

I. INTRODUCCIÓN

El proceso es el contexto en el que se confirman o refutan las hipótesis de los intervinientes mediante las pruebas disponibles. La confirmación probatoria de la verdad de los hechos es condición fundamental de la justicia de la decisión. Para el juez la prueba es una herramienta de *conocimiento*². Así, para Bentham la prueba es un hecho verdadero que sirve de motivo a la credulidad sobre la existencia o no de otro hecho³.

El objetivo institucional del proceso es la *averiguación de la verdad*. El legislador dicta normas jurídicas para motivar a sus destinatarios para que realicen o se abstengan de realizar conductas lesivas o peligrosas para bienes jurídicos (Ej.: no robar, etc.), asociando la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Para ello los jueces deben determinar la ocurrencia de esos hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias jurídicas. Sólo si el proceso judicial logra determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados el Derecho será exitoso como mecanismo de dirección de la conducta de sus destinatarios. La función de la prueba como actividad es comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas. El éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas. La averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria⁴.

No obstante, la verdad absoluta no es alcanzable en un contexto judicial. El propósito se limita a lograr una verdad probabilística entendida como *probabilidad lógica* en base a modelos de razonamiento utilizables como medios para racionalizar las inferencias en situaciones en las que la fiabilidad de una hipótesis fáctica necesita ser comprobada sobre la base de medios de prueba. Para ello hay que determinar qué inferencias pueden realizarse a partir de los medios de prueba relevantes, y cómo éstos sustentan las inferencias que conducen a conclusiones acerca de un hecho controvertido. Los elementos de prueba son asumidos como premisas a partir de las que es posible extraer inferencias que siguen patrones lógicos de razonamiento. La conclusión acerca de un hecho es lógicamente probable, se realiza en función de los argumentos lógicos a partir de los medios de prueba disponibles⁵.

¹ Abogado Universidad de Chile, Doctor en Derecho Penal y Ciencias Pnales, Universidad de Barcelona, Profesor de Derecho Penal Universidad Alberto Hurtado y de Derecho Procesal Penal Universidad de Los Andes.

² TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en TARUFFO Y OTROS, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009, p. 30.

³ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Impretanta A. Belin, 1825, pp. 19-20.

⁴ FERRER, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en FERRER, *Prueba y racionalidad en las decisiones judiciales*, Editorial Prolibros, Valparaíso, 2018, pp. 29-32.

⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 32-33.

La *correspondencia* presupone que las decisiones judiciales sobre los hechos se adecuan a la verdad para ser justas y correctas. Para ello los hechos deben ser establecidos correctamente, tomando como base elementos de prueba relevantes y pertinentes, como condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas. El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide con los sucesos que realmente ocurrieron en la realidad. La verdad como correspondencia, implica aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se haya producido *h* y, por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso corresponden con lo ocurrido en el mundo. Por lo tanto, un enunciado será aceptable como verdadero si tiene suficientes elementos de juicio a su favor o si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial⁶.

Sin embargo, la búsqueda de la verdad se inserta en un contexto de incertidumbre y altamente institucionalizado, porque no es en el proceso una tarea libre, sino que sumamente reglada en cuanto a los tiempos, a la admisibilidad de la prueba, a la posibilidad de salidas negociadas, reglas que regulan la carga de la prueba, la valoración de la prueba y el estándar probatorio. Como se aprecia, muchas de estas reglas tienen incluso una naturaleza contra-epistemológica, toda vez que pueden llegar a entorpecer la averiguación de la verdad menoscabando la calidad del conocimiento alcanzado⁷. Lo anterior se justifica en que en el proceso en general y en el proceso penal en particular, no se puede olvidar que hay otras finalidades tales como la paz social, el secreto de determinadas comunicaciones, la celeridad en la toma de una decisión porque los procesos no se pueden alargar indefinidamente y la seguridad jurídica porque en algún momento el conflicto debe resolver definitivamente. Entre estos fines destaca el respeto por los Derechos Fundamentales que constituye un fin primordial en un Estado democrático de Derecho y un límite ético y jurídico a la actividad del Estado, de manera que no sólo importa que el ente persecutor llegue a la verdad, sino que incluso más importante es la forma en la que se logra esa verdad, verdad que no puede ser obtenida a cualquier costo ni menos a costa de la dignidad del ser humano⁸. Así las cosas, la prohibición de utilizar, de valorar o la necesidad de excluir la prueba ilícita puede traer como consecuencia que pruebas que tengan un gran potencial epistemológico pueden no surtir ningún efecto en el proceso penal y ello debería ser un costo que cualquier sociedad democrática debería, en general, estar dispuesta a asumir, toda vez que una condena en base a prueba obtenida con infracción de Derechos Fundamentales, repugna a lo que se espera de un juez respetuoso del *debido proceso* en un Estado democrático de Derecho, consciente que la consideración de las garantías fundamentales, puede traer como consecuencia la absolución de un culpable⁹ toda vez que, no siendo la búsqueda de la verdad el único fin del

⁶ FERRER, *La valoración de la prueba...*, p. 20.

⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 113-118.

⁸ RETTIG, Mauricio, “Comentarios de cierre”, en *Seminario: “Agenda corta antidelincuencia”*, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, N° 3, mayo, 2010, p. 61.

⁹ En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES afirmaba que si por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en los supuestos en que la ilicitud se ha producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, no debe ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no puede basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos serán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no pueden tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. Sin embargo, es

proceso penal, dicho objetivo debe sacrificarse o ceder cuando el material probatorio ha sido recabado con infracción de Derechos Fundamentales¹⁰, ya que debe priorizarse la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales por sobre el interés público en la búsqueda de la verdad¹¹.

La extensión y alcance de los derechos fundamentales expresa el balance existente entre las necesidades de la persecución penal y sistema de libertades individuales dentro de una sociedad determinada. En definitiva, el problema radica en discutir como sociedad qué clase de limitaciones a nuestras libertades estamos dispuestos a admitir a cambio de mayor seguridad. Por ejemplo, habría que preguntarse si estamos dispuestos a admitir una cámara de seguridad que penetren la intimidad del hogar o interceptaciones telefónicas o registros de vehículos sin limitaciones, etc. Evidentemente estas alternativas significan renunciar a buena parte de nuestra libertad. Es por ello que el Código procesal penal contiene una serie de resguardos o límites formales que establecen las reglas del juego en base a la cuales se puede obtener elementos probatorios de manera lícita¹².

II. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Si bien se han utilizado en la doctrina comparada muchas denominaciones, es posible aludir como denominador común a aquel que lo define como *la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción, con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos encargados de la persecución penal. Es la obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*¹³.

un error estimar que nos encontramos ante una cuestión de valoración probatoria, pues precisamente lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita, toda vez que se debe sustraer del conocimiento de los jueces no el *objeto* de prueba, lo cual solo sucede en el caso de *prohibición de temas de prueba, o limitaciones absolutas, sino solamente aquella información referida a él obtenida* mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante La utilización de las vías regulares de adquisición de prueba. Lo característico de la prueba ilícita es su carencia de validez y eficacia probatoria, lo que se traduce en la prohibición de valoración para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Si el juzgador ha infringe esta prohibición formando su convicción sobre la base de una prueba obtenida ilícitamente, la sentencia de condena que dicte puede combatirse mediante los recursos legalmente establecidos, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, cuando la condena se fundamente en una prueba ilícita. Así, la jurisprudencia exige que cuando el Tribunal sentenciador considere que una determinada prueba es inválida por no respetar las garantías constitucionales o de legalidad ordinaria, deberá recoger en el “*actum*” tanto el contenido de la misma como las circunstancias de su práctica, para que el Tribunal superior que deba revisar la sentencia pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre su toma o no en consideración de tal diligencia por razones de ilicitud o nulidad, debiendo el juzgador explicitar en la sentencia, como manifestación del deber de motivación, cuales han sido las razones o motivos utilizados para decidir acerca de la licitud o ilicitud de una determinada prueba (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Editorial Ubijus, ciudad de México, 2018, pp. 151-152).

¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Editorial Marcial Pons, 2011, pp. 24-25.

¹¹ HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, T. II, pp. 168-169.

¹² RETTIG, “Comentarios de cierre...”, p. 61.

¹³ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 168-169.

También ha sido definida como aquella que, en su *iter* de producción, es decir, desde su obtención hasta su valoración, ha devenido algún tipo de vulneración a Derechos Fundamentales, sin importar la fuente o rango normativo donde se ubiquen. LÓPEZ RAMÍREZ sostiene que no es determinante que se vulnere un dispositivo constitucional, convencional o legal, ya que en todas esas fuentes normativas se pueden encontrar preceptos que contemplen Derechos Fundamentales. Este autor distingue la prueba ilícita de la *prueba ilegal*, la que emerge cuando en su camino de producción se vulnera una norma jurídica que no tutela Derechos Fundamentales, como sería el caso de violación a una formalidad insustancial, o bien, una norma de carácter procesal que rige la actividad de las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de los sujetos dentro del procedimiento, siempre y cuando dichas actuaciones no pongan en riesgo la tutela efectiva de algún derecho fundamental. La diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal es importante por los efectos que generan, toda vez que mientras que la *prueba ilícita* debe ser excluida, la *prueba ilegal* puede llegar a surtir efectos jurídicos, la posibilidad de error no sustancial no puede implicar la renuncia a la búsqueda de la verdad, ni debe significar la impunidad para un culpable y la desprotección de inocentes, pero, además, buscar que los culpables no queden impunes. Si se trata de actos procesales que contravienen disposiciones adjetivas que se traducen en meras formalidades insustanciales, la *nulidad* es la forma de responder al acto procesal irregular, al desajuste del acto entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida que, perfectamente podría ser sancionado con la ineficacia el acto dependiendo de su gravedad¹⁴.

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Las *garantías fundamentales* son las contempladas en el art. 19 CPR y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile, en especial los Derechos Fundamentales contemplados en el art. 14 PIDCP y en el art. 8 CADH¹⁵. Sin embargo, perfectamente puede darse el caso de que un Derecho Fundamental se encuentre contemplado en la ley como ocurre con la presunción de inocencia regulada en el art. 4° CPP¹⁶.

Este concepto debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar el sentido y alcance de los presupuestos de la autorización judicial previa en el art. 9 CPP, de la cautela de garantías conforme al art. 10 CPP, de la presunción de perjuicio para los efectos de la nulidad procesal prevista en el art. 160 CPP o de la procedencia del recurso de nulidad de acuerdo con el art. 373 letra a). Por lo tanto, todas las garantías constitucionales tienen el rango de Derechos Fundamentales¹⁷.

La cláusula general del derecho al *debido proceso* contemplada bajo la fórmula: “*garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*” (art. 19 N° 3 inciso quinto CPR), contempla un *haz de garantías procesales*, cuyo contenido específico no es

¹⁴ LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio, *La prueba ilícita penal*, Editorial Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2019, pp. 207-208.

¹⁵ HERNÁNDEZ, Hector, *La Exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, p. 51; HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, p. 188.

¹⁶ GONZÁLEZ, Lionel, “La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile”, en *IBCCRIM, Revista Brasileira de Ciências Criminales*, N° 85, julio-agosto, Sao Paulo, 2010, p. 360.

¹⁷ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 52.

pacífico, toda vez que constituye un núcleo en evolución, de manera que tiene su mayor valor en aquellos principios que potencialmente se pueden ir incorporado a ese núcleo evolutivo, lo que si bien crea un cierto grado de incertidumbre resulta necesario ante los cambios culturales y valóricos que experimenta la sociedad. El componente esencial del debido proceso se encuentra constituido sólo por aquellos principios que conforman el requisito esencial de legitimidad del proceso penal y que debe ser determinado por la doctrina y por la jurisprudencia. Lo relevante para la práctica es determinar el establecimiento de los alcances procesales concretos de las garantías fundamentales expresamente contempladas en la Constitución o en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos¹⁸.

