

LA EXCLUSIÓN PROBATORIA POR ILICITUD Y EL DERECHO A PROBAR. UN DEBATE PENDIENTE EN EL PROCESO PENAL CHILENO

Paulina Pezoa Gallegos
Natalia Cumming Vega
Juan Méndez Pineda
Rodrigo Cerda San Martín

I. Planteamiento del problema

En todo Estado, ante la eventual obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales, se genera la disyuntiva legislativa de incorporar o no una regla jurídica de exclusión probatoria, según cual sea la ponderación que se realice de los intereses en juego. Ello da cuenta de una innegable tensión entre los objetivos de la investigación penal y la tutela de los derechos individuales.¹

¹ Como afirma Teresa Armenta Deu, la variabilidad del concepto y la configuración de la prueba ilícita tienen mucho que ver con la tensión entre la tutela de bienes esenciales para la sociedad a través del proceso penal y las garantías exigidas, bien para limitar los derechos fundamentales, bien para adoptar medidas necesarias para alcanzar aquellos fines. Además, dicha tensión se incrementa en circunstancias de gran inseguridad ciudadana, que suelen conducir a un endurecimiento en la persecución criminal y muy frecuentemente a una dilución de las garantías apelando a circunstancias de excepción. Ver *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, segunda edición, Madrid, 2011, p. 63.

Chile, en el año 2000, optó por incluir una regla de ese tipo en el artículo 276, inciso 3°, del Código Procesal Penal (CPP), constituyendo, eso sí, una situación excepcional, ya que la regla general es la libre admisión de la prueba ofrecida, conforme al principio epistémico de inclusión de la información relevante, tal como se constata en el inciso final del mismo precepto.

La interrogante que mueve la presente investigación se relaciona con la legitimidad de una decisión legislativa que pretendiera eliminar sin más dicha regla, frente al constante clamor popular, de los órganos de persecución, de los gobernantes y de los propios legisladores, relativo a la inconveniencia de esa inadmisibilidad probatoria, sosteniendo que ello genera impunidad y, además, porque es vista como una decisión garantista, meramente formal.

A lo anterior Nieva añade que *“a veces, tal exclusión es resuelta de manera dispersa o incluso arbitraria por los tribunales, adaptando la motivación de sus resoluciones a lo que creen más justo en cada caso concreto, pero sin parar mientes en la real vulneración del derecho, mirando con frecuencia hacia otro lado ante lesiones flagrantes de los derechos fundamentales”*.²

Maturana y Montero aluden expresamente a esta problemática, describiendo tres posiciones básicas: la primera a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita, que constituiría, en su opinión, un grupo minoritario; la segunda, contraria a dicha admisibilidad; y una tercera posición intermedia.³

En los apartados II, III y IV analizaremos dicha descripción, luego en la sección V desarrollaremos dos alternativas opuestas, agrupando los argumentos principales que las apoyan, en una especie de debate dialéctico ficticio ante la Comisión Constituyente, instando a favor y en contra de la incorporación de la regla de exclusión en la futura Carta Fundamental. Finalmente, en el apartado VI, emitiremos nuestras conclusiones grupales, discurriendo el análisis siempre ante el escenario de un país que se autodefine como Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

² NIEVA, JORDI, “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, en *Hechos y razonamiento probatorio*, editorial CEJI, Carmen Vázquez (coord.), México 2018, p. 107.

³ MATURANA, CRISTIAN y MONTERO, RAÚL, *Derecho procesal penal*. Tomo II, tercera edición actualizada, Librotencia, Santiago 2017, p. 1129.

II. Posición a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita

Esta tesis propugna consecuencias jurídicas diversas a la exclusión para la reprochable actuación de los agentes de persecución penal, que impliquen una vulneración de derechos fundamentales. Enfatizan que la búsqueda de la verdad es un fin institucional del proceso penal, de modo que la exclusión de información relevante para el esclarecimiento de los hechos implica un costo muy alto para tal objetivo epistémico y la justa decisión del conflicto.

Sustentan esta posición los siguientes fundamentos:⁴

i) *La autonomía de las normas procesales respecto de las materiales.* Las infracciones en el campo material no conllevan una vulneración en el procesal; la incorporación de la prueba al proceso es independiente de su forma de obtención, legal o ilegal, en el campo material, siendo sólo posible inadmitirla cuando ésta infraccione el campo procesal, según sus reglas.

ii) *El principio de la búsqueda de la verdad procesal y la justicia como fin de todo proceso.* La sola circunstancia que una prueba haya sido obtenida por medios ilícitos, con violación a derechos fundamentales, no es argumento suficiente para prescindir de información relevante para acceder a la verdad, pues ello traería como consecuencia la imposibilidad de que el proceso alcanzara su fin último, la justicia. En la confrontación de intereses, se garantizará el esclarecimiento de los hechos, admitiendo la prueba ilícita, en tanto que la protección de los derechos fundamentales se hará a través de la aplicación de otras sanciones a quienes hayan actuado antijurídicamente en la obtención o práctica de una prueba. La inadmisibilidad de una prueba ilícita importa denegación de justicia.

iii) *El carácter metajurídico de la prueba.* Su función es la reconstrucción o descubrimiento de determinados hechos, para trasladarlos a la presencia judicial; no tiene sentido que sus resultados sean medidos en términos de moralidad, sino que deben medirse en cuanto a su verosimilitud; el modo de obtención de la prueba es irrelevante.

iv) *El objetivo del juicio de admisibilidad probatoria.* Inutilizar la prueba obtenida de modo ilícito transformaría el juicio de admisibilidad en un

⁴ MATURANA y MONTERO, cit. (n.3), pp. 1130-1134.

mecanismo de defensa de intereses ajenos al proceso, lo que se aleja de la función propia de esa institución. No debe priorizarse el castigo a la policía por su mal comportamiento por sobre el fin del proceso criminal.

v) *La disponibilidad del medio probatorio.* El problema de la prueba debe centrarse en la disponibilidad del elemento probatorio y no en el origen o modo de su adquisición. Entonces, siendo lo trascendental su posesión, éste debe ser admitido a pesar de su ilicitud. El punto de equilibrio entre los intereses privados y las exigencias del proceso debe encontrarse no en la reacción procesal sino más bien en la reacción penal, civil o disciplinaria que se producirá en contra del autor del ilícito, manteniéndose la prueba dentro del proceso.

vi) *El principio non bis in ídem.* Sancionar en los distintos campos implica una doble sanción, ya que, por un lado, se castigaría al autor de la infracción con sanciones de derecho material y, por el otro, se sancionaría procesalmente con la inadmisibilidad del medio de prueba.

