340 inciso 2º del mismo código, se desprende que la valoración de la prueba recae sobre la rendida en juicio oral, para decidir acerca de si se verifican o no la hipótesis de la acusación o defensa, sin más esta fase sigue pautas definidas por el sistema probatorio<sup>144</sup>. Referido a esto último es relevante destacar que el sistema establecido por el artículo 297 CPP para valorar es la sana crítica, es decir, no se pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados<sup>145</sup>. Finalmente, el estándar establecido en el artículo 340 CPP, que se impone como carga al Estado es más allá de toda duda razonable y que si este no es superado debe absolverse<sup>146</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 141

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión... Op. Cit.* p. 87

<sup>141</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. *Política Criminal*, Vol. 13, N°26 (2018): 843-844

<sup>142</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal Tomo II... Op. Cit.* p. 1175

<sup>143</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 142

<sup>144</sup> *Ibíd.*, p. 144-145

<sup>145</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal Tomo II ... Op. Cit.* p. 1197

<sup>146</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* 155

De lo expuesto se da cuenta que, en la regulación positiva como en el tratamiento doctrinal de la actividad probatoria, ésta solo es analizada en miras de la decisión final del juicio. De hecho, se señala que la prueba jurídica se ha centrado en la justificación racional de la decisión final del procedimiento<sup>147</sup>. No obstante, esta etapa es solo eventual y que, con anterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral, se dictan otras resoluciones de especial relevancia para el transcurso del proceso pudiendo estas carecer de legitimación por estar desprovistas de un mecanismo que asegure la tutela de las garantías fundamentales de los imputados en ella. Por ello es que urge la necesidad de analizar respecto a cómo los jueces emiten otro tipo de resoluciones, para así analizar la racionalidad de éstas, siendo un posible caso el de las medidas cautelares<sup>148</sup>.

Por ejemplo, en relación con la dictación de la resolución que resuelve la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva, la regulación positiva solo se limita a señalar cuestiones como su procedencia o improcedencia, entre otras. Acerca de la regulación de la procedencia es de donde más, obviamente, se puede obtener una suerte del análisis que debería realizar el juez para su concesión. Ello reconduce al artículo 140 letra a, b y c, con la alocución “que existan antecedentes (...)”, pero no se detalla en absolutamente nada como han de ser admitidos, valorados o el estándar aplicable<sup>149</sup>, si todos los antecedentes que presente el órgano persecutor han de ser admitidos y valorados, con independencia de la legitimidad o legalidad de origen, etc. Solamente se señala al respecto, en el artículo 143 del CPP, que la resolución en la cual recaiga debe ser “fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión”<sup>150</sup>.

### **2.3. Actividad probatoria en etapa cautelar**

Como se ha señalado en el apartado anterior, tanto la regulación legal como tratamiento doctrinario se han avocado al análisis de la actividad probatoria de cara a la sentencia definitiva,

---

<sup>147</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena y proceso: Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Rubicón, 2017, p. 70

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> Respecto del estándar de prueba cautelar: véase Capítulo II, epígrafe 2. 3º.

<sup>150</sup> Respecto de la fundamentación de la decisión cautelar: véase Capítulo II, epígrafe 2. 5º.

pero de igual manera, como existen resoluciones que se dictan con anterioridad a esta, y que ellas no pueden estar desprovistas de racionalidad, es necesario evaluar si a caso existe o se pueden identificar, atendiendo al propósito de esta tesis, en la etapa cautelar penal, los momentos de la actividad probatoria ya definidos en este capítulo. Ello, debido al principal cometido de este ensayo, es decir, el tratamiento de la prueba ilícita en esta etapa, entendiéndose que sobre esta el ordenamiento mandata su exclusión y que a ella le pesa una prohibición de valoración, siendo estos conceptos que operan en los momentos de la actividad probatoria, así es que, primeramente, hay que determinar si es que existe o no actividad probatoria cautelar.

En primer lugar, al estar en una etapa cautelar penal hay que tener presente son medidas de carácter provisional, lo que atiende a la duración limitada de la medida, ya que se dispone mientras se está a la espera de la providencia definitiva, cesando en sus efectos cuando esta sea dictada; lo relevante es que su aspiración es no ser definitivas<sup>151</sup>. También son medidas instrumentales, lo que dice relación con que su vocación es la de asegurar los resultados de la providencia definitiva que está a la espera de dictarse<sup>152</sup>.

En segundo lugar, el juez al pronunciarse acerca de una medida cautelar debe ceñir su actuar a principios que el legislador ha establecido. Dentro de estos se encuentran los principios básicos, es decir, la presunción de inocencia establecida en el artículo 4 del CPP; el principio de legalidad que informa a las medidas que restrinjan o priven de libertad, regulado en el artículo 5 inciso 1º del CPP, destacándose también el inciso 2º del mismo que manda a la interpretación restrictiva de las normas que restrinjan de libertad del imputado u otros derechos, vale decir, para ello se prohíbe la analogía<sup>153</sup>; y el principio establecido en el artículo 9 del CPP que señala que las actuaciones que restrinjan los derechos garantizados por la Constitución, del imputado o un tercero, requieren autorización judicial previa<sup>154</sup>. A su vez, el artículo 122 del CPP señala cuales son los principios generales aplicables a las medidas cautelares, siendo uno de ellos el de necesidad, significando ello que se decretan cuando son “absolutamente indispensables para

---

<sup>151</sup> Marín González, Juan. “Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°1 (2002): 12

<sup>152</sup> *Ibid*, p.13

<sup>153</sup> Este punto será sujeto de análisis en el Capítulo III, epígrafe 3.1º

<sup>154</sup> Marín González, Juan. “Las medidas cautelares ... *Op. cit.* pp. 18-19

asegurar la realización de los fines del procedimiento” añadiéndose la *cláusula rebus sic stantibus*: “solo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”, es decir, no puede continuar su aplicación si es que ha cesado el motivo por el cual se impusieron<sup>155</sup>. El otro principio es el de juridicidad que dice relación con el del artículo 9 CPP, destacándose que la resolución que concede la medida debe ser fundada, lo que se refiere a que el tribunal justifique plenamente porqué la consideró necesaria<sup>156</sup>.

Ligado a lo último es que se señala que el pronunciamiento del juez respecto de la solicitud de medidas cautelares supone de racionalidad, pese a que esta exigencia corrientemente es empleada para la justificación contenida en la sentencia definitiva<sup>157</sup>. La racionalidad deriva precisamente del derecho fundamental a un debido proceso, consignado en la Constitución en su artículo 19 N°3, el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos, norma que irradia a todo el proceso penal y no solo el juicio oral junto con la sentencia<sup>158</sup>. La racionalidad es pretendida por la necesidad de control a la decisión adoptada y cualquiera que suponga este cometido requiere actividad probatoria<sup>159</sup>. Ello ocurre en todas las actividades, independiente la materia del conocimiento que fuere, pero toda decisión en que se apliquen normas abstractas requiere de un razonamiento que su base sea evidencia, ya que, si no, no es posible controlar la razón que llevó a la adopción de la decisión<sup>160</sup>. No pudiendo objetarse aquello bajo el argumento de que la regulación positiva pretende que la prueba sea la rendida en el juicio oral y que lo anterior son meros antecedentes, porque como se ha señalado, la racionalidad supone que “debe someterse a algún grado, aunque sea mínimo, de corroboración”<sup>161</sup>. Así las cosas, se concluye que “los enunciados sobre los hechos que sirven de base para la aplicación de las medidas cautelares en el proceso deben ser capaces de soportar un juicio basado en pruebas”<sup>162</sup>.

Existe entonces, en esta etapa, actividad o razonamiento probatorio, siendo este de carácter predictivo - a diferencia de la sentencia, cuyo razonamiento probatorio es de carácter

---

<sup>155</sup> *Ibid*, p. 20

<sup>156</sup> *Ibid*.

<sup>157</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena ... Op. Cit.* pp. 69-70

<sup>158</sup> *Ibid*, p.73-74

<sup>159</sup> *Ibid*, p.75

<sup>160</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar ... *Op. Cit.* p. 837

<sup>161</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena ... Op. Cit.* pp. 74-75

<sup>162</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar... *Op. Cit.* p. 839

retrospectivo, en que se busca tener por verdaderos hechos que ya han acaecido – lo que quiere decir que se buscará una conclusión racional y justificada, en base a la poca evidencia que se cuenta en esta etapa, que logre señalar que “un hecho acaecerá en el futuro” – con respecto al 140 c) del CPP-, significando que “el juez debe ser capaz de justificar racionalmente y con base en las pruebas que puede valorar si procede dictar una medida cautelar aún antes de que ocurra el hecho que le puede justificar”<sup>163</sup>.

Dicho esto, no es posible negar la existencia de actividad probatoria en esta etapa y, utilizando la nomenclatura propuesta por FERRER, en ella acaecerán los tres momentos propios de esta actividad, conformación, valoración y adopción de la decisión o estándar. El punto radica en que existe actividad probatoria, en una etapa que la regulación positiva no se hace cargo, pero no por ello el vacío no debe ser subsanado y no por ello han de quedar al margen el respeto a los derechos fundamentales emanados de la Constitución y Tratados Internacionales, ya que solo su respeto dotará de legitimidad a esta fase del proceso. Así, si es que para la dictación de una medida cautelar es necesario un cierto grado de corroboración de la hipótesis por la cual se sostiene que es necesaria dicha medida, el punto central atañe a que no se regula cómo se conformará el material probatorio capaz de someterse al razonamiento. Entonces, por ello ha de suponerse que cualquier medio probatorio puede desarrollarse para probar la necesidad de cautela o si es que en esta etapa también serán aplicables reglas contra epistémicas que propendan a la salvaguarda de los derechos fundamentales del imputado.

## **2.4.Error**

### **2.4.1. Precisiones acerca del error**

Como ya se ha referido, hay actividad probatoria para conceder o denegar una medida cautelar, lo que genera, a su vez, la necesidad de formular un estándar de prueba cautelar. Es en esta línea que podemos conectar, en términos de LAUDAN, con la “doctrina de la distribución del error”<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena ... Op. Cit.* p. 73

<sup>164</sup> Laudan, Larry. *Verdad, error ... Op. Cit.* p. 60

<sup>165</sup>, que se compone de los conceptos de “estándar de prueba, presunción de inocencia, el beneficio de la duda y la carga de la prueba depositada en la acusación”, cuyo efecto es propender a distribuir los errores de una manera determinada, que los errores sean en su mayoría, absoluciones falsas<sup>166</sup>, es decir, se puede sostener que el estándar de prueba distribuye errores<sup>167</sup>.

Para entender el concepto de error es necesario hacer precisiones respecto al mismo. Este puede ser entendido, de cara a la decisión final del juicio, cuando un inocente se trata como culpable, o a la inversa, un culpable no es hallado como tal por parte del sistema, es decir, bajo esta clase de error puede producirse un falso hallazgo inculpatorio o exculpatorio<sup>168</sup>. Esta concepción de error tiene que ver con si el sistema identifica de manera correcta, en el veredicto y con relación a la realidad fáctica, a los verdaderos culpables o inocentes y no se relaciona con si es que en el proceso se ha llevado a cabo con el respeto meticuloso de las garantías procesales; por lo que la clasificación atiende a distinguir los fallos de resultados falsos, de aquellos con resultados verdaderos, desde el punto de vista de la efectiva ocurrencia de los hechos pasados y no en relación a los enunciados probatorios que se han tenido por probados o no, en el proceso, pudiendo así estos criterios proyectarse en distinguir la inocencia material de la probatoria<sup>169</sup>.

El anteriormente mencionado no es el único tipo de error. El autor discurre también en otros tipos de error, dentro de ellos, las decisiones judiciales válidas e inválidas, siendo el criterio de validez la superación o satisfacción del estándar aplicable, por medio de las pruebas presentadas en el juicio, es decir, se relaciona a su vez, tanto con la calidad de las inferencias que desarrollan los juzgadores, ya que será inválida una decisión cuando a la prueba presentada se le otorgue mayor o menor valor que el correspondido, como con que no se aplique el estándar de manera debida<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup> Se precisa que el autor es contrario a la existencia de reglas para el resguardo de valores no-epistémicas. Laudan, Larry. *Verdad, error ... Op. Cit.* pp. 180-181

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> Para este punto se señala que son valores “quasi-epistémicos” o del “núcleo débil de la epistemología jurídica”, debido a que el motivo de ellos es una decisión política, de cuales serán los errores socialmente aceptados. Laudan, Larry. “Por qué un estándar ... *Op. Cit.* 7

<sup>168</sup> Laudan, Larry. *Verdad, error ... Op. Cit.* p. 34

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 34-37

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 38

Las dos categorías propuestas no actúan de forma independiente unas con otras, lo que significa que, según el autor puede haber veredictos verdaderos válidos, verdaderos inválidos, falsos válidos y falsos inválidos (se reitera y a modo de prevención que lo falso es el resultado de la decisión por no condecirse con lo efectivamente ocurrido en los hechos pasados), constituyendo tanto, la falsedad como la invalidez los errores que pueden producirse en el sistema<sup>171</sup>.

Lo relevante de este análisis, debido al objeto de estudio de este trabajo, radica en que, como se señala, dentro del sistema se encuentran rasgos que restringen la prueba jurídica, lo que significa que los veredictos precedidos de estos pueden ser válidos, pero de falsos resultados<sup>172</sup>. Es en este punto que es necesario precisar, por ser de especial interés. Las reglas atinentes a la limitación de la conformación del material probatorio, como se ha señalado, son reglas contra epistémicas, cuyo efecto es que la prueba jurídica sea un subconjunto de los elementos de prueba disponibles. Dentro de ellas es que se encuentra la exclusión de prueba ilícita por infracción de garantías fundamentales. Como ya hemos visto, esta cortapisa a la verdad se sustenta en que para dotar de legitimidad el proceso penal<sup>173</sup>, es necesario el respeto a otros valores, como sería en este caso, a los derechos fundamentales<sup>174</sup>. Es en esta línea, y por la primacía del respeto de este valor con respecto a la verdad, es deducible que nuestro sistema prefiere decisiones válidas, en el sentido de que se ha bien aplicado la regla contra epistémica en cuestión, pero que no necesariamente el pronunciamiento se condiga con los hechos efectivamente acaecidos.

Por consiguiente, la regla de estándar, que es una regla de distribución de errores, se aplica respecto del subconjunto de pruebas disponibles, ello, dado que anterior a la etapa de valoración y superación del estándar existe una regla de exclusión que reduce el conjunto de elementos de prueba a ese subconjunto. Entonces, respecto de este planteamiento es que puede señalarse que el riesgo de error que será distribuido por la aplicación del estándar será el que pueda producirse de ese subconjunto y no del conjunto que contiene las pruebas que a este se le excluyeron.

---

<sup>171</sup> *Ibid*, p. 38-39

<sup>172</sup> *Ibid*, p. 40

<sup>173</sup> Véase en: introducción, epígrafe 2º

<sup>174</sup> Véase en: capítulo I, epígrafe 1. 1º

Esto puede ser graficado con lo que ocurre en un proceso penal llevado a cabo de manera ideal: las pruebas que han de ser valoradas en juicio oral son las no excluidas en la audiencia de preparación de juicio oral, es decir, las pruebas ilícitas no deberían formar parte de este conjunto de enunciados probatorios a valorar, y, por lo tanto, estas no son pruebas susceptibles de análisis al momento de verificar si los enunciados probatorios superan o no el estándar de más allá de toda duda razonable.

Lo que se ha querido expresar es que, en el caso del proceso penal, al aplicar la regla de distribución de errores no se pueden perder de vista los valores que permean a este, ya que los errores a distribuir son los que pueden generarse de los elementos de pruebas admisibles, es decir, de prueba no excluida. Siendo relevante tener en la mira la regla contra epistémica de la exclusión de pruebas por ilicitud, ya que el propósito de las reglas que regulan la exclusión probatoria tiene como objeto evitar o prevenir errores y problemas en la valoración de los medios de prueba<sup>175</sup>.

Esto último se puede evidenciar con el siguiente ejemplo: no se excluye prueba de cargo relevante, pese a ser ilícita, esta prueba es valorada y supera el estándar de más allá de toda duda razonable, derribando la hipótesis de inocencia, se condena; pero luego, lo razonable es recurrir de nulidad por la causal a) del artículo 373 CPP. La escueta ejemplificación sirve para demostrar que la exclusión sirve para evitar posibles errores, y que lo deseable es que luego de esta exclusión, los errores que se distribuyan sean los que se puedan producir por el subconjunto de pruebas lícitas y por lo mismo, de producido el error, se dispone de un recurso de nulidad de competencia de la Corte Suprema y que, para el caso de haberse rendido en juicio prueba ilícita, la Corte debe anular la sentencia, el juicio y ordenar que se desarrolle uno nuevo con todas las condiciones de legitimidad que el primero no tuvo<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Taruffo, Michele. *La prueba*. Barcelona, España: Marcial Pons, 2008, p. 49

<sup>176</sup> Hernández Basualto, Héctor. “Prueba ilícita y el recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?). En: *Boletín del Ministerio Público. Edición especial*. Santiago, Chile: Fiscalía Nacional, N°32, 2007, p. 239

#### 2.4.2. Error cautelar

En esta línea es que se puede afirmar que las medidas cautelares también son un escenario propicio para la comisión de errores por parte de los juzgadores, en el sentido de decretar una medida a quién no debía o denegar una quién debía imponerse, pudiendo existir entonces en esta etapa, falsos positivos y falsos negativos cautelares<sup>177</sup>.