IV. FUNDAMENTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. DETRACTORES DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Los detractores sostienen que la prueba ilícita genera impunidad de sujetos que cometen delitos. Agregan que sería suficiente imponer sanciones administrativas, civiles o penales a los sujetos que obtienen pruebas con vulneración de Derechos Fundamentales, pero que ello no obsta para que la información recabada pueda ser utilizada como prueba en juicio y, eventualmente, sea apta para fundamentar una sentencia de condena. Se afirma que la regla de exclusión no genera un efecto preventivo, ya que ello se logra con programas académicos y de capacitación dirigidos a los operadores jurídicos y con sanciones para los infractores¹⁹. Se critica esta posición porque es iluso pensar que el persecutor penal va a perseguir la responsabilidad del funcionario por la ilicitud de la prueba de la que él mismo se ha valido en el proceso.

2. PARTIDARIOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

A favor de la regla de exclusión de la prueba ilícita se argumenta la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal sean influenciadas por pruebas que no satisfacen las exigencias mínimas de credibilidad. Se agrega la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basan en medios ilícitos que afecten la integridad judicial. Por último, se argumenta la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar garantías fundamentales en el curso de investigaciones penales²⁰.

Es importante comprender los fundamentos de la exclusión de la prueba ilícita para tenerlos a la vista a la hora de resolver los problemas interpretativos que plantea la praxis.

A. CRITERIO DE LA INTEGRIDAD JUDICIAL

Es un fundamento ético basado en que los jueces no pueden convertirse en cómplices de los sujetos que han violado los Derechos Fundamentales²¹, porque con ello pierden legitimación, confianza y peso moral ante la sociedad. Si quienes están a cargo de aplicar e

¹⁸ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 54-56.

¹⁹ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 210.

²⁰ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 181.

²¹ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 14.

interpretar el ordenamiento jurídico, apoyan sus decisiones en pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales, validan la ruptura del Estado de Derecho y el ideal de justicia se pone en tela de juicio,²². Las reglas jurídicas que confieren potestades de injerencia a los órganos estatales respecto de las garantías de los ciudadanos imponen límites que operan sólo como garantías de la persona frente al Estado y como reglas de legitimación del ejercicio del poder estatal. Si los órganos estatales infringen las garantías no es posible éticamente pararse frente al imputado, con pretensión de superioridad moral²³. La búsqueda de la verdad no es un valor absoluto, porque subyacen al ordenamiento jurídico penal principios éticos y jurídicos propios del Estado democrático de Derecho, por lo que no puede averiguarse a cualquier precio²⁴. En la persecución penal no se pueden admitir métodos que ofenden el juego limpio y decencia. Así, la confesión bajo tortura debe ser excluida porque se trata de un método de investigación reprobable que atenta contra la dignidad humana. El Estado debe preocuparse por la conducta y los métodos empleados por las policías, las que deben emplear medios lícitos en la persecución penal a fin de preservar la integridad judicial, porque de lo contrario, el Estado de Derecho sería puesto en peligro, los ciudadanos invitados a la anarquía y reinaría la máxima de que el fin justifica los medios²⁵.

Sería un contrasentido defender valores ético-sociales con medios que suponen un desconocimiento de dichos valores. Se abandona el Estado de Derecho si para combatir la delincuencia, los agentes estatales violan sus límites. Los jueces, en tanto órgano del Estado, son los primeros obligados a obedecer y realizar el mandato constitucional, ya que acoger como válida prueba ilícitamente obtenida para sancionar una conducta delictiva equivale a sostener una doble moral inaceptable²⁶.

En 1891 la Corte Suprema de Argentina, tempranamente justificó la exclusión de prueba ilícita en el caso *Charles Hermanos*, argumentando que: “*siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, deben ser declaradas inadmisibles*”. Luego, en 1984, sostuvo en los casos *Montenegro* y *Fiorentino*: “*el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito*”²⁷. Para la Corte no basta con sancionar a los responsables de la vulneración de garantía, porque al utilizar el material probatorio ilícito se afecta la integridad de la administración de justicia.

²² LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 211-212.

²³ MAYER, Julio, *Derecho procesal penal, Parte general. Sujetos procesales*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 139.

²⁴ ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2019, p. 280; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 191.

²⁵ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 183-185.

²⁶ BOFILL, Jorge, “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XII, 1988, pp. 326-242.

²⁷ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 212.

En Estados Unidos, el juez BRANDEIS al emitir voto disidente en el caso *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928), señala: *En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno estará en peligro si no observa la ley escrupulosamente ... El crimen es contagioso. Si el Gobierno se convierte en un infractor de la ley, engendra desprecio por la ley; invita a cada hombre a convertirse en ley para sí mismo; invita a la anarquía*²⁸.

B. CRITERIO DE LA CONFIABILIDAD DE LA EVIDENCIA

Sostiene que la evidencia obtenida con violación de Derechos Fundamentales puede afectar su aptitud para reflejar la verdad²⁹, toda vez que contiene un alto grado de inseguridad y un bajo grado de fiabilidad, porque si los elementos probatorios se recaban fuera de los cauces legales, pueden ser manipulados, aumentando el riesgo de que el proceso penal arroje resultados inexactos³⁰. Así, hay que evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por prueba que no satisface exigencias de credibilidad. Este criterio se basa en el objetivo de la búsqueda de la verdad³¹. En Estados Unidos se cita como ejemplo el reconocimiento de personas sin el aviso y presencia del defensor. Si la presencia del abogado en la diligencia reduce el riesgo de inducción, por ejemplo, la exclusión de los testimonios afectados por la identificación del acusado realizada por los testigos en una alineación realizada con violación de este derecho podría provocar el rechazo de pruebas poco fiables que de otro modo podrían ser defendidas por motivos objetivos³². La razón para excluir una confesión obtenida bajo tortura sería la desconfianza en torno al hecho de que la confesión obtenida por ese medio sea verdadera y no una simple concesión para que la tortura cese³³. La exclusión de la evidencia obtenida sin autorización de entrada y registro se fundaría en la desconfianza de que la policía pudiera haber plantado la evidencia en el lugar y no por el rechazo a la transgresión de la inviolabilidad del hogar.

La exclusión de la evidencia descansaría en el peligro de que la obtención irregular traiga como consecuencia medios de prueba falsos y dicha falta de confiabilidad se mitigaría con la prohibición de valoración.

Se crítica porque la evidencia obtenida ilícitamente puede ser verdadera, confiable y apta para arrojar resultados precisos de los hechos materia del juicio. Por ejemplo, si un policía ingresa a un domicilio de un sujeto sin orden judicial y encuentra un cargamento de droga, la evidencia obtenida es idónea, pertinente, eficaz y confiable para acreditar el delito y la participación, pero debe ser excluida por razones ajenas a la búsqueda de la verdad o a la confiabilidad de la evidencia y lo mismo sucedería si se obligara a un sacerdote a declarar sobre la confesión efectuada por su feligrés en torno a la comisión de un homicidio, pese a que el testimonio del cura podría arrojar resultados exitosos para la investigación penal³⁴. Además, en un sistema de libre valoración de la prueba si la prueba no es confiable el tribunal

²⁸ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 213.

²⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 41.

³⁰ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 213.

³¹ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 181-182.

³² LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 218-219.

³³ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 182.

³⁴ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 219.

no le asignará valor probatorio por lo que el camino de la exclusión probatoria no sería necesario³⁵.

Por otro lado, la tortura o los interrogatorios practicados mediante procedimientos que menoscaben su voluntad, podrían estar perfectamente corroborados con otros medios de prueba obtenidos con posterioridad a la vulneración de garantías en base a la información extraída a partir del medio cuestionado, de manera que su fiabilidad no podría ser puesta en duda³⁶. De seguir sólo este criterio habría que tolerar los atentados a los Derechos fundamentales que no ponen en cuestión la credibilidad de la prueba obtenida y habría que permitir la legitimación del acto ilícito a través de la corroboración posterior de la verdad del hecho acreditado.

C. CRITERIO DE LA PREVENCIÓN

Es el principal fundamento de exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos. Consiste en la prevención de futuras violaciones de derechos por parte de los agentes gubernamentales, disciplinando a la policía y a los fiscales, para evitar que en su actividad probatoria se violen Derechos Fundamentales, ya que la evidencia obtenida de ese modo será excluida del proceso, con lo que su trabajo resultará estéril para los fines incriminatorios que persiguen. Busca motivar a las personas a elegir conscientemente no violar los Derechos Fundamentales para evitar que la evidencia sea inadmisibile. Afirma que la función preventiva se puede también lograr con la educación o internalización por parte de los agentes gubernamentales de la regla de exclusión y de las virtudes y necesidad de utilizar medios legales en la persecución del crimen³⁷. Se dice que, a largo plazo, la demostración de que la sociedad relaciona serias consecuencias a la violación de los derechos fundamentales lo que alienta a quienes formulan políticas de cumplimiento de la ley, así como a los oficiales que las implementan, a incorporar su respeto. El mensaje que entrega a los órganos estatales respecto de la obtención de evidencia con infracción de Derechos Fundamentales refiere: “No lo hagas, no se arriesgue, porque en ese caso no sirve”³⁸.

Se critica por ingenua, porque los policías perciben la amenaza de exclusión de manera menos significativa que otras consideraciones que influyen en su conducta. La exclusión es posible sólo si el caso es activamente disputado, ya que la mayoría de las veces no llegan a juicio oral porque terminan en negociación de pena (*plea bargaining*), por lo que la admisibilidad técnica de las pruebas no es considerada. Cuando la exclusión es una posibilidad real, la amenaza se materializa mucho tiempo después de que el papel del policía en el caso ha terminado. Una amenaza a la exclusión, hecha en el contexto de una negociación de culpabilidad y en el procesamiento prolongado, puede ser una amenaza mínima y lejana para el agente³⁹.

Se sostiene que la prevención de violaciones de Derechos Fundamentales puede ser más eficaz mediante la instrucción y capacitación eficaz y continua de los actores del sistema

³⁵ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 182.

³⁶ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 219-220.

³⁷ HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, p. 47.

³⁸ HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, p. 47.

³⁹ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 219-220.

procesal penal, o mediante la aplicación rigurosa de sanciones civiles, administrativas y penales⁴⁰. Sería más adecuado sancionar al culpable de la infracción constitucional y no premiar al afectado por la violación⁴¹.

El efecto preventivo si bien tiene una finalidad pragmática también se funda en consideraciones ético-sociales, toda vez que a largo plazo busca generar en los actores del proceso penal, el respeto por los Derechos Fundamentales⁴².

Su fundamentación de la exclusión por prueba ilícita en cuestiones preventivas ha dado cabida a la *excepción de buena fe*, según la cual, puede valorarse e ingresar al proceso la evidencia obtenida con violación de Derechos Fundamentales cuando los agentes gubernamentales creen erróneamente que su actuar es lícito, ya que se ha llegado a sostener que, sin efecto disuasorio, no hay regla de exclusión. Importar el fundamento preventivo para la regla de exclusión por prueba ilícita y adoptarlo sin más, sería desconocer los imperativos constitucionales y diluir los Derechos Fundamentales de los gobernados⁴³.

La exclusión de evidencia opera cuando el balance de intereses entre la búsqueda de la verdad y el valor disuasivo de la regla de exclusión es favorable a esta última, de manera que cuando ello no sucede, se establecen excepciones a la aplicación de la regla⁴⁴.

El criterio de prevención como fundamento autónomo y distinto del criterio de preservación de la integridad judicial morigeran la aplicación de la regla de exclusión y permite admitir prueba ilícita en casos que bajo este último criterio serían inaceptables. Sin embargo, son criterios que pueden operar conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita⁴⁵.

En conclusión, en el proceso penal además de la verdad hay otros objetivos de igual o mayor valor tales como la protección de los Derechos Fundamentales no sólo del imputado sino de la sociedad ante el poder de persecución penal del Estado, sólo así puede entenderse la exclusión de prueba pertinente y útil. Cuando se obtiene prueba ilícita se produce una tensión entre la necesidad de persecución penal y el respeto de las libertades individuales. El sacrificio del primer valor en beneficio del segundo supone una jerarquía de valores que sólo tiene cabida en un Estado de Derecho, propio de un régimen democrático⁴⁶.