Miranda comenta al respecto que la doctrina tradicional mayoritaria se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Se afirmaba que éstas no estaban afectas de nulidad y podían ser utilizadas por el juez para formar su convencimiento sobre los hechos. El argumento decisivo residía en la proclamación de la verdad material como fin del proceso penal y, por lo tanto, también de la prueba procesal. Todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de esa verdad debía ser valorado por el tribunal para formar su convicción. Resultaba irrelevante, a los efectos de su apreciación, el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las eventuales sanciones que pudieran imponerse a quienes las hubieran obtenido vulnerando normas jurídicas. El fin del proceso penal justificaba la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso resultaba intrascendente su forma de obtención. Lo verdaderamente importante era su disponibilidad por el juez para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.⁵

⁵ MIRANDA, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ubijus, segunda edición, ciudad de México 2018, pp. 83-86. Menciona como exponentes

III. Posición a favor de la exclusión de la prueba ilícita

Para esta tesis la prueba ilícitamente obtenida no debe ser admitida en el proceso y es ineficaz, sin perjuicio que además se castigue a las personas que la obtuvieron de esa forma. En opinión de Maturana y Montero es la posición actualmente dominante en doctrina y jurisprudencia, basándose en los siguientes argumentos:⁶

i) *El proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios.* Ha sido creado y regulado jurídicamente en base a un conjunto de normas y principios que deben respetarse; sólo los actos realizados conforme a ellos deben ser aceptados y, en el caso de la prueba, será admitida y valorada si se ha obtenido con respeto a la ley, en caso contrario debe ser excluida. El derecho a un debido proceso excluye toda prueba ilícita, atendidos los bienes jurídicos constitucionales comprometidos.

ii) *Su admisión desconocería el principio de probidad o lealtad procesal,* por ello se sancionan con nulidad los actos probatorios obtenidos violando derechos constitucionales; así se impide que dicho elemento de prueba concurra a la convicción del juez. Si bien es cierto que el proceso busca la certeza de ciertos hechos, dicha labor no puede ser realizada a cualquier costo, ni de cualquier modo.⁷

iii) El principio general que propugna que *los actos ilícitos no pueden jamás aprovechar a su autor.*

iv) *El efecto disuasorio de los potenciales infractores,* obtenible mediante el rechazo de los resultados de la acción ilícita. Si se les reconociera valor el Estado estaría colaborando a que dichas infracciones se cometan. Rechazándolas se está enviando un mensaje de desaprobación de tales conductas y de preocupación por el respeto de las garantías constitucionalmente reconocidas.

de esta tendencia a Guasp, Prieto Castro, Muñoz Sabaté, Ortega Pinto, Schonke, Bernal Cuellar y Cordero.

⁶ MATURANA y MONTERO, cit. (n.3), pp. 1134-1138.

⁷ El Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 14 de junio de 1960, afirmaba que en el proceso penal la investigación o averiguación de la verdad no puede realizarse a cualquier precio.

v) *El efecto extensivo de la nulidad del acto probatorio*, que no limita sus efectos al ámbito inmediato, sino que los prolonga a los actos posteriores derivados de éste, como consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico.

vi) *La prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho*, de modo que la utilización de las pruebas ilegalmente obtenidas importaría la aceptación, por parte de la autoridad, que los particulares lograrán imponer arbitrariamente sus propias razones, obteniendo un pronunciamiento jurisdiccional utilizando los resultados de un acto ilícito.

vii) *El fraude de ley debe ser sancionado*. En palabras de Vives Antón “*sólo la verdad obtenida con respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, la verdad en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos jurídicos válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrá, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración*”.⁸

viii) *La búsqueda de la verdad dentro del proceso no es un valor absoluto*, ya que se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado. Para Walter “*la verdad no hay que determinarla a cualquier precio, sino que para tutelar otros bienes y valores importantes habría que renunciar también alguna vez a castigar a alguien que posiblemente sea culpable*”. Según Hassemmer “*sólo un derecho procesal penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el ethos propio de la fase de producción del caso*”. Roxin, por su parte, afirma que una clarificación exhaustiva, ilimitada, de los hechos penales podría suponer el peligro de

⁸ Postulado seguido por nuestro Máximo Tribunal, entre otras, en sentencia de 21 de febrero de 2020, en causa rol N° 33.252-2019 (considerando 7°); en sentencia de 21 de julio de 2021, en causa rol N° 4058-2021 (considerando 13) y en sentencia de 1 de diciembre de 2021, en causa rol N° 39.754-2021 (considerando 9°).

lesión de muchos valores sociales y personales. El deber de clarificación no puede ser ilimitado, sino que por el contrario la investigación de la verdad material se encuentra restringida por limitaciones, exclusiones y prohibiciones en orden a la prueba, su práctica y su apreciación o aprovechamiento.