Bajo esta óptica se pueden analizar los errores cautelares desde dos perspectivas, siendo la primera, que, por ser una medida instrumental a la decisión final del juicio, esta colabora aumentando las posibilidades de acierto y, a su vez, disminuyendo las de error judicial en la sentencia propendiendo a que sea mejor la información con que esta pudiera contar, lo que conllevaría al incremento del acierto de esta<sup>178</sup>. La segunda perspectiva se relaciona con la propia distribución de errores cautelares, por la existencia de “un marco de suficiencia” – o estándar- para decidir sobre la misma, distribuyendo así los falsos positivos y negativos cautelares, es decir, que se pueda justificar de manera racional la decisión<sup>179</sup>.

En esta línea es que se puede aplicar el mismo razonamiento descrito en el acápite anterior, pero con motivo de la decisión cautelar y no la decisión final. Tomando la primera categoría, es decir, el error que es producto de la incorrecta verificación del veredicto con la realidad fáctica se podría llegar a señalar que una decisión cautelar es verdadera o de resultados falsos, si es que su merecimiento se condice o no con la realidad, y si se logran verificar los requisitos del 140 o 155 del CPP. Sin embargo, es el segundo tipo de error el que nos interesa, en el entendido de que este se relaciona con la validez o invalidez de la decisión, producto de una correcta o incorrecta aplicación del estándar. Ello porque, como se ha propuesto, el tipo de error derivado de la invalidez es el que puede conectarse con la exclusión, por la preferencia del sistema de decisiones válidas, derivadas del respeto a los derechos fundamentales, que conllevan a la limitación de la conformación del material probatorio.

---

<sup>177</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar... *Op. Cit.* p. 838

<sup>178</sup> *Ibid*, p. 839

<sup>179</sup> *Ibid*, p. 839-840

Entonces, es que el análisis precedente para el error cautelar debe tener en cuenta una serie de consideraciones. La medida cautelar se dicta provisional e instrumentalmente respecto de la sentencia definitiva, es decir, hay una sentencia que se debe tener en la mira. En este sentido es que uno de los fines de las medidas cautelares es evitar el error judicial de la decisión final. Por otro lado, es que también se debe considerar que, para adoptar una decisión cautelar, ha de superarse el estándar de prueba propio de la medida cautelar objeto de la decisión, y que, por esencia, un estándar de prueba distribuye errores, entonces aplicado al caso de las cautelares, distribuirá el error propio que pueda derivarse de la concesión o denegación de la medida.

El efecto de lo señalado es que se produce la imposibilidad de que a ese conjunto de elementos se le integren pruebas que a la postre serán excluidas, o que, en caso de no serlas, generaran un error judicial en la categoría de error por invalidez en la decisión final. En este respecto y en términos de HERNÁNDEZ a propósito de conceder una prisión preventiva fundada en los antecedentes recopilados producto de una detención ilegal señala:

“A partir de esa declaración el juez de garantía puede y debe realizar un pronóstico sobre la futura posible exclusión de dicho material que se le ofrece para fundar una solicitud de prisión preventiva, en términos del inciso tercero del artículo 276, y dejar de considerarlo si el pronóstico es favorable. Cualquier otra solución es maldad pura, es volver al viejo sistema inquisitivo en el que la prisión preventiva opera como sucedáneo de una condena que nunca llega (...)”<sup>180</sup>.

Por este análisis, en miras de la sentencia de juicio oral, se obtiene que la conformación de material probatorio no puede ser distinta a la forma en que se conforma para la decisión final, ya que, de no aplicar la misma regla contra epistémica, el riesgo de error que se distribuye por medio del estándar de prueba cautelar se verá acrecentado, por haberse valorado prueba que nunca debió tenerse a la vista – y que en teoría, en miras al juicio oral, la distribución del error no cuenta con ese aumento del error debido a que es precedido por esta regla que elimina errores - por ser esta un repudio del sistema, aparte de ser inconstitucional. El conjunto de elementos a

---

<sup>180</sup> Hernández Basualto, Héctor. “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de pruebas”. En: *Seminario: “Agenda corta anti delincuencia”*. Santiago, Chile: Defensoría Penal Pública, N°3, 2010, pp. 30-31

valorar y que se someten al estándar no puede ser otro que el subconjunto de pruebas - que se tengan hasta ese entonces – capaz de proyectarse en una sentencia de juicio, porque por esencia estas medidas cautelan el procedimiento y a evitar que en este se produzcan errores, pero no puede solo mirarse de la perspectiva de que se produzcan falsas inculpaciones, sino que tampoco se produzcan decisiones inválidas, ya que como se ha visto, ambas son errores judiciales.

Es más, si es que, en un caso hipotético, un proceso penal culmina por la forma establecida en el artículo 277 inciso final, sobreseimiento definitivo por exclusión de pruebas de cargo del Ministerio Público, y que se había decretado una medida cautelar con la misma prueba que se excluye en la audiencia de preparación de juicio oral, – es decir, que la prueba que se excluye y que haya sido fundante de la medida cautelar dando pie al sobreseimiento, precisando que en este caso hipotético no abarcaría los supuestos en que la prueba excluida se haya obtenido con posterioridad a la dictación de la medida cautelar - se evidencia un caso de falso positivo cautelar, que podría haberse evitado si es que el juzgador hubiese valorado solo los elementos de pruebas lícitos y excluyéndose los ilícitos.

El razonamiento recién expuesto no puede pensarse que es una mera construcción teórica en base a supuestos hipotéticos, por lo que se expondrá un caso donde se podrá identificar claramente un falso positivo cautelar producto de la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva en base a prueba ilícitamente obtenida. En la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, de 13 de marzo de 2018, en la causa RUC 1500858172-7<sup>181</sup>, absuelve a dos imputados por el delito de tráfico ilícito de drogas. La sentencia detalla claramente que la absolución se basa en que el persecutor intenta establecer la existencia del delito y participación en base a un procedimiento policial que infringió garantías fundamentales, dado que no se encontraban satisfechos los presupuestos del artículo 85 del CPP en el procedimiento de control de identidad, y por la vulneración del artículo 84 del mismo cuerpo legal, toda vez que los funcionarios policiales, luego del control de identidad, persiguieron al sujeto y procedieron al ingreso de la vivienda, donde encontraron la droga, pero sin autorización judicial previa y sin

---

<sup>181</sup> RIT 10051-2015 Juzgado de Garantía de Rancagua, RIT 10-2017 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua

mediar la persecución de un delito flagrante<sup>182</sup>. Así, es que culmina el sentenciador señalando “en resumidas cuentas, la prueba obtenida producto de la detención, resultó estar viciada al emanar de un procedimiento no ajustado a la ley, y por consiguiente, se le valoró negativamente”<sup>183</sup>.

Lo relevante de destacar de este caso es que el tribunal hizo suya la tesis de la defensa, tesis que no era planteada allí por primera vez, sino que en dos oportunidades la defensa apeló la resolución del juez de garantía, la que decretaba la prisión preventiva a los dos imputados y la que mantuvo la prisión preventiva, fundándose en esos mismos argumentos, vale decir, que con esa prueba no podía sustentarse medida alguna. Las resoluciones de la Corte de Apelaciones de Rancagua<sup>184</sup> fueron por confirmar la resolución apelada, desechando los argumentos de la defensa. A ello se puede agregar que en el auto de apertura de juicio oral de la causa, de fecha 28 de diciembre de 2016, consta la observación de que el juez de garantía no dio lugar a la solicitud de la defensa de excluir toda la prueba presentada por el Ministerio Público. En resumidas cuentas, el caso recién expuesto no es más, ni menos, que un caso de falso positivo cautelar, en el que se concedió una prisión preventiva en base a prueba ilícita fundante, y que con independencia de que el juez de garantía no la excluyó en razón del artículo 276 del CPP, culminó excluyéndose por el tribunal de juicio oral haciendo uso de la valoración negativa de la prueba.

En este sentido que se puede agregar que, si uno de los objetivos del proceso, en consonancia con la prueba de los hechos, es buscar la verdad, pero que por la falibilidad de los procesos se traduce en minimizar el riesgo de error – y que una de las formas de minimizarlo es incluyendo normas sobre la prueba -, pero que ello implica costes, siendo la búsqueda del equilibrio entre ambos, un problema moral o político, no epistémico<sup>185</sup>. Entonces, se podría señalar que para el caso de las cautelares la balanza estaría solamente inclinada en la no producción de costes y en

---

<sup>182</sup> Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, causa RIT 10-2017, RUC 1500858172-7, considerando quinto y sexto

<sup>183</sup> *Ibid*, considerando sexto

<sup>184</sup> Resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 15 de septiembre de 2015, Rol Penal 555 -2015 y resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 27 de enero de 2016, Rol Penal 50-2016

<sup>185</sup> Bayón Mohino, Juan. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. *Revista Mario Alario D’Filippo*, Vol. 13, N°26 (2010): 10-12

el total olvido de un valor protegido por el sistema, que se materializa en la exclusión de prueba ilícita, siendo la consecuencia, la privación o restricción de libertad de un sujeto inocente, llevada a cabo por procedimiento ilegítimo. Ello da cuenta que tal como está establecido el sistema, la privación de libertad en forma legítima solo podría pensarse con respecto de la sentencia final del juicio, – en caso de que en ella se haya excluido el material obtenido con violación de derechos fundamentales – y ni siquiera, debido a que “el juicio oral no puede reclamar que su integridad moral se encuentra aisladamente intacta, mientras que hayan ocurrido errores en la fase previa del proceso”<sup>186</sup>.

Sin más, se hace la precisión que, para fines explicativos, se ha tomado con una mirada blanco o negro de la prueba ilícita y su consecuente, la exclusión de esta; pero ha de recordarse, como se ha expuesto latamente en el capítulo primero de este trabajo, que ello no es así. Por ello que, si es que estamos sustentando la postura de que la medida al ser instrumental a la sentencia y por lo mismo, los errores cautelares no pueden ser aumentados por prueba que nunca se tendrá presente en la decisión final, es dable razonar que, en esta etapa, tanto como aplicaría la teoría de los frutos del árbol envenado para extender la ilicitud a otras pruebas, también aplicarían las excepciones al alcance a la prueba ilícita<sup>187</sup>.

## **2.5.Fundamentación de la decisión cautelar**

Para comenzar con el análisis de la fundamentación de la decisión cautelar, se expondrá una sentencia de la Corte Suprema<sup>188</sup>, donde esta desarrolla, lo que a su juicio, se corresponde con una correcta fundamentación de la decisión cautelar – en este caso de una prisión preventiva-, lo que recae en que no se vean transgredidos los derechos y garantías consagrados en el artículo 19 n°3 y n°7 de la CPR.

---

<sup>186</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal”. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N°1 (2020): 191

<sup>187</sup> En este respecto, véase: capítulo I, epígrafe 1.3°

<sup>188</sup> Se analizará el fallo de la apelación del recurso de amparo de la resolución que decreta la prisión preventiva en la causa Rit 7228-2017, Ruc 1700879814-1 del Juzgado de Garantía de Temuco, Roles Corte Suprema 40860-2017, 40862-2017, 40863-2017, 40864-2017. Se precisa que este es un criterio asentado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque ella misma indica este razonamiento como reiterado, haciendo alusión en el considerando 8° del fallo a analizarse, a las causas Rol Corte Suprema 9492-2009, 4688-2011, 5437-2012, 5858-2012, 23772-2014, 6659-201, es decir, hay jurisprudencia uniforme en la materia.

En el caso *sub lite* lo que nos interesa analizar se refiere – a lo que en terminología de la Corte Suprema y que señala en su considerando 4º - a “las “formas” que deben seguirse para privar la libertad personal a un imputado mediante la prisión preventiva”. Siendo en este respecto que señala al artículo 36 del CPP como norma que rige a toda resolución judicial, por medio de la que se obliga al juzgador a fundamentar sus resoluciones. A eso agrega el artículo 122 del mismo cuerpo legal, ya que se vuelve a precisar que las medidas cautelares se decretan por resolución judicial fundada. Luego, señala enfáticamente lo dispuesto en el artículo 143 del CPP, es decir, que la resolución que versa acerca de la prisión preventiva debe ser fundada, pero además debe expresar claramente los antecedentes calificados que justifican la decisión.

Precisando en su considerando 5º y 6º que, para decretarla, el tribunal debe detallar y analizar cada uno de los antecedentes y argumentos de hecho y de derecho, que le fueron útiles para sustentar artículo 140 a), b) y c) del CPP. Para el caso en que la defensa se oponga, se debe consignar por qué dicha oposición no desvirtúa la solicitud del Ministerio Público o querellante, ya que a causa de lo establecido en el artículo 142 del CPP, la resolución es precedida de debate y la justificación depende de dicho debate, porque la concesión no puede sustentarse únicamente en base a los antecedentes y argumentos del peticionario. Por lo tanto, el juez tiene que hacerse cargo, en cumplimiento de su deber de fundamentación, de los puntos que fueron controvertidos en este.

En el considerando 7º y 8º se hace cargo de la diferenciación entre el deber de fundamentación que pesa sobre el juez para el caso de la prisión preventiva, señalando que este es menor al establecido en el artículo 342 del CPP, pero mayor que el que el exigido por el artículo 36, que es “con precisión”. Ello se debe a que, si fuera solo ese, no habría precisado el legislador en el artículo 143 que los antecedentes deben expresarse “claramente”, es decir, para conceder la medida, la fundamentación debe ser clara y precisa respecto del cumplimiento de los requisitos del 140, pese a lo que alegue la defensa, debe poder justificarse de esta manera. En definitiva, avalándose por basta jurisprudencia, señala que la privación de libertad, por medio de una resolución carente de fundamentación, torna en ilegal la privación de libertad del imputado por ser esta una garantía en favor de este y que su incumplimiento conlleva la nulidad del acto.

En los considerandos 9° y 10° se analiza la falta de fundamentación respecto de todos los requisitos del 140 y que, a su vez, fueron alegados por la defensa, principalmente, la falta de consistencia, vacíos y deficiencias de los antecedentes que acreditaban la participación imputados. Recalca la Corte en sus considerandos 11° y 12° la incorrección de la decisión adoptada por el juez, debido a que hace suya la argumentación expuesta por el fiscal y no menciona de manera precisa y clara como motiva su decisión, menos se hace cargo de las alegaciones de la defensa. Disponiendo así, en el considerando 13° la libertad inmediata de los imputados, revocando la medida cautelar por falta de fundamentación.

El caso en cuestión no es otro que el popularmente conocido como “Operación Huracán”, que concluyó en etapa de investigación, y siendo diez imputados sobreseídos debido a que los antecedentes que sustentaban la investigación eran falsos, la evidencia era implantada, como consta en acta de audiencia de fecha 13 de junio de 2018. Relacionando esto con el acápite anterior, lo que aquí se produjo fue un falso positivo cautelar, y que con independencia de la falta de fundamentación de la resolución que concedía la prisión preventiva, la falta de acuciosidad en la revisión de la validez de los antecedentes o prueba cautelar aportada por el persecutor, conllevaron a que inocentes estuvieran privados de libertad, en el intertanto de la concesión y revocación de la medida.

También, supone de total relevancia destacar lo señalado por ACCATINO en relación con el derecho a la prueba, vale decir, que este se vuelve ilusorio si es que el juez no emite una resolución justificada respecto de la *quaestio facti*, en la que las pruebas aportadas hayan sido tomadas en cuenta y valoradas racionalmente, y a su vez, que la justificación pública es la forma de eliminar el riesgo de arbitrariedad<sup>189</sup>. Señalando que lo dispuesto en el artículo 36 del CPP es un principio general de fundamentación de las resoluciones, cuya única excepción son las de mero trámite<sup>190</sup>. Por lo tanto, se puede precisar que nuestro ordenamiento dejó de lado la concepción subjetivista de la prueba, es decir, la concepción puramente emocional del juzgador donde el juicio sobre la prueba se concebía “como una epifanía que sobreviene al juez en

---

<sup>189</sup> Accatino Scagliotti, Daniela. “La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N°2 (2006): 10

<sup>190</sup> *Ibid*, p. 12

contacto inmediato con la evidencia y que no es susceptible de racionalización ni de control”<sup>191</sup> y dio paso a exigir la motivación de los enunciados probatorios<sup>192</sup>.

