



## **Trabajo final de máster**

---

### **Máster en Razonamiento Probatorio**

---

**Título: Sobre la admisión y valoración de la prueba ilícita en Chile**

---

**Alumno/a:** Juan Pablo Aristegui Spikin

---

**Tutor/a:** Dr. Manuel Miranda Estrampes

---

**Convocatoria:** marzo / 2018

# Sobre la admisión y la valoración de la prueba ilícita en Chile

Juan Pablo Aristegui Spikin

---

*Law shews itself in a mask.*

Jeremy Bentham<sup>1</sup>

*In criminal justice as elsewhere,  
unintended consequences often swamp the intended kind.*

William J. Stuntz<sup>2</sup>

El presente trabajo tiene por propósito mostrar cómo la Corte Suprema de Chile, a través de su jurisprudencia en materia penal, ha hecho lugar a la admisión y valoración de la prueba ilícita. A contrapelo de cierto discurso laudatorio respecto de la reforma procesal penal chilena, del tenor de las reglas legales y de declaraciones de la propia Corte, ella acepta –sin decirlo, e incluso de manera no deliberada– que una condena penal se funde en prueba obtenida (directa o derivadamente) con infracción de garantías fundamentales.

Dos han sido las vías abiertas por la Corte para ello: en el nivel del juicio sobre la *admisibilidad* de la prueba, ha hecho aplicables en el ordenamiento jurídico chileno las diversas excepciones a la exclusión de la prueba ilícita reconocidas por la jurisprudencia estadounidense. Aunque algo se dirá sobre este punto, el objeto central del trabajo se refiere a la segunda vía, que opera con ocasión de la *valoración* de la prueba. Siguiendo lo resuelto por la Corte, cuando el tribunal de juicio toma conocimiento de prueba ilícita –por ejemplo, porque no se la excluyó en la fase preparatoria– debe valorarla “negativamente”. Si bien esto puede ser entendido –como, en efecto, hace cierta dogmática bienintencionada– a modo de una postulada prohibición de valoración de la prueba ilícita, el trabajo pretende mostrar en qué medida esa solución es insatisfactoria y paradójicamente, priva al imputado del mecanismo previsto para la impugnación de una condena fundada en prueba ilícita. Esto daría

---

<sup>1</sup> Citado en HART (1982), p. 23.

<sup>2</sup> STUNTZ (2011), p. 216.

cuenta de una falla en el diseño institucional del proceso penal chileno, agudizada por la jurisprudencia de la Corte.

El trabajo evalúa las implicancias de ese diseño, valiéndose de las herramientas conceptuales avanzadas por una teoría racional de la prueba, por ser aquellas que permiten ilustrar y abordar de mejor manera las cuestiones tratadas.

## § 1. La prueba ilícita y la configuración del sistema acusatorio en Chile.

Hoy en día es extendido el compromiso de los ordenamientos jurídicos con lo que, siguiendo a Manuel Miranda Estrampes, puede denominarse como *principio de licitud de prueba*, de conformidad al cual “toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”<sup>3</sup>. Le acompaña la referencia infaltable a las palabras pronunciadas por el Tribunal Supremo Federal alemán, elevadas a una especie de *slogan* del derecho procesal penal contemporáneo: la verdad no puede ser buscada “a cualquier precio”<sup>4</sup>. De lo anterior se sigue que, respecto de la prueba tachada de *ilícita*, pesa una prohibición de *admisión* y *valoración*<sup>5</sup> (o en la fórmula tomada de la doctrina italiana: su *inutilizzabilità*). No es propósito del presente trabajo referirse a todas las dimensiones que la prueba ilícita presenta en el derecho chileno o comparado, ni hacerse cargo de la ya inabarcable literatura<sup>6</sup>. No obstante, a fin de enmarcar la discusión desarrollada en las siguientes secciones, en ésta se formulan algunas observaciones, más bien generales, acerca de la prueba ilícita y su tratamiento en el sistema de justicia penal chileno, atendida la específica configuración institucional que éste ha adoptado tras su reforma.

### (a) *Principio acusatorio y regla de exclusión*

El legislador chileno dio forma jurídica a la prueba ilícita mediante el establecimiento de una *regla de exclusión*, cuya operación se inserta en la propia estructura acusatoria del proceso penal. Aunque puede concederse que “entre acusatorio y regla de exclusión no existe

---

<sup>3</sup> MIRANDA (2010), p. 132.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt), de 14 de junio de 1960, 14, 358, 365.

<sup>5</sup> MIRANDA (2010), p. 138.

<sup>6</sup> De la cual se ha tenido a la vista especialmente: AGUILERA (2008); ALLEN *et al.* (2011), Ch. 5, A (pp. 340-361) y F (pp. 658-710); AMAR (1998) y (1997); ARMENTA (2014e), (2014f) y (2011); CORREA ROBLES (2018); CORREA ZACARÍAS (2016); HERNÁNDEZ (2005); HORVITZ y LÓPEZ (2004), t. II, Cap. IX.C.4 (pp. 164-228); LAUDAN (2006), Ch. 7 (pp. 171-193) y 9 (pp. 213-233); MIRANDA (2012), (2010) y (2003); NIEVA (2017); NÚÑEZ y CORREA (2017); PIZZI (1999), pp. 25-45; STUNTZ (1995a) y (1995b); VALENZUELA (2017); y WASSERSTROM (1984).

una relación esencial, sino contingente”<sup>7</sup>, en el caso chileno al menos, ese entrelazamiento vino dado por la (por supuesto: contingente) historia de la superación del inquisitivo. Un brevísimo repaso de ésta permite mostrar la relevancia del lazo.

Hasta el año 2000 rigió en Chile un procedimiento penal de carácter fuertemente inquisitivo, heredado de la colonia española. Desarrollándose tempranamente el proceso de independencia nacional (1810-1818), el sistema de justicia penal chileno no tuvo siquiera la oportunidad de aprovechar la reforma ilustrada que atravesó a Europa continental durante el s. XIX y que alcanzó a España recién en 1882<sup>8</sup>. No obstante, el proceso penal de la nueva nación independiente continuó rigiéndose, con adaptaciones, por el derecho monárquico, incluso *ad portas* del s. XX<sup>9</sup>. El Código de Procedimiento Penal de 1906, que imperaría durante un siglo, actualizó dicha regulación sin pretensión de introducir cambios al sistema, aun cuando tuvo a la vista las reformas europeas habidas para ese entonces<sup>10</sup>. El compromiso institucional con el inquisitivo se agudizó todavía más cuando, en 1927, los promotores fiscales fueron suprimidos<sup>11</sup>. Así coincidieron –y se confundieron– en las manos del juez las funciones de investigar, acusar y juzgar.

La inercia legislativa cedió a fines del s. XX, en parte gracias a la influencia del movimiento de reforma procesal penal que ya recorría América Latina y a los esfuerzos de profundización de la democracia que sobrevinieron a su recuperación tras el desmoronamiento de las dictaduras<sup>12</sup>. Pero no debe soslayarse que el antiguo sistema había devenido incapaz de lidiar con el volumen de criminalidad que enfrentaba el país y fue la demanda local por mayor seguridad lo que propició que el proyecto de reforma convocara el

---

<sup>7</sup> AGUILERA (2008), p. 74.

<sup>8</sup> Lo mismo ocurrió con la mayoría de las naciones latinoamericanas, *vid.* STRUENSEE y MAIER (2000).

<sup>9</sup> *Vid.* GUZMÁN (1982), t. I, Parte II, Cap. I, pp. 79-85. El Mensaje de S. E. el Presidente de la República don Jorge Montt al Senado y a la Cámara de Diputados, de 31 de diciembre de 1894 (en adelante, Mensaje CdPP (1894)), que sirve de preámbulo al Código de Procedimiento Penal de 1906, comienza por señalar que “[m]ientras las naciones de Europa y de este continente se han apresurado a reformar esta parte de su legislación, en conformidad a los más adelantados principios de la ciencia y a la mayor templanza de las costumbres, sólo Chile ha permanecido estacionario conservando las reglas de procedimiento de la antigua legislación española en cuanto eran compatibles con la nueva forma de gobierno adoptada desde nuestra emancipación política. [...] Puede decirse con verdad que subsiste todavía en pleno vigor entre nosotros el sistema inquisitorial establecido desde la edad media” (párrafo 2°).

<sup>10</sup> El Mensaje CdPP (1894) admite cándidamente que el proyecto al que acompaña “se aparta de los Códigos más adelantados” (párrafo 16°).

<sup>11</sup> *Vid.* DE RAMÓN (1989).

<sup>12</sup> Respecto de la situación regional, *vid.* STRUENSEE y MAIER (2000) y DUCE (2016); y respecto de la situación chilena, DUCE y RIEGO (2007), pp. 52-72, HORVITZ y LÓPEZ (2004), t. I, pp. 17-24, y RIEGO (2000).

apoyo de distintos sectores políticos. Así, dos agendas diferentes convergieron en el Código Procesal Penal del año 2000 y dieron forma a un nuevo sistema de justicia penal. Esas dos agendas pensaban realizarse por medio de un procedimiento acusatorio, organizado en torno a la centralidad del juicio oral y público.

Esta configuración institucional es reflejo de un contundente rechazo del inquisitivo y del reconocimiento del principio acusatorio, que transformó la fisonomía del proceso penal chileno. Sin pretensión alguna de proporcionar una definición *claire et distincte* del acusatorio, en vista del propósito trazado por el presente trabajo, interesa destacar su principal manifestación: provocar un *doble desdoblamiento* del Estado al interior del proceso penal. En primer lugar, las funciones de *acusación* y *juzgamiento* fueron asignadas a órganos estructuralmente diferenciados, el ministerio público y el tribunal, respectivamente. Se trata de la dimensión esencial del acusatorio: *quien acusa no juzga*<sup>13</sup>. Al atribuirse al ministerio público la función de acusar se buscaba asegurar la imparcialidad del tribunal al juzgar sobre el mérito de la acusación, imparcialidad que tanto se echaba de menos bajo el antiguo sistema. Vale la pena ponerlo en los propios términos de Mensaje CdPP (1894), cuerpo normativo que no obstante confirmó el inquisitivo:

Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles. [...] El juez sumariamente adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Así, ARMENTA (2014a), (2014b), (2014c), (2012), pp. 19-36, y (1998). De acuerdo con esta autora, integra también el contenido esencial del principio acusatorio la exigencia de *acusación* y de una relación de *congruencia* entre ella y la sentencia, tal que esta última “no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquél a quien se imputó y posteriormente se acusó” (ARMENTA (2014b), p. 65). La exigencia de congruencia entre acusación y sentencia se encuentra expresamente formulada en el artículo 341 del Código Procesal Penal chileno (en adelante, CPP), y es reforzada al exigirse adicionalmente la misma relación entre la acusación y la previa comunicación por el fiscal al imputado respecto de la formalización de una investigación en su contra por hechos determinados (art. 259 CPP).

<sup>14</sup> Mensaje CdPP (1894), párrafos 11° y 13°. Se trata, por así decirlo, de la institucionalización del sesgo de confirmación. A pesar de ello, el legislador conseguía conciliar el sueño según reporta a reglón seguido: “un juez honrado trabajará por no dejarse llevar de meras impresiones; y [...] nadie como él se halla en aptitud de formarse un juicio exacto acerca de la verdad de los hechos [...] [L]a experiencia de muchos años ha acreditado entre nosotros que el juez se apasiona pocas veces; y que, en todo caso, cualquier desvío involuntario encuentra su correctivo en la acción de los tribunales superiores encargados de revisar sus resoluciones” (párrafo 14°).

Junto con hacer posible un juzgamiento imparcial, este diseño sometió la hipótesis de la acusación a un doble filtro: primero, la decisión del fiscal de acusar basada en el mérito de la investigación<sup>15</sup> y luego, la decisión del tribunal de condena o absolución basada en la prueba rendida en juicio. Se trata, evidentemente, de decisiones de diversa naturaleza, lo que explica sus diferencias en cuanto al material sobre el cual se decide (la investigación en el primer caso, la prueba rendida en juicio en el segundo) y el estándar de prueba que debe sortearse (“fundamento serio” en el primer caso, “convicción más allá de toda duda razonable” en el segundo).

Ahora bien, también se asignó al ministerio público la función de *investigar*. Si cabe caracterizar al Estado de derecho como aquel que “desconfía de sí mismo”<sup>16</sup>, la investigación no puede quedar enteramente entregada a la discreción del fiscal o la policía. La legitimidad de las medidas coercitivas e intrusivas inherentes a la investigación de delitos depende de – para decirlo con las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación a la exigencia de autorización judicial previa– “la interposición del juez entre el ciudadano y la policía”<sup>17</sup>. La urgencia del control judicial sobre ciertas actuaciones investigativas limitadoras de derechos fundamentales enciende, sin embargo, otro foco de parcialidad del tribunal. A fin de ahogarlo, se articuló un segundo desdoblamiento del Estado, esta vez al interior de la propia organización judicial y que consistió en establecer dos tribunales con competencias diferenciadas: un tribunal (unipersonal) a cargo del control de la legalidad de la investigación

---

<sup>15</sup> Vid. art. 248(b) CPP. La decisión del fiscal de acusar presupone que de los antecedentes recopilados durante la investigación se siga un “fundamento serio” para llevar al imputado a juicio. Al mismo fiscal corresponde evaluar la satisfacción de ese estándar y su decisión afirmativa no está sometida a control judicial. En cambio, la decisión del fiscal de *no* acusar queda sometida a diversos mecanismos de control. Vid. arts. 250, 256 y 258 CPP. En esta línea, ARMENTA (2014a) ha llamado la atención acerca de “la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. De no atemperarse dichos riesgos de parcialidad, los rasgos inquisitorios se trasladarán al juicio de acusación, acarreado el riesgo de arbitrariedades en la investigación” (p. 39). Vid. también ARMENTA (2014d). En el mismo orden de cosas, ahora en relación con la exclusión de prueba ilícita, MIRANDA (2010) ha apuntado que “[u]na acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de *infundada*, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes” (p. 138). En el ordenamiento jurídico chileno, esa calificación no corresponde al juez, sino al propio fiscal, pero sí se prevé la posibilidad de que este último solicite el sobreseimiento definitivo de la causa luego de que el juez de garantía resuelva sobre la exclusión de pruebas: vid. art. 277 inc. final CPP.