Miranda sostiene que, en la actualidad, está consolidada la opinión que propugna la “inutilizabilidad” de las pruebas obtenidas o producidas con violación de los derechos y libertades fundamentales. Además, hace presente que en el ordenamiento jurídico español la ineffectividad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales aparece consagrada legalmente en el artículo 11.1, LOPJ, respecto del cual la doctrina aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas. Mientras unos autores partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la “inutilizabilidad” procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector de la doctrina, mayoritario en la actualidad, restringe esta ineffectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales. Como sea la discusión se centra en determinar el alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita contenida en dicho precepto, una vez descartadas las posturas favorables a la admisión de esta última en aras al principio del predominio de la verdad material en el proceso penal.⁹

En cuanto al origen de la regla de exclusión por ilicitud, Nieva lo sitúa en Estados Unidos ya en 1886, con el caso *Boyd v. US*, o en 1914, con el caso *Weeks v. US*, con el paso intermedio que supuso el caso *Bram v. US* de 1897. Más adelante, con su derivación a la doctrina de *los frutos del árbol envenenado*, que surge en 1920 con el caso *Silverthorne Co. v. US*, y se confirma con esa terminología en el caso *Nardone v. US*, de 1939. Añade que el fundamento básico del origen de la regla de exclusión fue como método disuasorio de los abusos policiales de la época, a través de la nulidad de las actuaciones policiales lesivas de derechos fundamentales, para mejorar el sistema.¹⁰

En un análisis comparativo Rettig identifica tres sistemas que dan un tratamiento diferenciado a la ineficacia de la prueba ilícita, a saber: los

⁹ MIRANDA, cit. (n.5), pp. 86-87.

¹⁰ NIEVA, cit. (n.2), pp. 107-110.

países de tradición anglosajona (Estados Unidos, Canadá, Australia y Gran Bretaña); los países de tradición romana (Francia e Italia); y en Alemania, Suiza y Holanda.¹¹ Tal análisis muestra la existencia de sistemas intermedios, que pasaremos a revisar.

IV. Posturas intermedias

Se trata de teorías que, para decidir una eventual exclusión, conjugan diversos factores aplicados a los casos concretos, concluyendo a partir de ellos si admiten o no la prueba ilícita.

Pasamos a analizar algunas de ellas.

i) *Teoría de la conjugación de intereses en conflicto*. El interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable.¹²

Atiende a la proporcionalidad de los intereses afectados por la prueba ilícita, ponderando en cada caso los derechos e intereses conculcados así como la de los que, con su admisión, resultarán beneficiados. Por ello, todas aquellas consideraciones hechas en torno al rango constitucional del derecho a la prueba, permiten en principio pronunciarse a favor de la admisibilidad de las pruebas ilícitas, cuando los derechos y normas violadas no alcancen aquel carácter. Así, sólo en el caso que los derechos afectados por la ilegitimidad detenten carácter constitucional, se producirá una colisión de derechos de idéntico rango, que habrá de ser resuelta atendiendo a diversos criterios,

¹¹ RETTIG, MAURICIO, “La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención”, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Gonzalo Hoyl (ed.), Valencia, 2021, op. cit., pp. 186-190.

¹² Pastor Borgoñón, citado por MATURANA y MONTERO, cit. (n.3), pp. 1140-1141.

entre los que figuran la categoría del derecho fundamental afectado y las circunstancias que concurren en la violación.¹³

En contra López Barja de Quiroga sostiene que esta teoría parte de un error al examinar el problema desde el punto de vista de la ponderación de intereses en conflicto, sopesando derechos con una concepción cuasi absoluta del derecho a la prueba, que si bien se encuentra protegido constitucionalmente, no lo está, al igual que el resto de las garantías, en forma absoluta. Además, lo que se encuentra protegido es un derecho a la prueba legal, es decir, a la obtenida y practicada conforme a las normas de garantía legalmente establecidas, y no a cualquier tipo de prueba. No existe el derecho constitucional a la obtención de la verdad a cualquier precio, en tanto que el derecho del acusado al debido procedimiento es un derecho subjetivo, absoluto e inquebrantable si se pretende conformar un Estado social y democrático de Derecho, donde el respeto a la legalidad del procedimiento es un pilar básico, y en cuya defensa se encuentra comprometida la sociedad en su conjunto.¹⁴

ii) *Teoría del ámbito jurídico.* El punto central de esta teoría, desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán, consiste en determinar si la lesión producida por la utilización de una prueba ilícita afecta esencialmente al ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación. Atendida la generalidad de la fórmula se hace necesario un examen pormenorizado del caso concreto y de las soluciones jurisprudenciales en otras situaciones similares.¹⁵

Pretende evitar la exclusión de la prueba ilícita en casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la entidad de la infracción al derecho fundamental comprometido. Se supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tenga el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia.¹⁶

¹³ Sainz de Robles y Albarca, citado por Maturana y Montero, cit. (n.3), p. 1141.

¹⁴ López Barja de Quiroga, citado por Maturana y Montero, cit. (n.3), pp. 1141-1142.

¹⁵ Maturana y Montero, cit. (n.3), p. 1142.

¹⁶ Rettig, cit. (n.11), p. 187.

Según Hernández, dicho Tribunal, luego de reiterar que no toda prohibición de producción de prueba conduce, sin más, a una prohibición de valoración, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de la ponderación en la que debe apreciarse el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, pero en la que, además, debe considerarse el criterio de los intereses de una efectiva persecución penal. Cuál de los intereses en juego debe imponerse en el caso concreto es algo que no puede definirse a priori en términos generales.¹⁷

La posibilidad de admitir y valorar prueba ilícita depende de si la lesión afecta o no en forma esencial el ámbito de derechos del sujeto o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él.¹⁸ En el análisis debe considerarse cuál es el fundamento de la disposición infringida y la pregunta sobre el interés de quien ha sido establecida la disposición.¹⁹

iii) *Posición del derecho inglés*. En general se mantiene indiferente o considera irrelevante la ilegalidad del medio, como criterio de su admisibilidad en juicio, exceptuando eso sí, lo referente a la confesión, medio para el cual ha asignado un tratamiento riguroso. A pesar de ello, la jurisprudencia inglesa ha sufrido una creciente evolución en este campo. Durante mucho tiempo los tribunales ingleses admitieron todo tipo de pruebas, independiente de cómo fueron obtenidas. No obstante que el juez detentaba la facultad de rechazar la prueba, dicha discrecionalidad sólo existía en teoría, ya que en la práctica muy pocas veces fue ejercida. Recién en 1984 con la dictación de la sección 78 de la *Police and Criminal Evidence Act* tal discrecionalidad judicial adquiere rango de ley, comenzando una mayor utilización, pero centrándose la discusión no en determinar la ilicitud del medio, sino más

¹⁷ HERNÁNDEZ, HÉCTOR, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004, pp. 32-33.