Traduciéndose esto, de la mano con lo que expresa la Corte, en que la decisión judicial en que recae la solicitud de una medida cautelar debe ser motivada y justificada, no pudiendo esta solo concederse o denegarse por el solo hecho de que el juzgador tenga una creencia subjetiva de su merecimiento o no, sino que está sujeto a criterios de racionalidad y que estos queden plasmados en la resolución para que pueda ser controlable. De ello se sigue que la justificación de la premisa normativa de la decisión en la que recaiga la medida cautelar de prisión preventiva debe quedar absolutamente ligada a una justificación capaz de dar cuenta de por qué se está privando de libertad, durante el proceso, al imputado<sup>193</sup>; y relacionándolo con las evidencias ilícitas, se puede argumentar que no pueden fundar decisiones, en cuanto la ilicitud “es una propiedad de las evidencias que supone su exclusión en tanto pruebas”<sup>194</sup>. Así, por ejemplo, para el caso de que se pretenda solicitar una medida cautelar con antecedentes como, una declaración obtenida bajo tortura se puede señalar, que no es posible, en cuanto a que este es un medio de prueba prohibido por el derecho y que la exclusión de ella es comprendida por esta prohibición<sup>195</sup>, conllevando a su vez, a una imposibilidad de fundamentar la decisión en base a este. Para el caso en que se haya valorado y fundamentado en ellos, por el grado exigido de fundamentación de la resolución, se debería evidenciar dicha circunstancia y así, poder impugnar la resolución<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 13

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> Dei Vecchi, Diego. “Acercas de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N°2 (2013): 198-199

<sup>194</sup> Valenzuela Saldías, Jonatan, *Hechos, pena ... Op. Cit.* pp. 128

<sup>195</sup> Sentencia CIDH de 2 de septiembre de 2015, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile, párrafo 116 y 118. En este sentido es que se alude a los siguientes normativa vigente: artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, “todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” y en el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, “ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”.

<sup>196</sup> Si el caso fuera la adopción de la medida, pero faltara la fundamentación de ella, se estaría en el supuesto del fallo analizado en este acápite, procediendo, como en dicho caso, un recurso de amparo.

En esta misma línea, que se destaca lo expresado por ARIAS para el caso en que se declara ilegal una detención, “no puede haber tal justificación si esta se basa en un procedimiento contrario a derecho”<sup>197</sup>, es decir, no se pueden fundamentar los requisitos exigidos ni por el 140 del CPP ni el por el 155 del CPP con pruebas ilícitas, porque no hay fundamento jurídico ni ético para fundar cautelares en pruebas incapaces de fundar una sentencia definitiva, ya que acontece una prohibición de uso como medio de prueba, pero que a su vez, indirectamente se aprovecharía como fuente de prueba<sup>198</sup>. Señala, además, que, con independencia del distinto estándar exigido en una sentencia condenatoria o una cautelar, ello es algo que dice relación con la intensidad y no con los límites formales que se exigen para establecer la verdad, por lo que en ninguna de las dos circunstancias se puede probar por medios ilícitos, lo que conlleva a que menos se podría fundamentar o justificar en base a los mismos<sup>199</sup>.

En este sentido, se puede decir que una correcta aplicación de lo exigido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es que para fundamentar una medida cautelar no puede valerse de medios ilícitos, por estar proscrita su utilización como medio de prueba, por lo que estos no pueden utilizarse en la justificación de la resolución de la medida y como hemos visto, es un imperativo que la resolución debe ser motivada. Incluso, como se señaló, esta resolución debe hacerse cargo de las alegaciones de la defensa, que, para nuestro supuesto, sería que la prueba se objetó por su obtención con infracción de garantías fundamentales del imputado; así, en caso de que el juzgador, persistiera en conceder la medida y la fundamentara en dichos antecedentes, generaría que el fallo deviniera en contradictorio. Ello dado que la fundamentación, en cumplimiento de su deber, debe hacerse de manera clara y precisa, entonces, no puede decir que priva a alguien de su libertad conforme a lo que establece la Constitución y las leyes, en terminología del artículo 19 n°7 b) de la CPR, si es que los mismos antecedentes que usa para su fundamentación, son contrarios a la Constitución, para el caso en que así la defensa lo haya alegado, por lo que debe la fundamentación hacerse cargo de dicha alegación.

---

<sup>197</sup> Arias Vicencio, Cristián. “El control jurisdiccional de la detención”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6 (2005): 250

<sup>198</sup> *Ibid*, pp. 250-251

<sup>199</sup> *Ibid*, p. 251

## 2.6. Influencia de la prueba ilícita en el razonamiento del juzgador

Como se ha esbozado en el acápite anterior, la prueba ilícita está prohibida como medio de prueba y que, por lo mismo, ella no posee la aptitud de fundamentar resoluciones, ya que estas no pueden basarse en un medio probatorio contrario a derecho. Es en esta línea, que, en un escenario ideal, es decir, que toda la prueba ilícita haya sido excluida, y analizando la exclusión-valoración de cara al juicio oral, no se suscitarían problemas que digan relación con que la exclusión de prueba espuria no cumpla su fin deseado, es decir, que esta no sea parte del material probatorio sujeto a valoración y superación del estándar, entendiendo que si la prueba fue excluida no es susceptible de ser valorada por el tribunal de juicio oral. Esto es a consecuencia de que hay, en términos de DAMASKA, una “bifurcación” del órgano jurisdiccional, señalando que cuanto más separados estén institucionalmente, se genera un clima más favorable para la aplicación de reglas que ocultan información probatoria respecto de quien está encargado de analizar la evidencia<sup>200</sup>.

No es posible generar la misma aseveración respecto del objeto de análisis, ya que con independencia de la extensa formulación doctrinaria que señala que la prueba ilícita es inconstitucional y que no puede servir de base al razonamiento tendiente a la concesión de medidas cautelares - o más general aún, que con ella no se puede fundamentar ninguna resolución, porque en caso de hacerse, dicha resolución no se ajusta a la Carta Fundamental-, la no incorporación a la conformación del material probatorio quedaría a cargo del mismo juez que fallaría la cuestión. Ello se contrapone al supuesto anterior, es decir, donde se evitaba que el tribunal de juicio oral tuviera contacto con la prueba excluida y así mismo, que se comprometiera su imparcialidad<sup>201</sup>, entonces se hace oportuno analizar qué puede suceder con el razonamiento del juez cuando es uno solo el que está a cargo de realizar los tres momentos de la actividad probatoria.

En esta línea, se ha estudiado cómo opera el razonamiento motivado respecto de la regla de exclusión, señalando que este razonamiento se refiere a los supuestos en que en la toma

---

<sup>200</sup> Damaska, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven, EEUU: Yale University Press, 1997: 26-27

<sup>201</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* 184

decisiones existe una preferencia hacia el resultado, y a consecuencia de ello, se generan estrategias para poder llegar a dicho resultado, mediando en él una ilusión de objetividad cuando el juzgador no se da cuenta que la decisión a la que propende está interferida por sesgos, debido a que de todo el conocimiento que tiene, solo puede utilizar un subconjunto<sup>202</sup>. Se señala en que en derecho este tipo de razonamiento, puede operar principalmente cuando se está frente a la supresión de pruebas penales, ya que hay un compromiso consciente del juez por seguir la ley, pero existe también un impulso a seguir lo que ellos creen moralmente justo para el caso, estableciendo una hipótesis de justicia motivada, consistiendo ello en que los jueces interpretar los hechos podrían actuar de forma involuntaria y mediando solamente una apariencia de ajustarse a las normas jurídicas<sup>203</sup>.

Esto es aplicable al caso de la prueba ilícita, en el supuesto de que el juez que presencie el debate acerca de la ilicitud, sea el mismo que juzga, porque el excluirla no significa que no genere impactos en el juzgador, ya que conoció la información que el mismo objeta, pudiendo hacer la selección del resultado preferido teniéndola presente y el conocimiento de ella influiría a la hora de formar su criterio, siendo esto contrario a lo deseado por la teoría de la prueba ilícita<sup>204</sup>. Así, se puede señalar este tipo de prueba tiene un poder oculto en la decisión del juez – para los casos de que quien excluye es el mismo que falla – ya que al procesar la información puede llegar a sentenciar de acuerdo con la creencia que ya se haya formado<sup>205</sup>.

Por lo tanto, para el caso de que en una solicitud de medidas cautelares, la defensa plantee un incidente de exclusión en miras de generar debate acerca de la ilicitud de la prueba o antecedentes con la que se pretende sustentar dicha solicitud por parte del órgano persecutor, y además, suponiendo que el tribunal dejara de lado su “razonamiento formalista”<sup>206</sup> – el cual en este asunto sería su comprensión de que la única oportunidad donde puede abrirse ese debate es la establecida en el CPP y entendiera que la exclusión no es una regla, sino que un principio<sup>207</sup>

---

<sup>202</sup> Sood, Avani. “Cognitive cleasing: experimental psychology and the exclusionary rule”. *Georgetown Law Journal*, Vol.10 (2015): 1560-1561

<sup>203</sup> *Ibid*, pp.1561-1563

<sup>204</sup> Iñiguez Ortiz, Eduardo, y Feijoó Cambiaso, Raúl. “El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica”. *Themis: Revista de Derecho*, N°71 (2017): 174-175

<sup>205</sup> *Ibid*, p. 175

<sup>206</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 185

<sup>207</sup> Véase en: capítulo 1, epígrafe 1.2. 2º

-, y culminando dicho debate con que la prueba es ilícita, tampoco podemos asegurar que dicha declaración surtirá los efectos deseados por la teoría. Sin más, se puede llegar a esta conclusión en razón de lo anteriormente expuesto, es decir, que, pese a la posibilidad de teorizar respecto a las diversas etapas de la actividad probatoria, si es que es la misma persona que excluye y que juzga, no se puede asegurar que el conocimiento acerca de la existencia de dicha prueba no interferirá en su decisión, ya que esta puede estar viciada por sesgos, pese a que crea que obra conforme a derecho. Hay que precisar que esta problemática puede ser identificada en otros procesos como lo podría ser en el procedimiento abreviado, monitorio o simplificado, u en otras etapas, como en el juicio oral con respecto a la valoración negativa, en donde quien excluya sea la misma persona que quien juzgue, siendo pertinente al caso debido a que es lo que sucede en las medidas cautelares, pero no siendo el único.

Volviendo al análisis respecto de la decisión final del juicio, pero ahora no en su escenario ideal, sino que en el supuesto de que el juez de garantía en la audiencia preparatoria de juicio oral no excluya toda la prueba ilícita, y, por ende, el tribunal de juicio oral tenga conocimiento de esta prueba, se puede señalar que acontece lo mismo que se ha venido mencionando. Esto quiere decir que el tribunal se ve contaminado por la información, siendo el mecanismo contemplado por la legislación, para este caso, el recurso de nulidad, ya que el derecho del imputado a un debido proceso se ve vulnerado por la valoración de prueba ilícita; el problema se suscita en que se debe esperar a que se dicte la sentencia para recurrir de nulidad<sup>208</sup>.

Lo expuesto, por ser contrario a uno de los fundamentos de la exclusión, es decir, la integridad judicial, en conjugación con la prohibición de valoración que pesa sobre estas pruebas y el deber de fundamentación, es que la doctrina y jurisprudencia han tendido a la utilización de la valoración negativa de la prueba ilícita; pero ello no resuelve el problema, ya que el tribunal pese a consignar en la sentencia la prueba que no se tendrá en cuenta, no obsta que su razonamiento haya sido contaminado, incluso limita el uso del recurso de nulidad para el caso en que la condena se funde en prueba ilícita por la interferencia que produce en el razonamiento, pero se consigue que se valoró negativamente<sup>209</sup>. Por lo mismo es que se vuelve de especial

---

<sup>208</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 191

<sup>209</sup> *Ibid*, pp. 191-192

relevancia la fundamentación de la decisión - como una de las formas de paliar el efecto contaminante de la prueba ilícita - debido a que la prueba acusada de ilícita no puede servir de base a inferencias probatorias, entonces una correcta fundamentación del tribunal obligaría a poner en evidencia y a que se pueda detectar si es que se ha “maquillado” de motivación, para que así se vuelva apreciable y que, dado el caso, se pueda recurrir<sup>210</sup>.

Sin duda que con una correcta fundamentación se pueden paliar los efectos perniciosos producidos por la contaminación de la prueba ilícita, por efecto de una deficiente exclusión; pero que la exclusión sea eficaz no depende solamente de la no valoración, sino que es necesario que la prueba nunca llegue a conocerse por el juzgador, jugando un importante rol la bifurcación del tribunal<sup>211</sup>. En este sentido se puede sostener que difícilmente se pueda olvidar lo observado y eliminar el impacto perjudicial, debido a que es poco probable que la mente humana procese la información de manera tan compartimentalizada, por lo que la relevancia del tribunal bifurcado es que mantiene lejos la evidencia inadmisibles de quien toma la decisión, solución que no tiende a ser posible en un entorno judicial unitario<sup>212</sup>.

De lo expuesto se puede decir que, para la decisión cautelar, y en concordancia con el acápite anterior, urge que la resolución que la concede la medida sea fundamentada de acuerdo con lo exigido por las normas señaladas, para que así pueda ser controlable. A su vez, con independencia de que se pueda plantear teóricamente que es aplicable al razonamiento cautelar la exclusión de la prueba ilícita o la prohibición de su valoración, dada la estructura institucional vigente, vale decir, el mismo juez para ambos momentos de la actividad probatoria, difícilmente se van a lograr los fines esperados. Ello porque al razonar, y pese a que no lo consigne directamente en la fundamentación, la decisión que adopte puede estar interferida por sesgos producto del conocimiento de la existencia de la información que proveen estas pruebas prohibidas. Por esto, es que en concordancia a lo establecido en el artículo 149 y 155 inciso final del CPP, se hace necesario evaluar el recurso de apelación de las medidas cautelares, para poder controlar si es que la decisión fue interferida por la prueba ilícita o si es que, derechamente, no se excluyó y se valoró.

---

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 192

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 193

<sup>212</sup> Damaska, Mirjan. *Evidence Law ... Op, Cit.* p. 48

En este sentido, que resulta del todo pertinente realizar el análisis a un caso, en el que, pese a no cuestionarse la licitud o ilicitud de la prueba, sirve para ilustrar que el recurso de apelación es útil para corregir una deficiente valoración a los elementos de prueba por parte del juez de garantía en una resolución de medidas cautelares, y que, por medio de un examen exhaustivo de los antecedentes, la Corte puede arribar a conclusiones diversas respecto del valor probatorio de estos. En el caso que se expondrá, es el juez de garantía es quien no otorga valor probatorio a elementos proporcionados por el persecutor y que, los delitos formalizados refieren a delitos de violencia contra la mujer, y en la referida resolución no se asignó valor probatorio a los testimonios de las víctimas, lo que nos puede poner en un posible caso de que la resolución haya sido interferida por sesgos, pero el análisis de aquello excedería con creces el objeto de la presente investigación.

La resolución a la cual se alude corresponde a la emitida con fecha 22 de julio de 2019 en la causa RUC 1901118755-5 del Tribunal de Garantía de Temuco, la que se pronuncia sobre la solicitud de medida cautelar de prisión preventiva, luego de haber comunicado al imputado que se desarrolla una investigación por cuatro delitos. En dicha resolución, el tribunal sostuvo que solo uno de ellos contaba con antecedentes suficientes para poder acreditar la existencia del delito y respecto de los otros señaló que la prueba rendida por el persecutor no era suficiente para acreditar la existencia de estos; precisando una serie de otras consideraciones, el tribunal arribó a la decisión de denegar la solicitud de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público y querellantes, decretando otras medidas cautelares. Lo relevante radica en que la resolución Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 24 de julio de 2020 en causa Rol Penal 595-2020 estableció que, conforme al merito de las alegaciones y los antecedentes era posible justificar, en dicha etapa procesal, la existencia de tres hechos constitutivos de delito y la participación del imputado, considerando especialmente el testimonio de las víctimas, testimonios que el tribunal a quo en su resolución había estimado como antecedentes insuficientes. En conjunto de una serie de otras consideraciones, la Corte revoca la resolución apelada y resuelve decretar la prisión preventiva. Entonces, en el caso, por medio de la impugnación de la resolución por un recurso de apelación puede el tribunal puede controlarla llegar a una decisión diferente respecto de los mismos elementos de prueba.