<sup>16</sup> Las palabras son de Eberhard Schmidt, cit. por ANDRÉS (2017), p. 102.

<sup>17</sup> Por ejemplo, en *McDonald v. United States*, 335 U.S. 451, 455-456 (1948). Garantía de *jurisdiccionalidad* que emanaría de la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (controvertida por las lecturas “originalistas”, vid. AMAR (1998)). Vid. art. 9° CPP.

y de la preparación del juicio (“juez de garantía”) y un tribunal (colegiado) de enjuiciamiento (“tribunal de juicio oral en lo penal”). De este modo, la *bifurcación* del tribunal puede ser entendida a la luz del principio acusatorio<sup>18</sup> y como garantía de la centralidad del juicio: el tribunal que decide sobre la culpabilidad del imputado sólo puede fundar su decisión en la prueba rendida en el juicio oral, ventilada “inmediatamente” en audiencia pública y expuesta al debate contradictorio. O, dicho de otro modo, las actuaciones de la investigación carecen (por regla general) de valor probatorio, asegurando la imprescindible “perplejidad”<sup>19</sup> con que el tribunal de juicio debe aproximarse a la prueba.

Esta organización de las fases del procedimiento y estructuración de los órganos de conformidad al principio acusatorio configuran el contexto operativo de la regla de exclusión de la prueba ilícita y en esa medida ponen de relieve su sentido. Por supuesto, desde un punto de vista analítico, la comprensión de una regla de exclusión exige situar su operación en el nivel de la *admisibilidad* de la prueba, esto es, siguiendo la distinción trazada por Jordi Ferrer Beltrán, al producirse “la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión”<sup>20</sup>. Sobre ese entendimiento se volverá enseguida. Ahora interesa destacar que, si bien Ferrer advierte que los juicios de *admisibilidad*, *valoración* y *decisión conforme al estándar* sobre la prueba corresponden a “tres momentos lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales pueden presentarse entrelazados”<sup>21</sup>; en el caso del proceso penal chileno, el primero de estos momentos se encuentra también institucionalmente diferenciado de los otros<sup>22</sup>. Y en esa medida, algo de la regla de exclusión se juega en la bifurcación del tribunal. Como ha mostrado Mirjan Damaška, aunque suele señalarse que la necesidad de contar con reglas de exclusión tiene su fuente en el carácter lego de los miembros del jurado y ello explicaría la proliferación de este tipo de reglas en la tradición del *common law*, atender al carácter bifurcado del tribunal

---

<sup>18</sup> Por cierto, la bifurcación del tribunal no constituye una implicancia necesaria del principio acusatorio. Hay alternativas de institucionalización de este último que siguen un camino diferente y no por ello desleal. Y, por otra parte, la bifurcación del tribunal puede ser manifestación de otros fundamentos.

<sup>19</sup> ANDRÉS (2015), p. 268. La posición del tribunal debe “ser la de quien todavía no sabe a qué atenerse, porque aún *no conoce* según las reglas” (*idem*).

<sup>20</sup> FERRER (2007), p. 41.

<sup>21</sup> FERRER (2007), p. 41.

<sup>22</sup> Esta repercusión de la distinción sugerida está latente ya en FERRER (2007): “esta clasificación en distintos momentos o fases de la actividad probatoria permite también una aplicación diferenciada de exigencias de racionalidad a cada uno de esos momentos. Dado que la actividad que en cada uno de ellos se realiza es sustancialmente distinta, también lo serán las exigencias que la racionalidad impone” (p. 68).

arrojaría mejor luz sobre ellas<sup>23</sup>. Por supuesto, Damaška viene comentado la separación entre los estadounidenses *bench* y *jury*, pero el argumento es perfectamente extensible –en lo que aquí es relevante– a un sistema de tribunal bifurcado compuesto por jueces letrados profesionales en sus dos extremos<sup>24</sup>, como es el caso chileno.

En lo que resta de esta sección se busca caracterizar el modo de operación de una *regla de exclusión* y su vínculo con la estructura bifurcada del tribunal penal chileno, para luego mostrar cómo se inserta la regla de exclusión *de prueba ilícita* en ese esquema. Este panorama institucional constituye el marco indispensable de las siguientes dos secciones.

Ya se decía que el juicio sobre *admisibilidad* de la prueba da cuenta de los límites impuestos a los elementos probatorios que puede tener a la vista (¡y al oído!) el tribunal al juzgar. Ese recorte de la realidad determina la especificidad de la prueba *jurídica* (*quid non est in actis non est in mundo*)<sup>25</sup>: el material de la decisión se agota en la prueba aportada y admitida al proceso. Esta peculiaridad jurídica se ve confirmada en tanto la composición de ese conjunto de elementos de juicio es resultado de la operación sucesiva de dos filtros de diversa naturaleza: en primer lugar, un criterio epistémico general que puede identificarse como un *principio de relevancia* que “prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan”<sup>26</sup>. De acuerdo con Ferrer, su vigencia se encontraría doblemente justificada: *epistemológicamente*, por cuanto “garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad”<sup>27</sup>; y *jurídicamente*, por cuanto es condición del adecuado ejercicio del *derecho a la prueba*<sup>28</sup>. Se lo puede caracterizar como un *principio de inclusión* de pruebas en la medida en que este filtro tiene prioridad lógica sobre el segundo<sup>29</sup> y que su contenido prescribe “que toda prueba

---

<sup>23</sup> Dice DAMAŠKA (1997): “en sí mismo, el factor del jurado no requiere de un derecho probatorio técnico. [...] El espacio para un derecho probatorio de carácter técnico comienza a abrirse sólo cuando el tribunal de juicio se separa en dos partes. [...] [L]a creciente bifurcación del tribunal de juicio trae consigo un medioambiente institucional que favorece la aplicación efectiva de reglas que ocultan información probatoria al juzgador de los hechos” (pp. 26 y 27).

<sup>24</sup> Así lo precisa el propio DAMAŠKA (1997), p. 27, n. 2 y el texto principal al que esa nota acompaña.

<sup>25</sup> FERRER (2007), pp. 41-42. Sobre la especificidad de la prueba jurídica en detalle, *vid.* TARUFFO (2011), Cap. V.1 (pp. 327-357).

<sup>26</sup> FERRER (2007), p. 42. Sobre este criterio de *relevancia*, *vid.* TARUFFO (2011), pp. 364-378; (2010), pp. 161-176; y (2008), pp. 37-42; y FERRER (2007), pp. 68-76.

<sup>27</sup> FERRER (2007), p. 78.

<sup>28</sup> FERRER (2007), p. 78.

<sup>29</sup> Dice TARUFFO (2011): “Entre estos dos criterios [el de la relevancia de la prueba y el de su admisibilidad] hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante



relevante sea por ello mismo admisible sobre la sola base de sus relaciones lógicas con el hecho a determinar”<sup>30</sup>. Esa relación lógica se refiere a que el elemento de juicio en cuestión “permite fundar en él (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar”<sup>31</sup>. Un criterio de ese tipo, puramente epistemológico, no basta para distinguir a la prueba *jurídica* de otras formas de prueba. Hace falta todavía que opere un criterio propiamente de *admisibilidad*, conforme al cual, en palabras de Michele Taruffo, “los medios de prueba relevantes [sean] también admisibles jurídicamente. Esto significa que todo elemento de prueba relevante debe ser observado también bajo el prisma de los criterios jurídicos de admisibilidad”<sup>32</sup>. Estos criterios *jurídicos* de admisibilidad adoptan la forma de *reglas de exclusión*<sup>33</sup>, esto es, reglas que cumplen la función negativa de ordenar la exclusión de información que ha superado el umbral de la relevancia. Se trata, por consiguiente, de información que, en términos estrictamente epistemológicos, debería ser incluida. La decisión de un tribunal, empero, sólo puede basarse en aquellos elementos de juicio *incluidos* por ser relevantes y *no excluidos* por considerárselos (jurídicamente) inadmisibles.

La exclusión de prueba relevante eriza a epistemólogos<sup>34</sup> y (algunos pocos) juristas<sup>35</sup>, e incluso llevó a Jeremy Bentham a proclamar, muy en su espíritu abolicionista, estas hoy tantas veces citadas palabras: *to exclude evidence is to exclude justice*<sup>36</sup>. Es claro, en vista de

---

no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil: en consecuencia, el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos” (p. 364).

<sup>30</sup> TARUFFO (2011), p. 368. El principio de relevancia tendría un desempeño *positivo* (es decir, de *inclusión*) y uno *negativo*: determinar “la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes” (*ibidem*, p. 367). *Vid.* también TARUFFO (2010), p. 163 y FERRER (2007), pp. 42 y 43.

<sup>31</sup> FERRER (2007), p. 71.

<sup>32</sup> TARUFFO (2008), p. 34

<sup>33</sup> Sobre los distintos tipos de reglas de esta clase, *vid.* TARUFFO (2008), pp. 42-56.

<sup>34</sup> Algunas de estas reglas tienen por objeto proteger ciertos derechos que, para Larry LAUDAN (2006), “constituyen serios y en ocasiones incluso graves obstáculos para [alcanzar] veredictos correctos” (p. 219). Y Susan HAACK (2014) ha apuntado que “las reglas de exclusión están inherentemente en conflicto con el desiderátum epistemológico de completitud. [...] Para que la evidencia posea fuerza probatoria, no sólo debe ser correcta, sino también completa; evidencia verdadera, pero que omita algún punto esencial puede ser profundamente engañosa” (p. 40).

<sup>35</sup> Por ejemplo, FERRER (2007) admite que “[e]l principio fundamental que debería regir en este momento [de formación del conjunto de los elementos de juicio] es el de obtener un conjunto de elementos de juicio (o pruebas) lo más rico posible” (p. 68).

<sup>36</sup> BENTHAM (1827), *Rationale of Judicial Evidence*, cit., por ejemplo, en TARUFFO (2010), p. 166 y LAUDAN (2006), p. 171. Sobre el abolicionismo de Bentham, *vid.* FERRER (2010). Para una cabal comprensión de la posición de Bentham, es imprescindible situar su crítica abolicionista en el marco de su programa general de *desmitificación* del derecho. Al respecto, *vid.* HART (1982), especialmente pp. 29-39.

la tensión entre el principio epistémico de inclusión y los criterios jurídicos de admisibilidad (que lo “excepcionan”<sup>37</sup>), así como de la prioridad lógica del primero sobre los segundos, que toda regla de exclusión demanda una justificación robusta a su favor. Después de todo, a la inversa del criterio (positivo) de relevancia, la operación de una regla de exclusión *disminuye* las probabilidades de que la decisión judicial consiga dar por probados enunciados fácticos coincidentes con la verdad. Por consiguiente, se debe mostrar, en primer lugar, que la exclusión de prueba es un medio idóneo para la consecución del fin perseguido por la norma. Como se verá, tratándose de la prueba ilícita, son controvertidos tanto la finalidad como la idoneidad de la regla de exclusión. En segundo lugar, aun siendo idónea la exclusión de prueba, es posible que existan otros medios menos (epistémicamente) costosos que permitan realizar la finalidad buscada. Y finalmente, deberá evaluarse si la realización de esta finalidad compensa el “sacrificio epistemológico” que significa la exclusión de prueba relevante<sup>38</sup>.

La peculiaridad de la prueba de los hechos en el derecho, entonces, se manifiesta en la concesión epistemológica implicada en cada regla de exclusión y que se justifica por referencia a finalidades de dos diversas naturalezas<sup>39</sup>: hay reglas de exclusión que obedecen a consideraciones propiamente epistemológicas, que ordenan la marginación de información que, siendo relevante, es de escaso valor epistémico o conlleva cierto riesgo de ser sobrevalorada por el juzgador de los hechos<sup>40</sup>. Por ello, se las puede calificar como reglas

---

<sup>37</sup> FERRER (2007), p. 70.

<sup>38</sup> En el mismo sentido, FERRER (2007), p. 79 y respecto de la prueba ilícita, p. 79, n. 34. El lector atento habrá advertido que este esquema de evaluación de la racionalidad de las reglas de exclusión se corresponde que el examen de *proporcionalidad* de una medida estatal limitadora de derechos fundamentales. No es necesario sugerir que se presenta aquí una “colisión de derechos” a disolver, pues el tronco común se remonta a un nivel más general de racionalidad, que Ferrer denomina *teleológica*. Sí importa dejar en claro que esta evaluación de la justificación de las reglas de exclusión asume siempre la perspectiva del *legislador* (y no la del *juez*): “El legislador deberá adoptar una decisión respecto de la ordenación de valores en conflicto y esa decisión sólo podrá ser juzgada desde patrones valorativos” (FERRER (2007), p. 80). El juez podrá determinar que un caso particular no se encuentra comprendido por el ámbito de aplicación de la regla de exclusión, pero no podrá sustituir el juicio legislativo. Esta cuestión suele perderse de vista al discutirse sobre prueba ilícita y en particular sobre el reconocimiento de excepciones a la regla que prescribe su exclusión.