¹⁸ López Barja de Quiroga, citado por RETTIG, cit. (n.11), p. 188.

¹⁹ Roxin, citado por RETTIG, cit. (n.11), p. 188.

bien en decidir si su aportación afecta o no al juicio, convirtiéndolo en un juicio parcial.²⁰

iv) *Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*. Miranda, al estudiar su doctrina, advierte que es muy casuística, lo que a veces dificulta la identificación de reglas o criterios generales, igualmente destaca los siguientes:²¹ a) la admisibilidad de las pruebas depende de las normas de derecho interno y, por tanto, su decisión corresponde a los tribunales nacionales; no obstante, dos son los extremos sometidos al control del TEDH, la necesidad ineludible de motivar dicha inadmisión, lo que permitirá conocer sus razones y la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta para constatar si su inadmisión resultaba o no arbitraria; b) se trata de una jurisprudencia de mínimos, al pretender fijar el “estándar mínimo común europeo” de derechos humanos; c) no se concibe la regla de exclusión como una consecuencia necesaria del CEDH, ni siquiera como una exigencia del sistema general de derechos que reconoce, ni como garantía de su eficacia; por el contrario, libra inicialmente su solución al Derecho interno de cada Estado, y sólo en limitados casos aprecia la “iniquidad” de la condena cuando viene apoyada en pruebas obtenidas con vulneración de algunos derechos reconocidos en el CEDH que considera absolutos, singularmente, la prohibición de torturas y el derecho a no autoincriminarse; en el caso Schenk (1988) descartó, como principio general, que deba excluirse la admisión de una prueba conseguida ilegalmente, toda vez que sólo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo; la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determina una vulneración del derecho a un proceso justo, sino que para decidir sobre la eventual violación de las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho habrá que examinar el proceso penal en su conjunto; d) el criterio precedente cambia sustancialmente cuando el TEDH constata que la condena se fundamentó en pruebas obtenidas mediante tortura o malos tratos,²² esto es, con vulneración del art. 3 del CEDH, que establece su prohibición

²⁰ MATURANA y MONTERO, cit. (n.3), pp. 1142-1143.

²¹ MIRANDA, cit. (n.5), pp. 88-108.

²² Ver art. 15 Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el art. 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

absoluta; en estos casos, además del proceso equitativo, se acude al criterio de la “naturaleza de la violación constatada”; e) Por su parte, la obtención de pruebas con vulneración del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) no provoca automáticamente una vulneración del derecho al proceso justo; f) en relación al derecho a no confesarse culpable y a no declarar se debate si protege sólo frente a la utilización de la fuerza o coacción por parte de los órganos públicos de investigación y persecución penal, para obtener una confesión o también frente al engaño empleado con el mismo fin.

V. La regla de exclusión probatoria por ilicitud y la nueva Constitución

1. ALTERNATIVAS

Entre otros tantos temas relevantes que deben ser resueltos por la Comisión Constituyente encontramos aquel relativo al contenido de protección del derecho a un debido proceso penal, sus garantías y limitaciones, destacando para los fines de este trabajo la consagración y contornos del derecho a probar y la regla de exclusión probatoria por ilicitud, límite a su mayor desarrollo y, a la vez, la garantía de otros derechos como la presunción de inocencia y las libertades individuales.

Una primera opción sería elevar al rango de garantía constitucional la regla de exclusión, tal como acontece en Portugal (artículo 32 de la Constitución de 1976), Brasil (artículo 5º, inciso LVI de la Constitución Federal de Brasil de 1988), Colombia (Constitución de 1991) y México (artículo 20.IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 2008);²³ y ojalá determinar, asimismo, las conexiones y conflictos con el derecho a probar, el que podrá ser igualmente explicitado en la nueva Carta Fundamental.

Otra alternativa extrema sería explicitar el derecho a probar, como componente del debido proceso, declarando expresamente que no procederá exclusión o inadmisibilidad probatoria alguna por ilicitud en la obtención

²³ ARMENTA DEU, cit. (n.1), pp. 35-42.

de la información relevante para el esclarecimiento de los hechos, asignando máxima relevancia al principio epistémico de inclusión.

Evidentemente podrán generarse posiciones intermedias de todo tipo, tal como ha ocurrido en otros países de referencia (Inglaterra, Estados Unidos y España), durante la evolución de la regla de exclusión en sus respectivos sistemas de justicia penal. Sin embargo, como ya adelantamos, en los párrafos que siguen desarrollaremos las razones principales que justificarían la adopción de alguna de las dos tesis más radicales, presentadas al modo de una discusión bilateral frente a la Comisión Constituyente, donde se busca convencer a dicho órgano acerca de la mejor opción a seguir.

2. FUNDAMENTOS EN CONTRA DE UNA REGLA DE EXCLUSIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL Y SÍ CON RANGO MERAMENTE LEGAL, PERO EXCEPCIONAL Y DE EFECTOS MUY ACOTADOS

2.1. *La averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria.*²⁴

El proceso penal actual tiene un fin epistémico, esto es, de averiguación de la verdad (por correspondencia), de modo que a mayor y más variada información menores son las posibilidades de errar en el juicio fáctico, por lo que la forma de obtención o producción de la prueba no debe afectar su admisión, validez y utilización.

²⁴ Como anotan Anderson, Schum y Twining, citados por GUZMÁN, NICOLÁS, en *La verdad en el proceso penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, p. 125, dicha concepción de que la búsqueda de la verdad es la meta del proceso penal, afianzada en la cultura jurídica continental, se sostiene en la idea de que sólo una sentencia verdadera puede ser justa, existiendo un ligamen entre verdad y justicia de la decisión, hijo de la tradición racionalista en materia de prueba conformada desde el siglo XVIII, postula, efectivamente, que la búsqueda de la verdad es “un medio para asegurar justicia en el derecho”.

2.2. *Afectación del derecho a probar, componente del debido proceso*

Los intervinientes en el proceso penal y la sociedad toda, a través del interés general en la persecución penal, conducen un interés digno de protección, que se traduce en el esclarecimiento de los hechos y la tutela de bienes jurídicos relevantes, que exigen una protección cualificada a través de la aplicación del Derecho Penal, traducido en el castigo de los delitos que se cometen.

