

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.
Polít. Crim. Vol. 16 N° 32 (Diciembre 2021), Art. 6, pp. 644-677
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2021/10/Vol16N32A6.pdf>]

**La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias:
un estudio comparado***

**The function and consequences of the exclusionary rule in the criminal process: a
comparative study**

Carlos Correa Robles
Dr. Iur. y LL.M. Freie Universität Berlin,
Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez
c.correa@uai.cl
<https://orcid.org/0000-0002-6006-4255>

Resumen

El presente trabajo busca presentar y analizar críticamente las distintas posiciones entregadas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense, alemana y chilena respecto de la función que cumple la sanción procesal de la prueba ilícita en el proceso penal. En el sistema chileno, el análisis de problemas tales como la prueba ilícita fuera de la etapa intermedia, el reconocimiento de la excepción de buena fe, la exclusión de prueba ilícitamente obtenida por particulares, o el tratamiento de la prueba ilícita exculpatoria, entre otros temas, dependerán necesariamente de la concepción que se tenga de la exclusión de prueba por ilicitud, y más concretamente, de los destinatarios de esta sanción procesal. Al respecto, el autor concluye que la prueba ilícita no busca resguardar la correcta averiguación de la verdad, no desempeña una función de disuasión policial, ni tampoco despliega un componente ético, sino que su objetivo directo es conferir protección a las garantías constitucionales lesionadas con motivo de la obtención de material probatorio.

Palabras claves: Prueba ilícita, regla de exclusión, prohibiciones de prueba.

Abstract

This study describes and critically analyzes the different positions about the role of procedural sanctioning of illicit evidence in criminal proceedings argued by the American, German, and Chilean legal theories and case law. In the Chilean system, the analysis of unlawful evidence outside the preliminary hearing, the recognition of the good faith exception, the exclusionary rule for evidence obtained by individuals, or dealing with exculpatory unlawful evidence, among other issues, will necessarily depend on the concept exclusion of evidence we have. More specifically, who we consider subject to this procedural sanction. The author concludes that unlawful evidence neither seeks to protect the correct

* Este artículo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Iniciación (N° 11190036: “La prueba ilícita en el proceso penal: más allá de la regla de exclusión”, 2019-2022) cuyo apoyo agradezco en esta nota. Mis agradecimientos van igualmente a Catalina Correa Uribe por su valiosa ayuda en la edición de este texto y la recopilación de jurisprudencia y a los árbitros anónimos por sus sugerencias y comentarios.

ascertainment of the truth, nor has a deterrence effect, nor has an ethical component. It seeks directly to protect the constitutional guarantees violated when obtaining evidence.

Keywords: Illicit evidence, exclusionary rule, prohibitions of evidence.

Introducción

Los fundamentos que sustentan aquella sanción procesal asignada a un medio de prueba ilícitamente obtenido constituyen uno de los aspectos más discutidos por la doctrina y jurisprudencia alemana, estadounidense y chilena en materia probatoria. Pese al interés conceptual que dicha discusión reviste, la importancia del tema no se reduce a una esfera meramente teórica, según la cual los distintos sistemas que reconocen algún mecanismo de ineficacia probatoria por ilicitud en cuanto a su origen le confieren legitimidad a dicha institución. Por el contrario, el fundamento que se asigne a la prueba ilícita determinará el alcance y límites de dicha institución.¹ En el sistema chileno, la prohibición de valoración de prueba ilícita fuera de la etapa intermedia, el reconocimiento de la excepción de buena fe, la exclusión de prueba ilícitamente obtenida por particulares, o el tratamiento de la prueba ilícita exculpatoria, entre otros temas, dependerán necesariamente de la concepción que se tenga de la exclusión de prueba por ilicitud, y más concretamente, de los destinatarios de esta sanción procesal. La respuesta a estos problemas constituye un objetivo de este trabajo.

1. Razones para un estudio comparado

En los capítulos que siguen se examinarán las distintas justificaciones asignadas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense y alemana a sus respectivos mecanismos de sanción de ilicitud probatoria, para finalmente analizar el sistema chileno. Dichos ordenamientos han sido seleccionados para este estudio en cuanto componentes esenciales de los mismos han sido recogidos, ya sea por el legislador, como por la jurisprudencia chilena, para el tratamiento de diversos problemas referidos a la ilicitud probatoria en el proceso penal.

1.1. Tres ordenamientos, distintos modelos

A pesar de ofrecer respuestas distintas frente a un mismo fenómeno, los sistemas estadounidense y alemán representan paradigmas en el tratamiento de los problemas englobados bajo lo que se conoce como prueba ilícita.

Como veremos, el sistema chileno, estructurado fundamentalmente en base a una regla de exclusión de prueba expresamente codificada, ha devenido progresivamente en un complejo sistema de tratamiento de la ilicitud probatoria, cuyas implicancias no se limitan al alcance directo del artículo 276 inc. 3° del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Precisamente, en la solución práctica de muchos de los problemas que escapan del alcance directo de dicha regla, las respuestas estadounidenses y alemanas cobran relevancia.

¹ En este sentido: CORREA y NUÑEZ (2016), p. 216.

En lo que respecta al sistema estadounidense, desde comienzos del siglo XX, los tribunales de dicho país sancionan con la exclusión, aquellos elementos de prueba obtenidos en contravención a garantías reconocidas en diversas Enmiendas a la Constitución estadounidense. Al respecto, cobran especial relevancia las infracciones cometidas por la policía a las IV,² V,³ VI⁴ y XIV⁵ Enmiendas, las cuales consagran una serie de derechos individuales susceptibles de ser vulnerados en el marco de una investigación criminal⁶. La regla concebida desde *Weeks v. U.S.*⁷ en 1914, y luego ampliada en *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*⁸ a los efectos reflejos de una obtención probatoria ilícita, busca excluir del proceso aquella prueba recabada por agentes estatales con infracción a las garantías citadas.

El desarrollo de la regla de exclusión en el derecho estadounidense muestra que su aplicación no es absoluta. Por el contrario, la *Supreme Court* ha establecido diversas excepciones que limitan los efectos de la regla, cuya concurrencia permite —bajo ciertos requisitos— la valoración de medios de prueba vinculados a una obtención ilícita de prueba.

Una primera excepción, “fuente independiente”, fue concebida por vez primera en la mencionada sentencia *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* oportunidad en la cual la Corte Suprema sostuvo: “si el conocimiento (de un elemento probatorio cuestionado) ha sido obtenido desde una fuente independiente, pueden estos (hechos) acreditarse como cualquier otro”.⁹ Se trata de una excepción que ataca la existencia misma de una relación causal entre infracción de ley y la obtención de prueba derivada, negando dicho vínculo.¹⁰ Así, más que una excepción, la doctrina de la fuente independiente corresponde a una ausencia de presupuestos de procedencia de la *exclusionary rule*.

En segundo término, la jurisprudencia de los EE.UU. ha aceptado la excepción del “descubrimiento inevitable”.¹¹ Ella resultará aplicable cuando el medio de prueba cuestionado por su origen, podría igualmente haber sido obtenido de no haber mediado la acción antijurídica realizada, al existir un curso causal hipotético lícito frustrado, el cual podría haber generado el mismo resultado probatorio efectivamente logrado.

La tercera excepción, denominada “excepción del vínculo atenuado”,¹² permite la aceptación de un medio de prueba vinculado a una infracción de garantías, cuando un hecho sobreviniente posterior a la primera obtención probatoria, atenúa de tal forma el reproche que

² Protección contra detención, allanamiento e incautación ilegal.

³ Protección contra la autoincriminación y prohibición de doble persecución.

⁴ Procedimiento justo, fundamentalmente derecho a ser asistido por un abogado.

⁵ Debido proceso.

⁶ Al respecto: CORREA (2015), p. 161 y ss. y CORREA (2018a), pp. 26 y ss.

⁷ *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383, 398 (1914).

⁸ *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920).

⁹ *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385, 392 (1920). Véase *Sutton v. U.S.*, 267 F. 2d 271 (4th Cir. 1959); *Burke v. U.S.*, 328 F. 2d 399 (1st Cir. 1964); *Segura v. U.S.*, 468 U.S. 796 (1984); *U.S. v. Crews*, 445 U.S. 463 (1980); *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218, 388 U.S. 242 (1967); *Costello v. U.S.*, 365 U.S. 265, 278-280 (1961); *Bynum v. U.S.*, 274 F. 2d 767 (D.C. Cir. 1960); *Lawn v. U.S.*, 355 U.S. 339, 355 (1958).

¹⁰ Al respecto: CORREA (2019a), 189 y ss.

¹¹ Véase *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444 (1984); *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977); *Wayne v. U.S.*, 318 F. 2d 205 (D.C. Cr. 1963).

¹² *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 341 (1939); *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963).

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

una nueva obtención probatoria no pueda ser ya (normativamente) vinculada a una infracción de garantías.

Por último, la *Supreme Court*¹³ ha rechazado la exclusión de elementos probatorios obtenidos con infracción de garantías, en aquellos casos en los cuales los policías actuaron de buena fe, esto es, desconociendo la ilicitud de su actuación.¹⁴ Los límites a la aplicación de dicha excepción son bastante acotados: el defecto que incide en la obtención probatoria debe tener su origen no en las actuaciones de la policía, sino en el juez, específicamente al infringir éste el estándar de prueba necesario (*causa probable*) para emitir válidamente una orden de ingreso y registro a un lugar cerrado.

Las mencionadas excepciones corresponden a aquellas que gozan de mayor reconocimiento por parte de la jurisprudencia, constituyendo actualmente un componente esencial de la justicia penal estadounidense.

En el derecho alemán, el origen de la discusión en torno al tratamiento de la prueba ilícita se remonta a los primeros años del siglo pasado, concretamente a la monografía de Beling denominada “Las prohibiciones de prueba como límites a la averiguación de la verdad en el proceso penal”.¹⁵ Dicha obra constituyó el punto de partida de una fructífera discusión respecto del alcance y límites a la regla de libre valoración de la prueba, cuyos contornos siguen siendo objeto de un intenso debate.¹⁶

En términos generales, por medio de estas prohibiciones de valoración se sanciona una infracción por parte de agentes policiales a reglas de obtención probatoria consagradas por el legislador, no por medio de la exclusión de la misma, sino por la proscripción de los elementos probatorios ilícitamente obtenidos de la valoración de prueba a cargo del juez.¹⁷ El reconocimiento de las prohibiciones de valoración de prueba presupone un análisis razonado en la sentencia respecto del medio de prueba sancionado, que justifique no considerarlo como un medio de prueba susceptible de acreditar la realización de un hecho controvertido.

En Chile, el legislador ha optado por el reconocimiento de una regla de exclusión de prueba por ilicitud en cuanto a su origen, el artículo 276 inc. 3 CPP. Su aplicación importa excluir del auto de apertura aquellos elementos de prueba invocados en el libelo acusatorio y que hubieren sido obtenidos con infracción de garantías, impidiendo que el tribunal de juicio oral conozca dicha prueba. En este sentido, la regla de exclusión chilena opera de manera equivalente a la *exclusionary rule* estadounidense.

¹³ *U.S. v. Leon* 468 U.S. 897, 926 (1984).

¹⁴ Véase CORREA (2018a), *passim*.

¹⁵ BELING (1968), *passim*.

¹⁶ Sobre el origen y la evolución de la teoría de las prohibiciones de prueba en el derecho alemán, vid. CORREA (2021), *passim*.

¹⁷ Al respecto, en español: CORREA (2018b), pp. 146 y ss.; AMBOS (2009), pp. 1 y ss. En alemán: JAHN (2008), pp. C 1 a C 128, p. C 31; PITSCH (2009), p. 78; WOHLERS (2016), p. 434.

1.2. La recepción de elementos propios de los sistemas estadounidense y alemán, al derecho chileno

Como he expuesto en otra oportunidad,¹⁸ la regla de exclusión probatoria contenida en el artículo 276 inc. 3° del CPP no permite dar solución directa a diversos problemas, entre los que destacan: i) cuestionamientos de ilicitud probatoria suscitados en la etapa de investigación; ii) problemas de ilicitud probatoria suscitados en el juicio oral; iii) tratamiento de la prueba ilícita en procedimientos especiales que no contemplan una instancia de discusión de ilicitud probatoria (por ejemplo procedimiento abreviado); iv) la procedencia de excepciones a la exclusión de prueba; v) el tratamiento de la prueba ilícitamente obtenida por particulares.¹⁹

Para dar solución a los tres primeros problemas, parte de la doctrina²⁰ ha reconocido la aplicación (residual) en Chile de la teoría de las prohibiciones probatorias. Por medio de su aplicación, se impide al tribunal —en cualquier etapa del procedimiento— fundamentar una resolución judicial en base a prueba ilícitamente obtenida. Dicha postura ha sido recogida por los tribunales superiores,²¹ los cuales, valiéndose de la expresión *valoración negativa de la prueba*, han reconocido la existencia de prohibiciones de valoración de prueba en el proceso chileno. En este sentido, sostuvo ilustrativamente la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia Rol 375-2019, que “ante la constatación de que en el juicio se aportó una prueba ilícita, el Tribunal de Oral en lo Penal debe valorarla negativamente, (...) no siendo posible que los sentenciadores formen su convicción de condena sobre la base de una prueba que consideran obtenida ilegalmente”.