<sup>39</sup> Con lo que parece (a lo menos) incompleta la afirmación de VALENZUELA (2017) en cuanto a que serían (solamente) las “reglas contra epistémicas [las que] convierten a la prueba de los hechos, en algún sentido, en prueba jurídica” (p. 129); salvo que suscriba el argumento –que FERRER (2007), p. 70, califica de “fuerte” y a continuación matiza– conforme al cual “no está justificada epistemológicamente la existencia de ninguna regla de exclusión, que excepcione al principio general de admisión de toda prueba relevante” (*idem*), con lo cual *toda* regla de exclusión deviene “contra-epistémica”.

<sup>40</sup> Puede recordarse aquí, a modo de uno de los tantos ejemplos, la aprehensión manifestada en disidencia por el Juez Blackmun en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Barefoot v. Estelle*, 463 U.S. 880 (1983): “La Corte ha resuelto que es admisible el testimonio psiquiátrico acerca de la futura peligrosidad del imputado, a pesar del hecho de que ese tipo de testimonio yerra en dos de cada tres ocasiones... basándose

*intrínsecas* al razonamiento probatorio<sup>41</sup>. Y como ya se advierte, también las hay que obedecen a valores distintos de la averiguación de la verdad, que el ordenamiento estima bastantes como para excluir información relevante y asumir el costo que ello implica en cuanto a la corrección de la decisión y la realización de otras finalidades jurídicas que dependen de ella<sup>42</sup>. Se las puede calificar como reglas *extrínsecas* al razonamiento probatorio<sup>43</sup>. Las reglas de este último tipo producen (aunque de manera colateral) un efecto que puede calificarse como “contra-epistémico”<sup>44</sup>.

La riqueza de esta distinción es diversa (y tal vez desatendida en su variedad). Aquí se la invoca con dos propósitos. En primer lugar, el carácter *extrínseco* de la regla de exclusión de la prueba ilícita ya anuncia las tensiones que la rodean. Y, en segundo lugar, como se espera mostrar hacia el final del presente trabajo, la distinción permite hacer visible que estas dos clases de reglas de exclusión, en razón de sus respectivos fundamentos, se vinculan de manera diferente con la *valoración* de la prueba y con la *motivación* de la decisión judicial sobre los hechos. Antes, sin embargo, corresponde referirse sucintamente a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su consagración en el ordenamiento jurídico-procesal penal chileno.

---

en que, según se dice, el testimonio es sometido al conainterrogatorio y la impugnación de su credibilidad [*impeachment*]... [E]sto es demasiado para mí... [C]uando la vida de una persona está en juego, ...debería prevalecer una mayor exigencia de fiabilidad [*reliability*]” (463 U.S. 880, 915, cit. por HAACK (2014), p. 39).

<sup>41</sup> Así, DAMAŠKA (1997), p. 14; y FERRER (2007), pp. 44 y 85. Respecto de este tipo de reglas, FERRER (2007) acota: “Las reglas probatorias de este tipo constituyen los casos más claros que Bentham y sus seguidores pretenden abolir” (p. 85).

<sup>42</sup> El sacrificio epistemológico producido por la exclusión de prueba puede redundar en frustrar no sólo la finalidad del sistema de justicia de *reducir errores* (LAUDAN (2006), p. 1), sino también la averiguación de la verdad en tanto objetivo “estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta” (FERRER (2007), p. 82). Esta última dimensión, a juicio de Ferrer, fundamenta la prioridad de la averiguación de la verdad frente a otros valores cuya realización puede buscarse mediante el derecho probatorio. Por definición, *priorizar* implica desconocer el carácter absoluto de aquel objetivo y ponerlo en relación (es decir, relativizarlo) con los demás valores o finalidades.

<sup>43</sup> Así, DAMAŠKA (1997), p. 12; y FERRER (2007), pp. 43 y 85.

<sup>44</sup> Cabe anotar que la clasificación presentada no es exhaustiva. Por ejemplo, LAUDAN (2006) identifica derechos del imputado que “imponen serios obstáculos a la obtención de la verdad” (p. 218), mientras que otros “incuestionablemente sirven a fines epistémicos” (p. 218) y finalmente, los hay que “son principalmente neutrales frente a la verdad” (p. 219). Por otra parte, GASCÓN (2015) distingue entre “limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, *coadyuvan a la averiguación de la verdad*” (p. 386, énfasis en el original); “limitaciones probatorias que, *fundadas en la protección de otros valores*, claramente *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*” (p. 387, énfasis en el original); y “limitaciones probatorias que, *no orientándose a la protección de ningún valor extraprocesal*, son contrarias al interés cognoscitivo del proceso; es decir, no protegen nada y encima *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*” (p. 390, énfasis en el original).

### **(b) *La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho procesal penal chileno***

La sección previa pretende haber mostrado que, en el proceso penal chileno, la diferenciación analítica del “primer momento” de la actividad probatoria tiene un correlato institucional, diseñado de modo de resguardar la centralidad del juicio oral. Un tribunal bifurcado permite que el examen de admisibilidad de la prueba se realice en una fase previa al juicio y ante un juez diferente, evitándose con ello que el tribunal de juicio tome contacto con la prueba que debe ser excluida y comprometa así su imparcialidad. Esta estructura permite que las reglas de exclusión sean eficaces en su cometido. En esta sección se da cuenta de la operación de la regla de exclusión *de la prueba ilícita* dentro de ese contexto.

El inquisitivo en Chile propugnó la eficacia de la prueba ilícita para sustentar una condena penal<sup>45</sup>. De ahí que el legislador de la reforma procesal penal haya resuelto hacerse cargo del problema de la prueba ilícita y, consistente con la estructura del procedimiento que instituía, le diera la forma jurídica de una *regla de exclusión*. La específica forma de consagración normativa de una regla de ese tipo es variada en el derecho comparado: es común que sea fruto del desarrollo (¿creación?) por un tribunal supremo o constitucional mediante su jurisprudencia de control de constitucionalidad de actuaciones de persecución penal o de juzgamiento<sup>46</sup>. Común es también que esa jurisprudencia luego es sucedida por modificaciones legislativas acordes. El caso alemán sigue una corriente separada, por la vía del reconocimiento de las así denominadas prohibiciones probatorias<sup>47</sup>. En Chile, en cambio, el legislador creyó necesaria la formulación expresa de una regla de exclusión de la prueba ilícita, en parte para sacudirse las prácticas del inquisitivo y en parte a causa de la inclinación hacia un formalismo –tan propio de la tradición jurídica chilena<sup>48</sup>– que hacía improbable que,

---

<sup>45</sup> Lo que, en todo caso, pareciera ser un rasgo generalizado del inquisitivo según reporta MIRANDA (2010): “Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría de la dualidad de verdades procesales (material y formal), habría servido para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita. [...] En un contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención” (p. 133).

<sup>46</sup> Para el caso estadounidense, *vid.* ALLEN *et al.* (2011), pp. 340-352; AMAR (1998), pp. 64-77 y (1997), pp. 20-31; ARMENTA (2011), pp. 29-34; CORREA ROBLES (2018), pp. 26-29; HERNÁNDEZ (2005), pp. 10-15; MIRANDA (2010), pp. 134-135; para el caso italiano, *vid.* ARMENTA (2011), pp. 42-45; MIRANDA (2010), p. 135 y (2003), p. 53; y para el caso español, *vid.* AGUILERA (2008), pp. 83-90; MIRANDA (2010), pp. 136-137 y (2003), pp. 53-55.

<sup>47</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ (2005), pp. 27-38; y ROXIN (2000), § 24.D, pp. 188-207.

<sup>48</sup> Dicho formalismo se traduce, entre otras cosas, en señalar apresuradamente que la jurisprudencia carece del estatus de fuente formal de derecho, como es lo propio de un sistema jurídico perteneciente a la tradición del *civil law*. *Vid.*, en general, ACCATINO (2011a).

en los tiempos de implementación de la reforma, la práctica forense desarrollara prontamente una regla de exclusión a partir de la interpretación de las garantías constitucionales del imputado<sup>49</sup>. Atendido este contexto, el legislador estableció la siguiente disposición en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal:

[...] el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Se trata, por tanto, de una norma de rango *legal*, quedando su modificación o derogación entregada (formalmente) al legislador. Una manera de sustraerla de los vaivenes del arbitrio legislativo es entender que la regla de exclusión de prueba ilícita integra el contenido de la garantía del debido proceso, constitucionalmente protegida. Pero el éxito de tal argumento – frente a un eventual control por el Tribunal Constitucional– es, sin embargo, incierto.

Por otra parte, debe añadirse que la doctrina y la jurisprudencia chilenas han entendido que los efectos de esta regla no sólo alcanzan al material probatorio *directamente* obtenido en infracción de derechos fundamentales, sino también, como corolario lógico, a todo aquel material probatorio *derivado* de esa ilicitud de base<sup>50</sup>. Se trata de lo que en la tradición estadounidense se ha conocido como *doctrina de los frutos del árbol envenenado* y en Europa continental, más sobriamente, como *efecto reflejo* de la prueba ilícita.

Ahora bien, ya se decía que, en vista de su carácter *extrínseco* al razonamiento probatorio, la ineludible tarea de justificar la regla de exclusión de prueba ilícita presupone identificar con nitidez su finalidad. Se trata, sin embargo, de una discusión de nunca acabar y no es ésta la oportunidad propicia para zanjarla. A pesar de ello, en lo que resta de esta sección se aborda la cuestión sólo en la medida indispensable para el desenvolvimiento posterior del argumento.

---

<sup>49</sup> En el mismo sentido HERNÁNDEZ (2005): “Es probable que el camino legislativo haya sido la única forma de introducir un concepto tan fundamental como es la exclusión de la prueba ilícita en el contexto de una jurisprudencia poco dada al desarrollo de principios y de un ambiente jurídico que simplemente ignoró la existencia del tema” (pp. 59-60).

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ (2005), pp. 76 y 77; y HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 219 y 220. Con cierto apoyo en la ley: si se atiende al texto de la formulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita del art. 276 inc. 2° CPP (antes transcrito), se advertirá que la regla contempla una hipótesis *formal* referida a “pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”. Y entre la regulación de las nulidades procesales, el art. 165 inc. 1° CPP prescribe que “[l]a declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren”. Éste sería, se postula, el reconocimiento legal del *efecto reflejo* de la prueba ilícita.

Entre la doctrina y jurisprudencia suelen distinguirse, en general<sup>51</sup>, dos alternativas de justificación de la exclusión de la prueba ilícita. La comprensión actualmente imperante en el derecho estadounidense es que la *exclusionary rule* está orientada a regular la actividad policial (“*to police the police*”), disuadiendo –precisamente mediante la exclusión de la prueba ilícita– a los funcionarios policiales de realizar actuaciones que, aunque orientadas a la legítima finalidad de obtener material probatorio incriminatorio, transgreden los derechos individuales garantizados por la Constitución. Así, la exclusión de la prueba ilícita sólo resulta contingentemente justificada, en la medida en que sea efectivamente idónea para producir el efecto disuasorio buscado y estén ausentes otros medios alternativos que, produciendo el mismo efecto, no impliquen el costoso sacrificio epistemológico.

En los sistemas jurídicos europeos continentales y latinoamericanos, en cambio, tradicionalmente se ha sostenido un fundamento diferente (aunque a ratos parece batirse en retirada<sup>52</sup>). La exclusión de la prueba ilícita sería consecuencia directa del “carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento”<sup>53</sup>. La legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal depende de que no se lo conciba como un poder desbocado, sino sometido a restricciones. Al imponerse una pena por sentencia judicial, el principal de esos constreñimientos viene dado por la exigencia de afirmar institucionalmente la culpabilidad del condenado, lo que supone, a su vez, haber probado los hechos constitutivos de delito por los que se le acusó. Esto requiere por parte de los órganos de persecución penal que recopilen

---

<sup>51</sup> En rigor, la diversidad de justificaciones es más amplia que esto, en a lo menos en dos sentidos. En primer lugar, se ha defendido una tercera alternativa, que asume una aproximación según la cual la regla de exclusión de la prueba ilícita sería *intrínseca* al razonamiento probatorio: al haberse obtenido determinado material probatorio en transgresión de las más básicas garantías, es altamente probable, se dice, que provea información de escasa fiabilidad (*vid.* DAMAŠKA (1997), p. 14). Se trata del tradicional problema de la confesión extraída bajo tortura y que ya era previsto por la *Carolina* de 1532: el inquisidor no debía formular preguntas sugestivas, debían obtenerse del torturado datos que “ninguna persona inocente podía conocer”, esta información expresada debía ser posteriormente corroborada mediante otras pruebas y la confesión misma debía reiterarse en audiencia pública y libre de coacción (arts. 54 y 56 *Constitutio Criminalis Carolina*). *Vid.* LANGBEIN (2006), pp. 5, 15 y 16. Esta alternativa de justificación de la exclusión de prueba ilícita ha sido ampliamente rechazada por estimársela insuficiente, al llevar envuelta una tendencia más bien restrictiva, que sólo permitiría fundamentar la exclusión de pruebas cuyos defectos podrían subsanarse mejor al momento de su *valoración*. Incluso ha llegado a declararse la caducidad de esta justificación (por ejemplo, HORVITZ y LÓPEZ (2004), t. II, p. 182), pero recientemente Jordi Nieva Fenoll ha salido en su defensa. *Vid.* NIEVA (2017). En segundo lugar, bajo la justificación de la exclusión de prueba ilícita que suele calificarse de “ética” o “principista”, orientada al resguardo de la “integridad judicial”, en realidad se agrupan variadas argumentaciones que no pueden ser debidamente clasificadas aquí.