Se ha afirmado que la decisión judicial de exclusión probatoria afecta al derecho a la prueba, entendido como una garantía dentro del debido proceso, esto es, aquella *“posición jurídica fundamental que posee, en razón de la Constitución Política y de la Ley, aquel que tiene el carácter de parte o interviniente o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos”*.²⁵

Ferrer ha sostenido igualmente la existencia de un derecho fundamental a la prueba, un derecho a la defensa de los alegatos, que corresponde a cualquier ciudadano, incluidos los fiscales, a presentar, a que se admitan y sean valoradas todas las pruebas relevantes a sus alegaciones. Por ello afirma que la regla de exclusión implica el sacrificio de ese derecho fundamental, de modo que sólo se puede justificar constitucionalmente si entra en conflicto con otro derecho de igual naturaleza, debidamente identificado, cumpliéndose eso sí dos condiciones copulativas: a) que el sacrificio del derecho sea un mecanismo adecuado para proteger al otro, si no sería un uso meramente retórico del conflicto; y b) que no haya otro mecanismo disponible que permita proteger los dos derechos a la vez, o sea que haya necesidad de sacrificar uno de los dos. Concluye que ninguno de esos dos requisitos se cumplen, pues la regla de exclusión por ilicitud no sirve para proteger los derechos fundamentales en nombre de los cuales se actúa y sí existen otros mecanismos que pudieren ser más efectivos protegiendo, a la vez, el derecho a la prueba y los otros derechos en conflicto. Por una parte,

²⁵ RUIZ, LUIS, “El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental”, en *El Derecho constitucional a la prueba. Análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, pp. 183-184.

el efecto disuasorio, único fundamento vigente en Estados Unidos para excluir, no está demostrado empíricamente y, de otro lado, sirven como mecanismos de protección las sanciones disciplinarias o penales a los agentes infractores y la indemnización civil por los daños por parte del Estado por mal funcionamiento. Siendo así las cosas no hay fundamento constitucional para la aplicación de la regla de exclusión, a lo que Taruffo agrega su carácter inconstitucional al afectar injustificadamente el derecho a probar.²⁶ En efecto, el maestro italiano afirma la existencia del derecho a presentar medios de prueba relevantes, como parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías y, por ende, un aspecto esencial del derecho al debido proceso. Luego adiciona que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, lo que conduce a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo, y en el caso de colisión con otros derechos fundamentales debe efectuarse la respectiva ponderación, anulando el derecho a probar en reducidos casos especialmente importantes.²⁷

2.3. *La regla de exclusión genera impunidad y carece de eficacia disuasiva*

La inadmisibilidad probatoria termina protegiendo a quien se le descubre evidencia incriminatoria y no a la víctima inocente del delito. En la ponderación de valores se debe privilegiar el interés público y prevalente de búsqueda de la verdad por sobre la lesión de un derecho individual.

Sería suficiente imponer sanciones administrativas, civiles y/o penales a los sujetos que obtienen pruebas con vulneración de derechos fundamentales, pero ello no obsta para que la información recabada pueda ser utilizada como prueba en juicio y, eventualmente, sea apta para fundamentar una

²⁶ Ferrer, Jordi en su ponencia “Repensando la Exclusión de la Prueba Ilícita”, en Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho, Castro 1 y 2 de julio de 2016 (video 6). Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=UqxY2ynnGdM>

²⁷ TARUFFO, MICHELE, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 56-58.

sentencia de condena. López afirma incluso que la regla de exclusión no genera un efecto preventivo, ya que ello se logra con programas académicos y de capacitación dirigidos a los operadores jurídicos y con sanciones para los infractores.²⁸

Se sostiene que el criterio disuasivo es ingenuo, porque los policías perciben la amenaza de exclusión de manera menos significativa que otras consideraciones que influyen en su conducta. La exclusión es posible sólo si el caso es activamente disputado, ya que la mayoría de las veces no llegan a juicio oral porque terminan en negociación de pena, por lo que la admisibilidad técnica de las pruebas no es considerada. Además, cuando la exclusión es una posibilidad real, la amenaza se materializa mucho tiempo después de que el papel del policía en el caso ha terminado, transformándose en una amenaza mínima y lejana.²⁹

En razón de lo anterior, se propugna la mantención de la actual regla legal, pero acotando su efecto de inadmisibilidad probatoria a casos extremadamente graves, como ocurre con la tortura.

3. FUNDAMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

En general se plantea que dicha regla es una garantía del debido proceso y, además, un principio que determina lo intolerable que es la utilización, durante el procedimiento y en especial en el juicio, de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, en el contexto de un sistema de justicia penal inserto en un Estado Democrático de Derecho.

Como señala Aldunate, las garantías conectan con el contenido normativo de los derechos, con la idea de su efectiva vigencia en la realidad. Son instrumentos al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa del constituyente y tratándose del debido proceso penal existen distintos

²⁸ LÓPEZ, ANTONIO, *La prueba ilícita penal*, editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, pp. 210 y 239.

²⁹ LÓPEZ, cit. (n.28), pp. 219-220.

ámbitos o dimensiones en los cuales pueden operar.³⁰ El primero de ellos es el de *la certeza*, pues el reconocimiento y fijación por escrito de un derecho constituye la expresión primaria de una garantía, al situarlo al margen de una discusión sobre su existencia. En un segundo nivel encontramos *el carácter fundamental de los derechos*, o sea su positivización constitucional, pudiendo así resistir a la controversia política cotidiana, sustrayéndolos de la discusión en el plano legislativo y protegiéndolos de las decisiones adoptadas en él. En tercer lugar, tenemos a *la disuasión*, pues para evitar atentados contra los derechos fundamentales existen mecanismos jurídicos, políticos y sociales, destinados a asignar al autor de una lesión consecuencias desfavorables. Un cuarto campo es el de *la conservación*, mediante mecanismos de reacción frente a una lesión en curso o inminente, destinados a poner fin o evitar la lesión del derecho fundamental, restituyendo al afectado en una situación fáctica de goce del mismo. Otro aspecto de la garantía está constituido por *la existencia de vías jurisdiccionales* para obtener la declaración de que un derecho ha sido ilegítimamente afectado. Finalmente, la acción de la garantía puede apreciarse en el campo de *la reparación o compensación* por una lesión ya sufrida y constatada.