D. PROTECCIÓN DIRECTA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La prueba ilícita debe ser excluida porque los Derechos Fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. Aún a falta de previsión expresa en el texto constitucional, la regla de exclusión debería emerger *como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los Derechos Fundamentales, cuya vigencia y posición*

⁴⁰ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 215-216.

⁴¹ HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, p. 47.

⁴² HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 186.

⁴³ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 216.

⁴⁴ CHIESA, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y de Estados Unidos*, Editorial Forum, Colombia, 1995, T. I, p. 189.

⁴⁵ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 187.

⁴⁶ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 187.

*preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos*⁴⁷.

CAFFERATA NORES afirma que, aunque no hubiera reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas, sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez, ya que para eso están las garantías⁴⁸.

La falta de mención sobre la posible falta de previsión de la regla de exclusión probatoria en los textos constitucionales, no es un impedimento porque la mayor parte de las normas previstas en la Ley Fundamental que integran derechos y garantías no prescriben sanciones por su inobservancia; en ese tenor se podría derivar su aplicación de la posición preferente de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico, específicamente en los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia. En la actividad probatoria se pueden generar conductas que entrañen violaciones a ciertos Derechos Fundamentales, por ejemplo, si se obtiene información a raíz de una escucha telefónica sin autorización judicial y sin el consentimiento de alguno de los intervinientes en la comunicación, en donde la lesión al derecho fundamental a la privacidad de las comunicaciones; puede obtenerse evidencia material en un allanamiento de un domicilio particular sin la correspondiente orden de cateo, con lo que se vería comprometido el derecho a la inviolabilidad del domicilio; y lo mismo ocurriría en un interrogatorio, si no se permitiera a la defensa contrainterrogar al testigo, concurriendo en ese caso una vulneración al derecho de confrontación y, en último término a la defensa material⁴⁹. En estos casos el derecho fundamental al debido proceso en su sentido adjetivo sufriría un menoscabo, porque si se permitiera el acceso al proceso a ese material probatorio, no se estaría en presencia de un juicio justo o ante un proceso con todas las garantías. Además, si se permitiera la valoración judicial de material probatorio producido con infracción de garantías constitucionales se vulneraría, que en tanto regla probatoria, implica que para que un procesado pueda ser condenado, el órgano de acusación debe haber practicado una mínima actividad probatoria de cargo y que dicho material sea lícito, es decir, la prueba obtenida o practicada con vulneración de Derechos Fundamentales no puede surtir efectos incriminatorios en el proceso penal, por tanto, no es eficaz para destruir la presunción de inocencia. Si bien la exclusión de evidencia obtenida ilícitamente puede generar impunidad, el ordenamiento jurídico debe optar por tutelar ciertos intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del delito, dándoles la categoría de Derechos Fundamentales, por ello, la regla de exclusión tiene como soporte principal la posición preferente de los mismos en el sistema normativo, pues ha sido el propio Estado quien, gracias a una evolución ideológica, una visión antropocéntrica y una concepción democrática, ha establecido normas que, como fuente de poder jurídico, tienen la fundamental e infranqueable misión de contener el poder punitivo de la irracionalidad y la arbitrariedad⁵⁰.

⁴⁷ Sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional español.

⁴⁸ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 217.

⁴⁹ HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, pp. 67 y ss.

⁵⁰ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 217-218.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD

Dependen del alcance que los sistemas jurídicos otorgan a los Derechos Fundamentales cuando éstos colisionan con la persecución penal. Determinada la ilicitud de la prueba debe precisarse la consecuencia jurídica que deriva de la obtención de prueba con infracción de garantías constitucionales. Hay que verificar si la ilicitud de la prueba debe tener algún efecto probatorio o si hay que limitarse a hacer efectivas las responsabilidades civiles, penales y administrativas del autor de la ilicitud. Si se acepta que la prueba ilícita tiene un efecto probatorio, hay que responder si dicho efecto debe ser la inadmisibilidad de la prueba o una prohibición de su valoración⁵¹.

1. EFICACIA O INEFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

1.A. POSICIONES QUE POSTULAN LA EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Se vinculan al sistema inquisitivo, donde se otorgaba preeminencia a la búsqueda de la verdad histórica como objetivo central del proceso de manera que todo elemento probatorio que sirviera al descubrimiento de la verdad material debía ingresar al proceso, por lo que la forma de obtención o producción de la prueba no afectaba su admisión, validez y eficacia probatoria⁵². La convicción del elemento de prueba y su utilidad para el descubrimiento de la verdad era razón suficiente para admitir y valorar la prueba ilícita. Un error policial consistente en obtener evidencia desde el interior de un domicilio al que se ingresó sin orden de entrada y registro no justifica que un culpable quede en libertad y, sin embargo, el rechazo de la evidencia no dice nada respecto de la sanción del policía que obró mal, de manera que se termina protegiendo a quien se descubre evidencia incriminatoria y no al inocente víctimas del delito. En la ponderación de valores la sentencia definitiva debe privilegiar la verdad histórica porque ésta constituye un interés público y prevalente por sobre la lesión de un derecho individual. Se sostiene como solución las acciones de indemnización de perjuicio que puede interponer el afectado y en las sanciones de carácter penal y administrativas que pueden imponerse a los policías que cometieron la ilicitud⁵³.

Además, afirma que, conforme al principio de libre valoración probatoria, corresponde al juzgador, al momento de la valoración de la prueba, apreciar o excluir la prueba que tomará en consideración para emitir su resolución⁵⁴.

Sin embargo, en la actualidad se reconoce que la prueba posee límites intrínsecos y extrínsecos de manera que la verdad no es el único fin del proceso penal toda vez que en un Estado democrático de Derecho la investigación o averiguación de la verdad no puede realizarse a cualquier precio. La licitud probatoria es un presupuesto ineludible para la valoración judicial, de manera que el principio de libre valoración probatoria no autoriza al

⁵¹ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 169-170.

⁵² LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 239.

⁵³ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 171-172; LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 239.

⁵⁴ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 239.

juez a sentenciar con base en prueba producida ilícitamente, pues, no es lo mismo libertad de apreciación y libertad de utilización de la prueba⁵⁵.

1.B. POSICIONES QUE IMPUGNAN LA EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

En Derecho comparado hay tres sistemas que dan un tratamiento diferenciado a la ineficacia de la prueba ilícita. Los países de tradición anglosajona aplican una regla de exclusión que establece que la que la prueba ilícita no puede incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Con matices países como Estados Unidos, Canadá, Australia y la Gran Bretaña siguen esta postura⁵⁶.

En Estados Unidos la regla de exclusión constituye una barrera que impide la incorporación de la prueba ilícita en la fase de admisión. La ineficacia es sinónimo de inadmisibilidad por tres razones: a. Disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas; b. Evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente; y c. Impedir que el Estado se beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales⁵⁷.

En Estados Unidos el *efecto disuasivo* de la regla de exclusión es fundamental, lo que demuestra una preocupación por la conducta de los agentes encargados de la persecución penal que excede el caso concreto en que se presenta el problema. Esta postura tilda de ingenua la posición que sostiene que basta con imponer sanciones civiles, administrativas y penales para lograr el respeto de los Derechos Fundamentales, por creer que los propios órganos encargados de la persecución penal (policía y Ministerio Público) interesados en la admisión de la prueba, investigaran para lograr la sanción de los policías que violaron un Derecho Fundamental en la obtención del elemento de prueba⁵⁸.

En países de tradición romana, como Francia e Italia, las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de sanciones previstas en la propia legislación. En Francia, se estableció un sistema de nulidades específicas basado en la legislación, donde la base puede ser explícita y específica (nulidades textuales) o puede acontecer la violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones procesales (nulidades sustanciales). En ambos casos, el juez no puede anular la prueba si no se afectan los intereses de la parte concernida. En Italia, la infracción a las prohibiciones legales en la adquisición de la prueba genera la prohibición de admisión y la prohibición de valoración probatoria⁵⁹.

En Alemania, Suiza y Holanda, se confiere un amplio arbitrio judicial para decidir, caso por caso, cuándo la prueba ilícita ha de ser desestimada; determinación que siempre debe cruzar el filtro de la ponderación de intereses en conflicto⁶⁰.

⁵⁵ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 239-240.

⁵⁶ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 240-241.

⁵⁷ CHIESA, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos...*, T. I, p. 184.

⁵⁸ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 174.

⁵⁹ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 241.

⁶⁰ LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, p. 241.

En Alemania la *Teoría de la ponderación de intereses en conflicto* pretende evitar la exclusión de la prueba ilícita en casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la entidad de la infracción al Derecho Fundamental comprometido. De esta manera se supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tenga el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia⁶¹.

En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad limita la admisión a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes, lo que importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la que se atiende, de manera que, la prueba ilícita será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones⁶². Así las cosas, apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad⁶³.

La posibilidad de revisar y valorar elementos probatorios obtenidos de manera ilícita depende de si la lesión afecta o no en forma esencial el ámbito de derechos del sujeto o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él (peso de la infracción)⁶⁴. En el análisis deben considerarse cuál es el fundamento de la disposición infringida y la pregunta sobre “en interés de quien ha sido establecida la disposición (teoría del entorno jurídico)⁶⁵. Así, por ejemplo, cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en un video una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba, mientras que se debería decidir en forma distinta si se tratara de probar una injuria o daños⁶⁶.

HERNÁNDEZ apunta que el BGH luego de reiterar que no toda prohibición de producción de prueba conduce sin más a una prohibición de valoración, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de la ponderación en la que debe apreciarse el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, pero en la que, además debe considerarse el criterio de los *intereses de una efectiva persecución penal*. Cuál de los intereses en juego debe imponerse en el caso concreto es algo que no puede definirse *a priori* en términos generales⁶⁷. Esta teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, agrupándolos según se refieran a las pruebas de sangre, a las filmaciones clandestinas que no afectan al ámbito de la vida privada, a las grabaciones magnetofónicas clandestinas, a los diarios íntimos, etc.⁶⁸.

⁶¹ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 174.

⁶² HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, p. 75.

⁶³ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 174.

⁶⁴ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho penal, parte genela*, Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p. 800.

⁶⁵ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, p. 192.

⁶⁶ HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal...*, p. 92.

⁶⁷ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 32-33.

⁶⁸ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal...*, p. 801.

En España PASTOR BORGONÓN estima que el tema debe resolverse ponderando los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos ha de prevalecer. Entiende que el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen como Derechos Fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra el responsable. Las actividades contrarias a él que se refieren al derecho de propiedad no podrán considerarse inconstitucionales y en ningún caso se deriva de ellas la inadmisibilidad procesal de los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de ellas. Sólo la violación de un derecho fundamental convertirá en inadmisibile una prueba. Por ello la propiedad como no es un derecho fundamental, aunque esté protegida por la Constitución, debe ceder frente al derecho a la tutela judicial y al interés público en la averiguación de la verdad⁶⁹.

Esta doctrina ha sido criticada por ser incompatible con el Estado de Derecho, en cuanto la imprecisión de los criterios de ponderación y el consiguiente arbitrio subjetivo valorativo del aplicador del Derecho lo que no garantizaría resultados previsibles. No obstante, la jurisprudencia alemana con la aplicación del *principio de proporcionalidad* y su corolario de ponderaciones debería tender a reducir las inseguridades en esta materia⁷⁰. Además, ha sido criticada porque, el acusado tiene un derecho no solo a que las disposiciones establecidas especialmente para su protección se observen, sino también a que, en general, la forma judicial del procedimiento sea garantizada; o sea, también las infracciones en este ámbito afectan su “ámbito de derechos” y puedan justificar una prohibición de valoración, de modo tal, que este criterio no es suficiente para la diferenciación⁷¹.

LÓPEZ MASLE afirma que las garantías fundamentales funcionan a nivel de principios, que deben ser concretados en reglas establecidas en criterios jurisprudenciales válidas para casos similares, que permitan establecer en el caso concreto los límites y alcances de la garantía a los que deben someter su actuar los agentes de la policía y conforme a los cuales deben resolverse los casos de exclusión de la prueba ilícita. Agrega que así ha funcionado en Alemania, España y USA y así debería funcionar en Chile conforme a la norma del art. 373 a) CPP que entrega a la Corte Suprema la posibilidad de anular el juicio oral y de la sentencia cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes⁷².