<sup>52</sup> *Vid.*, en general, MIRANDA (2010) y (2003).

<sup>53</sup> MIRANDA (2003), p. 53.

material probatorio suficiente, para lo cual se hace necesario practicar diligencias investigativas que afectan más o menos intensamente derechos fundamentales individuales. Estas medidas estatales intrusivas, por tanto, también se presentan como necesitadas de legitimación y en caso de no garantizarse ésta, difícilmente podrá decirse que la imposición judicial de la pena constituyó un acto propio de un Estado de derecho. En otras palabras, en caso de fundarse una condena en prueba ilícita, se pone en jaque la así denominada “integridad judicial” (y en rigor, no sólo judicial, sino del aparato punitivo estatal en su conjunto). El resguardo de esta última justifica la exclusión de la prueba ilícita y por ello se dice que se trata de un fundamento “ético”<sup>54</sup>. En las palabras de Héctor Hernández Basualto, el principal defensor de esta posición en el contexto de la doctrina chilena:

[...] el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal es uno esencialmente ético, antes que utilitario, y está referido a la legitimidad de la acción estatal. El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos; en caso contrario, toda imposición de pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación. [...] [P]ara evitar la degradación de la acción punitiva estatal cuando se comprueba la producción de material probatorio vulnerando garantías fundamentales, [debida] es la supresión de dicho material, pues de esa forma se asegura que el acto ilegítimo no pueda contribuir a la eventual imposición de una pena que cargaría con la misma nota de ilegitimidad.<sup>55</sup>

Vale la pena citar *in extenso* a este autor, pues así lo hace reiteradamente la Sala Penal de la Corte Suprema, tras afirmar –en lo que ha llegado a ser una cláusula de estilo de la jurisprudencia sobre esta materia– que, en Chile, “la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la preservación de la integridad judicial”<sup>56</sup>. Esta pareciera ser también la posición del legislador<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Curiosamente, (algunos de) los defensores de esta posición no afirman que su compromiso “ético” con la exclusión de la prueba ilícita sea categórico o incondicionado, dejando la puerta abierta a la *ponderación*. Es decir, se está aquí ante una ética más bien flexible, acaso laxa.

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ (2005), pp. 60-61.

<sup>56</sup> Por ejemplo, en sentencia ROL N° 39.475-16, de 20 de abril de 2017, considerando 11°.

<sup>57</sup> Junto a las críticas al *deterrent effect* presentadas en el apartado siguiente, viene en apoyo un argumento sistemático: la regulación de la (“nueva”) justicia de familia (Ley No. 19.968, de 30 de agosto de 2004, siguió de cerca al Código Procesal Penal. El art. 31 de esa ley establece una regla de exclusión de prueba ilícita, que, en el contexto de la justicia de familia, necesariamente fue producida por un particular. Su exclusión, por consiguiente, no puede fundarse en el *deterrent effect* respecto de funcionarios estatales. Por lo demás, la Sala Penal de la Corte Suprema ha admitido la exclusión de prueba ilícita producida por particulares, incluso más allá de las hipótesis en que el particular actúa como *longa manu* del Estado. *Vid.* CORREA ZACARÍAS (2016).

No es necesario profundizar mayormente en estos dos fundamentos, bastando con dejar en claro que la Corte ha insistido en afirmar el resguardo de la integridad judicial como el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita. En rigor, el defensor de una justificación “ética” de la exclusión de prueba no objetaría que ella pueda producir el pretendido efecto disuasorio con respecto a la policía, pero lo ha de considerar como un subproducto o –en el lenguaje de los economistas– una externalidad positiva. Como se verá a continuación, sin embargo, la “integridad judicial” no recibe protección suficiente por la vía del *deterrence*, que con demasiada facilidad declara su disponibilidad para hacer *excepciones* a la regla de exclusión. Un tribunal que sea un auténtico defensor de la justificación “ética” de la exclusión de prueba ilícita no sólo debe hacer declaraciones de principios, sino debería rechazar estas excepciones para ponerse a recaudo del riesgo de comprometer su “integridad”. La Corte Suprema de Chile, sin embargo, ha resuelto distinto.

## § 2. La primera vía: admisión de la prueba ilícita.

El propósito de la presente sección es acotado: se trata de mostrar que, a pesar de lo dicho en el apartado anterior acerca de la configuración del proceso penal chileno y del lugar que en esa estructura corresponde a las reglas de exclusión en general y a la de prueba ilícita en particular; la Corte Suprema ha abierto una vía para afirmar la *admisión* de prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales: las *excepciones* a la regla de exclusión. Sin que sea posible hacerse cargo de estas excepciones<sup>58</sup>, nada más se muestra cuán frágil es su justificación en el proceso penal chileno.

### (a) *El trasplante de las excepciones a la regla de exclusión*

Mientras que, como se señaló, para el establecimiento de la regla de exclusión de prueba ilícita hizo falta formulación legal expresa, hasta ahora el legislador chileno ha permanecido silente en cuanto a sus posibles excepciones. Este silencio, sin embargo, no ha representado un obstáculo para que la Sala Penal de la Corte Suprema las desarrolle *ex nihilo*<sup>59</sup>: lo que el máximo tribunal no habría estado dispuesto a hacer en los primeros años

---

<sup>58</sup> Para lo cual puede consultarse ALLEN *et al.* (2011), pp. 658-673 y 685-706; CORREA ROBLES (2018); HERNÁNDEZ (2005), pp. 17-20, 22-26, 73-85; HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 219-226; y MIRANDA (2010), pp. 140-148, y (2003), pp. 57-59 y 64-66.

<sup>59</sup> En ocasiones, la jurisprudencia –y cierta doctrina– se toma el trabajo de encontrar apoyo legal a las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, invocando el art. 165 CPP (“la declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren”). Como se indicó al pasar, se sostiene



del nuevo sistema de justicia penal, esto es, elaborar mediante sus decisiones reglas de persecución penal<sup>60</sup>, hoy lo hace a fin de introducir excepciones al margen del texto expreso de la ley.

La estrategia argumentativa empleada por la Corte para introducir estas excepciones en el derecho procesal penal chileno no ha supuesto originalidad de su parte: dicen que las buenas ideas hay que copiarlas. Así, ha *trasplantado*<sup>61</sup> las excepciones desde la jurisprudencia estadounidense, recibiendo en el ordenamiento jurídico chileno tanto la excepción de *buena fe* del funcionario policial<sup>62</sup>, como las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado: *fuerza independiente*, *vínculo atenuado* y *descubrimiento inevitable*. Lo que interesa destacar aquí –sin por ello negar la *posibilidad* general de los trasplantes jurídicos– es que la Corte chilena ha hecho esta operación de importación de espaldas al contexto en que la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado las mismas excepciones.

La expansión de los efectos de la regla de exclusión alcanzó su esplendor en los tiempos de la Corte Warren (1953-1969). Durante dicho período, la Corte Suprema de los Estados Unidos explotó su jurisdicción de *certiorari* y valiéndose de la doctrina de la *incorporación*, hizo aplicable a nivel estadual los estándares de persecución penal contenidos en la *Bill of Rights*<sup>63</sup>. Pero el auge de los postergados derechos del imputado prontamente dejó ver su contracara: el interés social en la eficacia de la persecución penal palideció ante la creciente marginación de material probatorio relevante<sup>64</sup>. Y aunque ninguna de las decisiones más renombradas de la Corte Warren ha sido formalmente revocada (*overruled*), sí han sido contrarrestadas legislativamente y no puede decirse que hayan conseguido

---

también que esta disposición consagrara normativamente el efecto reflejo de la prueba ilícita. Aún concediendo esto, vale decir, que las excepciones podrían seguirse de la delimitación del concepto de “actos consecutivos”, esta argumentación sólo alcanza para dar cuenta de la excepción de *fuerza independiente* y en el mejor de los casos, también las otras excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Pero en caso alguno consigue explicar la excepción de *buena fe*.

<sup>60</sup> No lo hizo, en efecto, incluso allí donde se podría haber esperado que lo hiciera: *vid.* LÓPEZ (2006), pp. 199-207.

<sup>61</sup> Sobre la noción de *trasplante jurídico*, *vid.* LANGER (2004), LEGRAND (1997), WATSON (1993) y KAHN-FREUND (1974).

<sup>62</sup> *Vid.* al respecto, con detalle, CORREA ROBLES (2018).

<sup>63</sup> Crítico de los logros, por pírricos, de la Corte Warren, STUNTZ (2011).

<sup>64</sup> El historiador del derecho estadounidense Lawrence FRIEDMAN (1993) reporta: “Esas dramáticas decisiones de la Corte Warren resultaron muy controversiales. Se les dio mucha publicidad y para los tribunales, a diferencia de Broadway, no toda publicidad es buena publicidad. La Corte fue criticada, en ocasiones de manera histérica, acusándosele de pervertir el sentido de la Constitución [...]. Estas decisiones [...] encolerizaron tanto a algunos conservadores, que se habló de destituir [*impeach*] a Earl Warren” (p. 302).

asegurar su propia estabilidad en el tiempo<sup>65</sup>. Sencillamente impusieron un costo demasiado alto y en consecuencia, ya bajo el *Chief Justice* Burger, comenzó a recortarse el alcance de la regla de exclusión. Poner el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el *deterrent effect* resultó especialmente propicio para el espíritu de la nueva Corte<sup>66</sup>, toda vez que dicho fundamento responden directamente las ya enunciadas excepciones a la regla de exclusión. No estaría justificado, según este razonamiento, excluir prueba allí donde esta supresión es incapaz de producir el efecto disuasorio buscado.

Por el contrario, estas mismas excepciones no se acomodan bien al fundamento “ético” de la exclusión de prueba ilícita. El problema, empero, es que los sistemas de justicia penal que se inclinan por este último fundamento han de enfrentar equivalentes tensiones provocadas por la exclusión de prueba relevante, viéndose en la necesidad de generar alguna válvula de escape: eso explicaría la áspera convivencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena de declaraciones acerca del resguardo de la “integridad judicial”, seguidas de la afirmación de alguna excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Por ejemplo, en una de sus sentencias<sup>67</sup>, luego de recordar que en el ordenamiento jurídico chileno la exclusión de prueba ilícita tiene su fundamento en la “integridad judicial”, la Corte pasa a citar cinco decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos –*Mapp*<sup>68</sup>, *Wong Sun*<sup>69</sup>, *Brown*<sup>70</sup>, *Leon*<sup>71</sup> y *Strieff*<sup>72</sup>– para sostener la aplicación de la excepción del vínculo atenuado.

Por otra parte, en muchas ocasiones el trasplante ha operado de manera brusca, concediéndose a la excepción un margen mucho más amplio que el trazado por la Corte Suprema estadounidense<sup>73</sup>. Y en otras ocasiones el proceder del máximo tribunal es

---

<sup>65</sup> A modo de ejemplo, en relación con el derecho a guardar silencio, compárese *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) y *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010).

<sup>66</sup> MELTZER (1988) ha defendido la idea de que el fundamento disuasorio no sería inherentemente restrictivo respecto de los alcances de la regla de exclusión, sino más bien que ese fue el uso que le dio la Corte Burger al mismo para “justificar recortes a la regla de exclusión que parecen bastante dudosos” (p. 272).

<sup>67</sup> Sentencia ROL No. 39.475-16, de 20 de abril de 2017.

<sup>68</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>69</sup> *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

<sup>70</sup> *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

<sup>71</sup> *Leon v. United States*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>72</sup> *Utah v. Strieff*, 579 U.S. \_\_\_ (2016).

<sup>73</sup> Compárese, en relación a la excepción de *descubrimiento inevitable*, la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), y la decisión de la Corte Suprema de Chile en su sentencia ROL No. 14.781-15, de 3 de noviembre de 2015. Respecto de la excepción de *buena fe* del agente policial, *vid.* CORREA ROBLES (2018).

incomprensible: en su sentencia ROL No. 4653-13, de 16 de septiembre de 2013, la Corte *combina* (!) las excepciones de buena fe y de descubrimiento inevitable con la finalidad de justificar el ingreso de funcionario policiales a un domicilio, sin previa autorización judicial. Conviene que el lector juzgue:

[Considerando] Séptimo: Que[,] atendido el escenario descrito, el fallo [recurrido] se hizo cargo de la supuesta infracción de garantías en la recolección de la prueba al sostener que “los funcionarios policiales que tomaron parte de la diligencia en comento dieron cumplimiento a las exigencias del texto del Código Procesal Penal al entender que recibieron legítima autorización para la entrada y registro de [parte de] quien apareció como encargado de dicha propiedad. [...]

[Considerando] Octavo: [...] bien pudo requerirse al tribunal de garantía competente, de haber sido necesario, la competente [*sic*] autorización judicial de entrada, registro e incautación [...], de manera que el hallazgo del arma aparecía como una cuestión inevitable, por lo que el supuesto vicio denunciado ninguna trascendencia ha podido tener en el resultado del juicio.

De acuerdo con la jurisprudencia estadounidense, aquí no hay ni una ni otra excepción; de acuerdo con la Corte Suprema chilena, concurren ambas. Desgraciadamente, no se trata de un ejemplo aislado.