## CAPÍTULO III: EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN ETAPA CAUTELAR

### 3.1. Etapa cautelar

Como se ha venido esbozando, en la regulación positiva no se resuelve el supuesto de la solicitud de una medida cautelar en base a prueba ilícita, por lo que a simple vista se evidencia la problemática, no así su solución. Por lo mismo y en base a todo lo expuesto es necesario generar una recapitulación: existirá legitimidad en el proceso penal solo si existe respeto a las garantías fundamentales, ellas gozan de supremacía constitucional y sus limitaciones deben establecerse expresamente, para su salvaguarda existe la regla de exclusión de prueba ilícita que opera en fase de admisibilidad o inclusión que es el primer momento de la actividad probatoria y parte importante de la doctrina ha señalado que su consagración es a nivel constitucional. En cuanto a las medidas cautelares se ha entendido que no hay prueba, ya que ella es que se conforma para juicio oral en la audiencia de preparación de juicio oral y que en esta etapa solo habría evidencia, pero la doctrina reciente ha establecido que sí existe actividad probatoria, ya que el juez para adoptar una decisión cautelar debe realizar un razonamiento prospectivo y que, incluso, se ha propuesto un estándar de prueba cautelar<sup>213</sup>.

De lo expuesto también se deja constancia que una resolución judicial basada en prueba ilícita, aparte de ser ilegítima, contraviene el debido proceso, que no solo tiene consagración constitucional, sino que también en diversos Tratados Internacionales. La vulneración al debido proceso acarrea consigo la infracción a derechos sumamente importantes, como el derecho a defensa<sup>214</sup>. A ello se suma que, dado el caso en que se intente sustentar una medida cautelar con prueba ilícita, la defensa plantee en la audiencia un incidente de exclusión, pero es común que como este no es contemplado por la regulación positiva para esta etapa procesal, el juez de garantía no lo admita<sup>215</sup>. Lo que aquí sucede es que derechamente se impactan criterios lógicos, entendiendo que se permite fundar resoluciones con pruebas que a la postre serán excluidas, toda vez que no poseen la aptitud para fundar una sentencia, con ello se comienza a vislumbrar

---

<sup>213</sup> Véase en este respecto: Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar ... *Op. Cit.* pp. 847-851; y Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena ... Op. Cit.* pp. 69-100

<sup>214</sup> Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 128

<sup>215</sup> *Ibid*, p. 145

la existencia de un proceso ser incoherente por cuando se dictan decisiones cuya característica es ser provisionales, pero que se sustentan con prueba ineficaz<sup>216</sup>.

Desde la etapa de investigación formalizada hasta la dictación de la sentencia definitiva, se puede formular una etapa cautelar, que se superpone a las comúnmente identificadas en el procedimiento ordinario penal<sup>217</sup>, en el entendido que en el procedimiento se solicitaran y concedieran medidas cautelares, vale decir, prisión preventiva, internación provisoria o las del artículo 155 CPP. Se genera esta especial alusión debido a que la concesión de una medida cautelar no cierra su debate en esa sola resolución, sino que en razón a los artículos 144 y 156 del CPP se puede reabrir su debate en cualquier estado del procedimiento para modificarlas o revocarlas, y también porque sus efectos se pueden prolongar hasta la sentencia de juicio oral.

Para el supuesto de concesión de medida cautelar con antecedentes ilícitos, esta sería ilegítima ya que se funda en prueba ilícita, lo que a su vez infringe el debido proceso y coarta el derecho a defensa del imputado. La consecuencia de ello es que se genere una especie de desincronización en el proceso penal, se quiebre la unidad del sistema al punto de poder considerarse que podría existir una etapa donde todo es válido con el mero objetivo de conseguir la concesión de medidas cautelares y otra donde se respetan los derechos fundamentales del imputado en miras de conseguir la dictación de una sentencia<sup>218</sup>. Entendiéndose que, además, si se concede una medida como la planteada, en la etapa del procedimiento en que se respetan los derechos fundamentales estaría desplegando sus efectos una medida del todo ilegítima. Pudiéndose crear incluso un escenario en que una medida cautelar fue concedida en base prueba ilícita, que esta prueba se haya excluido en audiencia preparatoria de juicio oral, y que luego los jueces de juicio oral discutan sobre la modificación o revocación de la medida.

Lo que se quiere hacer notar, es que, en la consagración legal, la norma que produce la legitimidad del procedimiento, es decir, que este se lleve a cabo con respeto a los derechos fundamentales del imputado se encuentra en la etapa intermedia, siendo sus efectos a futuro. En

---

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> Véase en este sentido: Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal, Tomo I*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017, pp. 131-132

<sup>218</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 205

la etapa de investigación hay un vacío legal, ya que la materia no se regula, y que es en esta etapa, luego de la formalización del imputado, se pueden decretar medidas cautelares, ilegítimas si es que la prueba en que se sustentan es ilícita, y que cuyos efectos pueden trascender a la etapa intermedia, es decir, luego de la etapa que pretende dotar de respeto a los derechos fundamentales del imputado al procedimiento, de igual manera podría darse un supuesto de que una medida concedida de manera ilegítima despliegue sus efectos.

Incluso, más gravoso sería para el caso de la prisión preventiva o la privación de libertad domiciliaria, en la que se señala que su duración es limitada, pero solo con respecto a la sentencia definitiva absolutoria ejecutoriada<sup>219</sup>. Y si en este mismo sentido se agrega lo dispuesto en el artículo 348 del CPP, es decir, que el tiempo que el imputado haya estado sujeto a alguna de estas dos medidas cautelares antes señaladas, puede abonarse a la pena impuesta en dicha causa, o aún más, en causas anteriores o diversas, asentándose el criterio del abono heterogéneo por la Corte Suprema, y encontrándose las argumentaciones jurisprudenciales en la línea de que ello se efectúa por la aplicación de criterios de razonabilidad, para resolver cuestiones que la ley no señala claramente y por qué significaría una carga excesiva para el imputado dada la existencia de un saldo de privación de libertad producto de una causa en la que resultó absuelto<sup>220</sup>. Lo esgrimido no hace más que corroborar que pese a que en doctrina se traten las privaciones de libertad cautelares de manera diferenciada a la pena, con supuestos y principios rectores diversos, en la materialidad, pesa en el imputado o en el condenado, una restricción del derecho fundamental a la libertad personal del imputado. En este sentido señala FERRAJOLI:

“La prisión preventiva, y por otro lado el proceso como instrumento espectacular de estigmatización pública antes de la condena, han ocupado ya el lugar de la pena como sanciones primarias del delito o más exactamente de la sospecha de delito. Y

---

<sup>219</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal, Tomo I ... Op. Cit.* p. 602

<sup>220</sup> Beltrán Calfurrapa, Ramón. “Acerca de la necesidad de reconocer en Chile el denominado “abono heterogéneo”: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol N° 3709-2019, de 11 de febrero de 2019”. *Ius et Praxis*, Vol. 25, N°2 (2019): 524

la cárcel ha vuelto a ser un lugar más de tránsito y de custodia cautelar, como era en la época premoderna, que un lugar de pena<sup>221</sup>”.

Por ello, es necesario racionalizar la forma en que se decreta esta medida cautelar, y que pese a que sean instituciones diversas están relacionadas, ya que por ejemplo, si es que se decreta una prisión preventiva y luego el imputado es condenado, si es que median ciertos criterios<sup>222</sup>, puede abonarse saldos de días de privación de libertad producto de una medida cautelar de procesos diversos<sup>223</sup>. Esta relación genera que, pese a la diferencia en sus principios rectores, parece a lo menos cuestionable que, para la primera, pueda resolverse con prueba que, para la segunda, idealmente, sería imposible y dado el caso para esta se contempla el recurso de nulidad. En resumidas cuentas, al imputado, en caso de decretarse una medida cautelar con prueba ilícita, se le vulneran en dos oportunidades sus derechos fundamentales, ya que se obtiene prueba fuera de los márgenes de la ley y se restringe su libertad con una medida cautelar, en términos más desfavorables que en el supuesto de ser condenado.

Haciendo una precisión con respecto del abono heterogéneo, lo que efectúa la Corte no es más que el uso de una analogía *in bonam partem*, esgrimiendo que la interpretación restrictiva de las normas penales aplica solo al caso de afectar de derechos fundamentales, no así cuando se relaciona con efectos libertarios de cualquier apremio o privación de libertad, añadiendo que ello concuerda con el artículo 19 n°7 de la CPR y el 5 inciso 2° del CPP<sup>224</sup>. Esta interpretación referida al objeto de estudio, y valga la redundancia, aplicando analógicamente el criterio de la Corte, por ser las mismas normas las aplicables a nuestro asunto, vale decir, el derecho fundamental de libertad personal y el principio de legalidad que informa a las medidas privativas de este derecho, nada obstaría en aplicar analógicamente la regla de exclusión contenida para la audiencia de preparación de juicio oral a una audiencia de solicitud de cautelares, si finalmente lo que se obtendría es dar validez, el respeto a los derechos fundamentales del imputado y colmar un vacío legal. Añadir, además, que el conceso en la doctrina respecto de la analogía es la

---

<sup>221</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta, 1995. pp. 341-342

<sup>222</sup> Beltrán Calfurrapa, Ramón. “Acerca de la necesidad ... *Op. Cit.* p. 525

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 524

<sup>224</sup> *Ibid.*, pp. 519-520

prohibición de esta *in malam partem*, pero que el principio de legalidad como garantía, no obsta la analogía *in bonam partem*<sup>225</sup>.

Para continuar con la línea argumental referida a porqué a la etapa cautelar si es posible trasladar el momento de exclusión, es necesario hacer otra precisión respecto al artículo 5 inciso 2º del CPP. Se puede señalar que lo prescrito por este artículo se funda en el derecho del imputado a ser presumido inocente, como también en el derecho a defensa y que se configura como un límite al proceso penal, vale decir, la realización de los derechos fundamentales del imputado<sup>226</sup>. La relevancia de aquello es que, por medio de este artículo, como regla de interpretación, se plasma el principio *in dubio pro reo*<sup>227</sup> (sin perjuicio de que este principio comúnmente se le asocie su materialización con el artículo 340 del CPP) prevaleciendo esta regla interpretativa por sobre el artículo 23 del Código Civil, en relación a que este dispone que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”<sup>228</sup>.

Por ello, que, en congruencia con lo esbozado, no es razonable no poder trasladar la exclusión de prueba ilícita a la etapa cautelar, más aún cuando esta regla no es más que una extensión de los derechos fundamentales contenidos en la cúspide de la pirámide normativa. Además, el artículo contenido en la regulación legal para la interpretación de las medidas privativas de libertad no impide la analogía al supuesto, toda vez que la utilización de este recurso de interpretación colma un vacío legal y ayudaría a cumplir con lo mandado por la Carta Fundamental, entonces, al no ser una interpretación restrictiva de derechos fundamentales y podría utilizarse el recurso de la analogía. Así, no es aplicable al caso argüir al artículo 5 inciso 2 del CPP para no permitir la analogía al supuesto, toda vez, que, como se señaló, su consagración dice relación con garantías del imputado y el no uso de la analogía en perjuicio de este.

---

<sup>225</sup> Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña, Jean, y Ramírez Guzmán, María. *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 99-100

<sup>226</sup> Falcone Salas, Diego. “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°38 (2012): 448

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> *Ibid.*

## 3.2.Estado de la cuestión

### 3.2.1. Estado de la cuestión en la doctrina nacional

A fin de subsanar esta incoherencia sistémica es que diversos autores han propuesto posibles alternativas para colmar este vacío legal, por sostener la inexistencia de regulación a la eficacia o ineficacia de prueba ilícita para fundar medidas cautelares, es decir, la problemática que se ha venido trabajando, pero también plantean sus posibles soluciones para el supuesto de decretar otras resoluciones relativas a la etapa de investigación, como las medidas intrusivas, en base a prueba espuria. En este orden de ideas es que se desarrollarán los siguientes criterios doctrinarios: (i) la inutilizabilidad, (ii) el pronóstico fundado en la absolución por exclusión de pruebas, y (iii) la prohibición de valoración.

- i. La primera postura que se expondrá es la del profesor LÓPEZ. Para este supuesto, él plantea que la inexistencia de la regla de exclusión en una etapa anterior a la audiencia de juicio oral se relaciona a que, con anterioridad a esta, no existe actividad probatoria, por lo que atribuye a esta etapa solo la finalidad de recolección de elementos de prueba, siendo bajo su criterio no correspondiente una reflexión acerca de admisión o valoración<sup>229</sup>, es decir, acerca de los momentos de la actividad probatoria en que puede operar la exclusión. Aun así, reconoce la problemática de fundamentar medidas cautelares o intrusivas en elementos de prueba espurios que no podrán ser incorporados a juicio, señalando que un proceso penal coherente no puede justificar resoluciones provisionales en elementos ineficaces, sobre todo en base a que las medidas cautelares son instrumentales, es decir, su valor no es autónomo, por lo que, si el elemento de prueba no sirve para sustentar una condena, menos lo será para este tipo de medidas; proponiendo que las vías para evitar lo expuesto son la declaración de nulidad del acto ilícito y la inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II ... Op. Cit.* p. 205

<sup>230</sup> *Ibid*, pp. 205-206

La inutilizabilidad de la prueba significa que el juez de garantía niegue valor a los elementos de prueba obtenidos de manera ilícita - cuando no sea posible la aplicación de normas de nulidad procesal- fundamentándose en que este tipo de prueba es inutilizable con anterioridad a que se declare inadmisibile, ya que no tiene la capacidad de fundamentar resoluciones provisionales<sup>231</sup>. Indica, además, que para este caso tampoco serían posibles de aplicar las razones que se esgrimen, a favor de que el tribunal de juicio oral, para valorar negativamente prueba ilícita<sup>232</sup>, ya que en etapa de investigación no existe actividad probatoria, menos fase de admisibilidad que sea controlada por un órgano independiente en contraposición al órgano que valore; por lo que al caso el juez debe no reconocer valor a estos elementos de prueba<sup>233</sup>. Defiende la inutilizabilidad por motivo de que el juez tiene a su cargo el deber de velar por el respeto a los derechos fundamentales del imputado en etapa de investigación, por lo que no puede esperarse el pronunciamiento hasta la audiencia de preparación de juicio oral, permitiéndose que antes de dicha etapa se dicten resoluciones que respeten los derechos fundamentales del imputado<sup>234</sup>.

- ii. La segunda postura, sostenida por HERNÁNDEZ, propone para el caso de la prisión preventiva, que, tal como el juez de garantía evalúa al momento de su solicitud las probabilidades de éxito del juicio, también debe analizar la posible exclusión de prueba, y no decretarla si es que no puede esta ser justificada en base a antecedentes lícitos - a menos que en el curso de la investigación sea posible obtener prueba lícita con la que pueda ser sustentado el juicio -aunque la prueba con la que se decreta la prisión preventiva se excluya posteriormente<sup>235</sup>. Todo ello lo sustenta sobre la base en que la probabilidad de condena del imputado es un criterio que incide en la concesión de medidas cautelares, ejemplificando nuevamente con la prisión preventiva y los casos de improcedencia de esta cuando la pena no es privativa de libertad, así atiende a que “con

---

<sup>231</sup> *Ibíd*, p. 210

<sup>232</sup> El autor sostiene que no puede, en juicio oral, valorarse negativamente la prueba, véase en este respecto: *Ibíd*, pp. 199-204

<sup>233</sup> *Ibíd*, p. 210

<sup>234</sup> *Ibíd*, p. 212

<sup>235</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión... Op. Cit.* p. 88

un pronóstico fundado en la condena, indudablemente debe ser también así con un pronóstico de absolución fundado en la exclusión de prueba ilícita”<sup>236</sup>.

- iii. La tercera postura por exponer es planteada por CORREA, pero debe hacerse la precisión de que la problemática que formula es acerca de lograr diligencias investigativas en base a prueba ilícita, no así necesariamente a la de decretar medidas cautelares con este tipo de prueba. Parte por sistematizar en tres las posibles formas de actuar del juez de garantía: siendo la primera que el juez aplique la regla de exclusión de forma análoga, pero desechándola porque no se le ha conferido dicha potestad para etapa de investigación; la segunda es que el juez esté obligado a una valoración positiva de todos los elementos de prueba que se presenten, siendo ella también se desecha porque, pese a plantear el autor que la exclusión opera únicamente en audiencia de preparación de juicio oral, no hay norma que obligue al juez a valorar todo positivamente en etapa de investigación<sup>237</sup>.

Finalmente, este planteamiento explica en que en nuestro ordenamiento existen “prohibiciones de valoración de prueba dependientes” en base a dos fundamentos; primero, la función perseguida por la regla de exclusión, que para el caso sería impedir al juez valorar prueba obtenida ilícitamente y asegurar las garantías del imputado frente a vulneraciones, lo que se condice con el deber del juez de garantía establecido en el artículo 14 a) del Código Orgánico de Tribunales, vulnerándose la obligación si es que esta prueba sustenta resoluciones judiciales y quedare sin sanción procesal; segundo, la coherencia interna del ordenamiento jurídico, por ser contradictorio que prueba que posteriormente será excluida funde resoluciones antes de la etapa intermedia<sup>238</sup>. Así, es que propone este tipo de prohibición probatoria, que impediría valorar prueba que vulneró las reglas de producción de estas, siendo su efecto desplegado en etapa de investigación y no generando cosa juzgada, es decir, solo cuando el interviniente lo

---

<sup>236</sup> *Ibid*, pp. 88-89

<sup>237</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* p. 156

<sup>238</sup> *Ibid*, pp. 156-158

plantee y sin incidir en otras solicitudes de la misma etapa o de decisiones de otra oportunidad procesal; es decir, producirían efectos distintos a la regla de exclusión<sup>239</sup>.