En lo que respecta a la excepción de la fuente independiente, la Corte Suprema chilena ha reconocido su procedencia como excepción a la aplicación de la regla de exclusión y de sus efectos reflejos, en tanto permitiría descartar la existencia de un vínculo causal entre un acto ilícito y una obtención probatoria.²² Del mismo modo, la jurisprudencia ha reconocido la procedencia de la excepción del vínculo atenuado, permitiendo que la presencia de un hecho sobreviniente acaecido con posterioridad a una infracción, tenga el efecto de sanear futuras obtenciones de prueba.²³ En tercer lugar, diversas sentencias han reconocido la aplicación en Chile de la teoría del descubrimiento inevitable, permitiendo la admisibilidad de aquella prueba derivada que hubiera podido ser obtenida mediante un procedimiento en curso

¹⁸ CORREA (2018b), pp. 155 y ss.

¹⁹ Véase CORREA ZACARÍAS (2016), p. 130.

²⁰ En este sentido: CORREA (2018b), pp. 164 ss.; HERNÁNDEZ (2008), p. 60; HERNÁNDEZ (2005), pp. 89 y ss.

²¹ En este sentido, recientemente: Corte Suprema, Rol 6783-17, 14 de abril 2017; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1920-17, 14 de noviembre 2017; Rol 375-19, 3 de abril 2019. En contra: Corte Suprema, Rol 2521-08, 28 de julio 2008.

²² En este sentido: Corte Suprema, Rol 5435-07, 11 de diciembre 2007; Rol 2521-08, 28 de julio 2008; Rol 2333-10, 24 de junio 2010; Rol 1741-10, 25 de mayo 2010.

²³ En este sentido: Corte Suprema, Rol 14.919-18, 21 agosto de 2018; Rol 8332-18, 28 de junio de 2018; Rol 19.008-17, 11 de julio de 2017; Rol 11.482-13, 31 de diciembre de 2013; Rol 2095-11, 2 de mayo 2011; Rol 1741-10, 25 de mayo 2010.

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

conforme a derecho, pero no consumado.²⁴ Por último, la Corte Suprema en Chile ha admitido en algunas de sus sentencias la aplicación de la excepción de buena fe del agente, como veremos, con un alcance y aplicación más amplia que el reconocido originalmente por la *Supreme Court*.²⁵

La adopción de soluciones foráneas para el tratamiento de ciertos problemas locales, como las ya descritas, con las particularidades introducidas a ellas por la jurisprudencia chilena, se justifican especialmente a partir de la atribución de una determinada función a la regla de exclusión. Analizaremos a continuación las posiciones estadounidense y alemana sobre el tema.

2. La función de la regla de exclusión en el sistema estadounidense: la disuasión policial

En el sistema estadounidense, la atribución de una justificación a la regla de exclusión probatoria, puede remontarse a la jurisprudencia de mediados del siglo pasado, oportunidad en la cual se vinculó dicha regla a un efecto disuasivo:²⁶ el *deterrence of police misconduct*, dirigido directamente a los policías infractores. De este modo, por medio de la exclusión de material probatorio ilícito, se busca *prospectivamente* evitar la realización de actuaciones antijurídicas por parte de funcionarios policiales al momento de recabar evidencia.²⁷

Dicho objetivo se conseguiría por medio de la imposibilidad de que la policía (y finalmente el Estado), pueda utilizar a su favor prueba ilícitamente obtenida: el fruto de su trabajo será en estos casos inutilizable. En este sentido, la *Supreme Court* ha sostenido²⁸ que la aplicación de la regla de exclusión resulta *necesaria e inevitable*, para disuadir a la policía de incurrir en nuevas infracciones al momento de recabar evidencia.

Asimismo, cabe reconocer que mediante la aplicación de la regla de exclusión el imputado obtendrá una ventaja procesal, la cual en algunos casos puede traducirse en su absolución. En este sentido, cabe destacar que la regla de exclusión no se dirige *directamente* a reparar una actuación antijurídica realizada en perjuicio del imputado; su objetivo será incidir en la conducta futura del funcionario infractor.²⁹ Por ello, el (eventual) beneficio obtenido por el

²⁴ En este sentido: Corte Suprema, Rol 14.781-15, 3 de noviembre 2015; Rol 11.767-13, 23 de diciembre 2013; Rol 3828-14, 16 de abril 2014.

²⁵ En este sentido: Corte Suprema, Rol 11.482-13, 31 de diciembre 2013; Rol 8139-13, 19 de noviembre 2013; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1428-08, 18 de noviembre de 2008; En contra: Corte Suprema, Rol 9521-09, 12 de abril 2010.

²⁶ En este sentido: *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442-444 (1984); *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 486 (1976); *U.S. v. Janis*, 428 U.S. 433, 446 (1976); *People v. Cahan*, 44 Cal. 2d 434, 282 P.2d 905 (1955). Al respecto, en la literatura: OSSENBERG (2011), p. 75; ROGALL (1995), p. 125.

²⁷ En este sentido: *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 225 (1960); *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 906 (1984); *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974). En la doctrina: MAGUIRE (1964), p. 312; AMBOS (2010), p. 130; HARRIS (1991), p. 313; KILLIAN (1982), pp. 158 s.; MUELLER (1966), p. 51; OAKS, (1970), p. 668; OSSENBERG (2011), p. 76.

²⁸ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442-443 (1984); *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 637 (1965), sostienen que la aplicación de la regla de exclusión es “la única y efectiva posibilidad de disuadir a la policía de actuar ilegalmente”. En ese sentido, ver también *People v. Cahan*, 44 Cal.2d 434, 448 (1955): “es claro que la regla de exclusión no evitará todo ingreso y registro ilegal, pero los desincentivará (...)”.

²⁹ Al respecto: *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 443 (1984).

inculpado como consecuencia de la exclusión de prueba, corresponderá a un efecto secundario de la aplicación de dicha regla.

En contraposición a lo que podría pensarse, el *deterrence* no ha sido siempre considerado el fundamento exclusivo subyacente a la regla de exclusión. En los primeros años de vigencia de la regla, y hasta la década de 1960, dicha finalidad convivió con justificaciones adicionales, especialmente con la llamada *integridad del ordenamiento jurídico*.³⁰ Dicha postura, entendía que desde el momento en el cual el tribunal utiliza material probatorio ilícito, participa del comportamiento antijurídico cometido por los órganos persecutores. Debido a que dicha infracción pondría en entredicho la integridad del procedimiento, ella no debe ser tolerada por los tribunales, justificando su sanción.³¹

Pese a ello, a partir de *Elkins v. U.S.*³² y *Tehan v. Shott*, sentencia dictada por la Corte Suprema en 1966, hasta el día de hoy, se considera a la disuasión policial como el “único y exclusivo fin de la regla de exclusión de prueba”,³³ siendo otros fines hoy en día irrelevantes, o bien, se encontrarían ellos subsumidos dentro del *deterrence*.³⁴

Una pregunta fundamental, con incidencia directa en la función que se reconozca a la regla de exclusión, es si efectivamente dicha regla cumple satisfactoriamente la finalidad disuasiva asignada. La respuesta es incierta. Ya en 1960, sostenía la Corte Suprema estadounidense,³⁵ que no existen estadísticas disponibles para demostrar la efectividad de la regla y que “es altamente probable que dicha información jamás pueda ser recogida”. Años después, la Corte sostuvo³⁶ que no existe evidencia confiable al respecto, señalando que “todos los estudios empíricos dedicados a demostrar dicho efecto tienden a fracasar”. En efecto, en la doctrina estadounidense constituye hoy en día un lugar común³⁷ el sostener que el *deterrence* no resulta susceptible de ser demostrado, siendo su eficacia en gran medida, objeto de meras conjeturas.³⁸

³⁰ Así: *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 222 (1960): “Pero además existe otra consideración; el imperativo de la integridad judicial”; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 656 (1961): la regla de exclusion como “un componente esencial de del derecho a la privacidad”; *Olmstead v. U.S.*, 277 U. S. 438, 470 (1928). En la doctrina: HARRIS (1991), p. 314; HERRMANN (1985), pp. 1298 s.; OAKS, (1970), p. 668; OSSENBERG (2011), p. 75; ROGALL (1995), p. 125.

³¹ En este sentido: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 656 (1961); *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 222 (1960). En la doctrina: OSSENBERG (2011), p. 78.

³² 364 U.S. 206, 217 (1960).

³³ Véase *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406, 413 (1966).

³⁴ En este sentido además: *U.S. v. Janis* 428 U.S. 433, 454, n. 35 (1976): “la integridad judicial es un factor relevante, más subordinado”.

³⁵ En: *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

³⁶ En: *United States v. Janis* 28 U.S. 433 (1976).

³⁷ De acuerdo a: KINPORTS (2013), p. 832.

³⁸ Así: ALSCHULER (2008), p. 1368: “Cuantificar los efectos beneficiosos atribuidos a la regla de exclusion resulta (...) imposible”; HEFFERNAN (2000), p. 864: constatar “el efecto disuasivo es (...) extremadamente difícil, especialmen te cuando la ilegalidad del comportamiento de la policía está en juego”; POSNER (1981), p. 54: “Nadie sabe realmente que tan efectiva es la regla de exclusión como herramienta disuasiva”.

3. La función de las prohibiciones probatorias en el derecho alemán

El sistema procesal penal alemán no consagra legal o jurisprudencialmente una regla general de exclusión de prueba producto de su origen ilícito. A este respecto, y como ya se señaló, desde comienzos del siglo pasado³⁹ la doctrina y jurisprudencia alemana han solucionado el problema referido al tratamiento de los elementos de prueba ilícitamente recabados por la policía, por medio del reconocimiento de prohibiciones probatorias.⁴⁰

La discusión sobre la fundamentación que se asigna a dichas prohibiciones en el derecho alemán ha sido fecunda. Para efectos de este trabajo se analizarán las posturas más relevantes sobre el tema, esgrimidas por la doctrina en dicho país y que han permitido sustentar la aplicación de dicha herramienta por la judicatura.

3.1. El resguardo de la verdad en el proceso penal

Uno de los primeros intentos por asignar una función a las prohibiciones probatorias,⁴¹ reconoció en éstas la protección de la averiguación de la verdad, en tanto finalidad última del procedimiento probatorio.⁴² En este sentido, la existencia de prohibiciones de valoración se justificaría, dado que el resultado probatorio que los elementos de prueba contaminados genera, carecería de confiabilidad.⁴³ Así, la correcta averiguación de la verdad se vería afectada por la incorporación de medios de prueba ilícitamente obtenidos, al considerarse el resultado probatorio derivado de éstos, no confiable.

Al respecto, podemos señalar que la protección de la verdad no puede considerarse una finalidad atribuible a las prohibiciones probatorias.⁴⁴ En este sentido, podemos afirmar que solo la valoración de una pequeña fracción de los medios de prueba ilícitamente obtenidos podría efectivamente representar un obstáculo para la averiguación de la verdad. Este podría ser el caso, paradigmáticamente, de ciertas declaraciones obtenidas mediante métodos de interrogatorio prohibidos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la obtención ilícita de un medio de prueba no afectará de modo alguno la veracidad de éste, ni con ello, su capacidad para contribuir a la averiguación de la verdad. Por último, la decisión sobre la credibilidad o

³⁹ Véase BELING (1968), *passim*.

⁴⁰ Al respecto: CORREA (2018a), *passim*.

⁴¹ Al respecto: BUSCH (1953), p. 703; FELDMANN (1959), pp. 855 y s.; KLUG (1966), p. F 35; NIESE (1953), p. 223; RUDOLPHI (1970), p. 98; SCHMIDT (1958), p. 600. BEULKE (2012), número marginal 454, ha sostenido que el riesgo para la correcta averiguación de la verdad constituye una función secundaria de las prohibiciones de prueba. Igualmente reconoce *Amelung* (AMELUNG (2002), pp. 419 y ss.; AMELUNG (1999), pp. 181 ss.); AMELUNG (1990), pp. 14 y ss.), dicha función como uno de los fines de las prohibiciones probatorias, aunque con un efecto muy reducido.

⁴² En este sentido: BUSCH (1953), p. 703; KLUG (1966), p. F 35; NIESE (1953), p. 223; RUDOLPHI (1970), p. 98; SCHMIDT (1970), p. 464; SCHMIDT (1958), p. 600 s.

⁴³ Al respecto: FELDMANN (1959), p. 856.

⁴⁴ Por todos: JÄHNKE (1989), p. 73; ROGALL (1979), p. 16. Ya en 1903 aclaraba *Beling*, que el derecho del testigo a guardar silencio en ciertas oportunidades, no se basa en el resguardo de la averiguación de la verdad. BELING (1968), pp. 14 y ss. Al respecto: BGHSt 11, 213 ss. En el derecho chileno: CORREA y NUÑEZ (2016), p. 216.

confiabilidad de un medio de prueba es —como resulta indiscutido— un problema general de la valoración de la prueba⁴⁵, más no un problema propio de la obtención de la misma.