Más allá de la falta de pudor intelectual de parte del que es el máximo tribunal de la República, esta desarticulada recepción de las excepciones a la regla de exclusión pone de manifiesto el rol que éstas cumplen. Ellas permiten a la Corte, de un lado, declarar su compromiso con la protección de las garantías del imputado en virtud de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita; mientras que, del otro lado y a la vez, se permite no observar dicho compromiso. Con ello, la Corte no sólo ha aceptado condenas fundadas en prueba ilícita, sino que ha ido desarrollando una jurisprudencia que autoriza a los jueces de garantía (en la audiencia de preparación de juicio oral) a no excluir la prueba de cargo impugnada como ilícita, cuando quede comprendida por alguna de las excepciones de extendida envergadura. Y aun cuando el juez de garantía resuelva excluir, la ley concede al ministerio público (y sólo a este organismo) la posibilidad de apelar<sup>74</sup>, para que la respectiva Corte de Apelaciones declare –siguiendo lo sostenido por la Suprema– la procedencia de alguna excepción. Esta es la primera vía abierta por la Sala Penal de la Corte Suprema para

---

<sup>74</sup> Vid. art. 277 inc. 2° CPP.

hacer lugar a las condenas basadas en prueba ilícita, operando en un punto crítico del diseño institucional del proceso penal chileno: el juicio sobre la *admisibilidad* de la prueba.

**(b) *Incompatibilidad del ‘deterrence’ con el proceso penal chileno.***

En contra de la inconsistencia apuntada en la sección anterior, podría argumentarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema evidencia más que un torpe trasplante, una migración hacia el *deterrence*. Después de todo, un movimiento en esa dirección –fenómeno que Manuel Miranda Estrampes ha denominado “norteamericanización” de la regla de exclusión<sup>75</sup>– puede apreciarse desde hace ya un tiempo en el derecho comparado. Esta sección pretende mostrar que ese rumbo está vedado para la Corte Suprema chilena.

Como se ha visto, el amplio favorecimiento del *deterrence* proviene de su especial plasticidad: hace “demasiado fácil [...] para la Corte aseverar que, en una situación particular, el marginal efecto disuasorio producido mediante la aplicación de la regla es mínimo y resulta sobrepasado por los costos de la exclusión”<sup>76</sup>. De acuerdo con esta comprensión de la regla de exclusión, además de justificarse sus excepciones, la exclusión de prueba debe ceder siempre que exista un medio alternativo que produzca el mismo efecto e implique un menor costo. En esta línea, comúnmente se reivindica la imposición de sanciones (penales o administrativas), así como la posibilidad de hacer valer la responsabilidad civil del funcionario policial. No obstante, la literatura especializada suele quedarse en la sola enunciación de estos medios alternativos y no ofrece pruebas de su eficacia. Por ejemplo, si se mira a la práctica de las agencias policiales estadounidenses de contratar pólizas de seguro para asumir los riesgos de ser demandadas por mala praxis policial y condenadas al pago de millonarias indemnizaciones, se verá que las compañías aseguradoras han comenzado a regular contractualmente (en virtud de la determinación de la cobertura de los seguros) la conducta de la policía. Nótese que se trata del mismo fin atribuido a la regla de exclusión (*to police the police*). Sin embargo, el impacto de esta “regulación privada” es bastante menor precisamente respecto de los casos rutinarios de obtención ilegal de material probatorio de cargo, por tratarse de riesgos catalogados como menores o insignificantes en vista de la

---

<sup>75</sup> MIRANDA (2010), p. 142, y (2003), p. 54. La influencia del derecho procesal penal estadounidense sobre los ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos no estaría reducida al tratamiento de la prueba ilícita, sino también de otras instituciones, como es el caso de las formas de justicia negociada inspiradas por el *plea bargaining*. Vid. LANGER (2004).

<sup>76</sup> MELTZER (1988), p. 273.

escasa posibilidad de llegar a ser indemnizados, por lo que no hay incentivos para que las compañías aseguradoras se preocupen de regularlos<sup>77</sup>.

Ahora bien, este modo de enmarcar el debate deja sin atender dos cuestiones de crucial importancia. En primer lugar, regular la conducta policial es una tarea primordial de todo Estado de derecho. Al hacerlo, se debe definir qué comportamientos necesitan ser regulados y cuáles son los mecanismos adecuados de control: el uso de la regla de exclusión para producir el pretendido efecto disuasorio fracasa en ambos extremos. No se trata de un mecanismo que responda a todas las conductas policiales que requieren ser reguladas. Aun cuando se acote la discusión al contexto de la *persecución* de un delito determinado (dejando de lado las labores policiales de *prevención* de delitos), sólo algunas conductas policiales se orientan a la recopilación de material probatorio y quedan, por tanto, comprendidas por el “ámbito de regulación” de la regla de exclusión. Muchas y muy relevantes conductas policiales quedan, sin embargo, fuera: por ejemplo, el uso excesivo de la fuerza policial para aprehender a un malhechor en fuga<sup>78</sup>.

En segundo lugar, siendo patentes sus limitaciones, junto a la regla de exclusión de prueba ilícita coexisten otros mecanismos de control sobre la policía. Es característico de los ordenamientos jurídicos europeos continentales y latinoamericanos reformados, considerar entre estos mecanismos el sometimiento de la policía al control del ministerio público<sup>79</sup>. En consecuencia, al evaluarse la idoneidad de la regla de exclusión de prueba ilícita debe

---

<sup>77</sup> Vid. RAPPAPORT (2016). Este autor propone una tipología de la mala conducta policial resultante de la combinación de dos variables: (a) el valor en dólares de la indemnización reclamada y (b) la prolongación del tiempo transcurrido entre el momento del hecho y el de la interposición de la demanda. Por consiguiente, la mala conducta policial puede ser (i) costosa y “de cola corta”; (ii) costosa y “de cola larga”; (iii) de escaso valor y “de cola corta”; o (iv) de escaso valor y “de cola larga”. En lo que aquí interesa, transgresiones tales como “una detención investigativa no amparada en sospecha razonable o la omisión de informar las advertencias de *Miranda* previo a la realización de un interrogatorio policial” (*ibid.*, p. 372), producen daños que pueden manifestarse de inmediato (es decir, “de cola corta”), pero que son “mayoritariamente no-compensables a los ojos del derecho” (es decir, se trata de demandas de escaso valor) (*idem*).

<sup>78</sup> Hipótesis que en la taxonomía de RAPPAPORT (2016) podría dar lugar a una demanda costosa y “de cola corta”. Vid. *ibid.*, p. 371.

<sup>79</sup> El gran jurista Friedrich Carl von Savigny, oficiando como ministro del Estado imperial prusiano, observó que “[p]recisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación, subyace el peligro cercano [...] de una lesión jurídica, y la experiencia enseña cómo, no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de la persona afectada. Remediar esa mala situación y dar una base jurídica a las primeras intervenciones policiales debería ser, con toda propiedad, tarea del ministerio público; ello se sigue del principio que está en la base de la institución y su solución daría, además, a la nueva institución creada la mejor consideración a los ojos del pueblo” (cit. en ROXIN (1993), p. 42).

atenderse a la relación entre el ministerio público y la policía, y a la de cada uno de éstos con la investigación. Este aspecto es persistentemente pasado por alto por la doctrina, aun cuando la cuestión resulte determinante en algunos ordenamientos, como es el caso del chileno.

En el sistema de justicia penal chileno, la investigación es dirigida por el ministerio público, de modo que el fiscal tiene la facultad de impartir instrucciones a los funcionarios de policía y éstos tienen el deber de dar cumplimiento a las mismas. Con respecto a la investigación, la policía está relegada a un rol auxiliar, al punto que el artículo 80 del Código Procesal Penal prescribe que los funcionarios policiales *ejecutan sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales*. Salta a la vista, entonces, que el pretendido *deterrent effect* se encuentra desterrado por definición legal. A lo más, el efecto disuasorio sobre la policía es mediatizado por la figura del fiscal como funcionario en exclusivo a cargo de la investigación: en los hechos, sin embargo, eso significa que la audiencia preparatoria en la que se resuelve la exclusión de prueba ilícita se sitúa más allá del horizonte operativo de las agencias de policía.

Durante la elaboración del presente trabajo, se invocó la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, para solicitar a Carabineros de Chile –una de las dos agencias de policía del país– información relativa a la cantidad de detenciones practicadas durante el último año por sus funcionarios y que posteriormente hubieran sido declaradas ilegales por los juzgados de garantía (solicitud No. AD009W0039900, de 18 de diciembre de 2017). Como era de esperarse, la institución respondió a la consulta, indicando que no es competente para registrar tal información y remitió la solicitud a la institución competente: el ministerio público. Carabineros de Chile no lleva registro de la cantidad de detenciones practicadas por sus funcionarios que los tribunales declarar no ser conformes a la ley y por lo mismo, afectaciones ilegales a la libertad de los ciudadanos. Esto parece suficientemente sintomático: dada la específica distribución del trabajo al interior del sistema de justicia penal chileno, según el diseño dado por el propio legislador, se produce una compartimentalización de la responsabilidad que imposibilita que la exclusión de la prueba ilícita produzca efecto alguno sobre la conducta policial.

Las consideraciones anteriores bastan para descartar el *deterrence* como fundamento de la exclusión de prueba ilícita en el ordenamiento jurídico chileno. Se trata, por cierto, de

argumento enteramente sensible a las formas de organización de la persecución penal adoptadas por cada sistema de justicia, de modo que no puede ser generalizado. Puede, sin embargo, esbozar una posible explicación (aun parcial e incompleta) del arraigo del *deterrent effect* en el derecho estadounidense. La regla de exclusión es el único medio al alcance de la Corte Suprema de los Estados Unidos para regular la conducta de un inmenso número de funcionarios policiales, pertenecientes a un espectro amplísimo de agencias dependientes de un espectro igualmente amplísimo de autoridades locales, de condado, estatales y federales.

Finalmente, descartar el efecto disuasorio como fundamento para la exclusión de prueba ilícita no puede contar como confirmación del fundamento “ético”. Pero lograr esto último no es parte del cometido de esta sección y escapa del todo a los fines del presente trabajo. Aquí sólo interesa concluir que la Corte Suprema chilena ha tomado distancia respecto del diseño legislativo del sistema de justicia penal, con tal de aceptar condenas basadas en prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales por la vía de declarar *admisible* prueba ilícita.

### **§ 3. La segunda vía: valoración de la prueba ilícita.**

En el apartado anterior se ha mostrado que la Corte Suprema chilena acepta diversas excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, que ha importado bruscamente desde el derecho estadounidense, haciendo caso omiso de las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos. Siguiendo esta jurisprudencia de la Sala Penal, los jueces de garantía no deben excluir la prueba desafiada como ilícita por la defensa cuando concurre alguna de estas excepciones. Y aun cuando el juez de garantía resolviere excluirla en aplicación de la regla del art. 276 inc. 3° CPP, contra su decisión podrá el ministerio público alzarse (art. 277 inc. 2° CPP) a fin de conseguir de la respectiva Corte de Apelaciones un pronunciamiento conforme a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema.

Aun así, la prueba que fue obtenida con infracción de garantías fundamentales y, no obstante, fue admitida luego a juicio (por no considerarla ilícita el juez de garantía, ya sea por concurrir alguna excepción a la regla de exclusión o por cualquier otro motivo), no es saneada por esa sola circunstancia<sup>80</sup> y deberá soportar todavía el escrutinio del tribunal

---

<sup>80</sup> De acuerdo con MIRANDA (2010), “la prueba ilícita no es susceptible de convalidación o subsanación” (p. 138). De lo contrario, habría que afirmar la preclusión de la oportunidad para declarar la ilicitud de una prueba,

superior (o bien, como se verá, del propio tribunal de juicio). Otro tanto ocurre cuando la ilicitud de un determinado elemento de prueba tiene su origen en el juicio<sup>81</sup>. En todos estos casos, de servirse la sentencia condenatoria de tales pruebas, podrá reclamarse su nulidad y la del juicio a través del mecanismo previsto para tal efecto, esto es, el *recurso de nulidad* procedente contra la sentencia definitiva dictada por el tribunal de juicio<sup>82</sup>. Por lo general<sup>83</sup>, se verificará la causal establecida en el art. 373(a) CPP, esto es, por infracción sustancial de garantías fundamentales en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia. Sobre el recurso de nulidad se volverá con algún detalle más adelante. Ahora sólo interesa destacar que “la *recepción de prueba ilícita* por el tribunal de juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida *durante la tramitación del juicio*, así como la *valoración de prueba ilícita es una infracción cometida en el pronunciamiento de la sentencia*”<sup>84</sup>.

Como ya se advierte, este mecanismo recién descrito presupone la conclusión del juicio y la dictación de una sentencia definitiva, que podrá ser impugnada. Esta solución debe aparecer claramente incompleta a los ojos de quien sostiene que la prueba ilícita “conlleva su *inutilizabilidad* procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el tribunal sentenciador”<sup>85</sup>. A partir de este punto, la doctrina chilena entra en controversia: unos sostienen que no hay regla legal que regule el tratamiento de la prueba ilícita en las fases previa y posterior a la audiencia de preparación de juicio en la que se

---

“[p]reclusividad que tiene un difícil encaje con un modelo procesal penal basado en el respeto de los derechos fundamentales” (MIRANDA (2012), p. 305).