En los párrafos que siguen se aportarán los principales argumentos que apoyan esta tesis.

3.1. *El deber constitucional de los órganos del Estado de tutelar los derechos fundamentales*

En un Estado Democrático de Derecho los órganos estatales en general y aquellos que están a cargo de la persecución penal, en especial, deben respetar y promover la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, con un énfasis en la protección del imputado y de la víctima. En consecuencia, debe prohibirse expresamente la obtención irregular de información y su posterior utilización en el procedimiento. Así habrá de ser al menos en los sistemas procesales que pretenden ser respetuosos del Estado Constitucional de Derecho, pues de acuerdo a Binder el sistema de garantías es un sistema de resguardos frente al uso de la fuerza estatal, pro-

³⁰ ALDUNATE, EDUARDO, *Derechos fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 77.

curando evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario; asimismo señala que cuando hablamos de garantías nos estamos refiriendo a todos los mecanismos jurídicos cuya misión sea impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.³¹

Dicho de otra manera, la legalidad o licitud de la prueba es una condición para la admisión y valoración legítima de la misma, única forma de vencer válidamente la presunción de inocencia.

Hasta ahora la legalidad de la prueba sólo constituye una garantía constitucional implícita, obtenida interpretativamente de lo establecido en los artículos 14.2 del PIDCP y 8.2 de la CADH, en cuanto consagran el derecho de toda persona inculpada de delito a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Luego en el ámbito legal es desarrollada en los artículos 4° y 276, inciso 3°, del CPP, disponiendo que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados en el proceso en forma legal; por el contrario, será ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas.

Al sistema procesal penal no le puede ser indiferente la forma en que se obtiene la información que servirá para las decisiones relevantes del procedimiento; si bien la averiguación de la verdad es uno de sus objetivos, ella no debe buscarse sin límites, ni a cualquier precio, ni menos a costa de la dignidad del ser humano.³² En consecuencia, cada vez que la investigación

³¹ BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 56-59.

³² En el mismo sentido RETTIG, cit. (n.11) p. 171. También ROXIN, CLAUS y SCHUNEMANN, BERND, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2019, p. 280. Nuestro Máximo Tribunal también se ha pronunciado en términos similares, así en sentencia de 21 de febrero de 2020, en causa rol N° 33.352-2019, alude a la naturaleza del sistema procesal penal dentro de un Estado de Derecho y el alcance de la prueba ilícita en un juzgamiento legítimo, en cuanto garantía de un proceso racional y justo (considerandos 4° a 8°). Igualmente, en sentencia de 2 de marzo de 2021, en causa rol N° 135.633-2020, donde declara que el respeto del debido proceso es presupuesto de legitimidad de las decisiones y que sólo es aceptable la verdad obtenida con respeto a los derechos fundamentales (considerando 6°). Y en sentencia de 2 de marzo de 2021, en causa rol N° 138.584-2020, señalando que el debido proceso es un presupuesto de legitimación de lo que se decida; la

haya afectado derechos de las personas, la información así obtenida debe ser declarada como ilícita, operando la regla de exclusión o inutilizabilidad de la misma.

El fundamento constitucional de esa declaración de ilicitud probatoria lo encontramos en el respeto del derecho a un debido proceso sustancial; en la tutela de las reglas de trato y de juicio que emanan del derecho de todo imputado a ser presumido inocente; en el deber de los órganos del Estado de respetar y promover las libertades individuales y los derechos fundamentales en general, y, finalmente, en la confiabilidad de la evidencia.

3.2. *El efecto disuasorio*

Como ya se indicó, constituye una razón principal en el origen de la regla de exclusión, buscando con ella disuadir a los funcionarios policiales acerca de lo disvalioso e inútil que resulta actuar de un modo ilícito en la persecución penal, demostrándoles con la decisión de exclusión que no producirá ningún efecto en la resolución del caso.

Es el principal fundamento de exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos y consiste en la prevención de futuras violaciones de derechos por parte de los agentes gubernamentales, disciplinando a la policía y a los fiscales, para evitar que en su actividad investigativa violen derechos fundamentales, ya que la evidencia obtenida de ese modo será excluida del proceso, con lo que su trabajo resultará estéril para los fines incriminatorios que persiguen.

Busca motivar a las personas a elegir conscientemente no violar los derechos fundamentales para evitar que la evidencia sea inadmisibile. La función preventiva se puede también lograr con la educación e internalización por parte de los agentes gubernamentales de la regla de exclusión y de las virtudes y necesidad de utilizar medios legales en la persecución del crimen.³³

Nieva sostiene que es muy peligroso configurar un supuesto efecto disuasorio como razón central de la ilicitud de la prueba y, por ende, del

verdad sólo puede ser obtenida con observancia de los derechos fundamentales, por ello existe la regla de exclusión del art. 376 inciso 3° del CPP (considerando 8°).