### **3.2.2. Estado de la cuestión en la jurisprudencia**

Respecto de este punto, el análisis recaerá en diversos fallos de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, tanto fallos de recursos de amparo como de recursos de apelación, siendo ello pertinentes a razón de poder evidenciar diversos pronunciamientos de la materia en cuestión.

Referido a la jurisprudencia de la Corte Suprema ameritan análisis los fallos de las causas rol de ingreso 5338-2019 y 10806-2018. Ambos son fallos que corresponden a recursos de apelación de recurso de amparo y en estos, sin entrar en las particularidades de dichos casos, su interposición se debe a que el juez de garantía decreta una medida cautelar, y la Corte Suprema, acogiendo el amparo, las revoca, en base a argumentos similares, vale decir, que su fundamento era un obrar policial contrario a derecho. El fundamento que sigue la Corte para revocar la medida cautelar de prisión preventiva en el primer caso señalado, dice relación con que, en sus términos, ella no puede obviar que el proceder de los funcionarios policiales se apartó de la regulación, lo que incide en forma concreta en la libertad del amparado, de igual manera agrega que esta no es la oportunidad para debatir la ilicitud de la diligencia<sup>240</sup>. El fundamento seguido en el segundo caso, declara que el Carabineros incurrió en un procedimiento ilegal de entrada y registro en el domicilio del amparado, por lo que en base a ello, deja sin efecto la medida cautelar decretada por el juez de garantía<sup>241</sup>. Por lo tanto, en ambos casos, la Corte revoca medidas cautelares decretadas en base a prueba obtenida por procedimientos contrarios a la regulación legal.

Otro caso que merece análisis es la sentencia del recurso de amparo pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción<sup>242</sup> y que fue confirmada, luego de la interposición de recurso de apelación, por la Corte Suprema<sup>243</sup>. En la presente sentencia se acogen los recursos de amparo

---

<sup>239</sup> *Ibid*, pp. 158-159

<sup>240</sup> Sentencia Corte Suprema ingreso número 5338-2009, considerandos sexto y séptimo

<sup>241</sup> Sentencia Corte Suprema ingreso número 10806-2018, considerando séptimo

<sup>242</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Amparo - 56-2016

<sup>243</sup> Sentencia Corte Suprema ingreso número 18443-2016

interpuestos y consigo se revoca la prisión preventiva decretada a los imputados, siendo relevante dado que el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, como ella misma señala, recurrió a la teoría de la inutilizabilidad para fundamentar la resolución<sup>244</sup>. El caso expuesto, el juez de garantía decretó la medida cautelar de prisión preventiva, y para fundamentar el presupuesto de la letra b) del artículo 140 del CPP, lo hizo en base a la información obtenida por un procedimiento irregular, el uso de un informante no autorizado o testigo anónimo cuya identidad fue escondida, incluso por el Ministerio Público, señalándose que al tenor de la regulación ello es improcedente en relación con los delitos que se investigaban<sup>245</sup>. Por lo que razona el tribunal y esgrime que para decretar la prisión preventiva no puede hacerse uso de esa información por su fuente ilegítima y por haber sido esta obtenida en contravención a derechos fundamentales<sup>246</sup>.

Como última sentencia a exponer de esta línea jurisprudencial, se hace necesario analizar la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>247</sup>, respecto del recurso de amparo deducido por la defensa, en el que se alegaba que el juez de garantía en audiencia de revisión de la medida cautelar de prisión preventiva, resolvió mantenerla, pese haber declarado ilegal la detención<sup>248</sup>. El fundamento del juez para mantener la prisión preventiva atiende a que la oportunidad para excluir prueba por infracción de garantías fundamentales es la audiencia de preparación de juicio oral o el recurso de nulidad, pero que atendida la naturaleza del delito, en razón al presupuesto de la letra c) del 140 CPP, determina mantener la medida; añadiendo que no puede ser utilizada la vía del amparo, toda vez que era procedente la impugnación vía recurso de apelación<sup>249</sup>. La tesis de la defensa sostiene que no se pueden dar por acreditados los presupuestos a) y b) del 140 CPP con los antecedentes derivados de una actuación policial ilegal y para ello debe recurrirse a la teoría de la inutilizabilidad, y así entendido, el juez infringiría el deber de fundamentación en relación con los artículos 36 y 143 del CPP, ya que dio por acreditada la existencia y participación del delito sin señalar antecedentes<sup>250</sup>. La Corte acoge el

---

<sup>244</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Amparo - 56-2016, considerandos noveno y décimo

<sup>245</sup> *Ibid*, considerandos segundo, tercero y cuarto

<sup>246</sup> *Ibid*, considerando octavo

<sup>247</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Amparo – 1390-2018

<sup>248</sup> *Ibid*, primero

<sup>249</sup> *Ibid*, segundo

<sup>250</sup> *Ibid*, primero

recurso de amparo, disponiendo la libertad del imputado, y estima que la prisión preventiva no es procedente toda vez que no hay fundamentos lícitos que puedan ser tenidos en consideración para decretarla<sup>251</sup>.

Ahora bien, no puede estimarse que este asunto es pacífico en la jurisprudencia, dado que al respecto existen diferentes pronunciamientos, que a continuación se expondrán, y que siguen la línea de rechazar los recursos intentados por la defensa.

Como primer caso a exponer por esta línea jurisprudencial, se pueden volver a destacar las dos resoluciones pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Rancagua<sup>252</sup>, que ya fueron analizadas *supra*<sup>253</sup>. Lo relevante de ellas, para este punto, radica en que la prueba obtenida fue producto de un control de identidad y una entrada y registro fuera de los márgenes que establece la ley, tesis que sostuvo la defensa desde el inicio del proceso, pero de igual manera se decreta la prisión preventiva de los imputados, sosteniéndola en base a dicha evidencia. Entonces, defensa apela en dos oportunidades la medida, al decretarse y al mantenerse luego de una audiencia de revisión de cautelares, y en ambas apelaciones la Corte confirma la resolución apelada sin atender a los argumentos de la defensa. Sin más, es necesario recalcar para este caso, que se absuelve en juicio oral debido a que la prueba fundante es valorada negativamente por ser ilícita.

A su vez, se puede destacar el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó<sup>254</sup>, donde se rechaza un recurso de amparo deducido por la defensa debido a que el juez de garantía había concedido la medida cautelar de prisión preventiva a los imputados, y que anteriormente había declarado la ilegalidad de la detención. En ese sentido es que la defensa alegó que no podía tenerse por acreditada la participación de los imputados, toda vez que la evidencia procedía de un actuar en contravención de derechos fundamentales, por lo que debía ser inutilizada, incluso agrega que con dicha resolución se afecta la integridad judicial; así también

---

<sup>251</sup> *Ibid*, cuarto

<sup>252</sup> Resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 15 de septiembre de 2015, Rol Penal 555 -2015 y resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 27 de enero de 2016, Rol Penal 50-2016

<sup>253</sup> En este punto véase el capítulo II, epígrafe 2.2.3º

<sup>254</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Amparo 405-2017

arguye que la resolución no cumple con la fundamentación exigida por el artículo 143 del CPP. Con todo, la Corte esgrime que la declaración de ilegalidad de la detención en nada obsta la decretar la prisión preventiva y que se entienden justificados todos los presupuestos del artículo 140 del CPP, agregando, además, que la misma Corte como resolución de la impugnación vía apelación, confirmó la medida cautelar<sup>255</sup>, y que al tenor del artículo 132 CPP, en nada obsta decretar una medida cautelar habiendo declarado la en ilegalidad de la detención. Sin más, en el considerando quinto recalca la excepcionalidad del recurso de amparo y en el sexto indica que para debatir respecto de los presupuestos del artículo 140 del CPP la defensa ya impugnó la resolución por medio de un recurso de apelación, y que en ella se confirmó la resolución del juez de garantía.

De esta revisión, es posible señalar que hay pronunciamientos disímiles en las Cortes de Apelaciones respecto de la materia, en relación con, por ejemplo, si es que es procedente una medida cautelar luego de declarada la ilegalidad de la detención, en cuanto a acoger o no el argumento de la defensa en que intenta la inutilizabilidad de los antecedentes por ilícitos, o con relación a cuál es el recurso aplicable al caso. Con todo, relativo al análisis de la impugnación de la decisión cautelar, es una temática de la que se reserva su análisis al apartado de propuestas<sup>256</sup>.

### **3.2.3. Críticas**

De lo expuesto se deja entrever que se formulan diversas posturas doctrinarias tendientes a suministrar pautas de actuar al juez de garantía frente al dilema planteado, pero pudiéndose evidenciar que ninguna de ellas propende a establecer una regla de exclusión y tienen en común que no se plantea la formulación de reglas para la conformación del material probatorio cautelar, sino que solo relativas a la valoración o incluso se niega la actividad probatoria en esta etapa. Esto último es de suma relevancia ya que al afirmar que, para poder resolver acerca de una medida cautelar hay que generar un razonamiento probatorio, lo que significa que existen los tres momentos de la actividad probatoria, operando la regla de exclusión en la conformación del

---

<sup>255</sup> Resolución Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 403-2017

<sup>256</sup> Véase en este respecto, capítulo III, epígrafe 3.5.2º

material y que como se ha expuesto latamente, hay razonamiento probatorio en las medidas cautelares<sup>257</sup>, por lo mismo el análisis debe versar sobre los tres momentos y no los dos últimos, debido que de no consagrarse reglas para el primero de ellos, podría pensarse que rige el principio general de inclusión si es que no se comprende que la prueba ilícita no es apta para probar enunciados respecto de los hechos.

Además, tampoco generan lineamientos precisos o pautas de actuar al juez de garantía que se ve enfrentado a la situación. Vale decir, dejan a criterio del juez como debería conformarse el material capaz de superar el estándar que se ha formulado, por ejemplo, para la prisión preventiva. Ello se señala con relación a que no se disponen mecanismos precisos y regulados a nivel legal infraconstitucional para que efectivamente la prueba se inutilice, no sea valorada o que el razonamiento del juzgador haya tenido presente, a la hora de conceder o no la medida cautelar, la posible exclusión. Más aún con respecto a este último punto se puede señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH - entiende como requisito para privar a alguien de libertad preventivamente, que se alcance el conocimiento suficiente para llevarlo a juicio<sup>258</sup>, y en este sentido que se vuelve necesario volver a recalcar que la prueba ilícita debería ser excluida en la audiencia preparatoria de juicio oral, deviniendo en que esos elementos probatorios no se pueden llevar a juicio, así entendido no se cumpliría el requisito.

Por lo mismo es que se vuelve necesario el establecimiento de una regla para determinar qué pruebas pueden conformar los elementos probatorios que serán susceptibles de valoración por parte del tribunal, y así cuales son los aptos para someterse a una regla de estándar de prueba. Para poder generar la determinación de cuales serán los elementos aptos, es necesario que se contemple una regla de exclusión de prueba ilícitas, toda vez que ella viene a regular la admisibilidad y consigo contribuir a que el riesgo de error que se distribuya por medio de la aplicación de la regla de estándar sea el que pueda producirse por el conjunto de pruebas que el ordenamiento permite que sean valoradas.

---

<sup>257</sup> Respecto de la actividad probatoria en etapa cautelar: véase capítulo 2, epígrafe 2.3°

<sup>258</sup> Sentencia CIDH de 29 de mayo de 2014, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, párrafo 311

Como consecuencia, no se delimita la reducción o disminución de los posibles errores cautelares, en el entendido de que las reglas que regulan la admisión de pruebas contribuyen a minimizar el riesgo de error<sup>259</sup>. Siendo en este sentido que se sostiene que;

“... no solo el estándar de prueba sino también otras normas probatorias – de exclusión, de distribución de carga de la prueba, de valoración, etc.- se pueden justificar por referencia al fin de distribución adecuada del riesgo de error. Esta tesis es desarrollada por Stein en su libro *Foundations of Evidence Law (2005)*, donde se sostiene que el fin principal del derecho probatorio no es la búsqueda de la verdad sino la distribución del riesgo de error bajo condiciones de incertidumbre. (...) De modo que el derecho probatorio debiera hacerse cargo de la asignación de esos riesgos no sólo mediante la asignación de estándares de prueba referidos a la decisión final sino también a través de otras normas de admisibilidad o valoración probatoria, que puedan incidir en esas micro decisiones.”<sup>260</sup>

Además, se puede señalar que las posturas expuestas tienden a una no valoración por parte del juez respecto de una prueba que él ya tiene en conocimiento. Ello, como ya se ha expuesto, incide de igual manera en el razonamiento<sup>261</sup>, debido a que quien juzga, ya conoce la existencia de dicha prueba, y es en este sentido que la doctrina ha señalado que estos mecanismos no son suficientes e incluso, ineficaces, debido a que el elemento probatorio ilícito tiene una eventual incidencia en la consciencia del juzgador<sup>262</sup>.

En este sentido, que pese a considerarse valiosos los aportes doctrinarios hasta este entonces, es necesario profundizar aún más en la temática y generar una regulación más específica si es que lo deseado es dotar al procedimiento, en su globalidad, de legitimidad y que ella no solo quede relegada a la decisión final del juicio. Sobre todo, si se recuerdan los objetivos que inspiraron la reforma procesal penal, es decir, que se perseguía un fortalecimiento de las garantías y que esta

---

<sup>259</sup> Accatino Scagliotti, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?”. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 39 (2019): 95

<sup>260</sup> *Ibid*, p. 97

<sup>261</sup> En este sentido, véase: capítulo II, epígrafe 2.5°

<sup>262</sup> Ferrada Culaciati, Francisco. *La prueba ilícita en sede civil*. Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, p. 117-118

importe un mayor goce cotidiano de los derechos fundamentales, debido a que el sistema antiguo tenía funciones de penalización informal dada la alta cantidad de privados de libertad por prisión preventiva y baja cantidad por sentencias condenatorias<sup>263</sup>, y en este sentido, lo buscado para las medidas cautelares era establecer criterios que racionalicen su aplicación y la limiten al máximo<sup>264</sup>.

Más aún, si se observan los datos proporcionados por el informe anual 2019 de la Defensoría Penal Pública, en el que hace un balance de sus 20 años de funcionamiento, y reporta que 33.748 imputados inocentes<sup>265</sup> han estado presos preventivamente, luego, para el año 2019, reporta que 2.800 imputados inocentes<sup>266</sup> y 1.372 imputados absueltos<sup>267</sup>, estuvieron sujetos a dicha medida cautelar; lo que en la terminología expuesta, son falsos positivos cautelares, y dentro de las sus causas, se podría encontrar la concesión de una medida cautelar sustentadas en prueba ilícita, lo que a todas luces dista de la esencia de la reforma procesal penal.

En concordancia con el espíritu general de la legislación, junto con fortalecer la racionalidad en la adopción de estas medidas, se debe propender a que la violación de derechos fundamentales no tenga la capacidad de sustentar una resolución que prive de libertad provisionalmente a un imputado. Este punto se condice con lo propuesto por CORREA entendiendo que ha de prohibirse la valoración de prueba ilícita<sup>268</sup>, pero considero que es necesario no solamente relegarlo a la prohibición de valoración, sino que derechamente, para garantizar que efectivamente esta prueba no sea valorada, debe antecederse por la exclusión de los medios probatorios ilícitos, para así, no dejar la efectiva aplicación de esta prohibición de valoración al arbitrio del juzgador<sup>269</sup>, por ello es que debe fortalecerse con una oportunidad legal determinada, para así

---

<sup>263</sup> Mensaje del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, 09 de junio de 1995, p. 3

<sup>264</sup> *Ibid.*, p.8

<sup>265</sup> Defensoría Penal Pública. “Informe ejecutivo. Balance de gestión”. (2019): [http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/informe\\_ejecutivo\\_memoriadpp\\_2019.pdf](http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/informe_ejecutivo_memoriadpp_2019.pdf) (consultado 17-06-2020)

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> Defensoría Penal Pública. “Defensoría en cifras”. (2019): <http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/cifras-dpp-2019.pdf> (consultado 17-06-2020)

<sup>268</sup> Correa Robles, Carlos. *Más allá ... Op. Cit.* p. 156

<sup>269</sup> Con todo, la postura de dicho autor considera que la prohibición de valoración es una obligación del juez, pero de igual manera esta solamente podría verse exigida, frente a su incumplimiento, por medio de la interposición de un recurso de apelación, por cuanto no hay una oportunidad legal demarcada en la audiencia de medidas cautelares

abrir debate al respecto y que esta se sitúe en la audiencia de manera en que se garantice la no influencia de dichas pruebas en el razonamiento del juez.