3.2. La defensa de la superioridad moral del Estado

Diversos autores alemanes⁴⁶ han sostenido que la recta persecución penal constituiría una obligación moral para el Estado. De este modo, el sustentar una sentencia en base a material probatorio ilícito, constituiría una infracción a la ética y la dignidad del Estado. A partir de ello, la función de las prohibiciones probatorias radicaría en la conservación de la necesaria “pureza” del procedimiento penal.

En contra de dicha opinión, se ha sostenido⁴⁷ que la persecución penal no corresponde a un mecanismo dirigido a demostrar la superioridad moral del Estado, sino que constituye el ejercicio de una función social, dirigida —ante todo— a la imposición de una sanción reconocida por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, se ha afirmado que la infracción que se busca sancionar por medio de las prohibiciones de prueba no corresponde a una vulneración ético-moral, sino más bien a una reacción ante la antijuridicidad de una conducta policial⁴⁸.

3.3. La disuasión policial como función de la prueba ilícita en el proceso penal alemán

A pesar de las diferencias estructurales que subyacen a los procedimientos estadounidenses y alemán, el *deterrence* ha encontrado seguidores más allá de las fronteras estadounidenses. En Alemania específicamente, un sistema jurídico continental, dicha influencia se refleja en diversos estudios que asignan dicha finalidad al sistema de prohibiciones probatorias.⁴⁹

De este modo, dichas prohibiciones corresponderían a un mecanismo preventivo dirigido a desincentivar a la policía de acometer nuevas infracciones a reglas de obtención probatoria, al resultar los resultados probatorios así obtenidos, no aprovechables. En consecuencia, las prohibiciones probatorias generarían una suerte de efecto preventivo general,⁵⁰ permitiendo ello construir un paralelo con el efecto disuasivo atribuido —por algunos— a la sanción penal.⁵¹

⁴⁵ En extenso sobre el punto: DENCKER (1977), pp. 37 ss.; KALB (2006), pp. 8 y ss. Igualmente sobre el punto: DALAKOURAS (1988), pp. 115 s.; ENGLÄNDER y VOLK (2013), § 28 número marginal 7; KÜPPER (1990), p. 417; MERGNER (2005), p. 25; OSSENBERG (2011), p. 26; PELZ (1993), p. 118 ss.; ROGALL (1979), p. 16; STÖRMER (1992), p. 200 y s. En este sentido, en el derecho chileno: CORREA y NUÑEZ (2016), p. 216.

⁴⁶ En este sentido: SCHMIDT (1970), parágrafo 136 a, número marginal 21; OSMER (1966) pp. 10 y ss.; HAFFKE (1973), p. 72.

⁴⁷ Por OTTO (1970), p. 300; ROGALL (1979), p. 13.

⁴⁸ Así, ROGALL (1979), p. 13.

⁴⁹ Entre otros: CONEN (2009), *passim*; KALB (2006), pp. 36 y ss.; WEIGEND (2003), p. 440; WEILER (2002), p. 418. Ver también: ENGLÄNDER y VOLK (2013), §28 número marginal 7; PERES (1991), pp. 33 y s.; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; WEIGEND (2001), p. 290; BOCKEMÜHL (1996) p. 102; DENCKER (1977), p. 52; OSSENBERG (2011), p. 29; PELZ (1993), p. 125; SCHRÖDER (1992), p. 28.

⁵⁰ Al respecto: GRÜNWALD (1966), p. 499; KALB (2006), pp. 36 y s.

⁵¹ Al respecto: DENCKER (1977), p. 52; GRÜNWALD (1966), p. 499; HERRMANN (1985), p. 1297; JÄGER (2003), p. 69; KALB (2006), p. 36; OSSENBERG (2011), p. 29; PRITTWITZ (2008), p. 494, nota al pie 111..

Actualmente, la doctrina mayoritaria en Alemania⁵² sostiene que la disuasión policial no puede ser reconocida como finalidad atribuida a las prohibiciones probatorias. El argumento tradicionalmente empleado para descartar dicho efecto radica en la incompatibilidad estructural existente entre los sistemas procesales alemán y estadounidense.⁵³ En este sentido, y a diferencia del proceso penal norteamericano, el sistema procesal penal alemán no corresponde a un procedimiento de partes, en el cual fiscalía no actúa regida por el principio de objetividad en sus actuaciones y en el cual se enfrenta como parte activa al imputado. En efecto, el procedimiento penal alemán corresponde al clásico sistema inquisitivo reformado, regido por el principio de oficialidad en la persecución, actividad a cargo de un Ministerio Público neutral, el cual de acuerdo al §160 inc. 2 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (en adelante StPO) no solo se encuentra obligado a recopilar evidencia incriminatoria, sino además aquella exculpante. La averiguación de la verdad en el proceso penal alemán se lleva a cabo, de acuerdo al § 244 inc. 2 StPO, de oficio, sin involucrar directamente a las partes. Por estas y otras circunstancias, se puede concluir que los efectos atribuidos a la regla de exclusión en los Estados Unidos no pueden ser automáticamente replicados por el derecho alemán.⁵⁴

Además, existen razones adicionales que impiden conceder la referida función a las prohibiciones probatorias. Un argumento radica en que la finalidad buscada por el *deterrence* no puede ser racionalmente alcanzada por medio de las prohibiciones probatorias.⁵⁵ La falta de conexión interna entre una lesión al ordenamiento jurídico por parte del funcionario policial y la prohibición de valoración de prueba surge como una de las principales críticas a esta postura.⁵⁶ En concreto, la prevención de futuras infracciones no corresponde a un problema que deba ser resuelto a partir del derecho probatorio, sino más bien, por medio del derecho administrativo sancionador o del Derecho Penal.⁵⁷ Mediante el empleo de dichos mecanismos se logra incidir directamente en la persona del funcionario transgresor, sin que el Ministerio Público, deba asumir el costo de la solución.⁵⁸ De todos modos, la disuasión policial vinculada a la obtención ilícita de material probatorio no puede reducirse a un plano

⁵² Entre otros: BOCKEMÜHL (1996) p. 102 y s.; DALAKOURAS (1988), p. 115; DENCKER (1977), pp. 54 y s.; GÖSSEL (1981), p. 651; JÄGER (2003), p. 70 y s.; JAHN (2008), p. C 57 y s.; LÖFFELMANN (2008), pp. 71 y s.; MERGNER (2005), p. 51; OTTO (1970), p. 301; RANSIEK (2015), p. 950; ROGALL (1996), p. 947; ROGALL (1995), p. 149; SARSTEDT (1966), p. F 23; STÖRMER (1992), p. 198.

⁵³ Entre otros: DENCKER (1977), pp. 53 y s.; HERRMANN (1985), p. 1302; KLEINKNECHT (1966), p. 1544; LESCH (2001), Capítulo 3, número marginal 161, nota al pie 385; número marginal 170; RANFT (1992), p. 725; ROXIN y SCHÜNEMANN (2014), p. 27; SCHRÖDER (1992), p. 28 y s.

⁵⁴ Crítico al respecto: REICHERT-HAMMER (1989), p. 449.

⁵⁵ Al respecto: JÄGER (2003), p. 70; STÖRMER (1992), p. 199; LÖFFELMANN (2008), p. 71.

⁵⁶ GRECO (2015), p. 83.

⁵⁷ En este sentido: AMELUNG (1990), p. 18; JÄGER (2003), p. 70; KELNHOFER (1994), p. 60; OSSENBERG (2011), p. 30; PELZ (1993), p. 128 y s.; RANFT (1992), p. 725; RANSIEK (2015), p. 950; ROGALL (1999b), p. 131; ROGALL (1995), p. 149; ROGALL (1979), p. 15; STÖRMER (1992), p. 199. Por su parte, JAHN (2008), p. C 58, propone alcanzar el fin de disciplina por medio del fortalecimiento del derecho disciplinario, especialmente por medio de los delitos funcionarios contenidos en la parte especial del código penal. Similar: LÖFFELMANN (2008), p. 72. Crítico al respecto: KALB (2006), p. 40.

⁵⁸ Al respecto: AMELUNG (1991), p. 2534; STÖRMER (1992), p. 199.

meramente teórico, sino que debiera reflejarse en decisiones legislativas y judiciales concretas, aspecto muchas veces olvidado.⁵⁹

Sin perjuicio de lo ya expuesto, la disuasión policial puede considerarse⁶⁰ como un posible efecto secundario o reflejo de una prohibición probatoria; algo no buscado ni esperado, pero deseado.

3.4. El resguardo de fines propios de la sanción penal

En los albores de la discusión sobre prohibiciones probatorias en Alemania, surgieron voces que vinculaban dicha institución al resguardo de fines de prevención especial o general, asignados a la sanción penal. Para dicha postura, el proceso penal tendría como una de sus finalidades el asegurar la posibilidad de que la sanción que se imponga en definitiva, cumpla los objetivos asignados a ella. Analicemos a continuación dichas posturas.

3.4.1. Protección de los fines preventivo especial de la pena

Una parte de la literatura alemana,⁶¹ deriva como función de las prohibiciones probatorias el resguardo de los fines preventivo especiales atribuidos a la sanción penal. La teoría de la prevención especial posee dos variantes: la prevención especial negativa, que persigue la protección de la sociedad por medio de la privación de libertad del sentenciado, y su variante positiva, centrada en la resocialización del imputado por medio de la imposición de una condena y su rehabilitación.⁶²

Algunos partidarios de prevención especial positiva han sostenido que la resocialización del delincuente comienza ya en el proceso penal, y no se limita meramente a la ejecución de la pena.⁶³ Así, de acuerdo a Otto, al momento en que el Estado lleva a cabo la persecución penal, ejerce una obligación moral, la cual se tornaría indigna en caso de que el tribunal decidiera utilizar material probatorio ilícitamente obtenido.⁶⁴ La conducta ilícita de los órganos persecutores al momento de obtener prueba de cargo generaría la impresión en el imputado de que la sentencia que a partir de dicha prueba se le imponga no será justa,⁶⁵ mermando ello sus posibilidades de resocialización.⁶⁶ Para garantizar el cumplimiento de los

⁵⁹ Una sentencia paradigmática respecto del pobre desempeño del derecho disciplinario y penal contra los funcionarios persecutores lo constituye el fallo *Gäfgen* (LG Frankfurt a.M., 20 de diciembre de 2004, NJW 2005, 692 ss.; CEDH sentencia del 1 de Junio de 2010 (EGMR NJW 2010, 3145 (3147)). Crítico: WEIGEND (2011) p. 327.

⁶⁰ Al respecto: AMELUNG (1990), p. 20; BEULKE (2012), número marginal 454; BOCKEMÜHL (1996) p. 103; STÖRMER (1992), p. 199; DALAKOURAS (1988), p. 115; DENCKER (1977), p. 55; GROPP (1989), p. 209; HENGSTENBERG (2007), p. 57; JAHN (2008), p. C 58; KELNHOFER (1994), p. 254; MUTHORST (2009), p. 56; PELZ (1993), p. 131; ROGALL (1979), p. 16; SCHRÖDER (1992), p. 67. En todo caso, como afirma LÖFFELMANN (2008), p. 71, la efectividad del efecto disuasivo es al menos difícil de acreditar.

⁶¹ Entre otros: OSMER (1966) pp. 10 y ss.; OTTO (1970), p. 300.

⁶² Exhaustivos: LESCH (1994), pp. 590 y ss.; ROXIN (2006), sección A § 3, número marginal 11.

⁶³ En este sentido: HAFFKE (1973), p. 72; OSMER (1966) p. 10; OTTO (1970), p. 297. Crítico: KALB (2006), p. 65.

⁶⁴ OTTO (1970), p. 290.

⁶⁵ OTTO (1970), p. 298.

⁶⁶ OTTO (1970), pp. 298 y 300. Al respecto: JÄGER (2003), p. 72.

finos preventivo-especiales asignados a la pena, deberá el Estado reaccionar a través del reconocimiento de una prohibición probatoria, restableciendo así la legitimidad del proceso como mecanismo de resolución de conflictos jurisdiccionales.⁶⁷

El sector mayoritario de la doctrina se ha pronunciado en contra de asignar dicha fundamentación a las prohibiciones de prueba.⁶⁸ Sin perjuicio las objeciones que pudieren formularse a la teoría de la prevención especial como función de la pena, especialmente en cuanto a su compatibilidad con el libre desarrollo de la personalidad,⁶⁹ resulta incierto si el proceso penal ejerce algún efecto sobre la persona del imputado.⁷⁰ Asimismo, no resulta claro como una infracción procedimental —muchas veces insignificante— podría poner en duda el referido efecto.⁷¹ Por último, el atribuir al proceso penal una función asignada en último término a la pena, resulta inconciliable con la presunción de inocencia que rige al imputado hasta la dictación de una sentencia condenatoria,⁷² resultando incompatible con el Art. 6 de la CEDH.⁷³

Por último, cabe destacar que esta teoría adolece de inconsistencias internas. Si, efectivamente, las prohibiciones de pruebas debieran fortalecer la confianza del imputado en el sistema de enjuiciamiento, su efecto debiese actuar precisamente en la dirección opuesta. En tanto su reconocimiento disminuye la capacidad probatoria del Ministerio Público, ello contribuiría a fomentar en el imputado la percepción de un sistema procesal débil: la aceptación de la sentencia que las reconozca, por parte del sentenciado, será puesta igualmente en entredicho.⁷⁴

3.4.2. Resguardo de los fines preventivo general de la pena

Distintas variables de la teoría de la prevención general de la pena identifican dicha función con un efecto motivador, el cual se dirige al fortalecimiento y mantenimiento del ordenamiento jurídico como sistema vigente y efectivo. Al respecto, Dencker⁷⁵ atribuye a las prohibiciones de prueba una finalidad de prevención general consistente en la conservación y creación de una consciencia dirigida al resguardo de valores ético-sociales.⁷⁶

La obtención antijurídica de un medio de prueba generaría una pérdida en la autoridad moral y credibilidad del sistema procesal penal,⁷⁷ la cual pondría en entredicho la aceptación social

⁶⁷ OTTO (1970), pp. 290 y 297). Al respecto: JÄGER (2003), p. 72; KALB (2006), p. 65.