VI. HIPÓTESIS LEGALES DE PRUEBA ILÍCITA

El inciso tercero del art. 276 establece dos hipótesis alternativas que definen la prueba que debido a su ilicitud debe excluirse del proceso: las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y las que hubieren sido obtenidas con

⁶⁹ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal...*, p. 799.

⁷⁰ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 32-33.

⁷¹ ROXIN Y SCHÜNEMANN, *Derecho procesal penal...*, p. 283.

⁷² HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 178.

inobservancia de garantías fundamentales⁷³. En todo caso, si se analizan las reglas pertinentes a lo largo del Código procesal penal, resulta evidente que el estándar de exclusión de la prueba ilícita es significativo. Así el art. 159 CPP exige que el perjuicio que proviene de la actuación o diligencia judicial defectuosa sea reparable únicamente con la declaración de nulidad y agrega que existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. De lo anterior se desprende claramente el *carácter subsidiario* de la nulidad. A su turno el art. 160 CPP presume de Derecho la existencia de perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. Con ello el legislador deja meridianamente claro que el perjuicio debe ser *sustancial*. Por último, del art. 373 a. CPP se desprende que la infracción de los derechos o garantías asegurados por la CPR o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes debe ser *sustancial*. Según la Corte Suprema ello debe ser interpretado en el sentido de que la infracción debe ser de importancia, sustancial o trascendente (SCS Rol 10.910-13, de 07 de enero de 2014).

1. PRUEBAS QUE HUBIEREN SIDO OBTENIDAS CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES.

Las *garantías fundamentales* son las contempladas en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile⁷⁴. Este concepto debe ser considerado para determinar el sentido y alcance de los presupuestos de la autorización judicial previa en el art. 9 CPP, de la cautela de garantías conforme al art. 10 CPP, de la presunción de perjuicio para los efectos de la nulidad procesal prevista en el art. 160 CPP o de la procedencia del recurso de nulidad de acuerdo con el art. 373 letra a). Por lo tanto, todas las garantías constitucionales tienen el rango de Derechos Fundamentales⁷⁵.

Sin embargo, hay que considerar que la inobservancia de garantías fundamentales significa algo más que la inobservancia de la legalidad, por lo que para configurarla no basta la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que dicha vulneración debe vincularse con la afectación de una garantía fundamental⁷⁶. Además, dicha inobservancia puede emanar tanto de actuaciones jurisdiccionales como de actos administrativos de los órganos del Estado y tanto de la actividad de éstos como de la de los particulares⁷⁷.

La infracción de garantías constitucionales previstas en el art. 19 CPR, puede provenir de actuaciones de los órganos de la persecución penal, de las que puede derivar material probatorio que debe ser excluido. Así, la *integridad física y psíquica* de la persona (art. 19 N° 1 CPR) es conculcada con apremios ilegítimos físicos o psíquicos realizados para obtener información tendiente al esclarecimiento de los hechos objeto de investigación penal. El

⁷³ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 43; HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, p. 188.

⁷⁴ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 51; HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, p. 188.

⁷⁵ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 52.

⁷⁶ CAROCA, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, 1998, p. 307.

⁷⁷ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 51.

derecho de defensa jurídica se transgrede si se impide, restringe o perturba la debida intervención del letrado (art. 19 N° 3 inc. segundo CPR), como ocurriría si se negara el ingreso del defensor mientras el imputado presta declaración voluntaria en los términos establecidos en el art. 91 CPP. El *respeto y protección de la vida privada* de las personas (art. 19 N° 4 inciso primero, primera parte CPR) se vería afectado por la captación de imágenes o sonidos desde fuera del hogar del afectado o accediendo, también desde fuera del hogar, a información, que no pueda calificarse como comunicación, y que se encuentre contenida en soportes como un disco duro. La *inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada* (art. 19 N° 5 CPR), puede afectarse mediante la entrada y registro irregular de lugares cerrados (arts. 205 y ss.); la retención e incautación indebida de correspondencia (Art. 218) o la interceptación de comunicaciones telefónicas (arts. 222 y ss.). El derecho a la *libertad personal* (art. 19 N° 7 CPR), transgredirse en caso de privación o restricción ilegal, mediante una *detención ilegal*, es decir, practicada fuera de los casos previstos en los arts. 127 a 130, si en tales circunstancias se obtiene material probatorio, por ejemplo, a través de la incautación de las especies que el detenido porta consigo (art. 187 inciso segundo frase final). La *prohibición de obligar al imputado en causa criminal a declarar bajo juramento sobre hecho propio o a los parientes a declarar en su contra* (art. 19 N° 7 inciso segundo letra f) CPR), complementada con el *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo* contemplado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 8 N° 2 letra g) del CADH; art. 14 N° 3 letra g) PIDCP), y recogida en el art. 93 letra g) CPP, puede ser vulnerada si el acusado es obligado a declarar en contra de sí mismo o a declarar bajo juramento de decir verdad o sin lectura previa de derechos y, en particular, del derecho a guardar silencio⁷⁸. El *derecho de propiedad* (art. 19 N° 24 CPR) puede afectarse por la persecución penal, mediante *incautaciones ilegales* (arts. 187 y 217 CPP). El derecho al *debido proceso* contemplado bajo la fórmula: “*garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*” (art. 19 N° 3 inciso quinto CPR), comprende un *haz de garantías procesales*, cuyo contenido específico no es pacífico, toda vez que constituye un núcleo en evolución. Además, muchos de los principios que forman parte de un debido proceso están contemplados expresamente en el texto constitucional, como ocurre con el principio del juez natural, con la necesidad de juicio previo o con el derecho de defensa (art. 19 N° 3 incisos segundo, cuarto y quinto CPR); o con el derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio o del derecho a la libertad durante el proceso (art. 19 N° 7 letras f) y e) CPR), o en los Tratados sobre Derechos Humanos, como ocurre con la presunción de inocencia, el derecho a no declarar sobre hecho propio, el derecho a un juicio público, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a hallarse presente en el proceso y a examinar las pruebas de cargo, etc., reguladas en el art. 14 PIDCP y en el art. 8° CADH. Así las cosas, a menudo se produce un solapamiento entre la cláusula general del debido proceso con las garantías que lo constituyen y que están contempladas expresamente en la Constitución o en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, la cláusula constitucional del debido proceso tiene su mayor valor en aquellos principios que potencialmente pueden irse incorporando a ese núcleo evolutivo, lo que si bien crea un cierto grado de incertidumbre resulta necesario ante los cambios culturales y valóricos que experimenta la sociedad. El componente esencial del debido proceso se encuentra constituido sólo por los principios que conforman el requisito esencial de legitimidad del proceso penal y que debe ser determinado

⁷⁸ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 469 y ss.

por la doctrina y por la jurisprudencia. Lo relevante para la práctica es determinar el establecimiento de los alcances procesales concretos de las garantías fundamentales expresamente contempladas en la Constitución o en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos⁷⁹.

2. PRUEBAS QUE PROVINIEREN DE ACTUACIONES O DILIGENCIAS QUE HUBIEREN SIDO DECLARADAS NULAS

⁷⁹ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 54-56.

Esta hipótesis trata casos en los que a propósito de una actuación judicial que adolece de nulidad se obtiene material probatorio⁸⁰⁻⁸¹. La declaración de la nulidad procesal es un mecanismo establecido para remediar un defecto de procedimiento que ocasiona perjuicio, entendiéndose que concurre un perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (art. 159).

⁸⁰ En contra de esta postura LÓPEZ MASLE afirma que esta hipótesis sólo puede entenderse de una de dos maneras: “la primera, es que frente a la ilicitud probatoria originada en violación de garantías fundamentales existirían casos en que la violación afecta normas de rango legal que no alcanzan a constituir violación de derechos fundamentales. En este último caso, estaríamos ante lo que la doctrina española suele denominar *prueba irregular o ilegal*. Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria es una forma en que el CPP extiende la regla de exclusión de prueba a la *prueba irregular*, resolviendo así un problema arduamente discutido por la doctrina española. La segunda manera es entender que frente a la ilicitud probatoria derivada directamente de la infracción de derechos fundamentales existe una segunda categoría en que hay una norma legal que concreta o precisa la garantía fundamental involucrada, de tal manera que para declarar la ilicitud probatoria no es necesario acudir a la determinación de los alcances de la garantía constitucional involucrada, porque tal violación se encuentra “objetivada” por una disposición de carácter legal. Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria en el CPP chileno es una forma de reconocer la existencia de una declaración “anticipada” de la ilicitud probatoria, en el sentido de que es anterior a la audiencia de preparación del juicio oral, que impone al juez la exclusión automática de la prueba obtenida de ese modo y lo libera de la necesidad de entrar a considerar recién en ese momento si existe o no violación de garantías fundamentales. Como se observa, si entendemos el problema del primer modo, la hipótesis de nulidad como base de la regla de exclusión queda fuera del concepto de prueba ilícita en el sentido restringido en que lo utilizamos en esta obra; si entendemos el problema del segundo modo, la hipótesis de nulidad, en cambio, no sólo queda incorporada dentro del marco del concepto de prueba ilícita que utilizamos en este trabajo sino que aporta, además, a su sistemática, la idea de que es posible acudir a las reglas sobre nulidad probatoria para determinar la ineficacia probatoria anticipadamente, esto es, en forma previa a la aplicación de la regla de exclusión. Más allá de sus repercusiones sistemáticas, sin embargo, nos parece que ambas modalidades son completamente válidas desde un punto de vista normativo, esto es, que la incorporación de esta hipótesis secundaria en el art. 276 CPP cumple ambas funciones. En efecto, si consideramos, en primer lugar, el problema de la prueba irregular o ilegal, parece evidente que no basta con reconocer su existencia como alternativa a la de la prueba inconstitucional o *ilícita*, sino que es necesario resolver qué sucede cuando los agentes de la persecución penal incurren en tal tipo de ilegalidad. La lógica de la admisibilidad probatoria se traicionaría a sí misma si, fundada en el alcance constitucional del concepto de *prueba ilícita*, decidiera que está obligada a reconocer admisibilidad y eficacia a la prueba irregular o ilegal. La respuesta más razonable para este problema parece ser, entonces, la que ofrece el art. 276 CPP: que estas situaciones deben resolverse por la vía de la nulidad procesal y, de esta manera, ser declaradas ineficaces, lo que conllevará los mismos efectos de ineficacia probatoria que la declaración de ilicitud con base en inobservancia de garantías fundamentales. En segundo lugar, si consideramos el caso de las garantías fundamentales objetivadas por una disposición legal, la respuesta más razonable sigue siendo la que ofrece el art. 276 CPP: que se permita al juez de garantía pronunciarse a través del incidente de nulidad en torno a la ineficacia probatoria del elemento obtenido a través del acto cuestionado, permitiendo así resolver de manera consistente el problema de la eficacia de la prueba ilícita durante la etapa de investigación. Se trata, además, de una conclusión que es absolutamente coherente con la función reconocida a las formas procesales como mecanismos legales para el resguardo de garantías” (HORWITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, pp. 189-191).

⁸¹ LÓPEZ MASLE reconoce que la redacción original del art. 159 CPP, permitía en términos amplios la declaración de nulidad de “las actuaciones o diligencias defectuosas del procedimiento”, lo que permitía incluir, las practicadas por el Ministerio Público y la policía, que son por excelencia las actuaciones o diligencias que permiten la obtención de pruebas y cuyo carácter defectuoso da origen a la prueba ilícita (HORWITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, p. 207). Sin embargo dicho texto fue modificado por el Senado en el sentido de que sólo podía declararse nulidad respecto de actuaciones o diligencias *judiciales*, de manera que el elemento histórico conspira en contra de la tesis de LÓPEZ MASLE.