³³ Hairabedián citado por RETTIG, cit. (n.11), p. 180.

respeto de los derechos fundamentales. El inconveniente de proceder de ese modo es que acaba conduciendo a la conclusión de que cuando no existe, en apariencia o en realidad, una malintencionada praxis policial, la vulneración del derecho fundamental parece que no sería relevante, lo que supone poner una excepción al cumplimiento de los derechos fundamentales que puede degenerar en su desaparición. La protección de los derechos fundamentales frente al poder estatal se hace irrelevante ante el descubrimiento a ultranza de la realidad de los hechos, operando bajo la máxima “el fin justifica los medios”. Ello, además, ha conducido a la aparición jurisprudencial de excepciones a la regla de exclusión.³⁴

Según Miranda, en su origen, la regla de exclusión en Estados Unidos apareció directamente vinculada con la IV y V Enmiendas Constitucionales, reconociéndose, por tanto, un anclaje y fundamento constitucional. No obstante, pronto la Corte Suprema inició un proceso de progresiva desconstitucionalización de la regla, buscando la protección de los derechos contenidos en la IV Enmienda a través del efecto disuasorio de las agencias policiales y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada. De este modo, la exclusión deja de formar parte del contenido esencial del derecho reconocido y ya no tiene como finalidad reparar la violación constitucional ocasionada, al tiempo que se afirma que el uso posterior de la prueba ilícita en el proceso penal no genera una nueva violación constitucional. Lo que se pretende con la regla es prevenir eventuales violaciones futuras que pudieren cometerse por los órganos policiales encargados de la investigación penal. En otras palabras, el único objetivo de la regla de exclusión es disuadir a los cuerpos y agencias policiales de actuar en el futuro al margen de las normas constitucionales; encierra, por tanto, una sanción –si se quiere indirecta– a los agentes policiales que recaben evidencias violando las previsiones de la IV, V y VI Enmiendas, privándoles de toda eficacia probatoria. Conforme a esa concepción, son razones puramente pragmáticas y utilitaristas (medida profiláctica) las que sirven de fundamento para su aplicación, separándose de toda base constitucional. Siendo así la regla de exclusión se convierte en una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costos que conlleva

³⁴ NIEVA, cit. (n.2), pp. 110-111.

su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos.³⁵

3.3. *La integridad judicial*

Es un fundamento jurídico-ético basado en que los jueces no pueden admitir, sin más, la utilización en sus decisiones de información ilícitamente obtenida, pues ello va en contra de la función misma, transformando a los tribunales en cómplices de la ilicitud.³⁶ Además, con ello pierden legitimación, confianza y peso moral ante la sociedad.³⁷

Por el contrario, los jueces como principales garantes de los derechos fundamentales deben tutelarlos eficientemente, lo que en la especie se hace operativo a través de la inutilizabilidad e inadmisibilidad de la prueba ilícita o la invalidación de las sentencias que se sirvan de ella.

Al ente jurisdiccional le compete aquí hacer efectivos tres ámbitos de actuación de las garantías, descritos someramente en el apartado 3, a saber: la disuasión de los órganos de la persecución, la conservación de los derechos afectados y la existencia de vías jurisdiccionales para declarar la vulneración ilegal del derecho.

La prueba ilícita constituye un defecto trascendente, disvalórico, que deslegitima o al menos enturbia el método cognoscitivo de búsqueda de la verdad, llamado juicio y su producto final, la sentencia, de modo que surge

³⁵ MIRANDA, cit. (n.5), pp. 247-250. Por su parte MIRJAN DAMASKA comenta que, dentro de las reglas de exclusión extrínsecas, se encuentra la prohibición del uso de las pruebas obtenidas ilegalmente, justificada inicialmente en el compromiso de su fiabilidad, pero que después de la segunda guerra mundial se sustentó más bien en la protección de otros valores de origen constitucional. En *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 30-31.

³⁶ En el mismo sentido HERNÁNDEZ, cit. (n.17), p. 14. También encontramos alusión a la integridad judicial en decisiones de nuestro Máximo Tribunal, así en sentencia de 31 de mayo de 2021, en causa rol N° 17.414-2021, en cuyo considerando quinto lo menciona expresamente y cita otros pronunciamientos en el mismo orden (SCS 23930-2014, 25.003-2014, 999-2015 y 21430-2016).

³⁷ RETTIG, cit. (n.11), p. 176.

como indispensable consecuencia la eliminación de toda aquella información que proviene de la actuación viciosa.³⁸ A través de la exclusión decretada judicialmente se afirma la vigencia del contenido esencial del derecho fundamental vulnerado y la prohibición de utilización que genera se extiende desde el elemento probatorio ilícitamente obtenido hasta las pruebas derivadas, en la medida que estas participen de la antijuridicidad declarada.³⁹

Sobre el particular Rettig señala que una condena en base a prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales repugna a lo que se espera de un juez respetuoso del debido proceso en un Estado Democrático de Derecho.⁴⁰ Sería un contrasentido defender valores ético-sociales con medios que suponen un desconocimiento de dichos valores. Se abandona el Estado de Derecho si para combatir la delincuencia, los agentes estatales violan sus límites. Los jueces son los primeros obligados a obedecer y realizar el mandato constitucional, ya que acoger como válida prueba ilícitamente obtenida para sancionar una conducta delictiva equivale a sostener una doble moral inaceptable.⁴¹

3.4. *La conexión entre la presunción de inocencia y la prueba ilícita*

Para Miranda la ilicitud de la prueba, en un sentido amplio, forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia, prerrogativa que exige, para poder ser destruida, la concurrencia de prueba suficiente que pueda razonablemente ser calificada de cargo y que haya sido practicada con todas las garantías constitucionales y procesales. La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva, por tanto, de su consagración constitucional. Si el órgano judicial tomara en cuenta para la formación de su convicción pruebas practicadas sin las necesarias garantías infringiría, de no existir otros elementos probatorios independientes de signo incriminatorio, el derecho a

³⁸ CERDA, RODRIGO, “El control jurídico de los órganos de la persecución penal como garantía de los derechos fundamentales”, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Gonzalo Hoyl (ed.), Valencia, 2021, p. 47.

³⁹ CERDA, cit. (n.38), p. 52.

⁴⁰ RETTIG, cit. (n.11), p. 171.