⁶⁸ Crítico al respecto, entre otros: DALAKOURAS (1988), pp. 116 y s.; DENCKER (1977), pp. 58 y s.; JÄGER (2003), p. 73 y s.; KALB (2006), pp. 65 y ss.; KELNHOFER (1994), p. 56 y s.; OSSENBERG (2011), p. 27 y s.; ROGALL (1979), p. 13; STÖRMER (1992), pp. 201 y ss.

⁶⁹ Al respecto: LESCH (1994), pp. 592 y s.

⁷⁰ Al respecto: KALB (2006), p. 67; PELZ (1993), p. 112.

⁷¹ Al respecto: DENCKER (1977), p. 59; PELZ (1993), p. 112 y s.

⁷² SCHMIDT (1969), p. 255. Al respecto: JÄGER (2003), p. 73; JAHN (2008), p. C 58.

⁷³ Al respecto: JÄGER (2003), p. 73; KALB (2006), pp. 67 y s.

⁷⁴ Al respecto: DENCKER (1977), p. 59; JÄGER (2003), p. 73; SCHRÖDER (1992), p. 32; STÖRMER (1992), p. 203.

⁷⁵ DENCKER (1977), pp. 59 ss. Crítico: ROGALL (1999b), p. 132.

⁷⁶ DENCKER (1977), p. 60. Similar: OSMER (1966) pp. 51 y ss.

⁷⁷ DENCKER (1977), p. 65.

de la sentencia: el fin preventivo-general atribuido a la sanción penal no podrá ser alcanzado.⁷⁸

La tesis que atribuye a las prohibiciones de prueba el resguardo de la función preventivo-general asociada a la pena no resulta atendible. Las prohibiciones probatorias no parecen ser un mecanismo idóneo para lograr los fines pretendidos. En los hechos, la posible absolución del imputado como consecuencia del reconocimiento de prohibiciones de valoración de prueba, actúa muchas veces en la dirección opuesta: podría reflejar un sistema de persecución penal ineficiente,⁷⁹ carente de autoridad, y, con ello, de legitimidad.⁸⁰

En conclusión, aquellas posturas que atribuyen al proceso penal fines propios de la sanción penal proponen una concepción del proceso, que no puede ser compartida en tanto reducen el proceso penal a un mero instrumento para la realización del derecho penal material, negando su autonomía funcional.⁸¹

3.5. La protección de garantías individuales

Hace un poco más de 40 años,⁸² sostuvo Rogall que las prohibiciones de prueba se erigen como instrumentos de protección de los derechos individuales y derechos fundamentales en el proceso penal, constituyendo, en otras palabras, herramientas de protección del individuo contra la persecución estatal.⁸³ Su reconocimiento conduciría a la protección y preservación de los derechos individuales en el proceso penal. Esta opinión representa hoy en día la opinión mayoritaria en la doctrina alemana.⁸⁴

La representación de prohibiciones de prueba como instrumentos de protección de los derechos individuales no se encuentra exenta de críticas.⁸⁵ Una de las objeciones más recurrentes, sostiene que existen derechos individuales cuya lesión en el marco de un proceso penal no genera como consecuencia el reconocimiento de una prohibición probatoria.⁸⁶ Asimismo, se argumenta que al analizar la procedencia de las prohibiciones de prueba, la protección de los derechos individuales no representa el único criterio a considerar.⁸⁷

⁷⁸ DENCKER (1977), p. 65.

⁷⁹ Al respecto: BOCKEMÜHL (1996) p. 102; DALAKOURAS (1988), p. 118; KALB (2006), p. 71; OSSENBERG (2011), p. 29; PELZ (1993), p. 115; ROGALL (1979), p. 14; STÖRMER (1992), p. 203.

⁸⁰ Al respecto: JÄGER (2003), p. 76; KELNHOFER (1994), p. 58; ROGALL (1979), p. 14.

⁸¹ En este sentido: JÄGER (2003), p. 77; EISENBERG (2015), número marginal 368. En contra: AMELUNG (2002), p. 422 y s.; AMELUNG (1990), pp. 20 y ss.

⁸² Al respecto: ROGALL (1979), p. 1 y ss.

⁸³ ROGALL (1979), p. 17 y ss. y 21. Críticos: LESCH (2001), Capítulo 3, número marginal 160; ROGALL (2008), p. 820.

⁸⁴ De acuerdo a: KALB (2006), p. 49; OSSENBERG (2011), p. 23. En este sentido, entre otros: BEULKE (2012), número marginal 454; BEULKE (2008), p. 654; DALAKOURAS (1988), p. 122; HERRMANN (1985), p. 1292; MERGNER (2005), p. 28; ROGALL (1979), pp. 17 y ss.; 21; SCHRÖDER (1992), p. 35; STÖRMER (1992), p. 207.

⁸⁵ Críticos: GÖSSEL (1981), p. 651; JÄGER (2003), p. 79; KÜPPER (1990), p. 417; LESCH (2001), Capítulo 3, número marginal 160; RANFT (1992), p. 721.

⁸⁶ El mismo Rogall (ROGALL (1979), p. 21) ha reconocido la validez de dicho punto.

⁸⁷ En este sentido: GÖSSEL (1981), p. 651; KÜPPER (1990), p. 417.

La primera de las críticas parte de un supuesto errado. Si bien, de acuerdo a esta postura, toda prohibición probatoria se sustenta en una vulneración de garantías, no resulta posible deducir la conclusión opuesta, esto es, que cada lesión de garantías fundamentales en el marco de un proceso penal deberá conducir al reconocimiento de una prohibición probatoria.⁸⁸ Respecto a la segunda objeción, puede sostenerse que efectivamente la protección de derechos individuales corresponde a un punto de vista relevante al momento de determinar la procedencia de prohibiciones probatorias, más no al único.⁸⁹ En ese sentido, la mera protección de garantías individuales se asoma, en tanto criterio exclusivo de análisis del fenómeno de la ilicitud probatoria, como reducido pues desconoce los intereses públicos necesarios para el adecuado tratamiento del problema.⁹⁰

3.6. La estabilización de normas vulneradas

A partir de las críticas mencionadas, Rogall ha reestructurado su posición sobre los fundamentos de las prohibiciones probatorias, entendiéndolas recientemente como parte una concepción del derecho integrante de un sistema social complejo.⁹¹ En este sentido, el fin que desempeñarían las prohibiciones de prueba correspondería a la estabilización y protección de aquellas normas en la Constitución, que protegen bienes susceptibles de ser lesionados en el marco de un proceso penal.⁹²

Así, para esta postura, las prohibiciones de prueba constituyen la consecuencia de una expectativa normativa defraudada, reflejada en la obtención probatoria ilícita llevada a cabo por los órganos de persecución. Por medio de la imposición de esta sanción procesal, será la regla de actuación infringida nuevamente reconocida como norma vigente: el contenido en ella resguardado no será un enunciado meramente nominal.⁹³

Esta teoría se aleja de una concepción meramente subjetivista.⁹⁴ Sí, como sostiene el referido autor, el proceso penal moderno se estructura a partir de la correlación de dos intereses contrapuestos —el desarrollo de una eficiente persecución penal⁹⁵ y el resguardo de aquellas

⁸⁸ Al respecto: BOCKEMÜHL (1996) p. 105; KELNHOFER (1994), p. 63 y s.; SCHRÖDER (1992), p. 35.

⁸⁹ En este sentido: RANFT (1992), p. 721; BOCKEMÜHL (1996) p. 105.

⁹⁰ Al respecto: KELNHOFER (1994), p. 64; RANFT (1992), p. 721; ROGALL (2008), p. 824; ROGALL (1999b), p. 133; ROGALL (1999c), p. 303.

⁹¹ Punto de partida de ésta es el énfasis en el rol del derecho como pilar de una compleja estructura social, sin la cual los individuos se comportan comunicativamente entre sí. Al respecto: LUHMANN (2008), pp. 31 y ss.; LUHMANN (1993), pp. 124 y ss.

⁹² En este sentido: ROGALL (2016), § 136 a, número marginal 112; ROGALL (2002), p. 978; ROGALL (1999b), p. 132 y s.; ROGALL (1999c), p. 302 y s.; ROGALL (1999a), p. 546; ROGALL (1996), p. 947n; ROGALL (1995), p. 150. Similar: MERGNER (2005), p. 135; LESCH (2009), p. 318; MÜSSIG (1999), p. 122. Crítico al respecto: AMELUNG (2001), p. 1274 y s.

⁹³ Así: POPP (2005), p. 373. Similar: REINECKE (1990), pp. 182 y ss., quien asigna a las prohibiciones de prueba una función de “indemnización de perjuicios en sede procedimental” por la lesión de reglas de obtención de prueba.

⁹⁴ Sobre la crítica a la teoría de la protección de bienes jurídicos: JAKOBS (2012), *passim*; JAKOBS (1991), 2a Sección, números marginales 22 y ss.

⁹⁵ En la doctrina: ROGALL (2016), § 136 a, número marginal 112. En la jurisprudencia: BGHSt; 47, 172 (179); 42, 170 (174); 38, 214 (220); 29, 23 (25). BVerfGE 122, 248 (272 y s.); 107, 104 (118 y s.); 80, 367 (375); 77, 65 (76); 74, 257 (262); 51, 324 (343 y s.); 47, 239 (250); 46, 214 (222); 44, 353 (374); 41, 246 (250); 39, 156 (163); 38, 312 (321); 38, 105 (116); 36, 174 (186); 34, 238 (248); 33, 367 (383); 29, 183 (194); 20, 144 (147);

garantías constitucionales que aseguran la posición del imputado en el proceso penal⁹⁶—, una concepción exclusivamente enfocada en la protección de garantías individuales, no resulta suficiente para entender cabalmente el fenómeno de la ilicitud probatoria.⁹⁷

Al respecto, como sostiene Hassemer, las reglas de protección de garantías individuales no deben entenderse únicamente como meras restricciones a una efectiva lucha contra la delincuencia; ellas entregan, en los hechos, la necesaria legitimación para la administración de justicia.⁹⁸ Por otro lado, el recurso a los intereses públicos orientados a lograr una eficiente persecución penal, permite reconocer ciertas situaciones en las cuales, a pesar de la constatación de una infracción de ley, el medio de prueba debe ser valorado. Dichas hipótesis corresponden fundamentalmente a las conocidas excepciones al reconocimiento de un efecto reflejo en las prohibiciones de prueba, reconocidas como válidas por la doctrina alemana,⁹⁹ y cuyo fundamento se encuentra, precisamente, en el interés público.

De este modo, la consideración a los referidos intereses concurrentes permite otorgar una solución satisfactoria a uno de los problemas recurrentemente planteado por la literatura en lo referido a la finalidad que debe desempeñar la ilicitud probatoria en el proceso penal: su idoneidad para otorgar soluciones diferenciadas respecto a las distintas problemáticas que subyacen la obtención antijurídica de medios de prueba.

4. La función de las prohibiciones de prueba en el derecho chileno

Tras la entrada en vigencia del CPP, la discusión en torno a la finalidad que desempeña la regla de exclusión de prueba contenida en el artículo 276 inc. 3° del CPP y en general, del fenómeno de la prueba ilícita, generó una interesante discusión en la doctrina chilena en lo referido a la fundamentación subyacente a dicha regla. A este respecto, es posible identificar cuatro posiciones: en primer lugar, se encuentran quienes promueven como función de la regla de exclusión de prueba la observancia de la integridad judicial o, respectivamente, asignan una función ética al actuar estatal. Un segundo grupo ve en la disuasión de los órganos de persecución el fundamento de la regla de exclusión. El tercer grupo comprende —con distintos argumentos— el resguardo de los derechos fundamentales en general, o específicamente, del debido proceso, como el fin más relevante de las prohibiciones de

20, 45 (49); 19, 342 (347); BVerfG NJW 2009, 907 (909); BVerfG NSTZ 1996, 45; BVerfG NJW 2012, 907 (909). Al respecto: HERDEGEN (1989), p. 106.