<sup>81</sup> Teniendo presente que “la mayor fuente de infracciones a las garantías fundamentales no es la audiencia de juicio, sino las etapas previas al mismo y, muy en especial, la etapa de investigación” (BOFILL (2005), p. 691), debe reconocerse que son múltiples las situaciones que la ilicitud probatoria tiene su origen en el mismo juicio oral. Las más evidentes y que significan las más burdas infracciones han sido ponderadas por el legislador como *motivos absolutos de nulidad* del juicio y la sentencia: *vid.* art. 374 CPP, especialmente las causales de las letras b), c), d) y f). “Estas últimas situaciones son de competencia de la Corte de Apelaciones [...], cuya tarea consiste en comprobar si, efectivamente, en el juicio y/o la sentencia se produjo alguno de los eventos descritos en el artículo 374. Si así hubiere ocurrido, el juicio y la sentencia son *siempre* nulos [...], ya que la Corte de Apelaciones no está llamada a realizar un juicio de valor adicional acerca de la entidad de la vulneración de la respectiva garantía.” (*ibidem*, p. 689, énfasis en el original). Ello no obsta a que otras circunstancias, que no han sido expresamente previstas en el art. 374 CPP, justifiquen la nulidad del juicio y la sentencia en razón de la causal del art. 373(a) CPP.

<sup>82</sup> Cuya regulación puede verse en los arts. 372 ss. CPP. *Vid.* t. la parte final del inciso 2° del art. 277 CPP.

<sup>83</sup> Salvo en las hipótesis descritas en *supra*, nota al pie 81.

<sup>84</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 195 (énfasis en el original). Pareciera ser que Julián López identifica como garantía infringida que motiva el recurso de nulidad, la misma garantía fundamental que fue infringida al obtenerse ilícitamente el material probatorio (*idem*).

<sup>85</sup> MIRANDA (2010), p. 138 (énfasis en el original).



resuelve sobre la admisibilidad de las pruebas<sup>86</sup>; mientras que otros afirman que, aunque formulada como una *regla de exclusión*, la norma del art. 276 inc. 3° CPP establece una “prohibición general de valoración” de prueba ilícita<sup>87</sup>. Para la primera posición, no es posible reabrir ante el tribunal de juicio el debate sobre la *admisibilidad* de las pruebas<sup>88</sup>, ni podría este tribunal negarse a *valorar* la prueba ilícita, aun en conciencia de su ilicitud<sup>89</sup>. Para la posición contraria, resulta inaceptable “sostener un supuesto deber de los jueces del fondo de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales”<sup>90</sup>. Si así lo hiciera, el tribunal de juicio comprometería su “integridad” (en los términos del apartado anterior) y la defensa se vería obligada a tolerar que el tribunal arribe a una decisión condenatoria fundada en prueba ilícita, para recién atacarla por medio del recurso. Debe tenerse en consideración, además, que la duración de un juicio varía caso a caso, pero el juicio oral más extenso conocido por el nuevo sistema de justicia penal se prolongó durante nueve meses de sucesivas audiencias. ¿Puede el Estado darse el lujo de gastar semejantes recursos en un juicio que, desde temprano, se advirtió que acabará siendo anulado? Pero la posición contraria, concediendo el punto, se atrincheró: sobre el tribunal de juicio pesa “el deber de admitir que, muy a su pesar, ha[] dictado el fallo con fundamento en prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales, que el juez de garantía no declaró inadmisibles y que debe, por tanto, ser revisada a través del recurso de nulidad”<sup>91</sup>.

Aunque el debate no ha conseguido ser clausurado, ha alcanzado cierto dominio la defensa de una prohibición de valoración de prueba ilícita, en el entendido que opera “cuando el mecanismo óptimo destinado a impedir la valoración de la prueba ilícita fracasa, subsiste

---

<sup>86</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 196.

<sup>87</sup> HERNÁNDEZ (2005), p. 90. Por su parte, MIRANDA (2012) sostiene que una prohibición de ese tipo puede derivarse directamente de la cláusula constitucional del debido proceso (pp. 306-307).

<sup>88</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 197-198, rechazan esta alternativa, argumentando que se ha regulado una oportunidad procesal específica para resolver esta cuestión (la audiencia de preparación de juicio oral), así como el respectivo régimen de recursos, pudiendo constatarse una “preferencia legislativa por solucionar los problemas de la prueba ilícita ante un órgano jurisdiccional distinto del que adoptará la decisión sobre absolución o condena”. Al parecer, CERDA (2012) adopta una posición similar, aunque se está refiriendo a otra clase de regla de exclusión, cuando sostiene respecto de la audiencia preparatoria que “[e]s esa y no otra la oportunidad para determinar la admisibilidad o exclusión probatoria” (p. 271). Y más adelante de manera concluyente: “el tribunal de juicio oral en lo penal no tiene facultades para inadmitir las pruebas ofrecidas y aceptadas en la etapa intermedia por el juez de garantía, contenidas en una sentencia interlocutoria firme, debiendo, por ende, recibirlas y luego valorarlas en la sentencia” (pp. 274-275).

<sup>89</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 200.

<sup>90</sup> HERNÁNDEZ (2005), p. 90.

<sup>91</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 203.

para ello incólume la prohibición de hacerlo”<sup>92</sup>. Como se verá en breve, la Sala Penal de la Corte Suprema ha adoptado una posición cercana a ésta. Sin embargo, para comprender adecuadamente esta jurisprudencia y sus repercusiones hace falta, una vez más, mirar de cerca la configuración institucional del proceso penal chileno, lo que ahora significa adoptar la perspectiva del recurso de nulidad. Esto es algo que el anterior debate sólo alcanzó a anunciar y que luego ha permanecido mayoritariamente desatendido<sup>93</sup>. El presente apartado está dedicado a este cometido, intentando mostrar que al poner la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema referida al deber que pesaría sobre el tribunal de juicio oral de “valorar negativamente” la prueba ilícita, en relación con el régimen de recursos del proceso penal chileno y con el alcance que la misma Corte ha concedido al recurso de nulidad, se constata su verdadero efecto. Paradójicamente, la decisión del tribunal de juicio basada en prueba ilícita se vuelve inexpugnable y, con ello, la Corte ha conseguido abrir una segunda vía a las condenas fundadas en prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales.

**(a) La “valoración negativa” de la prueba ilícita**

Como se viene anunciando, la disputa doctrinaria antes retratada ha tenido que ser resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema, que ha sido de la opinión de reconocer una prohibición de valoración de prueba ilícita según la fórmula de la *valoración negativa*. La Corte, empedernidamente, cita a Tomás Vives Antón:

sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un procedimiento judicial no es, innecesario es decirlo, la verdad en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> HERNÁNDEZ (2005), p. 90. En el mismo sentido MIRANDA (2012): “La prohibición de valoración actúa a modo de complemento, como cláusula de cierre del sistema, para el caso en que la prueba ilícita haya superado el test de inadmisibilidad [...]” (p. 309). *Vid.* t. el completo trabajo de Carlos CORREA ROBLES, “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno –con especial referencia al Derecho alemán–”, de próxima publicación en revista *Política Criminal*.

<sup>93</sup> Con escasas salvedades: en las *Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Probatorio*, celebradas a fines de agosto de 2017, Agustina Alvarado Urizar abordó la cuestión en su ponencia titulada “Efecto de la inaplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita” (cuyo texto se encuentra disponible en línea en: [http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/\\_ponencias/Agustina\\_Alvarado.pdf](http://www.derecho.uach.cl/jornadasdederechoprobatorio/docs/_ponencias/Agustina_Alvarado.pdf)). Por otra parte, durante 2016, el estudiante de derecho de la Universidad de Chile Jorge Cortés-Monroy Fernández presentó su memoria de pregrado “La “valoración negativa” y la exclusión de prueba en el proceso penal. Una crítica desde la concepción racionalista de la prueba”, bajo la dirección del Profesor Jonatan Valenzuela Saldías.

<sup>94</sup> La Corte no refiere a la fuente directa, sino a las palabras de Vives Antón citadas por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2004), *Tratado de Derecho procesal penal*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, p. 947.

Y a continuación cita también a Héctor Hernández, el principal defensor entre la doctrina chilena de la prohibición de valoración de la prueba ilícita (y del fundamento de la “integridad judicial”), cuyos argumentos ya han sido reproducidos. Si bien no es claro qué quiere decir la Corte con *valoración negativa* de un medio de prueba determinado, pareciera ser que se trata de la fórmula de compromiso que ha acuñado para hacer compatibles, la prohibición de valoración de prueba ilícita, la imposibilidad de que el tribunal sentenciador revise el auto de apertura de juicio oral dictado por el juez de garantía, y el deber de fundamentación de la decisión sobre los hechos del caso (“El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”, dice el art. 297 inc. 2° CPP). Así las cosas, el tribunal de juicio deberá conocer la prueba ilícita que no fue cribada ante el juez de garantía, pero no podrá utilizarla para fundar su decisión sobre los hechos. Deberá, entonces, con carga a la motivación de la sentencia, dar razones de ello. Esto permitiría “detectar a través de la motivación fáctica la eventual incidencia que una prueba ilícita haya podido tener en la valoración del resto de las pruebas de cargo practicadas”<sup>95</sup>. La prueba impugnada como ilícita, por tanto, no puede servir de base a inferencias probatorias conducentes a dar por probado un determinado hecho. Y si lo hiciera de modo clandestino, la fundamentación de la decisión obligaría al tribunal a ponerlo en evidencia, de modo de hacer posible el control de la sentencia mediante el recurso de nulidad.

**(b) *Los límites de la motivación***

Debe reconocerse los esfuerzos de la doctrina nacional –muchas veces de impronta alemana– que sustenta una prohibición probatoria, así como de la jurisprudencia de la Corte Suprema, para sintonizar el principio de licitud de prueba con la estructura del proceso penal chileno. En efecto, desde un punto de vista dogmático, esta posición al menos proporciona una solución *de lege lata*, que tantas dificultades representa y que el crítico suele eludir con su ingenio *de lege ferenda*. Sin embargo, en ocasiones, el remedio puede resultar más nocivo que la enfermedad y se torna imperioso denunciarlo. Los defensores de la prohibición de valoración de prueba ilícita son demasiado optimistas respecto del control *ex post* de la

---

<sup>95</sup> MIRANDA (2012), p. 310.

decisión sobre los hechos en virtud del debido cumplimiento del deber de motivación. Así, por ejemplo, Manuel Miranda Estrampes:

Es cierto que siempre es posible *maquillar* la motivación, pero, además, de ser ésta una patología contraria a la ética judicial y a la normativa constitucional y procesal, me atrevo a afirmar que estas operaciones de maquillaje encierran, en la totalidad de los casos, defectos y lagunas en la motivación que resultan plenamente apreciables y que vician de nulidad radical a la sentencia. La motivación en serio de las sentencias, entendida en clave de justificación, y su función *profiláctica* son un verdadero antídoto frente a la arbitrariedad judicial y a los riesgos derivados de una eventual *contaminación* de la prueba ilícita.<sup>96</sup>

En efecto, a nadie se le escapa que se está en situación tal que la exclusión de prueba fracasó y no pudo evitarse que el tribunal de juicio tomara conocimiento de la información provista por el elemento probatorio prohibido. Pero la motivación de la sentencia y la disponibilidad de algún recurso para su impugnación, permitirían paliar el efecto contaminante de la prueba ilícita. Así se conseguiría resguardar la “integridad judicial” y poner a recaudo la legitimidad de la imposición de la pena cuando la sentencia fuere condenatoria.

Puede cuestionarse la eficacia de estos mecanismos, sin embargo, si se trae a colación nuevamente la distinción entre reglas de exclusión *intrínsecas* y *extrínsecas* al razonamiento probatorio. Considérese las reglas del primer tipo: de acuerdo con Damaška, estas reglas de exclusión –que serían características (aunque por cierto no exclusivas) del derecho probatorio anglosajón– buscan “aumentar la exactitud de la averiguación de los hechos”<sup>97</sup>, excluyendo evidencias de *escasa fuerza probatoria*, o que conllevan cierto *riesgo de sobrevaloración*, o que exhiben cierta capacidad *generadora de prejuicios*<sup>98</sup>. En rigor, estas reglas son prescindibles en dos sentidos diferentes: en primer lugar, en tanto que criterios jurídicos de *admisibilidad* de prueba, su fundamento podría ser evaluado por el tribunal de juicio sin necesidad de entrar a conocer cabalmente la información que se busca excluir. No habría una estrecha intimidad entre este tipo de reglas y la bifurcación del tribunal, especialmente cuando ambos extremos están integrados por jueces profesionales. En segundo lugar, las deficiencias de las que estas reglas se hacen cargo podrían ser adecuadamente enfrentadas en

---

<sup>96</sup> MIRANDA (2012), p. 311.

<sup>97</sup> DAMAŠKA (1997), p. 14.

<sup>98</sup> *Vid.* DAMAŠKA (1997), pp. 14 y 15.

sede de *valoración* de prueba. De ahí que sean principal objeto de la crítica abolicionista<sup>99</sup>. Por estas mismas razones, parece ser que la debida motivación de la decisión sobre los hechos es un mecanismo idóneo para posibilitar un adecuado control *ex post* de la valoración de la prueba.

Nada de lo anterior puede decirse respecto de las reglas de exclusión *extrínsecas*. Al carecer de fundamentación epistemológica, de lo que se trata es que el tribunal de juicio en caso alguno llegue a conocer la información que se pretende excluir<sup>100</sup>. No podría, por tanto, reservarse para el momento de la valoración de la prueba la decisión acerca de la incorporación de estos elementos de juicio al acervo del tribunal sentenciador. Hay en este caso un compromiso necesario con la bifurcación del tribunal. No puede ser institucionalmente exigible que el tribunal de juicio ignore esta información si ha llegado a conocerla, puesto que “no parece probable que la mente humana sea capaz de procesar información de manera tan estrictamente compartimentalizada”<sup>101</sup>. Y en derecho, *ultra posse nemo obligatur*. El tribunal de juicio, sea deliberadamente o sin siquiera percatarse de ello, se verá en la necesidad de cubrir con sombras las auténticas razones de su decisión y de *racionalizar* su justificación. Así, tratándose de la información que es objeto de reglas de exclusión extrínsecas al razonamiento probatorio, el control *ex post* de la justificación de la decisión sobre los hechos resultará necesariamente debilitado<sup>102</sup>.