La nulidad procesal procede sólo respecto de actuaciones o diligencias *judiciales* por lo que debe existir un vínculo entre la actuación judicial susceptible de ser declarada nula y la obtención de prueba. Así por ejemplo, sucede con las *audiencias judiciales de relevancia probatoria*, susceptibles de ser declaradas nulas y de conducir a la exclusión de la prueba producida en ella, la audiencia de prueba testimonial anticipada (arts. 191 y 280) y la audiencia de declaración del imputado, cuando hay dos o más, como medio de defensa (art. 98), por cuanto estas declaraciones pueden excepcionalmente incorporarse al juicio como prueba testimonial mediante su lectura, si se dan los presupuestos del art. 331 letras c) y d). También podría excluirse material probatorio por nulidad del acto judicial, en aquellas *resoluciones* que constituyen *autorizaciones u órdenes judiciales* otorgadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 9, 197, 205, 217, 218 o 222 CPP, etc., esto es, las autorizaciones requeridas por el Ministerio Público para realizar o mandar realizar diligencias de investigación que priven a una persona del ejercicio de los derechos constitucionales, o los restrinjan o perturben. Estos casos pueden ser agrupados en: a) casos en los que la autorización u orden es legalmente improcedente, como por ejemplo, una orden de incautación de objetos o documentos a que se refiere el art. 220 CPP o la autorización de una interceptación telefónica en una investigación por hurto simple (art. 446 CP) o estafa (art. 473 CP), en circunstancias que, salvo en casos excepcionales regulados por disposición expresa (arts. 369 ter CP y 411 octies CP; delitos comprendidos en el art. 226 bis CPP cuando concurren los presupuestos indicados en este precepto legal), esa diligencia investigativa sólo procede respecto de hechos constitutivos de crimen (art. 222); b) La autorización u orden es en principio legalmente procedente, pero no se ha cumplido con algún trámite exigido por la ley para su otorgamiento, como es el caso de la autorización de la entrada y registro de un lugar que goza de inmunidad diplomática o de un local consular sin cumplir con el procedimiento previo dispuesto en los arts. 210 y 211, o si fuese recabada directamente por la policía y no por el fiscal; c) La autorización u orden concedida es inobjetable desde un punto de vista formal, pero la voluntad del juez está viciada por coacción o por error imputable o no a engaño sobre los antecedentes en que se funda la solicitud, como ocurriría si el fiscal funda su solicitud en antecedentes falsos u omite información esencial ; d) La autorización u orden es formalmente inobjetable y el juez la ha otorgado con voluntad libre de todo vicio, pero no concurren los requisitos *materiales* que justifican otorgarla, esto es, *ex ante* y con los antecedentes disponibles, carece de todo fundamento por lo que es arbitraria y abusiva, como sucedería si la autorización de interceptación telefónica no tiene sustento para constituir *fundadas sospechas*, basadas en *hechos determinados* exigidas por el art. 222 o no hay *motivos fundados* que hagan previsible, como exige el art. 218, la utilidad de la correspondencia retenida para la investigación o cuando de la práctica de determinados exámenes corporales al imputado conforme el art. 197 inequívocamente debe temerse menoscabo para su salud o dignidad del interesado. En todas estas situaciones lo normal es que el Juez de Garantía resuelva con la urgencia de la situación y con antecedentes provisorios por lo que tiene un margen de ponderación y de cierta discrecionalidad. Así, no toda decisión judicial más o menos acertada este contexto puede ser impugnada por la vía de la nulidad procesal, sino sólo aquella que desde una perspectiva *ex ante* y para un tercero imparcial que dispone de los mismos antecedentes de que dispone el juez sea injustificada y no razonable, toda vez que las autorizaciones u órdenes previstas determinadamente para el resguardo de las garantías no pueden carecer de todo fundamento ni ser irracionales, por lo

que en estos casos procede la nulidad procesal y la exclusión del material probatorio que se obtuvo a partir de ella⁸².

La declaración de nulidad requiere *perjuicio* efectivo para uno de los intervinientes lo que ocurre cuando la inobservancia de las formas procesales *atenta contra las posibilidades de actuación* de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (art. 159 CPP). La ley presume de derecho *la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República* (art. 160). Sin embargo, la declaración de nulidad es subsidiaria, ya que sólo procede cuando el perjuicio sea *reparable únicamente con la declaración de nulidad* (art.159).

Esta hipótesis es restrictiva ya que circunscribe la nulidad sólo a las actuaciones judiciales, y si bien establece una presunción de derecho sobre la concurrencia de perjuicio, la exigencia consistente en que la infracción genere la *imposibilidad de ejercer plenamente garantías o derechos en el proceso*. Ello da cuenta del carácter *subsidiario de la nulidad*, es decir, sólo procede cuando se ha ocasionado un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad, lo que restringe bastante los casos en los que procede su declaración.

No se preservar la mera ritualidad del procedimiento sino exclusivamente se pretende evitar la grave *indefensión* de alguno de los intervinientes. La interpretación práctica del carácter subsidiario de la nulidad procesal puede tender a relacionar el perjuicio que ésta exige con la inobservancia de las *garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos* (art. 19 N° 3 inciso quinto CPR), identificándose esta hipótesis de exclusión de prueba con la inobservancia de garantías fundamentales. Como la principal fuente de actuaciones judiciales susceptibles de ser anuladas y de las que puede emanar material probatorio son las autorizaciones u órdenes judiciales previas para diligencias investigativas que afectan garantías fundamentales, la discusión versará sobre la exclusión de material probatorio obtenido con *inobservancia de garantías fundamentales*, con lo que la primera hipótesis legal de exclusión tiende a identificarse con la segunda. En esta hipótesis, en principio, la afectación de las garantías fundamentales parece legitimada, hasta que la declaración de la nulidad procesal destruye esa apariencia. Además, la declaración de nulidad otorga certeza anticipada ya que puede ser declarada con anterioridad a la discusión sobre la exclusión de prueba⁸³.

Nuestro ordenamiento distingue entre casos de infracción de Derechos Fundamentales y aquellos en los que se ha producido una mera ilegalidad, interpretación que es coherente con los artículos 159, 276 inciso 3° y 373 a) CPP⁸⁴. Esta concepción diferenciadora entre la mera ilegalidad y la infracción de garantías esenciales y la falta de equivalencia de ambos conceptos, ha sido asumida por la Corte Suprema, a propósito de los recursos de nulidad fundados en el art. 373 a) del CPP. Se sostiene que una sentencia es legítima y constitucional, incluso si durante la investigación, en el proceso o en la sentencia

⁸² HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 44-48; NÚÑEZ, Raúl; CORREA, Claudio, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, 2017, pp. 195 – 246, pp. 211-212.

⁸³ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 48-50.

⁸⁴ NÚÑEZ Y CORREA, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno...”, pp. 214-215; GONZÁLEZ, “La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile...”, p. 360.

han existido infracciones legales, siempre que no se conecten con relativa *trascendencia* con algún derecho sustancial reconocido en la Constitución o los Tratados Internacionales incorporados a través de ésta⁸⁵. Si se infringe una garantía fundamental, con independencia de la jerarquía constitucional o legal del precepto que la contemple o desarrolle, habrá también prueba ilícita⁸⁶.

La nulidad procesal debe solicitarse fundadamente y por escrito, incidentalmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persigue, a menos que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, caso en el que debe impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia (art. 161).

En cuanto a la *legitimación activa* sólo puede solicitar su declaración el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo (art. 162).

Respecto de la *oportunidad procesal* para impetrarla, ésta tiene como límite el paso de una etapa procesal a otra, toda vez que no puede reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente debe ser declarada inadmisibles (art. 161).

Por regla general la nulidad sólo puede declararse a petición de parte. A lo más el juez debe poner en conocimiento del perjudicado los vicios que estime concurrentes a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos, salvo que excepcionalmente se trate de una nulidad de las previstas en el art. 160, esto es, cuando se presume de derecho el perjuicio por haberse impedido el pleno ejercicio de garantías o derechos reconocidos en la Constitución o las leyes, único caso en el cual la nulidad puede ser declarada de oficio (art. 163).

Las nulidades se pueden sanear cuando el perjudicado no impetra oportunamente su declaración, cuando acepta expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumple su finalidad respecto de todos los interesados. Los únicos casos en que no procede el saneamiento es el de los casos previstos en el art. 160 (art. 164).

La oportunidad procesal para declarar la nulidad procesal para los efectos de la exclusión de prueba, no se limita a los casos la nulidad ha sido declarada con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, como podría desprenderse del inc. tercero del art. 276 CPP, con la expresión “que *hubieren sido* declaradas nulas”, porque la exclusión siempre se funda en una nulidad procesal previamente declarada y porque el art. 161 afirma expresamente “Con todo, no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación *después* de la audiencia de preparación del juicio oral”. Tampoco se ve afectada esta conclusión por el límite temporal consistente en el paso de una etapa procesal a otra, ya que lo normal será que en la audiencia de preparación de juicio oral se

⁸⁵ Así, entre otras, se pronuncian las SCS Rol 5.898–08, de 26 de enero de 2009; SCS Rol 3.657-2010, de 23 de agosto de 2010; SCS Rol 10.910-13, de 7 de enero de 2014; etc. (CORREA, Claudio, “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo”, en Revista *Política criminal*, Vol. 11, N° 21, 2016, p. 117.

⁸⁶ GONZÁLEZ, “La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile...”, p. 360.

declare la nulidad de actuaciones realizadas durante la etapa de investigación, al margen de los establecido en el art. 161⁸⁷.

VII. OPORTUNIDAD PARA HACER VALER LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE

El debate en torno a la ilicitud de la prueba es transversal a las etapas del proceso penal en Chile. Si bien la prueba ilícita aparece expresamente regulada el art. 276 CPP a propósito de la audiencia de preparación del juicio oral, su importancia trasciende dicha etapa procesal, toda vez que afecta tanto el debate que se produce durante la etapa de investigación, por ejemplo, a propósito de la discusión sobre medidas cautelares. Además, el debate sobre licitud de la prueba puede reabrirse ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, fundado en que la ilicitud no fue declarada, por diversas razones, por el Juez de Garantía en la audiencia de preparación del juicio oral. Por último, el debate en torno a la ilicitud de la prueba puede plantearse vía del recurso de nulidad en virtud de lo dispuesto en el art. 373 letra a.

1. LA ILICITUD DE LA PRUEBA DURANTE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

Previo a la audiencia de preparación del juicio oral no es posible excluir prueba ilícita, por lo que es importante determinar si dicho material probatorio puede servir de base al Juez de Garantía para adoptar decisiones durante la etapa de investigación, sobre todo en materia de medidas cautelares. El tema por resolver consiste en si, por ejemplo, puede el Juez de Garantía utilizar material probatorio cuyo origen puede ser ilícito (Ej.: antecedentes obtenidos de un allanamiento manifiestamente ilegal, de una detención declarada ilegal conforme a los arts. 95 inc. primero y 132 CPP o de una diligencia fundada en una autorización declarada nula) para estimar satisfechas las letras a) y b) del art. 140 inc. primero CPP a la hora de resolver sobre la prisión preventiva. A la hora de resolver la petición de medidas cautelares el Juez de Garantía debe evaluar las probabilidades de éxito que arrojan los antecedentes que le presenta el fiscal, de manera que tiene el deber de considerar si a partir de aquellos es predecible la posterior exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral, de manera que si ese es el escenario probable, el Juez debería denegar la petición de prisión preventiva, a menos que existan otros antecedentes incuestionables en los que pueda justificar razonadamente la concesión de la medida cautelar. La prognosis sobre las probabilidades de condena y cumplimiento efectivo de la pena constituyen un criterio esencial en la justificación de las medidas cautelares. A ello se agrega el déficit de legitimación que afecta al poder estatal cuando vulnera las garantías fundamentales y que informa el fundamento ético de la exclusión de la prueba ilícita, que impide al Estado imponer una pena u otra privación o restricción de derechos en base a prueba ilícita, ya que de lo contrario la prisión preventiva sería una pena anticipada⁸⁸. Existe una prohibición de valoración de prueba ilícita en la etapa de investigación, de manera que el Juez de Garantía debe resolver las solicitudes planteadas en la referida etapa, sin tener en cuenta la prueba

⁸⁷ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 50-51; NÚÑEZ Y CORREA, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno...”, p. 212.