### **3.3. Defensa de la exclusión en medidas cautelares**

#### **3.3.1. Jerarquía constitucional y valor protegido por el sistema**

En etapa cautelar, el tratamiento que debe darse a la prueba ilícita no es otro que su exclusión, debido a que la regulación de esta, con independencia que en el código de la materia esté normada para una etapa específica, la fuente primera de su regulación es la Constitución<sup>270</sup>. De ello es que se deriva el principio de licitud probatoria, vale decir, que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales<sup>271</sup>, y por la ubicación normativa de estos derechos, irradian a todo el proceso. Por lo mismo, es que la exclusión de pruebas por ilícitas es un mandato de optimización o un principio y no una regla<sup>272</sup>, lo que deriva en que, con independencia de que el CPP señale la oportunidad específica en que debe aplicarse, nada obsta en su aplicación, en diversos grados, pero al fin y al cabo, su aplicación a lo largo de todo proceso, porque sin ello, la actuación devendría en contravención a la ley suprema y a las garantías que se protegen con este mandato, es decir, debido proceso y derecho a defensa. Por lo que un proceso llevado de manera congruente con este principio, pero también congruencia interna del procedimiento no puede relegar el respeto a los derechos fundamentales únicamente a la sentencia definitiva, que por lo demás, es eventual, y que, de ser así, hay un quiebre sistémico en cuanto a la eficacia de los derechos y garantías protegidas.

Además, se agrega que el argumento que propende a sólo aplicar la exclusión en audiencia de preparación de juicio oral, por allí situarse su oportunidad, no es del todo cierto, ya que, en miras del valor protegido por la exclusión, esta se puede identificar en otras etapas y en este sentido

---

para dicho debate, a su vez, persiste el dilema de que, al prohibirse la valoración, el juez ya presencié el desarrollo del medio probatorio ilícito. *Ibíd*, p. 167

<sup>270</sup> En este sentido, véase capítulo I, epígrafe 1.2. 1º

<sup>271</sup> Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 132

<sup>272</sup> En este sentido, véase capítulo I, epígrafe 1.2. 2º

es que se ejemplificará con la valoración negativa en juicio oral y el recurso de nulidad penal por causal letra a) del artículo 373 del CPP.

Respecto de la valoración negativa se puede señalar que no es menos que una forma de exclusión de prueba ilícita<sup>273</sup>, dándose el problema de que el ejercicio que se realiza no se denomina de la forma correspondiente, y avalándose la errónea calificación y distinción por los tribunales superiores de justicia<sup>274</sup>. Con independencia de esta discusión, lo que se hace notar la Corte Suprema en sus pronunciamientos, no es otra cosa que, para que un pronunciamiento judicial sea emitido legítimamente no se pueden no respetar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución<sup>275</sup>. Lo que, a su vez, concuerda con la calificación de principio<sup>276</sup> o mandato de optimización<sup>277</sup>, en vez de regla, a la exclusión de prueba ilícita. Entonces, en esta línea es que se puede aplicar perfectamente la misma pretensión de legitimidad para las medidas cautelares personales privativas y restrictivas de libertad, ya que como se ha señalado, sus efectos no distan de la pena.

Respecto del recurso de nulidad, se puede argumentar que, como se mencionó, opera como regla de exclusión en los casos que se ha interpuesto por la causal letra a) del artículo 373 del CPP y que el recurso ha sido acogido<sup>278</sup>. Ello se puede señalar a causa de que anula tanto la sentencia como el juicio, procediendo la repetición de este excluyéndose la prueba del material probatorio conformado, para así disipar los efectos que puede producir esta prueba en el razonamiento<sup>279</sup>, por esto último es que se excluye y no se manda a prohibir su valoración, sino que de plano se elimina de la prueba que el tribunal tendrá en conocimiento.

De este modo es que se puede afirmar que, en cada etapa posterior a la intermedia, hay mecanismos dispuestos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del imputado y que la prueba producida en contravención a ellos no tiene la capacidad de generar una sentencia de

---

<sup>273</sup> Cortés-Monroy Fernández, Jorge. “La “valoración ... *Op. Cit.* p. 662

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 678

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 679

<sup>276</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos ... Op. Cit.* p. 72

<sup>277</sup> Alexy, Robert. *Teoría de ... Op. Cit.* p. 86

<sup>278</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* p.94

<sup>279</sup> *Ibid.*

condena. En este sentido es que se señala que la prueba judicial no es una actividad libre, sino que esta, por razones institucionales se ve limitada en su objetivo de averiguación de la verdad<sup>280</sup>, siendo la razón institucional en este caso, la protección de derechos y garantías del imputado, que como se expone, es el trasfondo de los mecanismos esgrimidos, pero que de momento no se cuenta con un mecanismo para la protección de este valor en el escenario cautelar, pese a que no hay ninguna razón por la cual se pudiera argüir que no debe ser protegido, si es la norma suprema que mandata el resguardo de estos.

A su vez, la distribución o reparto del riesgo de error en condiciones de incerteza, como lo es el proceso, está subordinada a valores y es por lo mismo que esto debe ser rigurosamente regulado por el derecho a prueba, ya que se generan inmunidades contra el riesgo de error, tendiendo a eliminar la discrecionalidad en el ámbito del proceso<sup>281</sup>. En concordancia con lo anterior, la desprotección actual a este valor, en esta etapa, contribuye a aumentar el riesgo de error en una decisión cautelar<sup>282</sup>, lo que podría verse aminorado si es que se diera eficacia a la exclusión consagrada en la Constitución, por extensión de los derechos fundamentales y a su vez se establezca a nivel legal. En la línea que la desprotección a este valor se produce al no haber mecanismos que permitan la no concesión de medidas cautelares en base a antecedentes ilícitos y que una medida así concedida constituye un falso positivo cautelar<sup>283</sup>, que podría, en un caso hipotético, haberse evitado si acaso la resolución fuera precedida por una regla que minimice errores, como lo es la exclusión de prueba ilícita, por ser una regla de admisibilidad de prueba y por ende, que minimiza el riesgo de error<sup>284</sup> o en los términos recién de STEIN, recién señalados, una “inmunidad contra el riesgo de error”<sup>285</sup>, como si existe esta inmunidad de cara a la sentencia definitiva, generada por la regla consagrada en el artículo 276 inciso 3º del CPP.

---

<sup>280</sup> Gascón Abellán, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28 (2005): 128

<sup>281</sup> Stein, Alex. “Contra la prueba libre”. *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N°2 (2013): 251

<sup>282</sup> Respecto del error cautelar: véase capítulo II, epígrafe 2.4.2

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> Bayón Mohíno, Juan. “Epistemología, moral ... *Op. Cit.* p. 11

<sup>285</sup> Stein, Alex. “Contra la ... *Op. Cit.*

Ahora bien, esta inmunidad frente al riesgo de error, que se consagra en la regla establecida en el artículo 276 del CPP, comparte los mismos fundamentos que aquí se esbozan, es decir, la protección a este valor y que cuya protección es mandatada por la Constitución. También, que persigue de cara a la sentencia de juicio oral una minimización de este riesgo, o sea, la reducción de falsos positivos. Así, es que en base a estos fundamentos no es posible esgrimir que en un sistema que se mandate la protección de los derechos fundamentales del imputado a lo largo de todo el proceso, solo establezca una inmunidad frente al posible error en la sentencia de juicio y no para la decisión cautelar, más aún si es que para ambos casos se habla de un posible error cuya causa es un obrar transgresor de derechos de manera ilegítima por parte del propio Estado, y que a su vez es éste quien mandata a la protección y que la regla no es más que la positivización de la protección mandatada por la Constitución a los derechos fundamentales, protección que también debe otorgarse en etapa cautelar.

### **3.3.2. Coherencia dentro del sistema e interpretación lógica**

Como se ha venido esbozando *supra*, uno de los ejes centrales de esta argumentación es la coherencia sistémica o que el sistema conserve una lógica interna en materia de legitimidad de las resoluciones que se emiten y, a su vez, se protejan los derechos y garantías del imputado con una intensidad, al menos, similar, o que por lo menos, los efectos de la prueba que contraviene dichos derechos, en relación a la capacidad de fundamentar resoluciones, sea regulada, para no estar frente, a como se ha dicho, que una parte del proceso sea normada en la materia, y que en la anterior a ella, todo estuviera permitido.

Más aún si es que lo buscado o el espíritu de la reforma procesal penal, en oposición al antiguo sistema, era la disminución de la penalización informal, entendida como la excesiva privación de libertad a causa de la prisión preventiva y baja cantidad de condenas<sup>286</sup>, incidiendo esto en la materia en cuestión, ya que dada la poca probabilidad de que con prueba ilícita fundante, no se excluya en audiencia de preparación de juicio oral dicho material, devendría en una penalización informal o adelantamiento de condena el caso en que este hipotético imputado quedara privado de libertad. En relación con ello, es que un sistema coherente, en todas sus etapas, con la

---

<sup>286</sup> Mensaje Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, 09 de junio de 1995, p. 3

protección de estos derechos, no se le podría formular esta crítica. Siendo así urgente la aplicación de la medida de protección que deriva de los mismos, es decir, exclusión de la prueba que los contraviene.

Para evitar este quiebre en la unidad del sistema es necesario trasladar la aplicación de la exclusión a esta etapa y ello es factible si es que se interpretan de manera lógica las normas del sistema, en conjunto con los principios rectores. En primer lugar, se encuentra el principio de Estado de Derecho<sup>287</sup>, cuyo contenido dice relación con que el Estado debe dirigir su actuación a la realización de determinados objetivos o valores, siendo estos los derechos fundamentales, ya que ellos se entienden como un orden objetivo de valores que el Estado debe realizar<sup>288</sup>. Ello se relaciona directamente con la integridad judicial como fundamentación de exclusión<sup>289</sup>, pudiendo añadirse que las medidas intrusivas necesitan legitimación, ya que de lo contrario la imposición de una pena no es un acto propio de un Estado de Derecho, poniéndose en jaque la integridad judicial<sup>290</sup>, por lo que, se puede añadir, que dado el caso de que esas medidas intrusivas estén desprovistas de legitimación, la aplicación de una medida cautelar también lo estará, y por ende, no será un acto propio de un Estado de Derecho.

En segundo lugar, como se ha destacado *supra*, para colmar este vacío normativo es totalmente aplicable la analogía *in bonam partem*, constituyendo así otra forma de reafirmar que la exclusión sí puede ser trasladada a esta etapa pese a no estar prevista en la normativa legal, ya que el contenido de la norma que la prohíbe no es otro que “la efectiva realización de los derechos del imputado en el proceso penal”<sup>291</sup>, entonces una interpretación coherente con ello, no sería no realizar la analogía si ella contribuye a la realización de los derechos fundamentales de este.

En tercer lugar, se puede destacar que el artículo 14 letra a) del COT establece que corresponde a los jueces de garantía asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes, por lo que

---

<sup>287</sup> Véase en este sentido, introducción, epígrafe 2º

<sup>288</sup> Marshall Barberán, Pablo. “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 17, Nº2 (2010): 194

<sup>289</sup> Véase en este sentido, capítulo I, epígrafe 2.3º

<sup>290</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p.186

<sup>291</sup> Falcone Salas, Diego. “Concepto y ... *Op. Cit.* p. 448

nada obsta la aplicación de lo señalado, en el sentido de que es un deber del juez asegurarlos, y que el vacío legal puede ser colmado por todo lo ya expuesto.

### 3.3.3. Economía procesal

Como argumentación adicional se puede hacer alusión al principio de economía procesal que se evidencia, por ejemplo, en la existencia del sobreseimiento definitivo del imputado por exclusión de pruebas de cargo<sup>292</sup> o también en el principio de oportunidad o salidas alternativas, entre otros<sup>293</sup>, que dejan entrever la intención del ordenamiento procesal penal de no proseguir acciones que probablemente no llegarán a una sentencia de condena; lo que también comulga con el valor protegido por el sistema.

Aplicado al efecto, deviene en que, si al razonar acerca de la solicitud de una medida cautelar hay que hacer un análisis prospectivo al futuro para determinar si se concede o deniega la medida, no es lógico incorporar al razonamiento prueba que a la postre será excluida (precisando que el análisis debe hacerse en consideración de los alcances como las excepciones relativas a la prueba ilícita, debido a que si se busca una coherencia sistémica no es dable aplicar estos criterios en audiencia de preparación de juicio oral y en otra no<sup>294</sup>), por ejemplo, en caso de tenerse presente, decretarse una cautelar, y luego esta prueba se excluye o más aún que operase el sobreseimiento, lo obrado deviene en un sin sentido, sobrecargando innecesariamente al sistema<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Se encuentra regulado en el artículo 277 inciso final del CPP: “Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto.”

<sup>293</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal Tomo II ... Op. Cit.* p. 1086

<sup>294</sup> Respecto de los alcances y excepciones se plantea con independencia de que pueda ser debatida la procedencia de ellos en nuestro sistema en algunos casos. Véase en este sentido: capítulo 1, epígrafe 1.3. 5°

<sup>295</sup> El caso hipotético aquí planteado asume que la prueba ilícita sería debidamente excluida en audiencia de juicio oral. En caso contrario lo esperable estaría por una valoración negativa por parte de los juzgadores de juicio oral, y si aún ese no es el caso, un pronunciamiento favorable luego de la interposición de un recurso de nulidad penal, pero aquí en este supuesto, ya se habría sobrecargado al sistema con el intento de proseguir una imputación en base a medios que no tienen la capacidad de generar una sentencia condenatoria.

Esto último colisiona con las tesis que prohíben la valoración o inutilización de la prueba espuria, porque ellas no impiden la utilización posterior de esa prueba y podría generar una reapertura de debates o solicitudes basados en la misma prueba en innumerables ocasiones. De igual manera, para poder generar un cierre de debate respecto a la temática planteada, vale decir, que la resolución que declare - en el supuesto de que se aplicara la exclusión en cautelares - ilícita la prueba, y haya cosa juzgada respecto de este pronunciamiento, sería necesaria la incorporación de una modificación legal para lograr tal efecto.

Como una precisión adicional, con respecto al principio de oportunidad, salidas alternativas y sobreseimiento definitivo por exclusión de pruebas de cargo, cabe agregar que ellas al establecerse en la legislación como otras vías para terminar el conflicto, diferentes a la sentencia de juicio oral, conlleva a que no se puede afirmar que la meta principal de nuestro sistema es su vocación a la averiguación de la verdad, ya que como dijera RAWLS, se denota que se admite no decidir conforme a la verdad por otros motivos, los que pueden ser respetar derechos a causa de promover bienes o valores elevados, incluso ambas<sup>296</sup>. Así, es que el proceso podría catalogarse como un medio para lograr “la paz jurídica”, cuya finalidad es la de resolver conflictos, siendo la verdad condición necesaria para la validez de las sentencias condenatorias, pero que verdad no es sinónimo de justicia, sino que esta también es sinónimo de respeto a otros principios<sup>297</sup>. Aquí es donde se entiende que dentro de esos otros principios está el respeto a los derechos fundamentales y que este no puede obviarse bajo algún fundamento tendiente a sustentar que la averiguación de la verdad es la meta principal, dado que, con lo expuesto, se hace notar que es el mismo sistema que dispone mecanismos para resolver conflictos en que la búsqueda de la verdad no es meta principal.

---

<sup>296</sup> Rawls, John. *Liberalismo político*. Ciudad de México, México: Fondo de la Cultura Económica, 2015. <http://www.digitaliapublishing.com.uchile.idm.oclc.org/a/43700> eISBN: 9786071626615 (consultado el 24-8-2020)

<sup>297</sup> Guzmán, Nicolás. “El papel de la verdad en el proceso penal y su impacto en la dinámica probatoria”. En: *Fundamentos de Derecho Probatorio*, Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 72-75

### 3.4.¿Modificación legal?

Como se ha venido esbozando, es posible sostener una exclusión de prueba ilícita en etapa cautelar, formulada tanto por la Constitución como por una serie de ejercicios interpretativos. Pese a ello, para robustecer la institución y la aplicación de este mandato de optimización se estima que podría generarse una modificación legal, en miras a propender a la uniformidad de la aplicación de la exclusión en dicha etapa y no dejarla al arbitrio del juez, toda vez que, decretar una medida de esta entidad con prueba espuria tiene la capacidad de vulnerar doblemente las garantías fundamentales del imputado y peor aún los efectos de ella si el caso es la concesión de las medidas cautelares privativas de libertad.