⁹⁶ En este sentido: ROGALL (1995), p. 150; ROGALL (2016), § 136 a, número marginal 112; ROGALL (1999a), p. 546; ROGALL (1999b), p. 133; ROGALL (1995), p. 150; ROGALL (2008), p. 820; HERDEGEN (1989), pp. 109 y 119; LESCH (2009), p. 315; Similar: HELLMANN (2006), número marginal 781. Al respecto: BGHSt 44, 243 (249); 38, 372 (373 y s.); 38, 214 (219 y s.). Al respecto: Tribunal Supremo alemán (en adelante BGH) sentencia de 10 de Julio de 2014, 3 StR 140/14, número marginal 15; BGHSt 58, 301 (307 s.); 58, 84 (96); 56, 127 (132, 135); 52, 110 (116); 51, 285 (290); 47, 172 (179); 44, 243 (249); 42, 170 (172, 174); 42, 139 (157); 42, 15 (21); 38, 372 (373 ss.); 38, 214 (219 ss.); 37, 30 (32); 35, 32 (34); 34, 397 (401); 31, 304 (307); 27, 355 (357); 24, 125 (130 ss.); 19, 325 (329); BGH NJW 2003, 2034 (2035); Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante BVerfG) NJW 2012, 907 (910); 2010, 2937 (2938); 2009, 3225; 2007, 499 (503).

⁹⁶ Al respecto: ROGALL (2008), p. 824; ROGALL (1999b), p. 133 y ss.; 141 y s.

⁹⁷ Al respecto: ROGALL (2002), p. 978.

⁹⁸ Al respecto: HASSEMER (1976), pp. 518 y s.

⁹⁹ Por todos: ROGALL (2016), § 136 a, números marginales 116 y ss.

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

prueba en el derecho chileno. Por último, encontramos autores que atribuyen múltiples funciones a la regla de exclusión de prueba.

A continuación, se expondrán las distintas posiciones presentadas en la literatura nacional, sumado ello a las principales decisiones jurisprudenciales pronunciadas sobre el tema de este trabajo.

4.1. La protección de la integridad del ordenamiento jurídico y de la función ética del actuar estatal

En concordancia con la antigua jurisprudencia estadounidense, argumenta López que la regla de exclusión de prueba consagrada en el CPP está llamada a resguardar,¹⁰⁰ en primer término, la integridad judicial.¹⁰¹ Dicho recurso se sustenta, a juicio del autor, en la relación entre un medio y un fin: un recurso jurídicamente permitido, como lo es la sanción de conductas penales, no puede llevarse a cabo por cualquier medio.¹⁰²

De manera similar, en su monografía sostiene Hernández que la regla de exclusión cumpliría una función esencialmente ética, que se relaciona con la legitimidad de la acción estatal.¹⁰³ Dado que el ejercicio de la labor persecutoria estatal corresponde a una manifestación del monopolio en el uso de la fuerza que asiste al Estado, dicha tarea deberá desarrollarse con un estricto apego a las garantías penales y procesales. Sin el cumplimiento de estos presupuestos, ello devendría en un ejercicio despótico de poder.¹⁰⁴ De este modo, por medio de la exclusión de elementos de prueba obtenidos en contravención de garantías fundamentales, asegura el Estado que un comportamiento antijurídico no contribuirá a la imposición de una sanción penal, actuación que, en caso contrario, carecería de la necesaria legitimidad.¹⁰⁵

Igualmente, para Correa Zacarías y Núñez, el criterio de la integridad judicial correspondería al fundamento principal de la prueba ilícita en el sistema chileno.¹⁰⁶

4.2. La disuasión policial como función de la prueba ilícita en el proceso penal chileno

Como segunda fundamentación de la regla del artículo 276 inc. 3° del CPP, sostiene López —siguiendo a la jurisprudencia estadounidense— ésta buscaría disuadir a los funcionarios persecutores de obtener elementos de prueba ilícitamente, al hacer el fruto de su trabajo, inútil.¹⁰⁷ En este sentido, actuaría la regla de exclusión de prueba directamente sobre los policías y otros órganos persecutores.¹⁰⁸

¹⁰⁰ HORVITZ y LOPEZ (2004), pp. 180 y ss.

¹⁰¹ HORVITZ y LOPEZ (2004), p. 183. Esta frase corresponde a una referencia a la decisión tomada por la Corte Suprema estadounidense en *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

¹⁰² HORVITZ y LOPEZ (2004), p. 185.

¹⁰³ HERNANDEZ (2005), pp. 60 y s.

¹⁰⁴ HERNANDEZ (2005), p. 61.

¹⁰⁵ HERNANDEZ (2005), p. 61.

¹⁰⁶ CORREA y NUÑEZ (2016), p. 219.

¹⁰⁷ HORVITZ y LOPEZ (2004), pp. 186 y ss.

¹⁰⁸ HORVITZ y LOPEZ (2004), p. 186.

En el mismo sentido, ha sostenido Donoso que la disuasión policial corresponde al fundamento que permite dotar de legitimidad la existencia de la regla de exclusión de prueba en el proceso penal.¹⁰⁹ Debido a que en la práctica, de acuerdo a este autor, la sanción a los policías infractores por medio del recurso al derecho penal, disciplinario o civil constituye una solución meramente teórica, con escasa o nula aplicación práctica, sería el reconocimiento de una regla de exclusión la mejor opción para sancionar dichas conductas.¹¹⁰

En la jurisprudencia chilena son pocas las ocasiones en las cuales el máximo tribunal ha asignado dicha función a la regla de exclusión de prueba por ilicitud de origen. Así, en sentencia de la Corte Suprema, Rol 39.475-2016, el máximo tribunal asignó a la regla de exclusión un “sentido disuasivo o fin preventivo”.¹¹¹ Indirectamente, la Corte Suprema ha reconocido en sentencia Rol 2095-2011 al *deterrence* como la finalidad perseguida por la regla de exclusión de prueba.¹¹² De acuerdo a la posición del máximo tribunal, el reconocimiento de la llamada excepción del vínculo atenuado,¹¹³ se justificaría en tanto haría innecesario acudir al fin preventivo o disuasivo asignado a la regla de exclusión. En un sentido similar, sustentó tangencialmente la Corte la referida finalidad disuasiva atribuida a la regla de exclusión al afirmar¹¹⁴ “que (...) al proceder del modo que lo hicieron los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° de la Constitución Política reconoce a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter lícita la prueba de cargo (...)”.¹¹⁵

4.3. El resguardo de las garantías fundamentales y procesales como fundamentos de la prueba ilícita

Zapata ha justificado la existencia la regla de exclusión probatoria por ilicitud a partir de dos argumentos conectados entre sí.¹¹⁶ Como primera función, asigna la autora, bajo consideración de los artículos 5 inc. 2° y 6 inc. 1° y 2° de la Constitución Política (en adelante CPR), la existencia de un deber que asiste a los tribunales en orden a respetar y promover el resguardo de los derechos fundamentales. Dado que el respeto de éstos resulta obligatorio para los órganos estatales, el juez deberá excluir aquellas pruebas obtenidas como consecuencia de infracciones a dichas garantías. La exclusión de prueba se muestra así, como una reacción lógica ante la referida obligación.¹¹⁷ Una posición similar es sostenida por Echeverría, en tanto fundamenta la exclusión de material probatorio ilícito en la

¹⁰⁹ DONOSO (2008), p. 36.

¹¹⁰ DONOSO (2008), p. 36.

¹¹¹ Corte Suprema, Rol 39.475-16, de 20 de abril de 2017.

¹¹² Corte Suprema, Rol 2095-11, de 2 de mayo de 2011.

¹¹³ Véase CORREA (2016), pp. 163 y s.

¹¹⁴ Corte Suprema, Rol 20.160-19, de 7 de octubre de 2019.

¹¹⁵ La misma opinión ha sido sostenida por el abogado integrante *Pozo* en su voto disidente pronunciado en la sentencia de la Corte Suprema Rol 7193-10, de 6 de diciembre de 2010.

¹¹⁶ ZAPATA (2004), p. 46 y ss.

¹¹⁷ Al respecto: DIAZ (2003), p. 38 s.; ZAPATA (2004), p. 50.

subordinación de los órganos persecutores y los particulares a los derechos fundamentales, elementos centrales en la legitimación de su actuar.¹¹⁸

La segunda función de la exclusión de prueba en el derecho chileno de acuerdo a Zapata sería el respeto de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política (en adelante CPR).¹¹⁹ Como componente esencial de dicha garantía reconoce la autora el derecho que posee todo imputado a que la sentencia que se dicte se encuentre sustentada exclusivamente en medios de prueba legalmente obtenidos. De este modo, los medios de prueba obtenidos en contravención a garantías constitucionalmente aseguradas deberán ser excluidos, no pudiendo rendirse en el juicio oral.¹²⁰ Para Ferrada, por su parte, la regla de exclusión de prueba correspondería a una garantía de “inutilizabilidad” probatoria, sustentada en la garantía del debido proceso.¹²¹ La misma postura es sostenida por Miranda, para quien la regla de exclusión de prueba consagrada en el CPP se justifica a partir del respeto por el debido proceso.¹²²

En la jurisprudencia chilena, la Corte Suprema ha asignado dicha función a la regla de exclusión de prueba al señalar en Rol N° 44.457-17 “Que (...) al no ser posible valorar positivamente la prueba de cargo habiéndose declarado ilegal la detención por resolución ejecutoriada, al no constar con antecedentes claros y fidedignos en relación al proceder policial, el hallazgo del armamento y munición también resulta ilícito, vulnerando la garantía constitucional del debido proceso (...)”.¹²³ De manera similar, sostuvo el máximo tribunal en al menos dos oportunidades (Corte Suprema, Roles 9307-17¹²⁴ y 23.305-18¹²⁵) que, tras constatar una ilegalidad en la obtención de prueba por parte de un funcionario policial, “ocurre que aquel se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado resulta ser ilícita (...)”.

4.4. Las posturas mixtas

Una posición ecléctica ha asumido *Cerda*,¹²⁶ quien asigna a la regla de exclusión de prueba una multiplicidad de funciones. Dicho autor atribuye la referida consecuencia a una obligación de parte de los órganos estatales en orden a proteger los derechos fundamentales, propender a la disciplina de los órganos persecutores, proteger la integridad del ordenamiento jurídico, y por último proteger la confiabilidad de un medio de prueba, cuya valoración podría dificultar una correcta averiguación de la verdad.¹²⁷ De un modo similar, *Correa Zacarías* ha

¹¹⁸ ECHEVERRIA (2010), p. 27.

¹¹⁹ ZAPATA (2004), pp. 50 y ss.

¹²⁰ ZAPATA (2004), p. 55.

¹²¹ FERRADA (2011), pp. 82 a 90.

¹²² MIRANDA (2015), p. 34.

¹²³ Corte Suprema, Rol 44.457-2017, de 30 de enero de 2018.

¹²⁴ Corte Suprema, Rol 9307-2017, de 2 de mayo de 2017.

¹²⁵ Corte Suprema, Rol 23.305-2018, de 4 de diciembre de 2018.

¹²⁶ CERDA (2010), pp. 132 y ss.

¹²⁷ CERDA (2010), p. 100.

asignado una multiplicidad de funciones a la regla de exclusión probatoria, al reconocer en esta el resguardo de la integridad judicial, de la prevención y de las garantías fundamentales infringidas.¹²⁸

Pero tal vez la mayor relevancia que poseen las posturas que reconocen más de una función a la prueba ilícita se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual en múltiples sentencias ha asignado a la exclusión de prueba, conjuntamente, las funciones de resguardo de las garantías fundamentales, el respeto al debido proceso, la legitimidad y la integridad del sistema.¹²⁹

5. Posición

Como demuestra la experiencia comparada, para asignar una determinada función a la regla de exclusión de prueba debemos considerar las particularidades del ordenamiento jurídico y en especial, del diseño del proceso penal en el cual esta se inserta. La concepción de un proceso penal entendido como una disputa entre partes dista de un sistema que asigna al Ministerio Público el principio de objetividad en sus actuaciones. La autonomía del proceso penal, como herramienta dirigida a solucionar conflictos penales con pleno resguardo de las garantías individuales, permite reconocer en éste principios y finalidades que escapan de la función que se pudiera asignar a la sanción penal, desempeñando la ilicitud de prueba un papel exclusivamente en el plano procesal. Finalmente, la concepción de ilicitud probatoria que se reconozca, debe ser consistente con los límites que el legislador, el intérprete o la jurisprudencia reconozca a la regla de exclusión; la valoración excepcional de prueba ilícitamente obtenida, por medio del reconocimiento de excepciones a su aplicación, debe ser coherente con dicha función.

5.1. Fundamentos insatisfactorios de la regla de exclusión de prueba

El escepticismo descrito en torno a la disuasión policial como fundamento de la exclusión de prueba ilícita pareciera estar justificada. El reconocimiento del *deterrence* en Chile adolece de inconsistencias que permitirían descartar su validez, más allá de las diferencias estructurales constatables entre nuestro sistema, y el estadounidense.

Como ya se expuso, la educación de los órganos de persecución por medio de la exclusión de prueba no constituye un medio idóneo ni eficaz para lograr el objetivo buscado. Este puede alcanzarse de mejor manera por medio del empleo de sanciones que castiguen directamente al funcionario infractor. Así, la aplicación del derecho administrativo sancionador y del derecho penal funcionario ante vicios incidentes en la recopilación de prueba, no puede sustituirse —en cuanto a sus objetivos— por el empleo de la regla de exclusión. En este sentido, resulta improbable la existencia de una conexión psicológica entre la exclusión de pruebas producto de una conducta ilícita consumada y la prevención de futuras infracciones,

¹²⁸ CORREA (2016), pp. 124 y ss.