⁸⁸ HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, pp. 88-89.

ilícita. El art. 276 CPP tiene por función asegurar la vigencia de los Derechos Fundamentales del imputado ante los ataques antijurídicos cometidos por los órganos encargados de la persecución penal generados con ocasión de la obtención de prueba⁸⁹. El art. 14 a) COT, establece que es un deber del Juez de Garantía asegurar los derechos del imputado en el proceso penal. Dicha obligación se vulnera de aceptar que una infracción a Derechos Fundamentales puede quedar sin una efectiva sanción procesal, sirviendo la prueba así obtenida por parte de los órganos persecutores, además, como sustento material de resoluciones judiciales. Además, permitir la valoración de un elemento probatorio en la etapa de investigación, pese a que se sabe que éste podrá ser excluido en la audiencia de preparación del juicio oral, crea una incoherencia interna en el sistema, porque es contradictorio aceptar la exclusión de elementos de prueba en la audiencia de preparación del juicio oral, y a la vez permitir que estos antecedentes puedan servir de base a una resolución judicial en la etapa de investigación⁹⁰.

Singular importancia tiene lo dicho en la *audiencia de control de legalidad de la detención* toda vez que ya sea a partir de actuaciones autónomas de la policía como el control de identidad o de la detención por flagrancia o con ocasión del cumplimiento de una orden judicial las policías pueden obtener antecedentes que permitirán al fiscal fundar la imputación penal o solicitar medidas cautelares en contra del imputado.

En cuanto al control de identidad la Corte Suprema ha ido construyendo jurisprudencia en torno a la determinación del sentido y alcance del art. 85 CPP.

Así, por ejemplo, en cuanto a las “denuncias anónimas”, la Corte Suprema estima que podrían no ser suficientes para configurar un *indicio* que habilite el control de identidad. Así, desde el año 2013 ha manifestado su desconfianza y ha sostenido que denuncias anónimas telefónicas no constituyen un indicio idóneo (SCS roles N° 2.343-2013; N°1.946-2015; N°14.275-2016; N°28.380-2016; N° 41.342-2017), salvo que se otorgue información adicional que permita justificar la intervención policial (SCS roles N° 10.625-2018 y N° 5.353-2018). En mayo de este año la corte se pronuncia sobre un caso en el que la policía no registró el nombre de la denunciante y no se hizo una descripción sobre el hecho ilícito que supuestamente estaba cometiendo el imputado y que habría justificado el ejercicio del control de identidad (SCS rol N° 1.186-2020)⁹¹.

Respecto de las “infracciones contravencionales”, desde el año 2017 la Corte Suprema ha establecido que cuando la policía realiza un control fundado en una infracción contravencional no penal (por ejemplo, una infracción a la Ley de alcoholes), ello no habilita practicar un control de identidad, salvo que se presente un indicio con el estándar requerido por el art. 85 CPP (SCS roles N°40.045-2017 y N° 8.255-2018). En los roles N° 41.241-2019

⁸⁹ ETCHERRÍA DONOSO, Isabel, *Los Derechos Fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querrelante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2011, p. 27; ZAPATA GARCÍA, Francisca, *La prueba ilícita*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 23; MAYER, *Derecho procesal penal...*, T. II, p. 139.

⁹⁰ CORREA, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas...”, pp. 155-159 ; HORWITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, pp. 204 y ss.

⁹¹ Duce, “¿La revolución de mayo? La Corte Suprema y los controles de identidad”, en El Mercurio Legal, Martes, 09 de junio de 2020.

y N° 30.185-2020 Carabineros interviene invocando normas contravencionales, pero, sin un indicio adicional, realizando registros conforme al art. 85 CPP⁹².

En cuanto a la “percepción policial”, la Corte Suprema ha sostenido que no basta la percepción policial de que hay olor a marihuana para configurar un indicio objetivo y verificable para practicar un control de identidad. Desde 2014, en SCS rol N° 21.413-2014; y lo ha reiterado en SCS Rol N° 2.222-2019. Enfatiza la Corte Suprema el *carácter subjetivo de tal percepción* (SCS Rol N° 30.159-2020) y da cuenta de un trabajo policial poco riguroso. Así, por ejemplo, refiere que funcionarios policiales afirman que percibieron olor a marihuana a una distancia importante. Sin embargo, se trataba de dos personas que estaban esperando un bus en un paradero en una carretera, al aire libre y a plena luz del día, y ni siquiera estaban fumando y al ser interrogados si lo habían hecho, lo negaron. Igualmente se realizó control de identidad y al ser registrados uno de los controlados portaba en su mochila marihuana “enguinchada”⁹³.

En lo que dice relación con la “entidad del indicio”, se da cuenta del caso de un copiloto de un automóvil que guarda algo bajo su asiento cuando Carabineros se acercaba para realizar un control vehicular por una maniobra no permitida (intentar retroceder), sin embargo, la Corte Suprema afirmó que era una *conducta neutra* que no configura el indicio exigido por el art. 85 CPP (SCS Rol N° 33.326-2020) sin indicar que entiende por “conducta neutra”. Debajo del asiento se encontró en el registro del vehículo pasta base. Sin embargo, la Corte analiza el comportamiento consistente en guardar algo bajo el asiento, en forma aislada del resto de las circunstancias, lo que no es consistente otras sentencias en las que la Corte ha afirmado que la valoración de él o los indicios debe hacer considerando la globalidad de los hechos y no en forma parcelada (SCS rol N° 41.779-2017). No se trataba de un buen caso para el Ministerio Público porque Carabineros justificó su actuación en que observó a los ocupantes del automóvil “nerviosos”, argumento que la Corte Suprema ha descartado sistemáticamente como constitutivo de un indicio correspondiente al art. 85 CPP, por su carácter subjetivo⁹⁴.

Respecto del “carácter sustantivo y no aritmético del indicio”, la SCS rol N° 19.113-17, afirma que la ley transita de un enfoque “aritmético”, requiriendo una pluralidad de indicios, con independencia de su gravedad o precariedad, a uno “sustantivo”, en el que debe atenderse a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías, para dilucidar si se trata de un indicio. Lo relevante es si el indicio justifica razonablemente la temporal restricción de la libertad personal de quien es sometido al control, de modo de descartar el uso arbitrario, antojadizo o discriminatorio de esta herramienta legal contra un sector de la población.

Además de los casos antes referidos existen otros en los que resulta evidente la ilicitud del material probatorio, como sucede cuando se trata de detenciones sin orden judicial o

⁹² Duce, “¿La revolución de mayo? La Corte Suprema y los controles de identidad”, en El Mercurio Legal, Martes, 09 de junio de 2020.

⁹³ Duce, “¿La revolución de mayo? La Corte Suprema y los controles de identidad”, en El Mercurio Legal, Martes, 09 de junio de 2020.

⁹⁴ Duce, “¿La revolución de mayo? La Corte Suprema y los controles de identidad”, en El Mercurio Legal, Martes, 09 de junio de 2020.

realizados fuera de los casos señalados en el art. 130 CPP o después de transcurridas doce horas entre la comisión del ilícito penal y la captura del imputado.

Como se aprecia, en todas estas situaciones en la audiencia de control de la detención el Juez de Garantía debería declarar ilegal la detención, de manera que habrá que evaluar si los antecedentes probatorios obtenidos por la policía a partir del registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona controlada debe o no tener efecto durante el curso del proceso penal.

Lo anterior queda a la luz si se considera que no obstante declararse ilegal la detención, en la misma audiencia de control de la detención es posible *formalizar* la investigación e incluso debatir sobre la posibilidad de imponer medidas cautelares personales (art. 132 inc. cuarto).

Al respecto normalmente los defensores sostienen que el imputado podría llegar detenido ilegalmente y terminar igual en prisión preventiva. Sin embargo, aun así, la declaración de ilegalidad de la detención tiene importantes consecuencias, porque puede preconfigurar la posible exclusión probatoria y, porque tiene gran incidencia en el *debate sobre medidas cautelares*, porque define cuál es el material que puede servir legítimamente de antecedente para fundar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal (arts. 140 y 155)⁹⁵. Si bien el art. 132 prescribe: “La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”, ello es indicativo de que la resolución que declara la legalidad o ilegalidad de la detención es eminentemente *provisional* toda vez que durante el curso del procedimiento pueden aparecer nuevos antecedentes que demuestren que dicha resolución fue equivocada, por ejemplo, porque los antecedentes que justificaron la orden de detención o la entrada y registro de un lugar cerrado no eran ciertos. Además, el debate sobre la legalidad de la detención es distinto del que se produce en sede de admisibilidad sobre exclusión de la prueba, en el que, por ejemplo, el MP podría argumentar algún caso de excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita tales como las doctrinas de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable o del vínculo atenuado o la excepción de buena fe⁹⁶ o, por ejemplo, la teoría de la ponderación de intereses en conflicto⁹⁷ o la teoría del entorno jurídico⁹⁸, de manera que, sin perjuicio que una declaración de ilegalidad de la detención conduzca por regla general a la posterior exclusión como prueba de lo que se descubra gracias a ella, ello no queda zanjado definitivamente con la declaración de ilegalidad de la detención⁹⁹.

En cuanto a los efectos de la declaración de la ilegalidad de la detención en el debate sobre medidas cautelares hay que considerar que las letras a) y b) del art. 140 CPP constituyen los presupuestos materiales de toda medida cautelar o el llamado *fumus boni iuris* que

⁹⁵ HERNÁNDEZ, Hector, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba”, en *Seminario: “Agenda corta antidelincuencia”*, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, N° 3, 2010, p. 30.

⁹⁶ Sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita ver LÓPEZ RAMÍREZ, *La prueba ilícita penal...*, pp. 265 y ss.

⁹⁷ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, p. 174.

⁹⁸ ROXIN, *Derecho procesal penal...*, p. 192.

⁹⁹ HERNÁNDEZ, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba...”, pp. 32-33.

requiere que existan antecedentes que justifiquen tanto la existencia del delito que se investiga como aquellos que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor¹⁰⁰. Dichos presupuestos no pueden ser satisfechos con antecedentes obtenidos con infracción de garantías constitucionales. Si bien las medidas cautelares del art. 155 CPP requieren también la concurrencia de estos requisitos materiales, aunque con un estándar menor al de la prisión preventiva¹⁰¹, ello no habilita para considerar antecedentes ilícitos para concederlas. El Juez de Garantía debe asegurar la vigencia de los Derechos Fundamentales de manera que no puede fundar la concesión de medida cautelar en antecedentes ilícitos (art. 14 a) COT). De lo contrario, si dichos antecedentes se utilizan para decretar una medida cautelar en contra del imputado se estaría incurriendo en una incoherencia entre el art. 276 inc. 3° y las letras a. y b. del art. 140 ambos del CPP. Además, si el pronóstico de condena se ve fuertemente debilitado por la posibilidad de exclusión de prueba, obtenida a partir de una actuación declarada ilegal, con mayor razón debe prescindirse de dichos antecedentes para fundamentar las medidas cautelares. Por lo tanto, a partir de la declaración de ilegalidad de la detención el Juez de Garantía debe realizar un pronóstico sobre la posible exclusión del material para fundar la solicitud de prisión preventiva, en los términos del inc. tercero del art. 276, de manera que no puede considerar al acervo probatorio obtenido con infracción de garantías constitucionales cuando tal pronóstico es favorable a la exclusión¹⁰². Así las cosas, la posibilidad de formalización y de debate sobre medidas cautelares no le resta importancia a la declaración de ilegalidad de la detención. En todo caso, lo anterior no obsta a que puede ocurrir que la solicitud de medidas cautelares tenga fundamento suficiente en circunstancias independientes de la detención, de modo que podrían imponerse medidas cautelares pese a la declaración de ilegalidad de concurrir antecedentes suficientes para fundar los presupuestos materiales de la medida cautelar de carácter lícito, ya que no se ve por qué deberían extenderse los efectos de la declaración de ilegalidad a antecedentes lícitos e independientes de la ilicitud¹⁰³.

2. INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN SEDE DE ADMISIBILIDAD

La oportunidad procesal por excelencia para debatir la exclusión de la prueba ilícita es la audiencia de preparación del juicio oral, ante el juez de garantía (art. 276 CPP). Ello tiene por finalidad excluir la prueba *con anterioridad al juicio oral*, para prevenir los posibles

¹⁰⁰ La letra c. del art. 140 CPP dice relación con el *peliculum in mora*.

¹⁰¹ El estándar debe ser progresivo y asendente, es decir, en la medida en que aumenta la intensidad de la medida cautelar aumenta la exigencia del estándar probatorio. Así, el estándar de las medidas cautelares del art. 155 CPP es menor que el necesario de satisfacer para conceder una medida de prisión preventiva (art. 140 CPP) y, éste a su vez, es menor que el necesario para condenar (art. 340 CPP). Sin embargo todos estos estándares probatorios deben ser satisfechos con antecedentes o pruebas lícitas. Sobre el estándar de prueba respecto de las medidas cautelares ver VALENZUELA, Jonatan, *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el Derecho procesal penal chileno*, Editorial Rubicón, Santiago, 2017, pp. 78 y ss. Sobre estándares de condena en materia penal ver FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, 2007, pp. 144-152)

¹⁰² HERNÁNDEZ, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba...”, pp. 30-31.

¹⁰³ HERNÁNDEZ, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba...”, p. 31.

efectos perniciosos de incluir en la audiencia de juicio, un material probatorio que no puede servir de fundamento a una sentencia penal, de manera que lo ideal es que el tribunal del juicio oral en lo penal no conozca la existencia de la prueba ilícita, porque si es éste el que debe eliminar la prueba ilícita declarando su ilicitud, el juzgador ya tomó conocimiento de su existencia, y ello pudiese influir en la decisión de condena o absolución ya que dicho material probatorio podría ser clave para establecer la responsabilidad penal del acusado¹⁰⁴. La historia de la Ley da cuenta que al establecer la procedencia del recurso de apelación, en ambos efectos, por parte del Ministerio Público basado en la exclusión de la prueba conforme al inciso tercero del art. 276 CPP, ante el Juez de Garantía, en la audiencia de preparación de del juicio oral, señaló que “se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos”¹⁰⁵.

3. INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN SEDE DE VALORACIÓN

La Historia de la Ley es coherente en cuanto a la prohibición general de valoración de la prueba ilícita, por lo que no es admisible desde un punto de vista material, entender que el tribunal de juicio oral se encuentra atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita, sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar. En efecto, más allá de su ubicación sistemática y su alcance directo, el art. 276 CPP constituye una *prohibición general de valoración* de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, que rige también para el tribunal encargado de valorar la prueba. El énfasis en la exclusión de la prueba ilícita antes del juicio tiene por finalidad evitar que dicha prueba ingrese al juicio oral, de manera que sea ignorada por el tribunal oral, para impedir que consciente o inconscientemente sea valorada por los jueces, pero si el mecanismo principal destinado a impedir que los jueces conozcan del material probatorio ilícito no ha funcionado, o cuando la infracción a las garantías recién sale a la luz durante el juicio oral, no se puede obligar a los jueces a fundamentar una sentencia condenatoria, a conciencia de que la decisión se basa en prueba obtenida con infracción de Derechos Fundamentales. Así las cosas, existe prohibición de valoración por parte del tribunal oral¹⁰⁶. Esta interpretación es más acorde con el mandato constitucional que sostiene que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Dicha norma resguarda las garantías del *debido*

¹⁰⁴ BOFILL, Jorge, “Preparación del juicio oral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 2, 2002, p. 279; HERNÁNDEZ, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno...*, p. 87; HORWITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, pp. 192-194; CORREA, Claudio, “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno - con especial referencia al Derecho alemán -”, en *Revista Política criminal*, Vol. 13, N° 25, 2018, p. 155; NÚÑEZ Y CORREA, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno...”, pp. 212-213; DUCE, Mauricio, “La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile”, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, N. 1, 2020, pp. 110-111.

¹⁰⁵ PFEFFER, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 285.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno...*, p. 90.

proceso, las que no pueden limitarse únicamente a la investigación, sino que se extienden al procedimiento en su conjunto incluido el juicio oral y la dictación de la sentencia entendida como momento cúlmine del proceso penal¹⁰⁷.

No se debe olvidar que el JG resuelve con los antecedentes que señalan las partes y, por lo tanto, la amplitud de la información que se incorpora en el juicio oral es mayor, en cantidad y calidad, toda vez que es el tribunal oral aprecia mediante la intermediación la rendición de la prueba completa; el examen y contra examen de los testigos y peritos etc.; de manera que bien puede ocurrir que los vicios o ilicitudes sólo salgan a la luz en el juicio oral y que por lo mismo el JG nunca se haya enterado de ellos. Así, declarando los testigos en el juicio oral como prueba viva, evidentemente puede salir a luz antecedentes que ni el mismo fiscal pudo tener a la vista. Por ejemplo, durante el juicio oral, en el que la defensa ha cuestionado que cuando la policía tomó declaración al imputado éste se encontraba drogado, el fiscal pregunta al policía en qué condiciones estaba el acusado cuando le tomó declaración en sede policial, esperando que éste confirme que estaba en perfectas condiciones, pero funcionario contesta lo contrario a lo que el fiscal esperaba oír, esto es, que el acusado al momento de declarar estaba drogado. El fiscal sorprendido, se vuelca en contra de su testigo y le pide que explique cómo le consta que estaba drogado y el policía responde que tenía los ojos saltones, que se le secaba la boca y que estaba hiperventilado¹⁰⁸. Ello demuestra que la infracción a las garantías fundamentales salió a luz durante el juicio oral, de manera que el juez de garantía e incluso el fiscal no estuvieron en situación de evitar el ingreso al juicio oral de esta prueba de origen ilícito, de manera que la regla del art. 276 CPP debe ser interpretada en concordancia con lo establecido en el art. 19 N° 3 CPR, a fin de materializar las garantías del debido proceso durante todo el procedimiento.

Así, en toda sentencia condenatoria, el convencimiento más allá de toda duda razonable, como estándar probatorio establecido en el art. 340 CPP, debe adquirirse en base prueba legalmente obtenida e incorporada con respeto a las garantías del *debido proceso* contemplado en el art. 19 N° 3° CPR; en los Tratados Internacionales, en particular, en el art. 14 N° 3 del PIDCP, y en el art. 8 N° 2 y 3 CADH, reglas que tienen rango constitucional, en

¹⁰⁷ En contra de la postura de HERNÁNDEZ, LÓPEZ MASLE, afirma que: “establecer una barrera al nivel de *valoración de la prueba*, implica aceptar que el tribunal conocerá de la existencia y circunstancias de obtención del elemento probatorio, pero sujeto a la prohibición de reconocerle valor al momento de formar su convicción. En el ejemplo, el tribunal, teniendo ante sí el arma homicida y conociendo la ilicitud de su obtención, debiera en la sentencia negarle valor como elemento probatorio, esto es, suprimirlo mentalmente como elemento válido para formar su convicción. En mi opinión, la inadmisibilidad de la prueba es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el solo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento. Como expresa DAMASKA: “no parece probable que la mente humana sea capaz de una manera de procesar información tan estrechamente compartimentalizada”. Por esta razón, cuando la prueba ilícita se ataca a nivel de valoración, lo único que realmente sucede es que los sentenciadores disfrazan, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando *también* la prueba ilícitamente obtenida. Y esto lo hacen, incluso, actuando de absoluta buena fe, en la convicción de que son capaces de prescindir mentalmente de dichos elementos probatorios”. En opinión de este autor el TJOP está obligado a valorar la prueba ilícita e incluso a condenar en base a ellas, pudiendo luego la defensa entablar el respectivo recurso de nulidad (HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno...*, T. II, pp. 178 y ss.). Este planteamiento minoritario, es seguido expresamente ETCHEVERRÍA DONOSO (ETCHEVERRÍA DONOSO, *Los derechos fundamentales...*, pp. 72-73).

¹⁰⁸ La narración corresponde a un caso real.

cuanto, contemplan derechos esenciales que emanan de la propia naturaleza humana, según lo prescrito en el inc. 2° del art. 5 CPR.

Luego, aun cuando la declaración prestada con vulneración de garantías, hubiese sido admitida por el Juez de Garantía en la APJO, por las razones que fuere, ésta no puede ser valorada por el tribunal oral a objeto de fundar una sentencia condenatoria, cuando de la propia prueba incorporada en la audiencia del juicio oral, aparece que los mismos fueron obtenidos con infracción de garantías fundamentales, porque todo el proceso penal discurre sobre la base de que no se pueden emplear métodos o procedimientos que infrinjan los Derechos Fundamentales. El análisis de la legitimidad de la prueba en el proceso penal puede ser analizado en la etapa de investigación, como prohibición de valoración de los antecedentes para los efectos, por ejemplo, de fundamentar la imposición de una medida cautelar; en la etapa intermedia a propósito del debate probatorio, a cargo del juez de garantía quien debe excluir las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales; en la etapa de juicio oral, en la que se produce el pronunciamiento definitivo, y se evalúa el valor probatorio de las pruebas incorporadas en el juicio oral, en el que debe respetarse la prohibición de valoración de la prueba ilícita¹⁰⁹; y en el recurso de nulidad, conforme al art. 373 letra a.

Se suele argumentar que la práctica extendida en los tribunales orales en orden a realizar una “valoración negativa de la prueba ilícita” no impide su conocimiento por los jueces que decidirán sobre la participación del acusado, de manera que el tribunal resuelve, conociendo, por ejemplo, la confesión obtenida por medios ilícitos, con lo que es imposible saber la influencia que dicha confesión ha tenido en los jueces, porque el tribunal oral queda exento de la obligación de evaluar su confiabilidad y capacidad de persuasión como prueba en el fallo, que en tal sentido no puede ser objeto de ningún control, sino que queda completamente silenciado¹¹⁰. Si bien ello puede ser así, se olvida que los jueces orales, como tales, están obligados a decidir en la sentencia teniendo en cuenta que en el proceso penal no sólo importa la obtención de la verdad sino además, la forma que esta verdad se obtiene, de manera que es posible adoptar una decisión absolutoria cuando, a pesar de que el material probatorio demuestra la culpabilidad del acusado, resulta que la prueba ha sido obtenida con infracción de garantías constitucionales, de manera que los costos de la ilicitud no los debe pagar el acusado. Una conclusión distinta a la aquí sostenida implicaría la obligación del tribunal oral de valorar y de fallar en base a una prueba que a sabiendas se obtuvo con infracción de garantías fundamentales lo que resulta inaceptable en un Estado Democrático de Derecho, por cuanto la actividad del órgano persecutor debe respetar las garantías del debido proceso¹¹¹.

También se ha sostenido que la actividad realizada por los tribunales orales denominada como “valoración negativa de la prueba” no es más que una forma de exclusión

¹⁰⁹ CAROCCA, Alex, “La prueba en el nuevo proceso penal”, en AAVV, *El nuevo proceso penal, Cuadernos de trabajo* N° 2, Universidad Diego Portales, 2000, p. 192; HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno...*, p. 89 y ss.; CORREA, “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno - con especial referencia al Derecho alemán –...”, pp. 162 y ss.

¹¹⁰ RIEGO, Cristián, “Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, Vol. XXXII, pp. 289-290.