Entonces, es que se señala que la necesidad de una consagración a nivel legal tiene como motivo asegurar la igualdad en la aplicación de la ley de los imputados expuestos a esta circunstancia, en el sentido de que a todos los imputados vayan a tener el mismo tratamiento en etapa cautelar frente a la prueba con que se intente este tipo de medidas, es decir, que en todos los casos en que se intente sustentar una medida cautelar en base a prueba ilícita, esta sea excluida.

Sin más, se reitera que la introducción de una norma expresa que mande a la exclusión de prueba ilícita en esta etapa, sería para que en la *praxis* judicial se garantice la vigencia de los derechos fundamentales de todos los imputados dado el supuesto de que estos se han contravenido. A su vez, también se podría plantear la misma razón utilizada por el legislador para introducir la norma establecida en el artículo 276 del CPP, vale decir, por la improbable formulación en la práctica forense de la exclusión de pruebas ilícitas por medio de la interpretación de las garantías fundamentales, dada la inclinación de nuestra tradición jurídica al razonamiento formalista<sup>298</sup>.

Con todo hay que señalar que pese a existir acuerdo en que, al menos, no debe ser valorada prueba ilícita o esta debe ser inutilizada, ello no asegura los fundamentos de la regla de exclusión en esta materia, la integridad judicial, la congruencia dentro del sistema, ya que se deja al arbitrio del juez el que esta prueba sea eficaz o ineficaz y por tampoco asegurar la no incidencia en su razonamiento, por lo mismo urge la consagración legal en el momento adecuado, es decir, antes

---

<sup>298</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 185

de la práctica de la prueba. Generándose así la imposibilidad de uniformar el criterio de necesidad de no dictación de medidas cautelares en base a prueba ilícita y a su vez, ello se ve debilitado por no existir una norma expresa. Es por esto, que, de momento, la pretensión debe ser la aplicación de la regla de exclusión consagrada a nivel constitucional e introducirla a la *praxis* judicial en etapa cautelar, que, pese a no mandatarse en el código de la materia, es innegable que su configuración constitucional irradia a todo el proceso penal; sobre todo por la necesidad de asegurar los derechos fundamentales de las personas en relación con la intromisión del Estado y a su vez, legitimar el proceso penal desde su inicio.

Es en este sentido, que, como la doctrina y la jurisprudencia, sin mediar norma expresa, desarrollaron el corolario de la exclusión de pruebas ilícitas en la audiencia de preparación de juicio oral, es decir, la extensión de la exclusión de pruebas a la prueba ilícita derivada<sup>299</sup>, debe comenzarse por formulaciones doctrinarias y jurisprudenciales tendientes a excluir este tipo de pruebas en cautelares, pudiendo realizarse de la misma manera utilizada en el caso alemán para las prohibiciones de utilización de pruebas no escritas, es decir, por medio de la fundamentación material<sup>300</sup>. Así, relacionando la fundamentación requerida por estas resoluciones y la ineptitud probatoria de la prueba ilícita es que pudieran comenzar los primeros esfuerzos por materializar la exclusión. Entonces es que, el corolario podría ser una modificación en la legislación y que, sobre todo, esta pudiera poner especial atención en el efecto que la prueba ilícita genera en el razonamiento del juzgador en caso de ser el mismo que excluye y juzgue.

### **3.5.Propuestas**

Pese a todo lo esgrimido en defensa de la aplicación de la exclusión de prueba ilícita respecto de la solicitud de medidas cautelares y demostrar la plausibilidad de esta, en concordancia con la normativa actual, ello aún no soluciona por completo la problemática, debido a que es necesario definir la oportunidad idónea para que esta al emplearse, cumpla con los fines perseguidos.

---

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> Ambos, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”. *Política Criminal*, Vol. 4, N°7 (2009): 25

En este sentido es que en los apartados siguientes serán tratadas dos propuestas para abordar posibles soluciones a la problemática desarrollada, consistiendo el primero en una propuesta de modificación a la forma en que se desarrolla una audiencia de medidas cautelares, y la segunda, analiza el recurso de apelación como posible vía de acción frente a una resolución dictada con sustento en prueba ilícita.

### **3.5.1. Debate anterior a la práctica de la prueba**

Respecto del juicio acerca de la admisibilidad de los medios de prueba, hay que entender que este se ubica entre la proposición de estos y la práctica de la prueba<sup>301</sup>. Así, es que el juez no puede dictaminar acerca de la admisión o no de elementos de prueba al razonamiento probatorio, sin que los medios de prueba hayan sido propuestos por las partes<sup>302</sup>. Entonces, para el caso de la alegación respecto de la ilicitud de prueba, el autor plantea que en la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>303</sup>, en la audiencia previa, luego de que el juzgador señala los medios de prueba admitidos, es que se promueve el incidente de ilicitud, para con ello, evitar la práctica de una prueba ilícita, y precluyendo la oportunidad de ello al iniciarse la práctica de la prueba, para así conseguir el fin fundamental de la exclusión, es decir, evitar que se contamine el razonamiento del juzgador<sup>304</sup>.

Es importante precisar que esta norma es aplicable al proceso penal español, toda vez que hay una ausencia de regulación en cuanto al cómo y la oportunidad para denunciarla en este, ya que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español<sup>305</sup> no establece dichas cuestiones,

---

<sup>301</sup> Lluch, Xavier. “La función de la proposición y admisión de la prueba en la audiencia previa”. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 61, N°1 (2013): 17

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 18

<sup>303</sup> Ley 1/2000 de 07 de enero, artículo 287: Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo a la práctica de la prueba. (...)

<sup>304</sup> Lluch, Xavier. “La función ... *Op. Cit.* pp. 21-22

<sup>305</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, artículo 11: 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver

por lo que el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recién citado, le resulta aplicable al proceso penal<sup>306</sup>, por lo que esta es la forma utilizada para colmar dicho vacío en la regulación e informando a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española<sup>307</sup>. Así en el sistema español, la ilicitud se alega tan pronto se tenga conocimiento, pudiendo alegarse al inicio del procedimiento o con posterioridad, y la resolución será previa audiencia, significando que uno de los principios que la guía la el de contradicción<sup>308</sup>.

En este sentido es que se puede señalar que en nuestro sistema y en miras a la sentencia definitiva el debate respecto de la ilicitud tiene su oportunidad con anterioridad a la práctica de la prueba y ante el juez de garantía<sup>309</sup> y que la eliminación de la posibilidad de contaminación producto de la prueba ilícita en el razonamiento del juzgador se tiende a materializar por la bifurcación del tribunal<sup>310</sup>. Lo relevante de generar este contraste de modelos, es la existencia de una posibilidad para materializar la exclusión de prueba ilícita en medidas cautelares sin la intervención de la orgánica judicial - dado que el modelo comparado expuesto no contempla una bifurcación del tribunal, sino que distribuyen el debate de una manera diferente - y, de igual manera, lograr los efectos perseguidos.

Aun así, la práctica, de momento utilizada en las audiencias de discusión de medidas cautelares frente a la evidencia ilícita, es la solicitud al juez de inutilizarla para que así, esta no sirva de fundamento a la decisión en que recae la medida<sup>311</sup>. Esta solicitud al tribunal deja en claro que lo perseguido es que este no incorpore a su razonamiento, pero lamentablemente el juez ya presencié la práctica de la prueba; pero ello no es el tratamiento debido a este tipo de prueba, toda vez que esta debe ser “inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de

---

siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

<sup>306</sup> Ley 1/2000 de 07 de enero, artículo 4: Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

<sup>307</sup> Armenta Deu, Teresa. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°11 (2009): 107

<sup>308</sup> *Ibíd*, p. 108

<sup>309</sup> Véase en este sentido: capítulo II, epígrafe 2.2°

<sup>310</sup> Véase en este sentido: capítulo II, epígrafe 2.6°

<sup>311</sup> Defensoría Penal Pública, Resolución exenta N°153, Santiago, 13 de abril de 2016, Establece manual de actuaciones mínimas en primeras audiencias, p. 15

apoyarse”<sup>312</sup>. Entonces si entendemos que se solicita que el tribunal inutilice los antecedentes que ya conoce se vuelve a la problemática de que este puede interferir en su razonamiento, aparte de que no se asegura que para todos los casos en que se suscite, el tribunal acceda a ello.

Siendo en este sentido, una posibilidad de materializar la exclusión de pruebas reordenar el desarrollo de la audiencia de solicitud de medidas cautelares e incorporar en la legislación la oportunidad procesal para la interposición de un incidente de exclusión<sup>313</sup>. De esta manera, lo óptimo recaería en que, al solicitarse la medida, antes de comenzar con las alegaciones, los intervinientes propongan los medios de prueba con las que sustentarán, y dado el caso de que se deba cuestionar la ilicitud de prueba, por medio de un incidente de exclusión, aquí se genere el debate, luego de ello, resuelva el tribunal si es que se acoge o no dicho incidente. Luego de resuelto por el juez cuáles serán los medios de prueba admitidos y no excluidos, se proceda a la práctica de la prueba. Así, intentando garantizar el no conocimiento de la prueba que se declare su ilicitud o que, al menos, el tribunal emita una resolución indicando los medios de prueba excluidos dando la posibilidad de un contradictorio con anterioridad al desarrollo de los medios de prueba.

Entonces, la diferencia que se propone respecto de las actuales audiencias de solicitud de medidas cautelares recae únicamente a que con anterioridad de que se viertan las alegaciones respecto de dicha solicitud, los intervinientes enumeren los medios probatorios a utilizar y en caso de que alguno de ellos fuera ilícito, la defensa cuente con la oportunidad de alegarlo con anterioridad a su desarrollo y no con posterioridad a este, como lo es la alegación respecto de la inutilizabilidad.

---

<sup>312</sup> Picó I Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, España: José María Bosch Editor, S.A., 1996, pp. 307-308

<sup>313</sup> Ello en el entendido, de que tienden los jueces de garantía a rechazar los incidentes de exclusión por ilicitud de la prueba en etapa anterior a la audiencia preparatoria por considerarlo inoportuno, véase en: Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ... *Op. Cit.* p. 145

### 3.5.2. Recurso de Apelación

En el entendido que una de las finalidades del proceso es la correcta aplicación del derecho al caso concreto, se puede señalar que surge la necesidad de que el ordenamiento contemple los medios para poder generar la consecución de dicho fin<sup>314</sup>. Sumado a ello es que el proceso se entiende como una garantía cuando asegura que la decisión tendrá un grado de juridicidad y racionalidad, condiciones que no se ofrecen por otros mecanismos de solución de conflictos; así, en esta línea que el derecho al recurso se constituye como garantía, por ser un mecanismo del que disponen las partes para impugnar una decisión que consideran perjudicial, también erigiéndose como un medio para aumentar la probabilidad de acierto judicial en la decisión<sup>315</sup>.

Así entendido, los procesos que adscriben a un modelo de valoración de la prueba de índole subjetivista no pueden ir de la mano con recursos que controlen el mérito probatorio<sup>316</sup>. Ello se esgrime debido a que esta concepción, ligada al principio de inmediación señalaría que no es posible una revisión de la valoración a causa de que el juez presencié la práctica de la prueba, por lo que él está en una mejor posición epistemológica que cualquier otro juzgador, por motivo de haber adquirido una convicción o creencia respecto de los hechos<sup>317</sup>. Entonces, desencadena en que se reduce la motivación de la decisión afectando directamente en que se disminuye el ámbito recursivo<sup>318</sup>.

En contraposición, en un sistema de valoración racional de la prueba existe la posibilidad de control de la decisión por la vía recursiva, siendo posible en este que se verifique el resultado de la valoración, o en caso de ser incorrecta, pudiéndose sustituir<sup>319</sup>. Así, en la concepción racionalista se comprende la inmediación como un mecanismo de reducción de errores por la eliminación de intermediarios en la práctica de la prueba y la limita a la percepción de la

---

<sup>314</sup> Del Rio Ferretti, Carlos. “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N°1 (2012): 248

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 249

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 250

<sup>317</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia”. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22 (2017): 2-3. <https://journals.openedition.org/revus/4016> (consultado el 12-07-2020)

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> Del Rio Ferretti, Carlos. “Estudio sobre ... *Op. Cit.* p. 250

prueba<sup>320</sup>; pero se vincula al debido proceso ya que propicia que sean posibles los mecanismos de revisión de la decisión, debido a que se señala como posible el control de las inferencias probatorias producto de que no es necesario presenciar la práctica de la prueba para determinar que ha sido incorrecta una inferencia probatoria que de ella derivó<sup>321</sup>.

De acuerdo con ello se hace necesario señalar que en nuestro sistema rige la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, establecida en el artículo 297 del CPP<sup>322</sup>; y ello en conjunto con lo ya esgrimido respecto de la fundamentación de la resolución en que recae la solicitud de una medida cautelar, es decir, que sea clara y precisa, se condice con que la finalidad que aquella pueda ser controlable<sup>323</sup>.

Al situarnos en estas medidas, el mecanismo de impugnación existente es el recurso de apelación, establecido en el artículo 149 del CPP, siendo este aplicable a la resolución que “ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva”. A su vez, el artículo 155 inciso final del CPP señala que la impugnación de las medidas cautelares allí consagradas se regirá conforme a la normativa aplicable a la prisión preventiva.

Entonces, se puede señalar que, para el caso, se cuenta con un recurso de causal genérica de procedencia, es decir, el agravio y que este recurso constituye una segunda instancia, por lo que el tribunal que conoce puede revisar tanto los hechos como el derecho, de acuerdo con las peticiones concretas que formulen las partes al momento de interponerlo<sup>324</sup>. También, desde ya se precisa que no se contempla la posibilidad de rendición de prueba en segunda instancia, quedando reservada esta solo para el recurso de nulidad<sup>325</sup>.

Esta última precisión se señala en razón de que una de las formas para que el tribunal de segunda instancia tome una decisión incompatible con la del juez de base, puede ser a causa de que se incorpore un elemento que no estuvo disponible al momento de que se dictó la resolución

---

<sup>320</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “El control ... *Op. Cit.* pp. 3-4

<sup>321</sup> *Ibid.*

<sup>322</sup> Véase en este sentido: capítulo II, epígrafe 2.2°

<sup>323</sup> Véase en este sentido: capítulo II, epígrafe 2.5°

<sup>324</sup> Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal Tomo II ... Op. Cit.* p. 1447

<sup>325</sup> *Ibid.*, pp. 1458-1459

impugnada<sup>326</sup>; pero como se señala, ello no está permitido por el ordenamiento, pudiendo haber sido en el hipotético caso de que lo estuviera, la incorporación de una prueba que dé cuenta de la ilicitud de las pruebas de cargo, alegándose la no posibilidad de sustentar la medida en base a ella.

Ahora bien, ateniéndonos a la regulación actual, otra vía para analizar el qué hacer frente a una concesión de medida cautelar fundada en elementos ilícitos sería por medio de la apelación de la decisión, con el objeto de que se efectúe un control de la valoración de la prueba efectuada por el juez de garantía, ya que como se esbozó en párrafos anteriores es posible dada la exigencia de una valoración racional y de fundamentación de la resolución en que recae la medida.

En este sentido es que se señala que en segunda instancia al momento de efectuar una revisión en el razonamiento se pueden identificar las debilidades en las inferencias probatorias formuladas por el juez de primera instancia, controlándose el error inferencial, el que no dependería de lo que percibió el juez, sino en que su conclusión no se comprende en los márgenes de la sana crítica racional; con ello entonces no se podría argüir que se está afectando la inmediación, sino que es más, la presunción de inocencia y una decisión judicial motivada, entendida como garantía, requieren la existencia y posibilitación de este control<sup>327</sup>.

La conexión entre la necesidad de controlar la valoración efectuada del juez de instancia y el error que este efectúa en ella, se genera debido a que hay que comprender que la prueba ilícita tiene “efectos prohibitivos (...) la prohibición de su admisión y la prohibición de valorar”<sup>328</sup> y que “la prueba acusada de ilícita, por lo tanto, no puede servir de base a inferencias probatorias conducentes a dar por probado un hecho determinado”<sup>329</sup>. En este sentido es que se ha llegado a plantear que, por la existencia residual de prohibiciones de valoración, se debe excluir de esta, es decir, no se pueden valorar las pruebas que han infringido las reglas para la obtención<sup>330</sup>. Esto significa que el juez de garantía al conceder una medida cautelar en base a prueba ilícita, quiere

---

<sup>326</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. *Revista Jueces para la Democracia*, N°47 (2003): 31

<sup>327</sup> Ferrer Beltrán, Jordi. “El control ... *Op. Cit.* p. 18

<sup>328</sup> Picó I Junoy, Joan. *El derecho ... Op. Cit.* p. 290

<sup>329</sup> Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ... *Op. Cit.* p. 192

<sup>330</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* p. 165-166

decir que realizó inferencias probatorias a partir de ella. Siendo la estructura de la inferencia, la hipótesis o hecho a probar, la información con que se cuenta respecto de los hechos o elementos de juicio; y luego relacionar el hecho a probar con los elementos de juicio<sup>331</sup>. Entonces, para el caso, el error del juez fue la relación del hecho a probar, que serían los presupuestos de la medida, con elementos de juicio espurios, es decir, la información con que contaba, pese a haber tenido la obligación de no hacerlo<sup>332</sup>.