¹²⁹ Entre otras: Corte Suprema, Rol 19.946-19, de 18 de diciembre de 2019; Rol 9193-19, de 20 de mayo de 2019; Rol 45.014-17, de 30 de enero de 2018; Rol 37.972-17, de 18 de octubre de 2017; Rol 21.430-16, de 23 de mayo de 2016; Rol 999-15, de 3 de marzo de 2015; Rol 25.003-14, de 11 de diciembre de 2014; Rol 23.930-14, de 11 de noviembre de 2014; Rol 33.252-19, de 21 de febrero de 2020.

que legitimaría en último término dicha posición. Al respecto, como se ha sostenido,¹³⁰ el mecanismo de disuasión pretendido solo podría funcionar si: a) se informa a los agentes de policía infractores del destino del proceso penal individual en el cual han incidido, y b) dichos agentes se preocupan por ese destino. Sin embargo, en tanto no existen estudios en Chile que demuestren el efecto disuasivo buscado la corroboración de cualquiera de las dos condiciones previas parecen ser dudosas.

En otro ámbito, el principal problema atribuible al *deterrence* es la falta de conexión interna que permita legitimar su premisa básica. Las motivaciones de la policía para actuar lícita o ilícitamente, pueden ser variadas. Así, paradigmáticamente, si la policía utiliza medios ilícitos con fines distintos de la obtención de pruebas, por ejemplo, para dar con el rastro de un desaparecido, el hecho de que las declaraciones obtenidas mediante sus actos sean inadmisibles en juicio tendrá poca influencia en su comportamiento futuro.

En un plano práctico, asociar la regla de exclusión con la disuasión policial, implica necesariamente limitar la aplicación de la regla de exclusión. De este modo, el reconocimiento del *deterrence* impide sancionar aquella prueba de cargo obtenida ilícitamente por particulares. Si la regla de exclusión se dirige exclusivamente a los policías, consecuentemente, debiera rechazarse la exclusión de aquella prueba ilícitamente obtenida por privados.

Igualmente, resultaría en principio innecesaria la aplicación de la regla de exclusión a casos de infracciones imprudentes cometidas por la policía, validándose dicha prueba a partir de la aplicación de la llamada excepción de buena fe del agente¹³¹. En efecto, si lo que se busca es encausar al policía infractor, no resulta indiferente determinar el conocimiento de la ilicitud que éste tenía al momento de actuar.

En conclusión, la disuasión de los órganos persecutores por medio del empleo de la regla de exclusión solo podrá ser considerado, como se ha sostenido,¹³² un efecto reflejo o secundario del empleo de dicha regla. Por otro lado, el resguardo de la credibilidad de un medio de prueba tampoco puede ser considerado como una función propia de la regla consagrada en el art. 276 inc. 3 CPP: ella actúa con independencia de la capacidad del resultado probatorio ilícitamente obtenido para formar convicción.

Por último, la vinculación de la exclusión de prueba a fines éticos o vinculados a la integridad judicial resulta igualmente criticable. El ejercicio de la función jurisdiccional no corresponde a una obligación ética o moral por parte de quienes forman parte de ella, sino al cumplimiento de un deber público dirigido a la resolución de un conflicto expresado en la realización de un delito. Así, la obligación que compete a los órganos estatales de respetar los derechos fundamentales, derivada del art. 6° en relación con el art. 5° inc. 2° de la CPR, obliga al

¹³⁰ TURNER y WEIGEND (2019), p. 260.

¹³¹ En el derecho chileno: CORREA (2018a), *passim*. En el derecho alemán: DALAKOURAS (1988), p. 115; DENCKER (1977), pp. 54 y s.; PELZ (1993), p. 127; ROGALL (1999b), p. 131.

¹³² CORREA y NUÑEZ (2016), p. 219.

tribunal, incluso prescindiendo del art. 276 inc. 3 CPP,¹³³ a no considerar a la prueba contaminada como elemento susceptible de valoración.

5.2. La protección de garantías fundamentales como fundamento de la regla de exclusión

La función atribuida a la regla de exclusión de prueba en el proceso penal chileno solo puede determinarse a la luz de un detenido análisis del art. 276 inc. 3 CPP. La principal función de dicha norma, en tanto criterio de aplicación de la regla, es la protección de garantías frente a la acción antijurídica de los órganos persecutores. En este sentido, la regla de exclusión de prueba en el sistema chileno desempeña la función de resguardo de las garantías fundamentales cuya titularidad recae en el imputado, frente a una vulneración de las mismas cometida por los órganos persecutores.

El reconocimiento de dicho fundamento de la regla de exclusión se enmarca en un sistema que contempla múltiples instancias de resguardo de garantías en el proceso penal, entre los cuales la regla contenida en el artículo 276 inc. 3° es solo uno de ellos. En lo que respecta al proceso de producción de prueba, cabe destacar la existencia de la cláusula general consagrada en el artículo 9° inc. 1° CPP, la cual exige al Ministerio Público contar con la debida autorización judicial previa como requisito para desarrollar cualquier actuación del procedimiento que afectare derechos reconocidos a favor del imputado. Del mismo modo, en un sistema en el cual la obtención de prueba debe desarrollarse en conformidad a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, el legislador ha regulado requisitos materiales estrictos mediante los cuales los elementos de prueba pueden ser válidamente obtenidos en el marco de una investigación.¹³⁴

Volviendo a la regla del artículo 276 CPP, por medio de la exclusión de material probatorio ilícitamente obtenido, el legislador chileno ha buscado asegurar la vigencia de las garantías fundamentales lesionadas por la acción de los órganos persecutores. En este sentido, la decisión del tribunal en la audiencia preparatoria, al sancionar dicha infracción con la exclusión de la prueba así obtenida, reafirma la vigencia de la garantía lesionada, generando una regla de conducta válida para futuras actuaciones de la policía.

En concreto, la regla de exclusión busca asegurar la vigencia de todas aquellas garantías reconocidas tanto en cuerpos normativos internos, como en tratados internacionales de Derechos Humanos aprobados por Chile. Para la determinación específica de aquellos derechos susceptibles de ser afectados en el marco de un proceso penal, resulta necesario analizar la regulación contenida en el artículo 19 de la CPR, así como los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (en adelante PIDCP) y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Al respecto, cobran relevancia aquellas garantías especialmente susceptibles de ser vulneradas por parte de los órganos persecutores durante el transcurso de una investigación criminal, entre las que destacan el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 CPR); el derecho a guardar silencio (artículo 8 g) CADH); a la inviolabilidad del hogar (artículo 19 N° 5 CPR);

¹³³ ZAPATA (2004), p. 49.

¹³⁴ Dichas reglas se encuentran contenidas fundamentalmente en el Título I del Libro II del CPP.

a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5 CPR); y el derecho a la defensa letrada (artículo 19 N° 3 inc. 2 CPR, artículo 14.3 d) PIDCP, artículo 8 d) CADH).

A este respecto, ¿Cabe entender al debido proceso como *la* garantía protegida por la regla de exclusión, como se ha propuesto? La reconducción de la ilicitud probatoria a una infracción al debido proceso resulta imprecisa en cuanto a su objetivo. Dado que la regla de exclusión persigue que la prueba ilícitamente obtenida sea excluida del proceso, el reproche allí sancionado apunta a ilegalidades cometidas en el marco de una investigación. De lo anterior se puede concluir que una infracción al debido proceso se consumará recién en aquellos casos en que prueba ilícita servirá de sustento a una resolución judicial, más no con motivo de una obtención contraria a derecho. La cláusula del debido proceso corresponde entonces no propiamente a una garantía directamente protegida por la regla de exclusión, sino más bien —paradigmáticamente— al sustento del recurso de nulidad que se interponga en contra del juicio oral y de la sentencia condenatoria que consideró en su fundamentación prueba ilícitamente obtenida.

Dicha conclusión pareciera, además, constituir la opinión actualmente dominante en la Corte Suprema, la cual ha señalado reiteradamente: “Que (...) cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran la protección de su intimidad, la inviolabilidad de su hogar así como su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos (...)”.¹³⁵

Por último, cabe recordar que el respeto a las garantías fundamentales no importa el único criterio para decidir la decisión sobre la admisibilidad o exclusión de un medio de prueba, paradigmáticamente de un medio de prueba secundario. Dicha decisión se fundamentará a partir del contraste entre las mentadas garantías con aquellos intereses públicos que buscan asegurar el éxito de la investigación.

6. Consecuencias

El reconocimiento del resguardo de las garantías fundamentales del imputado como sustento material de la regla de exclusión de prueba tiene distintas implicancias prácticas, las que se analizarán a continuación.

¹³⁵ Véase Corte Suprema, Rol 8152-16, de 4 de diciembre de 2016; Rol 17098-16, de 9 de Mayo de 2016; Rol 7571-17, de 17 de abril de 2017; Rol 19.113-17, de 22 de junio de 2017; Rol 38.692-17, de 25 de octubre de 2017; Rol 41342-17, de 27 de noviembre de 2017; Rol 44.457-17, de 30 de enero de 2018; Rol 15.148-18, de 11 de septiembre de 2018; Rol 22.000-18, de 22 de octubre de 2018; Rol 25.045-18, de 18 de diciembre de 2018; Rol 1502-19, de 28 de febrero de 2019; Rol 12.643-19, de 1 de julio de 2019; Rol 29.547-19, de 31 de enero 2020; Rol 309-20, de 17 de febrero de 2020; Rol 14.769-20, de 11 de mayo de 2020; Rol 30.185-20, de 26 de mayo de 2020; Rol 30.582-20, de 25 de mayo de 2020; Rol 33.326-20, de 27 de mayo de 2020.

6.1. No toda infracción a reglas de obtención traerá como consecuencia una exclusión de prueba

La protección de garantías fundamentales, en tanto fundamento de la regla de exclusión, constituye el criterio delimitador que permite distinguir entre aquellas obtenciones susceptibles de ser excluidas, de aquellas que no lo serán.

En el derecho chileno, de acuerdo al tenor literal del art. 276 inc. 3° CPP, no cualquier vulneración a una regla procedimental cometida por la policía con ocasión de una obtención de prueba, traerá como consecuencia la exclusión de dicha prueba. Solo serán excluibles aquellas pruebas vinculadas a infracciones de normas que —de acuerdo al fin de protección de las mismas— desempeñen una función de resguardo de garantías fundamentales.¹³⁶ En este sentido, vulneraciones a reglas procesales que no conlleven una vulneración de garantías no generarán una exclusión de la prueba así obtenida.¹³⁷

6.2. Legitimidad de las prohibiciones de valoración de prueba en el proceso penal chileno

Como se indicó al comienzo, la jurisprudencia chilena mayoritaria ha señalado que el tribunal de juicio oral no deberá valorar aquella prueba ilícitamente obtenida y no excluida en su momento.¹³⁸ Dicha conclusión puede extenderse a los jueces de garantía, quienes no deberán valorar aquella prueba ilícitamente obtenida, al momento de resolver solicitudes planteadas en la etapa de investigación (por ejemplo discusión en torno a medidas cautelares y diligencias intrusivas) o fallar procedimientos especiales.

El contenido del artículo 276 inc. 3° CPP permite determinar el criterio material necesario para la acreditación de dichas prohibiciones probatorias en el proceso penal chileno. Bastará —en principio— una obtención probatoria que importe una inobservancia de garantías, para que la prueba así obtenida no sea susceptible de ser valorada.

La existencia de prohibiciones de valoración de prueba resulta coherente con la finalidad aquí atribuida a la regla de exclusión de prueba: el resguardo de los derechos fundamentales constituye un verdadero imperativo para el juez, exigible a lo largo de las distintas etapas del procedimiento, consistente en un deber de no valorar aquella prueba obtenida con infracción de garantías.

6.3. Sobre la procedencia de la excepción de buena del agente en el derecho chileno

Como se sostuvo anteriormente, la jurisprudencia chilena ha reconocido en distintas oportunidades la procedencia de la llamada excepción de buena fe del agente. Ahora bien, si —como mencionamos— en el sistema estadounidense la aplicación de dicha excepción se limita a errores no imputables a la policía (criterio consistente con el *deterrence* como

¹³⁶ Véase CORREA y NUÑEZ (2016), p. 214.

¹³⁷ De este modo, por ejemplo, el incumplimiento por parte de los órganos persecutores, de las obligaciones de protocolización e inventario establecidas en los arts. 205 inc. 2°, 206 inc. 2° o 221 inc. 2° CPP) no darán origen a una exclusión probatoria. Véase CORREA (2018b), pp. 166.

¹³⁸ La solución aquí propuesta no resulta ajena al CPP. El artículo 220 inc. final CPP, disposición referida a los objetos y documentos no sometidos a incautación, establece que su infracción importará “que ellos no pondrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente”.

justificación de la regla de exclusión), la jurisprudencia chilena ha ampliado su alcance a infracciones imputables directamente a los policías. Así, de acuerdo al criterio sustentado por el máximo tribunal, actuará amparado por la excepción de buena fe aquel funcionario policial que atribuye erróneamente al imputado la calidad de testigo al momento de interrogarlo,¹³⁹ o bien ingresa al domicilio del imputado bajo la equivocada creencia que en la especie concurría una hipótesis de flagrancia que autorizaría dicho ingreso.