¹¹¹ RETTIG, Mauricio, “Comentarios de cierre”, en *Seminario agenda corta antidelinquencia*, Centro de documentación Defensoría penal pública, 2010, p. 61.

de la prueba ilícita¹¹², sin embargo, ello es equivocado porque más allá de la terminología que se use, en el juicio oral la prueba incorporada en el auto de apertura ingresa efectivamente a la audiencia de juicio oral, es decir, el tribunal escucha al testigo, percibe por sus sentidos la prueba material, etc., de manera que es un error afirmar que se trata de un problema de exclusión ya que la prueba es incorporada a juicio y es percibida por el tribunal. Por otro lado, el tribunal debe referir expresamente en la sentencia cuáles son los fundamentos que le impiden utilizar el material probatorio ilícito para fundamentar una decisión condenatoria, cumpliendo cabalmente con ello la relación entre la evidencia, la inferencia y la conclusión que la define como prueba ilícita. Ello no es más que una consecuencia lógica del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 297 CPP, que prescribe que el tribunal debe hacerse cargo de la prueba que ha desestimado¹¹³. Otra cosa distinta es que luego de incorporada la prueba y, a sabiendas de que fue obtenida con infracción de garantías constitucionales, se pretenda que el juez oral está obligado a utilizarla para adoptar una decisión condenatoria, idea que repugna a lo que se espera de un juez respetuoso del *debido proceso* en un Estado democrático de Derecho, consciente que la consideración del valor preminente que tienen los Derechos Fundamentales, puede traer como consecuencia la absolución de un culpable¹¹⁴. No siendo la búsqueda de la verdad el único fin del proceso penal, dicho objetivo debe sacrificarse o ceder cuando el material probatorio ha sido recabado con infracción de las garantías fundamentales. En todo caso hay que destacar que la Corte Suprema se ha

¹¹² CORTÉS-MONROY, Jorge, “La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, N°1, 2018, pp. 661–692.

¹¹³ CORREA, “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno - con especial referencia al Derecho alemán –...”, p. 164.

¹¹⁴ En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES afirmaba que si por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en los supuestos en que la ilicitud se ha producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, no debe ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no puede basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos serán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no pueden tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. Sin embargo, es un error estimar que nos encontramos ante una cuestión de valoración probatoria, pues precisamente lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita, toda vez que se debe sustraer del conocimiento de los jueces no el *objeto* de prueba, lo cual solo sucede en el caso de *prohibición de temas de prueba*, o *limitaciones absolutas*, sino *solamente aquella información referida a él obtenida* mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante La utilización de las vías regulares de adquisición de prueba. Lo característico de la prueba ilícita es su carencia de validez y eficacia probatoria, lo que se traduce en la prohibición de valoración para construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Si el juzgador ha infringe esta prohibición formando su convicción sobre la base de una prueba obtenida ilícitamente, la sentencia de condena que dicte puede combatirse mediante los recursos legalmente establecidos, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, cuando la condena se fundamente en una prueba ilícita. Así, la jurisprudencia exige que cuando el Tribunal sentenciador considere que una determinada prueba es inválida por no respetar las garantías constitucionales o de legalidad ordinaria, deberá recoger en el “*actum*” tanto el contenido de la misma como las circunstancias de su práctica, para que el Tribunal superior que deba revisar la sentencia pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre su toma o no en consideración de tal diligencia por razones de ilicitud o nulidad, debiendo el juzgador explicitar en la sentencia, como manifestación del deber de motivación, cuales han sido las razones o motivos utilizados para decidir acerca de la licitud o ilicitud de una determinada prueba (MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal...*, pp. 151-152).

decantado explícitamente por la tesis de la valoración negativa de la prueba ilícita por parte del tribunal oral¹¹⁵.

Además de las razones ya dichas, no parece adecuada la solución consistente en que el tribunal oral se encuentra obligado a valorar la prueba ilícita incluso para los efectos de fundar una decisión de condena, de manera de esperar que la parte afectada por la vulneración de garantías presente el respectivo recurso de nulidad contemplado en el art. 373 letra a. CPP. En primer término, la presentación de dicho recurso es una posibilidad incierta, ya que muchas son las razones por las que dicho recurso podría no ser interpuesto, por ejemplo, porque el abogado presentó el recurso fuera de plazo, pero, además, hay que considerar que la admisibilidad del recurso de nulidad supone satisfacer un determinado estándar no menor, de manera que es posible que la Corte Suprema nunca llegue a conocer del fondo del recurso. Dado el carácter restrictivo del recurso de nulidad contenido en el art. 373 letra a. CPP, no parece ser la vía para remediar *ex post* el caso de análisis, entre otras razones por los considerables y perjudiciales efectos que implica, de ser acogido, tener que realizar un nuevo juicio oral, siendo que aquello puede ser evitado *ex ante* en base a la prohibición de valoración de la prueba ilícita por el tribunal oral.

De lege ferenda un avance en el sistema procesal penal sería modificar el régimen recursivo respecto del auto de apertura de juicio oral, ya que en la actualidad dicha resolución únicamente puede ser apelada por el Ministerio Público cuando el Juez de Garantía ha excluido pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas y aquellas que han sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, debiendo el recurso concederse en ambos efectos, sin perjuicio de la eventual procedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas

¹¹⁵ En SCS de fecha Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, Rol Corte N° 20.397-19 y 20.424-19, que rechazan los recursos de queja interpuestos por el Fiscal Regional de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente y por el Consejo de Defensa del Estado, contra los integrantes de la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando Séptimo afirma que: “Que, para resolver adecuadamente lo planteado en ambos recursos de queja, cabe considerar, primero, que sobre la competencia y facultad del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal para declarar la ilicitud de los medios de prueba rendidos ante él, respecto de los que previamente se concluyó lo contrario por el Juzgado de Garantía en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, se trata de una materia discutida entre los autores así como en la jurisprudencia nacional hasta el día de hoy. Así, Julián López niega la posibilidad de que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, respecto de la prueba que éste estime ilícita, pueda negar su rendición si está incluida en el auto de apertura o su valoración en la sentencia (HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, pp.197-204). En la misma línea, RAÚL TAVOLARI (“Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, en Boletín del Ministerio Público, N° 14, pp. 151-160) y JORGE CORTÉS-MONROY (“La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, Revista *Ius et Praxis*, vol. 24, N°1, 2018, pp. 661–692). Una postura diversa sostiene HÉCTOR HERNÁNDEZ, quien no acepta que el tribunal de juicio oral se encuentre obligado a dictar sentencia con fundamento en prueba ilícita (Hernández, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en Colección de investigaciones jurídicas, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2005, p. 90). En la misma dirección, AWAD, CONTRERAS Y SCHÜRMAN (AWAD, CONTRERAS Y SCHÜRMAN, en *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3, 2013, sección Proceso Penal). Esta misma Corte se ha pronunciado favorablemente en relación a esta segunda tesis en diversos pronunciamientos, sólo a modo ejemplar, Rol N° 1496-03, 5 de junio de 2003; Rol N° 3570-06, 20 de septiembre de 2006; Rol N° 1435-12, 23 de mayo de 2012; y, Rol N° 44457-17, 30 de enero de 2018 y, desde luego, no puede desconocerse que actualmente la mayor parte de nuestros Tribunales de Juicio Oral en lo Penal admiten la posibilidad de resolver en la sentencia la ilicitud de prueba incluida en el auto de apertura y rendida en el juicio, si fuera el caso”.

generales (art. 276 en relación con lo prevenido en el art. 277). La posibilidad de que la defensa pudiese recurrir del auto de apertura en los mismos términos que el Ministerio Público sería un claro incentivo para que el debate sobre admisibilidad de prueba sea más intenso en la audiencia de preparación del juicio oral y permitiría que dicho debate se traslade a las Cortes de Apelaciones en un mayor número de casos que en la actualidad, enriqueciéndose con ello la jurisprudencia. Ello permitiría que la prueba que va a incorporarse en el juicio oral llegue más depurada de manera de evitar, en lo posible, que el centro del debate sobre la ilicitud de la prueba se produzca durante el juicio oral.

4. LA ILICITUD DE LA PRUEBA COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE NULIDAD

Si el Juez de Garantía no excluyó la prueba ilícita y el tribunal oral la valoró en la sentencia condenatoria, el art. 277 inciso penúltimo previene *la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales*¹¹⁶. Lo anterior se hace efectivo conforme a lo dispuesto en el art. 373 a) que hace procedente la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando, en la *cualquier etapa del procedimiento* o en el *pronunciamiento de la sentencia*, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. En estos casos, la sentencia que acoge el recurso, opera como exclusión de prueba por lo que debe indicar el estado en que queda la causa y la exclusión de la prueba declarada inadmisibles. HERNÁNDEZ postula que si el tribunal oral no valoró la prueba ilícita pero igual condenó, procede igualmente el recurso de nulidad para disipar más allá de toda duda los efectos psicológicos que la prueba pudo producir en el tribunal¹¹⁷.

LÓPEZ MASLE afirma que la letra a) del art. 373, requiere determinar si la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales fue incorporada en la sentencia recurrida, de manera de evaluar si ha influido en su parte dispositiva. Lo anterior se desprende del propio texto legal que exige que la infracción de derechos o garantías debe haber sido *sustancial*, lo que implica que no toda infracción determina la nulidad del juicio oral y la sentencia, es decir, la infracción debe ser de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. Así, la infracción debe ser trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso. Según LÓPEZ MASLE, la exigencia de *influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia* resulta aplicable, porque el recurso de nulidad supone *agravio*, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad. Por lo tanto, la infracción debe haber ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad que existirá cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento conforme a lo previsto por el art. 159 CPP¹¹⁸.

¹¹⁶ PFEFFER, *Código procesal penal...*, p. 285.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ, *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno...*, pp. 93-95.

¹¹⁸ HORWITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno...*, T. II, pp. 194-196 y pp. 414-416.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Editorial Marcial Pons, 2011.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho penal, parte genela*, Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Imprenta A. Belin, 1825.

BOFILL, Jorge, “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XII, 1988.

BOFILL, Jorge, “Preparación del juicio oral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 2, 2002.

CAROCA, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, 1998.

CAROCCA, Alex, “La prueba en el nuevo proceso penal”, en AAVV, *El nuevo proceso penal, Cuadernos de trabajo N° 2*, Universidad Diego Portales, 2000.

CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

CHIESA, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y de Estados Unidos*, Editorial Forum, Colombia, 1995, T. I.

CORREA, Claudio, “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo”, en *Revista Política criminal*, Vol. 11, N° 21, 2016.

CORREA, Claudio, “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno - con especial referencia al Derecho alemán –”, en *Revista Política criminal*, Vol. 13, N° 25, 2018.

CORTÉS-MONROY, Jorge, “La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, N°1, 2018.

DUCE, Mauricio, “La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile”, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre*

Razonamiento Probatorio Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning, N. 1, 2020.

DUCE, “¿La revolución de mayo? La Corte Suprema y los controles de identidad”, en *El Mercurio Legal*, Martes, 09 de junio de 2020.

ETCHEBERRÍA DONOSO, Isabel, *Los Derechos Fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2011.

FERRER, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en FERRER, *Prueba y racionalidad en las decisiones judiciales*, Editorial Prolibros, Valparaíso, 2018.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ, Lionel, “La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile”, en *IBCCRIM, Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, N° 85, julio-agosto, Sao Paulo, 2010.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

HERNÁNDEZ, Hector, *La Exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004.

HERNÁNDEZ, Hector, “La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba”, en *Seminario: “Agenda corta antidelinuencia”*, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, N° 3, 2010.

HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, T. II.

LÓPEZ RAMÍREZ, Antonio, *La prueba ilícita penal*, Editorial Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2019.

MAYER, Julio, *Derecho procesal penal, Parte general. Sujetos procesales*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, T. II.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Editorial Ubijus, ciudad de México, 2018.

NÚÑEZ, Raúl; CORREA, Claudio, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, 2017.

PFEFFER, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RETTIG, Mauricio, “Comentarios de cierre”, en *Seminario: “Agenda corta antidelincuencia”*, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, N° 3, mayo, 2010.

RIEGO, Cristián, “Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2019, Vol. XXXII.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editorial Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2019.

TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en TARUFFO Y OTROS, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele, *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

VALENZUELA, Jonatan, *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el Derecho procesal penal chileno*, Editorial Rubicón, Santiago, 2017.

ZAPATA GARCÍA, Francisca, *La prueba ilícita*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.