Así, es que en segunda instancia el control de la valoración debe ir en el sentido de verificar si es que efectivamente se han construido inferencias probatorias sobre esta prueba, y en caso de haberse hecho, la enmienda de la resolución debe ser negarle el valor probatorio a dichos elementos ilícitos, debido a que la defensa debería solicitar la exclusión de la valoración de esa prueba y que el fallo se dirija en ese sentido, para así hacer efectiva la prohibición probatoria que pesa sobre estos elementos, luego de alegada la ilicitud de la prueba.

Precisar, que, para este caso, a diferencia del propuesto en el apartado anterior, no se está proponiendo una modificación legal, sino que el control del razonamiento probatorio efectuado por el juez de base y dirigir su corrección a no asignar valor probatorio a la prueba cuya ilicitud se reclama, ya que como se ha dicho latamente a la prueba ilícita le pesa una prohibición como medio probatorio que deriva en que es propio de ella ser excluida del razonamiento. Tampoco se está proponiendo que en esta instancia se establezca una oportunidad legal para la exclusión, toda vez que el tribunal de alzada podrá conocer tanto los hechos como el derecho, así que de igual manera conocería el contenido de los elementos probatorios ilícitos, por lo que se debe propender a que, establecida la ilicitud de ellos, el tribunal enmiende la resolución, modificando la valoración de la prueba efectuada por el juez de base, no otorgándole valor alguno.

---

<sup>331</sup> González Lagier, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*, García Amado, Juan, y Bonorino Ramírez, Pablo. Granada, España: Comares, 2014, p. 86

<sup>332</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* p.167

## CONCLUSIONES

El diseño de nuestro proceso penal, si es que es analizado con respecto de la sentencia de juicio oral cuenta con mecanismos para que la evidencia que se obtuvo sin un escrupuloso respeto a los derechos fundamentales del imputado, sea excluida por un juez diferente al juez que fallará el asunto, es decir, establece una oportunidad y se diseñó una bifurcación para prevenir la contaminación del juzgador, pese a no establecerse, se valora negativamente la prueba espuria en juicio oral, se establece un recurso de nulidad por si en el caso de que una sentencia se dicte con dicha prueba, se anule y repita el juicio. El problema que se evidencia radica en que no se disponen en la legislación mecanismos similares para la decisión cautelar lo que genera que evidencia que el ordenamiento jurídico no permite como medio de prueba, pueda estar utilizándose para solicitar medidas cautelares y peor aún, concediéndose.

Se analizaron las diversas fundamentaciones de la regla de exclusión y de ellas, se puede decir, que ninguna hace la precisión que será solamente aplicable a la decisión final del juicio, sino lo contrario, al no excluir en la etapa cautelar se infringe el debido proceso, se dictan resoluciones en prueba que no es confiable, integridad judicial se ve resquebrajada y no se disuade el actuar de las policías no ceñido a las normas; toda vez que la naturaleza de la exclusión es de principio<sup>333</sup> y no de regla, por lo que, con independencia del establecimiento en una oportunidad determinada, por constituirse ella como contrapartida de los derechos fundamentales debe operar, ya que, como se señala “la norma no es más que corolario”<sup>334</sup>.

Ahora bien, el punto radica en cómo poder materializar una exclusión sin contar con el establecimiento de una oportunidad en que el juez pueda dictaminar que dicha prueba se excluirá. En esa línea, es que se expuso que la decisión cautelar es una decisión que requiere cierto grado de fundamentación, por lo que no puede el juez fundamentar en algo que no es considerado medio de prueba por el ordenamiento. Como contrapartida de ello, se debería propender a la impugnación de las resoluciones por vía del recurso de apelación si es que el juez

---

<sup>333</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos ... Op. Cit.*

<sup>334</sup> Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión ... Op. Cit.* p. 61

realizó inferencias probatorias a partir de esos elementos, lo que para estos efectos sería por medio de la alegación de la prohibición probatoria<sup>335</sup> que pesa sobre la prueba ilícita.

Sin perjuicio de ello, considero que la exclusión aportaría mejores resultados en cuanto a que, derechamente, no se podría incorporar dicho elemento probatorio al subconjunto de elementos a valorar, así, se eliminaría la posibilidad de crear sesgos en el razonamiento del juzgador, el sistema sería coherente en su sanción a la prueba ilícita y se tendría un pronóstico más acertado respecto de la posibilidad de condena, ya que otorgar la medida en base a prueba que, en teoría, no se debería incorporar a juicio, no puede generar un pronóstico de condena, sino que el pronóstico correcto que ella debería generar es el de exclusión en audiencia preparatoria de juicio oral.

Para el caso, la oportunidad óptima para establecer el incidente de exclusión debe ser con anterioridad a la práctica de la prueba, para así propiciar la no contaminación del tribunal, produciendo efectivamente los efectos perseguidos por la proscripción que acaece a estos elementos, es decir, que ellos no sean parte del razonamiento probatorio. Con ello, luego de que sea precedido de debate respecto de la ilicitud de la prueba y que el juez de garantía determine cuáles serán los medios lícitos, esta se desarrolle. La principal diferencia con lo propuesto por la doctrina de momento es que tanto como la inutilizabilidad como la prohibición de valoración, operan con posterioridad a que el tribunal presencie los medios probatorios ilícitos.

A su vez, como el propósito de que el sistema sea coherente en el respeto de los derechos fundamentales y que así se logre una coherencia interna en la materia, se estima que deberían aplicar tanto los alcances de la prueba ilícita, es decir, la teoría de los frutos del árbol envenenado, pero también las excepciones. Se hace esta precisión con independencia de que algunas de estas excepciones no sean consideradas aplicables a nuestro sistema, debido a que como se ha señalado no se busca otra cosa que una armonía dentro del proceso, toda vez que, como la audiencia de preparación de juicio oral y la posible exclusión se deben tener en la mira, se debe realizar el ejercicio en los términos que le son aplicables. Si acaso la jurisprudencia

---

<sup>335</sup> Correa Robles, Carlos. “Más allá ... *Op. Cit.* 166

varía en la aplicación de excepciones al alcance en etapa intermedia, también debería variar en el mismo sentido en la etapa cautelar.

Con todo, al analizar el tratamiento de la prueba ilícita y la regla de exclusión enfrentados con la búsqueda de la verdad en el proceso se afirma que “cualquier planteamiento jurídico será indefectiblemente parcial e imperfecto”<sup>336</sup> ya que son instituciones que se encuentran en “el filo de la navaja”<sup>337</sup>, con una constante tensión entre ambos valores. El problema radica en que los valores deben ser ponderados, como se hace en las otras etapas del proceso, donde al menos hay margen para la discusión sobre dicho asunto, no como aquí, que el respeto de los derechos fundamentales puede ser relegado cuando el objetivo es la consecución de medidas cautelares, más aún no del todo correcto que el fin único del proceso es la búsqueda de la verdad.

Para finalizar, la gravedad del asunto que se evidenció en el análisis respecto del error cautelar, es decir, que puede configurarse un falso positivo cautelar toda vez que se conceda una medida con prueba ilícita fundante y que la causa termine no por una sentencia absolutoria, sino que por otros medios anteriores al juicio oral - como el caso que fue expuesto en el capítulo segundo- deviene aún más en un actuar despótico por parte del Estado; y con respecto a este punto, es que podría surgir otra línea de investigación, es decir, en qué dirección deberían ir las modificaciones en la legislación respecto de estos casos de error judicial y, así poder conseguir una indemnización por ello.

---

<sup>336</sup> Armenta Deu, Teresa. “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. *Ius et Praxis*, Vol. 13, N°2 (2007): 377

<sup>337</sup> *Ibid.*

## BIBLIOGRAFÍA

1. Ábalos Weisser, Andrés. *Análisis comparado de la regla de exclusión de prueba obtenida a través de medios ilícitos*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019.
2. Accatino Scagliotti, Daniela. “La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N°2 (2006): 9-26.
3. Accatino Scagliotti, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?”. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 39 (2019): 85-102.
4. Aldunate Lizana, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.
5. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
6. Alschuler, Albert. “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”. *The University of Chicago Law Review* 75, N°4 (2008): 1365-1384.
7. Ambos, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”. *Política Criminal*, Vol. 4, N°7 (2009): 1-56.
8. Ambos, Kai. “El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura”. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37931.pdf> (consultado el 25-5-2020).
9. Arias Vicencio, Cristián. “El control jurisdiccional de la detención”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6 (2005): 225-253.

10. Aristegui Spikin, Juan. “La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal”. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, N°1 (2020): 177-198.
11. Armenta Deu, Teresa. “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. *Ius et Praxis*, Vol. 13, N°2 (2007): 345-377.
12. Armenta Deu, Teresa. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°11 (2009): 81-110.
13. Beltrán Calfurrapa, Ramón. “Acerca de la necesidad de reconocer en Chile el denominado “abono heterogéneo”: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol N° 3709-2019, de 11 de febrero de 2019”. *Ius et Praxis*, Vol. 25, N°2 (2019): 517-536.
14. Bayón Mohino, Juan. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. *Revista Mario Alario D’Filippo*, Vol. 13, N°26 (2010): 6-30.
15. Bofill Genzsch, Jorge. “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (1988): 225-243.
16. Cerda San Martín, Rodrigo. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal*, N°6, Santiago, Chile: Librotecnia (2010): 99-176.
17. Coloma Correa, Rodrigo. “Conceptos y razonamientos probatorios”. *Revista de Derecho*, Vol. XXX, N°2 (2017): 31-56.
18. Correa Robles, Carlos. “Comentario de sentencia Corte Suprema ingreso número 14781-2015: efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. 43, N°1 (2016): 159-176.
19. Correa Robles, Carlos. “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión”. *Latin American Legal Studies*, Vol. 2 (2018): 25-50.

20. Correa Robles, Carlos. “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno – con especial referencia al Derecho alemán-”. *Política Criminal*, Vol. 13, N°25 (2018): 144-174.
21. Cortés-Monroy Fernández, Jorge. “La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”. *Ius et Praxis*, Vol. 24, N°1 (2018): 661-692.
22. Damaska, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven, EEUU: Yale University Press, 1997.
23. Dei Vecchi, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N°2 (2013): 189-217.
24. Díaz García, Luis. “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”. En: *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coloma Correa, Rodrigo (Coordinador), 129-161. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2003.
25. Defensoría Penal Pública. “Defensoría en cifras”. (2019). <http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/cifras-dpp-2019.pdf> (consultado el 17-06-2020).
26. Defensoría Penal Pública. “Informe ejecutivo. Balance de gestión”. (2019). [http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/informe\\_ejecutivo\\_memoriadpp\\_2019.pdf](http://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/informe_ejecutivo_memoriadpp_2019.pdf) (consultado el 17-06-2020).
27. Del Rio Ferretti, Carlos. “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N°1 (2012): 245-288.
28. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel Derecho, 1989.
29. Eusamio Mazagatos, Ester, y Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. México D.F., México: Tirant lo Blanch, 2016.

30. Falcone Salas, Diego. “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°38 (2012): 433-495.
31. Ferrada Culaciati, Francisco. *La prueba ilícita en sede civil*. Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
32. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Trotta, 1995.
33. Ferrer Beltrán, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. *Revista Jueces para la Democracia*, N°47 (2003): 27-34.
34. Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007.
35. Ferrer Beltrán, Jordi. “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia”. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22 (2017): 1-23. <https://journals.openedition.org/revus/4016> (consultado el 12-07-2020).
36. Ferrer Beltrán, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. IX, N°18 (2017): 150-169.
37. Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004.
38. Gascón Abellán, Marina. “¿Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. *Revista Jueces para la Democracia*, N°52 (2005): 47-88.
39. Gascón Abellán, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28 (2005): 127-139.

40. Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012, <http://www.digitaliublishing.com.uchile.idm.oclc.org/visorepub/39880>, ISBN 978-958-710-762-3 (consultado el 19-07-2020).
41. Gascón Abellán, Marina. “¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita”. En: *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, III Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, 75-97. Universidad del Bosque, 2012.
42. González Lagier, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*, García Amado, Juan, y Bonorino Ramírez, Pablo, 83-117. Granada, España: Comares, 2014.
43. Guzmán, Nicolás. “El papel de la verdad en el proceso penal y su impacto en la dinámica probatoria”. En: *Fundamentos de Derecho Probatorio*, Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel, 51-79. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2019.
44. Hernández Basualto, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. 2ª Reimpresión, Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2005.
45. Hernández Basualto, Héctor. “Prueba ilícita y el recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?). En: *Boletín del Ministerio Público. Edición especial*, 236- 241. Santiago, Chile: Fiscalía Nacional, N°32, 2007.
46. Hernández Basualto, Héctor. “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de pruebas”. En: *Seminario: “Agenda corta anti delincuencia”*, 25-34. Santiago, Chile: Defensoría Penal Pública, N°3, 2010.
47. Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

48. Horvitz Lennon, María, y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal, Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
49. Iñiguez Ortiz, Eduardo, y Feijoó Cambiaso, Raúl. “El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica”. *Themis: Revista de Derecho*, N°71 (2017): 167-182.
50. Kaplan, John. “The Limits of the Exclusionary Rule”. *Stanford Law Review*, 26, N°5 (1974): 1027-1055.
51. Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28 (2005): 95-113.
52. Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Madrid, España: Marcial Pons, 2013.
53. López Ramírez, Antonio. *La prueba ilícita penal*. Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch, 2019.
54. Lluch, Xavier. “La función de la proposición y admisión de la prueba en la audiencia previa”. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 61, N°1 (2013): 13-38.
55. Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal, Tomo I*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017.
56. Maturana Miquel, Cristián, y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal, Tomo II*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2017.
57. Marín González, Juan. “Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°1 (2002): 9-54.

58. Marshall Barberán, Pablo. “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 17, N°2 (2010): 185-204.
59. Medina Rico, Ricardo. *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en Derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2017. <http://www.digitaliapublishing.com.uchile.idm.oclc.org/visorepub/48619> eISBN: 9789587388848 (consultado el 24-4-2020).
60. Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública* (2010): 131-151.
61. Núñez Ojeda, Raúl, y Correa Zacarías, Claudio. “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”. *Ius et Praxis*, Vol. 23, N°1 (2017): 195-246.
62. Picó I Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, España: José María Bosch Editor, S.A., 1996.
63. Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña, Jean y Ramírez Guzmán, María. *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
64. Pouchain Ribeiro, Pedro. *La regla de exclusión de la prueba ilícita. Un estudio comparado desde su origen en EE.UU.* Sao Paulo, Brasil: Tirant lo Blanch, 2020.
65. Rawls, John. *Liberalismo político*. Ciudad de México, México: Fondo de la Cultura Económica, 2015. <http://www.digitaliapublishing.com.uchile.idm.oclc.org/a/43700> eISBN: 9786071626615 (consultado el 24-8-2020)
66. Sood, Avani. “Cognitive cleansing: experimental psychology and the exclusionary rule”. *Georgetown Law Journal*, Vol.10 (2015): 1543-1608.

67. Stein, Alex. “Contra la prueba libre”. *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, N°2 (2013): 245-261.
68. Taruffo, Michele. *La prueba*. Barcelona, España: Marcial Pons, 2008.
69. Valenzuela Saldías, Jonatan. *Hechos, pena y proceso: Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Rubicón, 2017.
70. Valenzuela Saldías, Jonatan. “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”. *Política Criminal*, Vol. 13, N°26 (2018): 836-857.
71. Zapata García, María. *La prueba ilícita*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2004.

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

1. Defensoría Penal Pública, Resolución exenta N°153, Santiago, 13 de abril de 2016, Establece manual de actuaciones mínimas en primeras audiencias.
2. Mensaje del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia, 09 de junio de 1995.
3. Resolución Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 24 de julio de 2020, Rol Penal 595-2020.
4. Resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 15 de septiembre de 2015, Rol Penal 555 -2015.
5. Resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 27 de enero de 2016, Rol Penal 50-2016.
6. Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Amparo 56-2016.

7. Sentencia Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Amparo 405-2017.
8. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Amparo 1390 – 2018.
9. Sentencia CIDH de 29 de mayo de 2014, Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile.
10. Sentencia CIDH de 2 de septiembre de 2015, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile.
11. Sentencia Corte Suprema ingreso número 5338-2009.
12. Sentencia Corte Suprema ingreso número 18443-2016.
13. Sentencia Corte Suprema ingreso número 40680-2017, 40862-2017, 40863-2017, 40864-2017.
14. Sentencia Corte Suprema ingreso número 10806-2018.
15. Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, causa RIT 10-2017, RUC 1500858172-7.