En el sistema chileno dicha excepción no resulta admisible. Ella, independiente de su origen, refleja una infracción de garantías en la obtención de material probatorio cometida por policías. La buena o mala fe del agente no logrará eliminar — ni causal, ni normativamente— la lesión a una garantía efectivamente producida.

6.4. La obtención de prueba ilícita por particulares

En un sistema en el cual se asume que la regla persigue la protección de garantías fundamentales, la respuesta a la exclusión de prueba obtenida por particulares admite más de una respuesta posible: esta dependerá del alcance que se asigne a dichas garantías. En concreto, resulta relevante determinar si las garantías se entienden como derechos exclusivamente exigibles frente a órganos del Estado, o bien, si sus alcances vinculan igualmente a particulares.¹⁴⁰ Una posición favorable a la segunda posición ha sido respaldada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en Rol 1428-2008 al sostener que “esta Corte comparte el argumento que se sustenta en el basamento precedente que consiste en que los particulares pueden vulnerar las garantías constitucionales”. Un sistema de exclusión de prueba fundamentado en base a una infracción de garantías implica que una obtención ilícita de prueba de cargo debiera ser sancionada con independencia de la investidura del sujeto infractor.¹⁴¹ *Mutatis mutandi*, la prueba de descargo ilícitamente obtenida por el imputado no debiera ser excluida, atendido precisamente que dicha regla busca proteger aquellas garantías cuya titularidad recae precisamente en el imputado.¹⁴² La sanción a una obtención de prueba por parte de un particular, contraria a derecho, deberá buscarse fuera del proceso penal.

¹³⁹ En este sentido: Corte Suprema, Rol 11.482-13, 31 de diciembre 2013; Rol 8139-13, 19 de noviembre 2013; Rol 5435-07, 11 de diciembre 2007.

¹⁴⁰ Al respecto: HERNÁNDEZ (2020), p. 34; CORREA ZACARIAS (2016), *passim*.

¹⁴¹ En este sentido: HORVITZ y LOPEZ (2004), pp. 227 y s.; HERNANDEZ (2005), pp. 65 y ss.

¹⁴² En contra: CORREA ZACARÍAS (2016), pp. 130 y ss. quien no descarta la exclusión de prueba ilícita de descargo, supeditada a una ponderación de intereses.

Bibliografía citada

- ALSCHULER, Albert (2008): “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”, en: *University of Chicago Law Review* (Vol. 75), pp. 1365-1384.
- AMBOS, Kai (2009): “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 7), pp. 1-56.
- AMBOS, Kai (2010): *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge - ausgewählte Probleme* (Berlin, Duncker & Humblot).
- AMELUNG, Knut (2002): “Prinzipien der strafprozessualen Verwertungsverbote”, en: DUTTGE, Gunnar; GEILEN, Gerd; MEYER-GOßNER, Lutz; WARDA, Günter (Eds.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter* (Köln y otros: Carl Heymanns), pp. 417-433.
- AMELUNG, Knut (2001): “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverbote”, en: ACHENBACH, Bernd; BOTTKE, Hans; HAFFKE, Wilfried; RUDOLPHI, Hans-Joachim (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (Berlin y otros: De Gruyter), pp. 1259-1280.
- AMELUNG, Knut (1999): “Die Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen”, en: *StraFo* (año 1999), pp. 181-186.
- AMELUNG, Knut (1991): “Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren”, en: *NJW* (año 1991), pp. 2533-2540.
- AMELUNG, Knut (1990): *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess* (Berlin: Duncker & Humblot).
- BELING, Ernst (1968): *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess: Sonderausgabe*, 2ª ed. (Darmstadt: Buchges).
- BEULKE, Werner (2012): *Strafprozessrecht*, 12ª ed. (Heidelberg y otros: Müller).
- BEULKE, Werner (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: *JURA* (año 2008), pp. 653-666.
- BOCKEMÜHL, Jan (1996): *Private Ermittlungen im Strafprozess: ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten* (Baden-Baden: Nomos).
- BUSCH, Richard (1953): “Anmerkung zu BayObLG, JZ 1953, S. 703, f.”, en: *JZ* (año 1953), pp. 703-704.
- CERDA, Rodrigo (2010): “La prueba ilícita y la regla de exclusión”, en: *Revista de la justicia penal* (N°6), pp. 99-176.
- CHAHUAN, Sabas (2009): *Manual del nuevo procedimiento penal*, 4ª ed. (Santiago: Legal Publishing Chile).
- CONEN, Stefan (2009): “Zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane durch Beweisverwertungsverbote”, en: SANDER, Günther M.; VÁLKOVÁ, Helena; MÜLLER, Henning Ernst (Eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag* (München: C.H.Beck), pp. 459-541.
- CORREA, Carlos (2016): “Comentario de sentencia Corte Suprema ingreso número 14.781-2015. Efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Sexta Época, Vol. XLIII, N° 1), pp. 159-176.

- CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.
- CORREA, Carlos (2018a): “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión —derecho estadounidense y derecho chileno —”, en: *Latin American Legal Studies* (Vol. 2), pp. 25-50.
- CORREA, Carlos (2018b): “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno —con especial referencia al Derecho alemán—”, en: *Polit. Crim.*, (Vol. 13, N° 25), pp. 144-174.
- CORREA, Carlos (2019a), “Relación causal y exclusión de prueba”, en: *Polit. Crim.* (Vol. 14, N° 28), pp. 186-214.
- CORREA, Carlos (2019b): *Die Fernwirkung der Beweisverbote. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und chilenischem Strafprozessrecht* (Berlin: Peter Lang Verlag).
- CORREA, Carlos (2021): “Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Vol. XLIII), pp. 571-586.
- CORREA ZACARÍAS, Claudio (2016): “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 11, N° 21), pp. 104-139.
- CORREA ZACARÍAS, Claudio; NUÑEZ OJEDA, Raúl (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en: *Ius et Praxis* (No 1, 2017), pp. 195-246.
- DALAKOURAS, Theoharis (1988): *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre: unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot).
- DENCKER, Friedrich (1977): *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten* (Köln; München y otros: Heymann).
- DIAZ, Luis (2003): “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en: COLOMA, Rodrigo (Coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (Santiago: Lexis Nexis), pp. 129-160.
- DONOSO, Samuel (2008), “Prueba ilícita, oportunidad para debatir y resolver sobre la regla de exclusión”, en: *Revista Derecho Mayor* (N° 7), pp. 35-42.
- ECHEVERRÍA, Isabel (2010): *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita: con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa* (Santiago: Eds. Jurídicas de Santiago).
- ENGLÄNDER, Armin, VOLK, Klaus (2013): *Grundkurs StPO, 8° Edición* (München: Beck).
- EISENBERG, Ulrich (2015): *Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 9° Edición*, (München: C.H. Beck).
- FELDMANN, Clemens (1959): “Vewertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise”, en: *NJW* (1959), pp. 853- 856.
- FERRADA, Francisco (2011): *La prueba ilícita, en el sistema procesal civil* (Santiago: Legal Publishing).
- GÖSSEL, Karl Heinz (1981): “Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Beweisverboten im Strafverfahren”, en: *NJW* (1981), pp. 649-657.
- GÖSSEL, Karl Heinz (1991): “Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland” en: *GA* (1991), pp. 483-511.
- GRECO, Luis (2015): *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft* (Berlin: Duncker & Humblot).

- GROPP, Walter (1989): “Zur Verwertbarkeit eigenmächtig aufgezeichneter (Telefon-) Gespräche – Der Fall Schenk und die Lehre von den Beweisverboten”, en: StV (t. 5/1989), pp. 216- 228.
- GRÜNWARD, Gerald (1966): “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, en: JZ (1966), pp. 489-501.
- HAFFKE, Bernhard (1973): “Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot”, en: GA (1973), pp. 65- 84.
- HARRIS, Kenneth (1991): “Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht”, en: StV (1991), pp. 313-322.
- HASSEMER, Winfried (1976): “Konstanten kriminalpolitischer Theorie”, en: WARDA, Günter; WAIDER, Heribert; VON HIPPEL, Reinhard; MEURER, Dieter (Eds.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag (Berlin y otros), pp. 501-519.
- HEFFERNAN, William C. (2000): “The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Constitutional Remedy”, Geo. L.J. (Vol. 88), pp. 799-878.
- HELLMANN, Uwe (2006): Strafprozessrecht, 2ª ed. (Berlin y otros: Springer).
- HENGSTENBERG, Achim (2007): Die Frühwirkung der Verwertungsverbote: eine Untersuchung der Bedeutung der Beweisverwertungsverbote für die strafprozessualen Verdachtsbeurteilungen (Hamburg: Kovač).
- HERDEGEN, Gerhard (1989): “Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten”, en: II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltverein. Wahrheitsfindung und ihre Schranken (Bergisch Gladbach: Deutscher Anwaltverlag), pp. 103-121.
- HERNANDEZ, Héctor (2005): Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno (Santiago: Universidad Alberto Hurtado).
- HERNANDEZ, Héctor (2020): “Privatización forzada del derecho penal económico cuestiones de legitimidad”, en: Latin American Legal Studies (Vol. 6), pp. 23-44.
- HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián (2004): Derecho procesal penal (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), t. II
- JÄGER, Christian (2003): Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess (München: C.H. Beck).
- JAHN, Matthias (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld\ zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: Ständigen Deputation des deutschen Juristentages (Ed.), Verhandlungen des Siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages: Erfurt, Band I Gutachten (München: C.H. Beck), pp. C1-C128.
- JÄHNKE, Burkhard (1989): “Verwertungsverbote bei Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten”, en: II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutsches Anwaltverein. Wahrheitsfindung und ihre Schranken (Bergisch Gladbach: Deutscher Anwaltverlag), pp. 69-79.
- JAKOBS, Günther (2012): Rechtsgüterschutz?: zur Legitimation des Strafrechts (Paderborn y otros: Schöningh).
- JAKOBS, Günther (1991): Strafrecht, allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch, 2º Edición (Berlin y otros: De Gruyter).

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

- KALB, Sebastian (2006): Die funktionale Begründung strafprozessualer Beweisverbote: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Grundlagen der Beweisverbote (Hamburg: Kovač).
- KELNHOFER, Evelyn (1994): Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote (Berlin: Duncker & Humblot).
- KINPORTS, Kit (2013): “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”, en: William & Mary Bill Of Rights Journal (Vol. 21), pp. 821-856.
- KILLIAN, Bobbi J. (1982): “United States v. Crews: Fruit of the Poisonous Tree - A new wrinkle?”, en: Idaho L.Rev. (Vol. 18), pp. 151-162.
- KLEINKNECHT, Theodor (1966): “Die Beweisverbote im Strafprozeß”, en: NJW (1966), pp. 1537-1545.
- KLUG, Ulrich (1966): “Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag”, en: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 3A, (München, Berlin: C.H. Beck), pp. F29- 61.
- KÜPPER, Georg (1990): “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate —Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren—”, en: JZ (1990), pp. 416-424.
- LESCH, Heiko (1994): “Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens”, en: JA (1994), pp 510-519; 590-599.
- LESCH, Heiko (2001): Strafrecht, 2° Edición (Neuwied y otros: Luchterhand).
- LESCH, Heiko (2009): “Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten”, en: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (Eds.), In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag (München: C.H.Beck), pp. 311-321.
- LÖFFELMANN, Markus (2008): Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren: Ideen zu einer Kritik der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege: (Berlin: De Gruyter Recht).
- LUHMANN, Niklas (1993): Das Recht der Gesellschaft, 1° Edición (Frankfurt am Main: Suhrkamp).
- LUHMANN, Niklas (2008): Rechtssoziologie, 4° Edición (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften).
- MAGUIRE, Robert F. (1964): “How to unpoison the fruit - the fourth amendment and the exclusionary rule”, en: J Crim Law Criminal Police Sci (1964), pp. 307-321.
- MERGNER, Tobias (2005): Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, Tesis Doctoral (Universität Köln, inédita).
- MIRANDA, Manuel (2015): “Regla de exclusión de las prueba ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal”, en: Doctrina y jurisprudencia penal, Thomson Reuters (N° 21), pp. 21-51.
- MUELLER, Gerhard (1966): “Beweisverbote im amerikanischen Strafprozeß“, en: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 3A, (München, Berlin: C.H. Beck), pp. 33-54.
- MÜSSIG, Bernd (1999): “Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren”, en: GA (1999), pp. 119-142.
- MUTHORST, Olaf (2009): Das Beweisverbot: Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und der Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren (Hamburg y otros: Mohr Siebeck).