El argumento anterior no pretende negar que, en virtud de un control *ex post* de la justificación de la decisión de los hechos, sea posible detectar algún déficit. Pero sí acentuar que el alcance de la motivación tiene límites y que éstos son más estrechos en el problema que aquí se aborda. En la próxima sección, en cambio, se intenta mostrar una restricción adicional: la configuración institucional del recurso de nulidad.

---

<sup>99</sup> “[S]iendo reglas intrínsecas al razonamiento probatorio, no estarían fundadas en otros valores que puedan contraponerse al de la averiguación de la verdad. Las reglas probatorias de este tipo constituyen los casos más claros que Bentham y sus seguidores pretenden abolir.” (FERRER (2007), p. 85). *Vid.* t. HAACK (2014), pp. 39-43.

<sup>100</sup> De ahí que la crítica abolicionista resulte morigerada a este respecto. El propio Bentham habría concedido algún lugar para reglas de este tipo, siempre que “el mal no vinculado a la verdad que ellas previenen sobrepase el mal vinculado a la verdad que ellas provocan” (HAACK (2014), p. 41).

<sup>101</sup> DAMAŠKA (1997), p. 48.

<sup>102</sup> Sólo una exagerada confianza en el provecho de la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación* podría aceptar un rotundo desprecio por el primero. Sobre esta distinción, *vid.* ATIENZA (2016), pp. 31-36; y ACCATINO (2002).

(c) *El recurso de nulidad en materia penal y la valoración de la prueba ilícita*

Con la reforma del sistema de justicia penal chileno, se adoptó un nuevo régimen de recursos, consistente con la centralidad del juicio oral y público<sup>103</sup>. Esta modificación suele interpretarse como un cambio respecto de “la concepción de la organización del poder estatal que subyace al procedimiento civil y al procedimiento penal no reformado, toda vez que dicha concepción determina la estructura organizativa del poder judicial”<sup>104</sup>, echando mano a las categorías de *ideal jerárquico* e *ideal de coordinación*<sup>105</sup>, desarrolladas por Mirjan Damaška en su *The Faces of Justice and State Authority*<sup>106</sup>.

El sistema de recursos es, en efecto, sintomático del carácter de la organización judicial y más en general, de la forma de organización del poder del Estado. Comentando la tardía aparición de la apelación en la tradición del *common law*, el comparativista R. C. van Caenegem apuntó: “La introducción de la apelación es un evento político en la medida en que implica el sometimiento de los tribunales inferiores a la autoridad de los tribunales superiores, lo que es una cuestión de la política del poder”<sup>107</sup>. El así denominado *efecto devolutivo*, propio de la apelación, da cuenta de una organización judicial monárquica, en la que el poder de juzgar se concentra en el rey y es delegado a los funcionarios subalternos: el recurrente solicita así la devolución del poder de juzgar delegado, toda vez que “[l]a potestad que cada funcionario ejerce es la potestad del rey, y por eso es en principio siempre posible acudir al monarca directamente y suplicar que, avocándose al caso de que conoce su delegado, lo solucione como crea correcto”<sup>108</sup>. Bajo esta lógica, el control jerárquico es extenso, pudiendo abarcar todos los aspectos (de hecho y de derecho) de la decisión escrutada.

También esta dimensión del inquisitivo fue abandonada por la reforma procesal penal, no contentándose con establecer el recurso característicamente republicano, la *casación*<sup>109</sup>,

---

<sup>103</sup> Vid. DUCE y RIEGO (2007), pp. 505-515.

<sup>104</sup> AWAD *et al.* (2016), p. 445.

<sup>105</sup> Así, por ejemplo, AWAD *et al.* (2016), HORVITZ y LÓPEZ (2004), t. II, pp. 347 ss.

<sup>106</sup> DAMAŠKA (1986), pp. 16-46. Esta tendencia de la doctrina chilena parece explicarse por la coincidir en el año 2000 el inicio de la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal y la publicación de la traducción al castellano de la obra de Damaška por la Editorial Jurídica de Chile. Esto determinó que la enseñanza del derecho procesal penal y la comprensión del nuevo sistema de justicia penal venga mediada por las categorías que presenta dicha obra, no siempre utilizadas con el debido rigor.

<sup>107</sup> CAENEGEM (1993), p. 6.

<sup>108</sup> ATRIA (2005), p. 251.

<sup>109</sup> Al respecto, *vid.* ATRIA (2005), pp. 249-278, y TARUFFO (2005).

sino que fue todavía más lejos al establecer el recurso de nulidad (por mucho que parte de la doctrina de empecine en asimilar éste a aquél). Así,

se ha desplazado el sistema de doble instancia como recurso generalizado hacia la concepción del recurso como control de legitimidad del juzgamiento. [...] el actual sistema de recursos tiene como rasgo que es muy limitado y supeditado a la idea central de que el juicio oral es único, remitiéndose para ello a los principios de oralidad e inmediación. Su rasgo esencial es que la decisión se adopta en virtud de la prueba percibida directa e inmediatamente por los miembros del tribunal a través de sus propios sentidos, sin la intermediación de ninguna persona. [...] A partir de este diseño, el sistema de controles de la actuación de cada uno de los funcionarios que interviene viene dado, a su vez, por la intervención de los otros en las distintas etapas del procedimiento, las que han sido diseñadas con el objetivo de evitar la concentración de facultades.<sup>110</sup>

Puede advertirse aquí la horizontalidad (o “ideal de coordinación”) que se toma prestada de las ideas de Damaška, pero al mismo tiempo la restricción que ella implica en cuanto a la extensión del ámbito de lo revisable vía recurso de nulidad. Fue esta limitación la que, en los tiempos de discusión de la reforma procesal penal, puso en jaque la compatibilidad del recurso de nulidad con el estándar internacional del *derecho al recurso*<sup>111</sup>. Situada la discusión en perspectiva histórica, no puede dejarse de hacer notar que el contemporáneo discurso internacional de los derechos humanos reclama un poder de revisión de la sentencia condenatoria propio del Estado del *ancien régime*.

Por otra parte, este diseño pareciera denotar un compromiso con lo que Perfecto Andrés Ibáñez ha denominado como la “mística de la intermediación”<sup>112</sup>. En esa línea, un connotado jurista chileno (!) ha destacado que el juicio oral permite al tribunal “formarse convicción por la interactuación de todos sus sentidos”<sup>113</sup>, y en consecuencia, “la denominación de “juicio oral” es insuficiente, porque no representa cabalmente la característica de aprehender el juez las circunstancias del *thema decidendum* con todos sus sentidos y no meramente con el oído”<sup>114</sup>. Habría que referirse entonces a algo así como el juicio *sensorial* (es de esperarse que sólo *penta-sensorial*).

---

<sup>110</sup> ARAYA (2016), p. 30.

<sup>111</sup> A modo de *locus classicus*, vid. PEREIRA (1999). Para esta discusión, vid. AWAD *et al.* (2016), pp. 445-447, y DUCE y RIEGO (2007), pp. 508-515. Para el problema en el derecho español, vid. ARMENTA (2014g).

<sup>112</sup> ANDRÉS (2015), pp. 272-277, y (2003).

<sup>113</sup> TAVOLARI (2005), p. 204.

<sup>114</sup> TAVOLARI (2005), p. 204, n. 143.

Lo anterior ha redundado en que el recurso de nulidad sólo sirva limitadamente al control de la decisión judicial sobre los hechos. La cuestión ha sido suficientemente tratada por Daniela Accatino en varios trabajos<sup>115</sup> y extendidamente en la tesis doctoral de Marcela Araya<sup>116</sup>. No puede ahondarse aquí en esta materia. Basta con destacar que, al situarse el corazón de la reforma procesal penal en el derecho del imputado al juicio oral, ella sirve a dos señores a la vez: por un lado, el juicio mismo –oral y público, informado por la inmediación y el debate contradictorio– sería la mejor garantía de racionalidad de la decisión judicial; del otro lado, escondería una concepción *subjetivista* de la valoración de la prueba. Como consecuencia de esto último,

[...] “lo visto y oído” por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos no en lo esencial) verbalizable y justificable, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia.<sup>117</sup>

Una vez que el recurso de nulidad ha sido adecuadamente enmarcado, es posible volver sobre la cuestión de la valoración negativa de la prueba ilícita. Como se mencionó, una condena basada en prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales es susceptible de ser anulada en virtud de la causal del recurso de nulidad del art. 373(a) CPP. Pero si el tribunal de juicio ha cumplido con la tarea con que la Corte Suprema le ha cargado y ha “valorado negativamente” la prueba ilícita, los enunciados fácticos dados por probados en la sentencia *aparecerán* fundados en otros elementos de juicio. Corresponde, entonces, examinar el debido cumplimiento del deber de fundamentación de los enunciados probatorios<sup>118</sup>: como señala Accatino, el control de la motivación ha sido el “principal caballo de Troya”<sup>119</sup> a través del cual ha podido inmiscuirse un control *ex post* más o menos

---

<sup>115</sup> ACCATINO (2010), (2009)

<sup>116</sup> ARAYA (2016).

<sup>117</sup> ANDRÉS (2003), p. 58.

<sup>118</sup> Esto, ya no en virtud de la causal del art. 373(a), sino la del art. 374(e) en relación con el art. 342(c), todos del CPP, vale decir: cuando la sentencia no cumpliera con exponer de manera clara, lógica y completa, cada uno de los hechos que se dieran por probados y la valoración de los medios de prueba conforme a lo dispuesto en el art. 297 CPP. Este último, a su vez, establece que el tribunal apreciará la prueba con libertad, pero no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Además, la fundamentación de la decisión de los hechos debe ser completa, haciéndose cargo de toda la prueba producida, inclusive la desestimada. Para ello, se deben señalar los medios de prueba en virtud de los cuales se acredite cada uno de los hechos, de modo que se permita la reproducción del razonamiento conducente a la decisión del tribunal. El recurso de nulidad fundado en esta causal no es conocido por la Corte Suprema, sino por la respectiva Corte de Apelaciones (art. 376 inc. 2° CPP, salvo en el caso del inciso 4°).

<sup>119</sup> ACCATINO (2009), p. 348.



restringido de la prueba de los hechos. Pero no le ha faltado ocasión a la Corte para exclamar como Laocoonte, *¡timeo Danaos et dona ferentes!* Puede ocurrir que los elementos de juicio no contaminados por la prueba ilícita justifiquen inferencias probatorias en la misma línea que ésta indica, pero con un menor grado de corroboración. Es decir, aquellos elementos de juicio, por sí solos (esto es, al margen de la prueba ilícita), no consiguen afirmar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis, que en este caso corresponde al estándar de prueba de “convicción” *más allá de toda duda razonable* (art. 340 inc. 1° CPP)<sup>120</sup>. Esto, sin embargo, es invisible a la revisión permitida por el recurso de nulidad, que de conformidad a la comprensión imperante no alcanzaría a “la correcta aplicación [...] del estándar de prueba”<sup>121</sup>.

Así las cosas, dada la configuración del recurso de nulidad en tanto (pobre) mecanismo de control *ex post* de la justificación de los enunciados probatorios, la motivación de la decisión judicial de los hechos no alcanza a ser garantía frente a las sentencias condenatorias fundadas en prueba ilícita y blindadas tras la cortina de la “valoración negativa”.

En vista de esto, la búsqueda de la impugnación de semejante condena podría llevar a la defensa a intentar un recurso de nulidad por infracción sustancial de garantías fundamentales, de conocimiento de la Corte Suprema (art. 373(a) CPP). Después de todo, dicha infracción se habría producido a pesar de lo que diga la resolución atacada. El éxito de este embate depende, sin embargo, de superar dos escollos. El primero, el sistema de justicia podría leerlo como un caso del habitual “arribismo procesal”<sup>122</sup> de los litigantes, consistente en invocar algún supuesto del art. 374 CPP, que establece causales de nulidad de conocimiento regular de la respectiva Corte de Apelaciones, disfrazado de la causal del art.

---

<sup>120</sup> Crítica de la vertiente subjetivista del estándar de prueba del proceso penal chileno, concebido por el legislador chileno como un estándar de *convicción*, ACCATINO (2011b) y (2010), pp. 137-141.

<sup>121</sup> ACCATINO (2010), p. 142, en contra de esa comprensión dominante.

Lo anterior no obsta a que existan casos en que, en virtud del control mediante el recurso de nulidad de la adecuada fundamentación de la decisión judicial sobre los hechos, puedan detectarse conclusiones probatorias dependientes de una premisa no explicitada en la sentencia por ser dependiente de prueba ilícita. La falta de *justificación externa* de esta premisa, repercutiría en la falta de *justificación interna* de la decisión, que sí alcanza a ser advertida gracias a la motivación. Sobre la distinción entre estas dos formas de justificación, *vid.* WRÓBLEWSKI (2001).

<sup>122</sup> La expresión es de AWAD *et al.* (2016), p. 448.

373(a) CPP, de conocimiento de la Corte Suprema<sup>123</sup>. En tal caso, el máximo tribunal podrá reenviar el recurso a la Corte de Apelaciones respectiva, en cuyo caso no se habrá avanzado un paso respecto de la discusión anterior.