- NIESE, Werner (1953): “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen”, en: JZ (1953), pp. 219-224.
- OAKS, Dallin H. (1970): “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, en: U. Chi. L. Rev. (Vol. 37, N° 4), pp. 665-757.
- OSMER, Jan-Dierk (1966): Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes § 136a StPO (Tesis Doctoral, Universidad Hamburg, inédita).
- OSSENBERG, Sarah (2011): Die Fernwirkung im deutsch-U.S.- amerikanischen Vergleich: unter bedonderer Berücksichtigung der Funktionen der Beweisverwertungsverbote (Hamburg: Kovač).
- OTTO, Harro (1970): “Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren”, en: GA (1970), pp. 289-305.
- PELZ, Christian (1993): Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, Tesis Doctoral (Universidad de München, inédito).
- PERES, Holger (1991): Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote und ihre Grundlagen in Gesetz, Verfassung und Rechtsfortbildung (München: VVF).
- PITSCH, Christoph (2009): Strafprozessuale Beweisverbote: eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik (Hamburg: Kovač).
- POPP, Andreas (2005): Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren: eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren (Berlin: Duncker & Humblot).
- POSNER, Richard A. (1981): “Rethinking the Fourth Amendment,” en: Sup. Ct. Rev. (Vol. 49), pp. 54-55.
- PRITTWITZ, Cornelius (2008): “Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81a Abs. 2 StPO”, en: StV (2008), pp. 486-494.
- RANFT, Otfried (1992): “Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß”, en: SEEBODE, Manfred (Ed.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag a, 11. Juli 1992 (Berlin y otros: De Gruyter), pp. 719-736.
- RANSIEK, Andreas (2015): “Rechtswidrige Ermittlungen und die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten”, en: FAHL, Christian; MÜLLER, Eckhart; SATZGER, Helmut; SWODOBA, Sabine (Eds.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag (Heidelberg: Müller), pp. 949- 961.
- REICHERT-HAMMER, Hansjörg (1989): “Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (§136a StPO) - BHGSt 34, 362”, en: JuS (año 1989), pp. 446-450.
- REINECKE, Jan (1990): Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (München: VVF).
- ROGALL, Klaus (1979): “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, en: ZStW (t. 91), pp. 1-44.
- ROGALL, Klaus (1995): “Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts”, en: WOLTER, Jürgen; FEIGEN, Hanns W. (Eds.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, (Neuburg y otros: Hermann Luchterhand Verlag), pp. 113-160.

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

- ROGALL, Klaus (1999a): “Zur Lehre von den Beweisverboten, Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand”, en: SAMSON, Erich; DENCKER, Friedrich; FRISCH, Wolfgang; FRISTER, Helmut; REIß, Peter (Eds.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag (Baden-Baden: Nomos), pp. 523-547.
- ROGALL, Klaus (1999b): “Grundsatzfragen der Beweisverbote”, en: HÖPFEL, Frank; HÖPFEL, Huber (Ed.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, 18. - 20. September 1997 (Freiburg i. Br.: Iuscrim), pp. 119-148.
- ROGALL, Klaus (1999c): “Abwägungen” im Recht der Beweisverbote”, en: EBERT, Udo; RIEß, Peter; ROXIN, Claus; WAHLE, Eberhard (Ed.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999 (Berlin y otros: de Gruyter), pp. 293-309.
- ROGALL, Klaus (1996): “Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß”, en: JZ (t. 19/1996), pp. 944-955.
- ROGALL, Klaus, “Verwertungsverbote im Besteuerungsverfahren”, en: HANACK, Ernst Walter; HILGER, Hans; MEHLE, Volkmar; WIDMAIER, Gunter (Ed.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, Berlin y otros: De Gruyter, 2002, p. 951-982.
- ROGALL, Klaus (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: JZ (n° 17), pp. 818-830.
- ROGALL, Klaus (2016): “§136a”, en: WOLTER, Jürgen (coord.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, 5. Ed., Tomo II: §§94 – 136a StPO (Köln: Heymanns), pp.1323-1394.
- ROXIN, Claus (2006): Strafrecht: allgemeiner Teil Bd. 1 Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenlehre, 4ª ed. (München: Beck).
- ROXIN, Claus (1991): “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht –Ein Rückblick auf 40 Jahre–”, en: ROXIN, Claus; JAUERNIG, Othman (Eds.), 40 Jahre Bundesgerichtshof: Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes; Vorträge (Heidelberg: Müller), pp. 66-99.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd (2014): Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 28ª Edición (München: Beck).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1970): “Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozeß”, en: MDR (t. 2), pp. 93-100.
- SARSTEDT, Werner (1966): “Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte)”, en: Comisión permanente de las jornadas alemanas de Derecho Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (München, Berlin: C.H. Beck), pp. F8- F29.
- SCHMIDT, Eberhard (1970): Strafprozeßordnung. Nachträge und Ergänzungen zu Teil 2: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht).
- SCHMIDT, Eberhard (1969): “Formen im Gerichtssaal”, en: ZRP (1969), pp. 254-259.
- SCHMIDT, Eberhard (1970): “Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81a und 81c”, en: MDR (1970), pp. 461-465.

- SCHMIDT, Eberhard (1958): “Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund”, en: JZ (1958), pp. 596-601.
- SCHRÖDER, Svenja (1992): Beweisverwertungsverbote und Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß (Berlin: Duncker & Humblot).
- STÖRMER, Rainer (1992): Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote: eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts (Marburg: Elwert).
- TURNER, Jenia Iontcheva y WEIGEND, Thomas (2019): “The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview”, en: GLESS, Sabine y RICHTER, Thomas (Eds.), Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 74 (Cham: Springer), pp. 255-282.
- WEIGEND, Thomas (2011): “Anmerkung zum Urteil EGMR, Große Kammer, Urt. Vom 01.06.2010”, en: StV (2011), pp. 325-329.
- WEIGEND, Thomas (2003): “Anmerkung zum Beschluss des LG Frankfurt v. 9.4.2003 – 5/22 Ks 3490 Js 230118/02”, en: StV (2003), pp. 436-440.
- WEIGEND, Thomas (2001): “Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht”, en: ZStW (N° 113), pp. 270-304.
- WEILER, Edgar (2002): “Beweissichernde Durchsuchung und die Folgen von Verfahrensfehlern”, en: GRAUL, Eva (Ed.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer (Berlin: De Gruyter), pp. 395-420.
- WOHLERS, Wolfgang (2016): “Verwertungs-, Verwendungs- und/oder Belastungsverbote –die Rechtsfolgenseite der Lehre von den Beweisverwertungsverbote”, en: HERZOG, Felix, SCHLOTHAUER, Reinhold, WOHLERS, Wolfgang (Ed.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau (Berlin: Duncker & Humbot), pp. 427-444.
- ZAPATA GARCÍA, Francisca (2004): La prueba ilícita (Santiago: Lexis Nexis).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, rol 5435-07, 11 de diciembre 2007.
- Corte Suprema, rol 2521-08, 28 de julio 2008.
- Corte Suprema, rol 9521-09, 12 de abril 2010.
- Corte Suprema, rol 1741-10, 25 de mayo 2010.
- Corte Suprema, rol 2333-10, 24 de junio 2010.
- Corte Suprema, rol 7193-10, 6 de diciembre 2010
- Corte Suprema, rol 2095-11, 2 de mayo 2011.
- Corte Suprema, rol 8139-13, 19 de noviembre 2013.
- Corte Suprema, rol 11.767-13, 23 de diciembre 2013.
- Corte Suprema, rol 11.482-13, 31 de diciembre 2013.
- Corte Suprema, rol 23.930-14, 11 de noviembre 2014.
- Corte Suprema, rol 25.003-14, 11 de diciembre 2014.
- Corte Suprema, rol 3828-14, 16 de abril 2014.
- Corte Suprema, rol 14.781-15, 3 de noviembre 2015.
- Corte Suprema, rol 999-15, 3 de marzo 2015.
- Corte Suprema, rol 17098-16, 9 de mayo 2016.

Corte Suprema, rol 21.430-16, 23 de mayo 2016.
Corte Suprema, rol 8152-16, 4 de diciembre 2016.
Corte Suprema, rol 6783-17, 14 de abril 2017.
Corte Suprema, rol 7571-17, 17 de abril de 2017.
Corte Suprema, rol 39.475-16, 20 de abril 2017.
Corte Suprema, rol 9307-17, 2 de mayo 2017.
Corte Suprema, rol 19.008-17, 11 de julio de 2017.
Corte Suprema, rol 19.113-17, 22 de junio 2017.
Corte Suprema, rol 37.972-17, 18 de octubre 2017.
Corte Suprema, rol 38.692-17, 25 de octubre 2017.
Corte Suprema, rol 41.342-17, 27 de noviembre 2017.
Corte Suprema, rol 44.457-17, 30 de enero 2018.
Corte Suprema, rol 45.014-17, 30 de enero 2018.
Corte Suprema, rol 8332-18, 28 de junio de 2018.
Corte Suprema, rol 14.919-18, 21 agosto de 2018.
Corte Suprema, rol 15.148-18, 11 de septiembre 2018.
Corte Suprema, rol 22.000-18, 22 de octubre 2018.
Corte Suprema, rol 23.305-18, de 4 de diciembre de 2018.
Corte Suprema, rol 25.045-18, 18 de diciembre 2018.
Corte Suprema, rol 1502-19, 28 de febrero 2019.
Corte Suprema, rol 9193-19, 20 de mayo 2019.
Corte Suprema, rol 12.643-19, 1 de julio 2019.
Corte Suprema, rol 20.160-19, 7 de octubre 2019.
Corte Suprema, rol 19.946-19, 18 de diciembre 2019.
Corte Suprema, rol 29.547-19, 31 de enero 2020.
Corte Suprema, rol 309-20, 17 de febrero 2020.
Corte Suprema, rol 33.252-19, 21 de febrero de 2020.
Corte Suprema, rol 14.769-20, 11 de mayo de 2020.
Corte Suprema, rol 30.582-20, 25 de mayo de 2020.
Corte Suprema, rol 30.185-20, 26 de mayo de 2020.
Corte Suprema, rol 33.326-20, 27 de mayo de 2020.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1428-08, 18 de noviembre de 2008.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1920-17, 14 de noviembre 2017.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 375-19, 3 de abril 2019.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 184-05, 20 de agosto 2005.
BGHSt 11, 213 ss.
BGHSt 19, 325 ss.
BGHSt 24, 125 ss.
BGHSt 27, 355 ss.
BGHSt 29, 23 ss.
BGHSt 31, 304 ss.
BGHSt 34, 397 ss.
BGHSt 35, 32 ss.
BGHSt 37, 30 ss.
BGHSt 38, 214 ss.
BGHSt 38, 372 ss.

BGHSt 42, 15 ss.
BGHSt 42, 139 ss.
BGHSt 42, 170 ss.
BGHSt 44, 243 ss.
BGHSt 47, 172 ss.
BGHSt 51, 285 ss.
BGHSt 52, 110 ss.
BGHSt 56, 127 ss.
BGHSt 58, 84 ss.
BGHSt 58, 301 ss.
BGH NJW 2003, 2034 ss.
BVerfGE 122, 248 ss.
BVerfGE 107, 104 ss.
BVerfGE 80, 367 ss.
BVerfGE 77, 65 ss.
BVerfGE 74, 257 ss.
BVerfGE 51, 324 ss.
BVerfGE 47, 239 ss.
BVerfGE 46, 214 ss.
BVerfGE 44, 353 ss.
BVerfGE 41, 246 ss.
BVerfGE 39, 156 ss.
BVerfGE 38, 312 ss.
BVerfGE 38, 105 ss.
BVerfGE 36, 174 ss.
BVerfGE 34, 238 ss.
BVerfGE 33, 367 ss.
BVerfGE 29, 183 ss.
BVerfGE 20, 144 ss.
BVerfGE 20, 45 ss.
BVerfGE 19, 342 ss.
BVerfG NJW 2012, 907 ss.
BVerfG NJW 2010, 2937 ss.
BVerfG NJW 2009, 3225 ss.
BVerfG NJW 2009, 907 ss.
BVerfG NJW 2007, 499 ss.
BVerfG NStZ 1996, 45 ss.
LG Frankfurt a.M., NJW 2005, 692 ss.
U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).
Segura v. U.S., 468 U.S. 796 (1984).
Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).
U.S. v. Crews, 445 U.S. 463 (1980).
Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977).
Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976).
U.S. v. Janis, 428 U.S. 433 (1976).
U.S. v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).

CORREA ROBLES, Carlos: “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”.

U.S. v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).
Tehan v. Shott, 382 U.S. 406 (1966).
Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965).
Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
Costello v. U.S., 365 U.S. 265 (1961).
Elkins v. U.S., 364 U.S. 206 (1960).
Lawn v. U.S., 355 U.S. 339 (1958).
Nardone v. U.S., 308 U.S. 341 (1939).
Olmstead v. U.S., 277 U. S. 438 (1928).
Silverthorne Lumber Co. v. U.S., 251 U.S. 385 (1920).
Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914).
Burke v. U.S., 328 F. 2d 399 (1st Cir. 1964).
Wayne v. U.S., 318 F. 2d 205 (D.C. Cir. 1963).
Bynum v. U.S., 274 F. 2d 767 (D.C. Cir. 1960) Sutton v. U.S., 267 F. 2d 271 (4th Cir. 1959).
People v. Cahan, 44 Cal. 2d 434, 282 P.2d 905 (1955).
Gäfgen v. Alemania, Corte Europea de Derechos Humanos No. 22978/05.