El segundo escollo que sortear viene dado por la dificultad de acreditar la causal de nulidad del art. 373(a) CPP: la infracción de garantías fundamentales debe ser *sustancial*<sup>124</sup>. No cualquier vulneración de derechos constitucionalmente protegidos acarrea la nulidad del juicio y la sentencia. Por influjo de la tradición de la casación, la Corte ha entendido dicha exigencia de sustancialidad como *incidencia en lo dispositivo del fallo*<sup>125</sup>. Dice la Corte, por ejemplo:

[...] la infracción debe ser trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz, frente al derecho constitucional del debido proceso. [...] [Conforme al] llamado principio de trascendencia [...] para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte al arbitrio de marras debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando con ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficiencia [...] [N]o causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva [...]<sup>126</sup>

Conforme a este principio de *trascendencia*, pueden existir infracciones intrascendentes de derechos fundamentales y que, en tal medida, no conllevan nulidad. No es difícil que así se estime el caso cuando el tribunal de juicio ha “valorado negativamente” la prueba ilícita: aunque dicha prueba haya sido obtenida con infracción de garantías, dado que el tribunal de juicio no la empleó para fundar su decisión sobre los hechos (según el mismo tribunal indica), no puede calificársela como una infracción *sustancial* en los términos del art. 373(a) CPP.

Así, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema ha abierto la puerta a la valoración de la prueba ilícita y al blindaje del razonamiento de la decisión judicial que en ella se funda. Aunque bien puede decirse que se trata de un efecto contraproducente no

---

<sup>123</sup> Se trata de una práctica que no deja de ser curiosa, dada la mayor carga argumentativa que debe asumir el que recurre por la causal del art. 373(a) CPP en comparación a acreditación de alguno de los motivos absolutos de nulidad del art. 374 CPP. *Vid.* AWAD *et al.* (2016), pp. 448, 449, 470 y ss.

<sup>124</sup> *Vid.* AWAD *et al.* (2016), pp. 448-456. *Vid.* t. BOFILL (2005), pp. 702 y ss.

<sup>125</sup> A pesar de que una exigencia de este último tipo es formulada explícitamente respecto de *otra* causal de nulidad, a saber, la establecida en el art. 373(b) CPP, que corresponde a la tradicional causal de casación: errónea aplicación del derecho que hubiere incidido en lo dispositivo del fallo. Como correctamente apuntan AWAD *et al.* (2016), “[u]n mínimo de coherencia interpretativa exige que a dos preceptos lingüísticamente diferenciados contenidos en el mismo artículo, se les asigne un contenido diverso” (p. 450).

<sup>126</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 5 de octubre de 2010, ROL No. 5081-2010.

buscado, en ocasiones la Corte ha llevado las cosas demasiado lejos. Incluso cuando el tribunal de juicio derechamente ha valorado “positivamente” prueba ilícita, la Corte ha considerado intrascendente el vicio de nulidad porque, sustrayéndose este elemento probatorio (¡según el juicio *ex post* realizado por la Corte!), el tribunal de igual forma podría haber arribado a la misma conclusión. Así, la Sala Penal ha sostenido, por ejemplo:

[Que] aun de no haberse cometido las infracciones [los sentenciadores] igualmente habrían mantenido su veredicto condenatorio, privando entonces a lo alegado por el recurrente de influencia en lo dispositivo del fallo.<sup>127</sup>

[A] pesar [de] que en esta actuación pudiera existir una falta, lo cierto es que [el medio de prueba cuestionado] constituye un antecedente más dentro de los varios otros que fueron analizados por los jueces del fondo.<sup>128</sup>

Nótese que estos fragmentos dan cuenta de que la Sala Penal de la Corte Suprema hace, en virtud de la causal de nulidad del art. 373(a) CPP (que nada tiene que ver con el control de la justificación de los enunciados probatorios), lo que según la jurisprudencia no está autorizada para hacer la Corte de Apelaciones, en virtud de la causal de nulidad del art. 374(e) CPP<sup>129</sup>: evaluar si la prueba, en su conjunto, consigue rebasar el estándar de decisión.

Todavía más, esta operación de sustraer un elemento de juicio del razonamiento del tribunal de juicio pareciera dar cuenta de que la Sala Penal de la Corte Suprema se contenta peligrosamente, para confirmar una sentencia condenatoria, con una aproximación *holista* a la cuestión de hecho<sup>130</sup>.

\*

En las secciones precedentes se ha intentado mostrar cómo la Corte Suprema chilena ha aceptado la admisión y valoración de prueba ilícita. Para ello, se han puesto las herramientas conceptuales provistas por una teoría racional de la prueba al servicio del análisis de un problema específico en la configuración institucional del proceso penal chileno. Algunos de los argumentos presentados, empero, pueden extenderse también a otros ordenamientos. Se espera con ello conseguir el mejor desempeño crítico de ese tipo de herramientas.

---

<sup>127</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 7 de enero de 2014, ROL No. 12.494-2013.

<sup>128</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de agosto de 2013, ROL No. 4363-2013.

<sup>129</sup> *Vid.* nota al pie 118.

<sup>130</sup><sup>130</sup> *Vid.* especialmente TARUFFO (2010), pp. 79-87; y *vid.* t. ACCATINO (2014).

## Bibliografía

---

- ACCATINO, Daniela (2014), “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía*, No. 40 (abril de 2014), pp. 17-59.
- \_\_\_\_ (2011a), “La jurisprudencia de los tribunales en el derecho chileno: fuente elusiva, fuente eludida”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, No. 29, 2011, pp. 79-98.
- \_\_\_\_ (2011b), “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII (2do semestre de 2011), pp. 483-511.
- \_\_\_\_ (2010), “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en Daniela Accatino (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 119-143.
- \_\_\_\_ (2009), “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII (1er semestre de 2009), pp. 347-362.
- \_\_\_\_ (2006), “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, No. 2 (diciembre de 2006), pp. 9-26.
- \_\_\_\_ (2002), “Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIII, pp. 9-25.
- AGUILERA MORALES, Marien (2008), “Regla de exclusión y Acusatorio”, en Lorena Bachmaier (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, pp. 73-108.
- ALLEN, Ronald J., STUNTZ, William J., HOFFMANN, Joseph L., LIVINGSTON, Debra A. y LEIPOLD, Adrew D. (2011), *Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel* (2<sup>nd</sup> ed.), Wolters Kluwer, Nueva York.
- AMAR, Akhil Reed (1998), *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven; Ch. 4 Searches, Seizures, and Takings, pp. 64-80.
- \_\_\_\_ (1997), “Fourth Amendment First Principles”, en su *The Constitution and Criminal Procedure*, Yale University Press, New Haven, Ch. 1, pp. 1-45.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2017), “Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)”, *Jueces para la democracia*, No. 88, 2017, pp. 102-112.
- \_\_\_\_ (2015), “El juez y la cuestión de hecho: formación de la convicción judicial”, en su *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 251-283.
- \_\_\_\_ (2003), “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, No. 46, 2003, pp. 57-66.
- ARAYA NOVOA, Marcela (2016), *El control ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis* (tesis doctoral), Universitat de Girona.
- ARMENTA DEU, Teresa (2014a), “Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 29-45.
- \_\_\_\_ (2014b), “Principios y sistemas del proceso penal español”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 47-69.
- \_\_\_\_ (2014c), “Acusatorio, mixto y adversativo: mitos y realidades”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 71-93.
- \_\_\_\_ (2014d), “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 155-175.
- \_\_\_\_ (2014e), “Limitación de derechos fundamentales y prueba ilícita”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 229-252.

- \_\_\_\_ (2014f), “*Exclusionary Rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América*”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 253-267.
- \_\_\_\_ (2014g), “Recurso de apelación y segunda instancia, acuerdos internacionales e intermediación”, en su *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 293-320.
- \_\_\_\_ (2012), *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid.
- \_\_\_\_ (2011), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)* (2ª ed.), Marcial Pons, Madrid.
- \_\_\_\_ (1998), “Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no”, *Ius et Veritas*, No. 16, 1998, pp. 216-230.
- ATIENZA, Manuel (2016), *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, Lima.
- ATRIA, Fernando (2005), “Proceso Civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 2: 2005 (Comentario de la jurisprudencia del año 2004), pp. 249-353.
- AWAD CHERIT, Alejandro, CONTRERAS ENOS, Marcos y SCHÜRMAN OPAZO, Miguel (2016), “Proceso Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 4:2016 (Comentario de la jurisprudencia del período 2009-2011), pp. 445-524.
- BOFILL GENZSCH, Jorge (2005), “Proceso Penal”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 2: 2005 (Comentario de la jurisprudencia del año 2004), pp. 689-721.
- CAENEGEM, R. C. van (1993), *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2012), “¿Puede el Tribunal Oral inadmitir pruebas ofrecidas y aceptadas previamente en la preparación, por considerarlas impertinentes y sobreadundantes?”, en Manuel Miranda, Rodrigo Cerda y Francisco Hermosilla, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 271-278.
- CORREA ROBLES, Carlos (2018), “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión –derecho estadounidense y derecho chileno–”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 2 (2018), pp. 25-50.
- CORREA ZACARÍAS, Claudio (2016), “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo”, *Política criminal*, Vol. 11, No. 21 (julio de 2016), Art. 5, pp. 104-139.
- DAMAŠKA, Mirjan R. (1997), *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven.
- \_\_\_\_ (1986), *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven.
- DE RAMÓN, Armando (1989), “Promotores Fiscales. Su Historia (1876-1927)”, *Boletín de la Academia Chilena de Historia*, No. 100, pp. 315-336.
- DUCE JULIO, Mauricio (2016), “Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos”, en su *Proceso penal en contexto. Reflexiones sobre aspectos estructurales de la justicia criminal en Chile*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, pp. 41-76.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián (2007), *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010), “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en Daniela Accatino (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 3-19.
- \_\_\_\_ (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- FRIEDMAN, Lawrence (1993), *Crime and Punishment in American History*, Basic Books, Nueva York.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2015), “La prueba de los hechos”, en Marina Gascón y Alfonso García, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima, Cap. IX, pp. 349-406.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982), *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- HAACK, Susan (2014), “Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way”, en su *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Nueva York, pp. 27-46.
- HART, H. L. A. (1982), “The Demystification of the Law”, en su *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press of Oxford University Press, Oxford; Ch. I, pp. 21-39.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005), *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno* (Colección de Investigaciones Jurídicas, No. 2), Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004), *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- KAHN-FREUND, Otto (1974), “On Uses and Misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, pp. 1-27.
- LANGBEIN, John H. (2006), *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, The University of Chicago Press, Chicago.
- LANGER, Máximo (2004), “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, pp. 1-64.
- LAUDAN, Larry (2006), *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LEGRAND, Pierre (1997), “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, pp. 111-124.
- LÓPEZ, Julián (2006), “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en Andrés Bordalí (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, pp. 181-207.
- MELTZER, Daniel J. (1988), “Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General”, *Columbia Law Review*, Vol. 88, pp. 247-328.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012), “¿En qué momento procesal puede acordarse la exclusión de una prueba obtenida de forma ilícita?”, en Manuel Miranda, Rodrigo Cerda y Francisco Hermosilla, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 299-312.
- \_\_\_\_ (2010), “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública* (mayo de 2010), pp. 131-151.
- \_\_\_\_ (2003), “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, *Jueces para la Democracia*, No. 47, 2003, pp. 53-66.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2017), “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, *Diario La Ley*, No. 9068 (25 de octubre de 2017), pp. 1-35.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017), “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Revista Ius et Praxis*, Año 23, No. 1, 2017, pp. 195-246.

- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1999), “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, *Gaceta Jurídica*, No. 223, pp. 15-21.
- PIZZI, William T. (1999), *Trials Without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, New York University Press, Nueva York.
- RAPPAPORT, John (2016), “An Insurance-Based Typology of Police Misconduct”, *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, No. 763, pp. 369-405.
- RIEGO, Cristián (2000), “Chile”, en Julio Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coord.), *Las reformas procesales penales de América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 167-195.
- ROXIN, Claus (2000), *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- \_\_\_\_ (1993), “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público”, en VV.AA., *El ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 37-57.
- STRUENSEE, Eberhard y MAIER, Julio B. J. (2000), “Introducción” a Julio Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires; pp. 17-32.
- STUNTZ, William J. (2011), *The Collapse of American Criminal Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; Ch. 8 Earl Warren’s Errors, pp. 216-243.
- \_\_\_\_ (1995a), “Privacy’s Problem and the Law of Criminal Procedure”, *Michigan Law Review*, Vol. 93, pp. 1016-1078.
- \_\_\_\_ (1995b), “Reply”, *Michigan Law Review*, Vol. 93, pp. 1102-1104.
- TARUFFO, Michele (2011), *La prueba de los hechos* (4ª ed.), Editorial Trotta, Madrid.
- \_\_\_\_ (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid.
- \_\_\_\_ (2008), *La prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- \_\_\_\_ (2005), “Funciones y problemas actuales de la Corte de Casación”, en su *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*, Palestra Editores, Lima; § 7, pp. 221-236.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2005), *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan (2017), “Prueba y revisión: la regla de exclusión de prueba como anomalía epistémica”, en su *Hechos, Pena y Proceso. Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Rubicón Editores, Santiago de Chile, pp. 125-155.
- WASSERSTROM, Silas J. (1984), “The Incredible Shrinking Fourth Amendment”, *American Criminal Law Review*, Vol. 21, pp. 257-401.
- WATSON, Alan (1993), *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Athens, Georgia.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2001), “Justificación de las decisiones jurídicas”, en su *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, D.F., pp. 45-65.