⁴¹ Bofill, Jorge, citado por RETTIG, cit. (n.11), p. 177.

la presunción de inocencia. En otras palabras, el juzgador no puede apreciar para formar su convicción aquellos elementos probatorios obtenidos con infracción de tales garantías, en cuanto constituyen un supuesto de prohibición de valoración probatoria. El juicio de licitud de las pruebas, así como el juicio de su suficiencia forman parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, pero antes de que el órgano sentenciador proceda a valorar la “suficiencia” de las pruebas practicadas es necesario examinar su “licitud”.⁴²

A juicio del mismo autor, la necesidad de que las pruebas se hayan practicado con todas las garantías implica, a su vez, una triple exigencia. En primer lugar, es necesario que las pruebas hayan sido obtenidas con respeto absoluto de los derechos y libertades fundamentales de las personas. En segundo lugar, es preciso que las pruebas hayan sido practicadas con observancia de las garantías procesales de contradicción, intermediación, publicidad y oralidad; aunque en la fase de obtención de las fuentes de prueba no se hubieran vulnerado directamente derechos fundamentales, si en el momento de su incorporación y/o práctica en el proceso no se respetaran las citadas garantías procesales dichas pruebas no podrían ser valoradas. Por último, es indispensable que se hayan respetado las normas procesales que disciplinan la actividad probatoria siempre y cuando cumplan una función de garantía para el acusado.

Valenzuela, por su parte, añade que es un contrasentido hablar de “prueba ilícita” debido a que en estricto rigor, las pruebas que sirven de base a la justificación de una sentencia nunca pueden ser ilícitas, dado que la ilicitud es una propiedad de las evidencias que supone su exclusión en tanto pruebas. Además expresa que el proceso penal y la actividad probatoria no pueden ser entendidos como un ejercicio puramente epistémico, debiendo el derecho detenerse en el respeto de una serie de intereses relevantes, de un modo equilibrado al momento de definir si la hipótesis de hecho admite ser probada de manera de dar sentido pragmático a la garantía que surge del juego entre las reglas del nivel constitucional y la presunción de inocencia como regla de prueba.⁴³ Entendida de esta última forma la presunción de

⁴² MIRANDA, cit. (n.5), pp. 136-142.

⁴³ VALENZUELA, JONATAN, *Hechos, pena y proceso*, Rubicón editores, Santiago, 2017, pp. 127-130; 137-141.

inocencia, constituye una garantía que puede redactarse de la siguiente forma: “*dado que se presume inocente al imputado debemos generar prueba para desvirtuar esta situación*”, y esta prueba debe ser considerada prueba de cargo, debe ser producida en el juicio oral y debe haber sido obtenida sin violación de garantías.⁴⁴

3.5. *La confiabilidad de la evidencia*

Se sostiene que la información obtenida con violación de derechos fundamentales puede afectar su aptitud para reflejar la verdad,⁴⁵ toda vez que contiene un alto grado de inseguridad y un bajo grado de fiabilidad, porque si los elementos probatorios se recaban fuera de los cauces legales, pueden ser manipulados, aumentando el riesgo de que el proceso penal arroje resultados inexactos.⁴⁶ En consecuencia, la ilicitud consistente en no respetar el diseño legal, que describe los estándares permitidos de actuación, produce un déficit epistémico, afectando la fiabilidad de la prueba así obtenida. En efecto, el material probatorio obtenido será defectuoso, de precaria calidad y de dudosa credibilidad.

VI. Conclusiones

Ante la disyuntiva planteada en el párrafo primero, nuestro grupo optó por una tesis intermedia que, si bien se inclina inicialmente por los fundamentos aportados por la teoría de la exclusión de la prueba ilícita,⁴⁷ considera igualmente necesario atemperar sus consecuencias jurídicas conforme a la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, mediante el uso del principio de proporcionalidad y, también, a través de la estima-

⁴⁴ VALENZUELA, cit. (n.43), p. 90.

⁴⁵ Hairabedian, Maximiliano, citado por RETTIG, cit. (n.11), p. 178.

⁴⁶ LÓPEZ, cit. (n.28), p. 213.

⁴⁷ NÚÑEZ RAÚL y CORREA, CLAUDIO, en “La Prueba Ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Ius et Praxis*, año 23, n° 1, 2017, p. 216, sostienen igualmente que los fundamentos que justifican la exclusión probatoria por ilicitud no se reducen a los criterios de confiabilidad de la evidencia, integridad judicial y prevención o *deterrence*, existiendo otros muchos esfuerzos doctrinales que intentan avanzar hacia una justificación y un sentido de la exclusión.

ción del ámbito jurídico del reclamante y la intensidad de afectación de sus derechos, de modo que si ella no es importante sería excesivo excluir la información relevante.

En consecuencia, debiera incorporarse constitucionalmente el derecho a probar, como un componente del debido proceso, pero sujeto a las limitaciones propias de un Estado Democrático de Derecho, vale decir, actuando los agentes de la persecución, en la búsqueda de la información, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas y de acuerdo al diseño legal de garantía de los mismos. De ese modo, el principio epistémico de inclusión, que constituye la regla general, podrá ser cumplido de un modo legítimo, única forma aceptable de vencer la presunción de inocencia y adjudicar una condena penal.

De la misma manera, debiera incorporarse a la nueva Carta Fundamental la regla de exclusión de la prueba ilícita, como una garantía de los derechos a un debido proceso, a ser presumido inocente y a las libertades individuales, declarando la prohibición de utilización de toda información obtenida con vulneración de los derechos individuales de las personas.

De esa manera se mejorará el nivel de protección de tales prerrogativas y se sustraerá su existencia del debate meramente legal, debiendo los legisladores proceder únicamente a su mayor desarrollo normativo, para su correcta aplicación. Además, nos liberaríamos, en parte, de la evolución que la regla de exclusión por ilicitud ha tenido en Estados Unidos, distanciándose de su anclaje constitucional, para apoyarse casi exclusivamente en la razón utilitaria del efecto disuasivo y su falta de confiabilidad. El llamado es a asumir una naturaleza propia, más acorde a nuestras definiciones político jurídicas, que compelen a los órganos estatales, en especial a los jueces, hacia la tutela de los derechos fundamentales.

En definitiva, proponemos que el sistema de justicia penal se configure como un mecanismo racional y equilibrado de ejercicio de la potestad punitiva estatal, armonizando, en tanto resulte posible, los principios de eficiencia en la persecución de los delitos y de respeto por los derechos y garantías de las personas.⁴⁸ Por lo tanto, dicha persecución será legítima si

⁴⁸ En el mismo sentido VALENZUELA, cit. (n.43), pp. 125-126. También en senten-

sus agentes actúan cuidadosamente de acuerdo al diseño constitucional y legal, vulnerando los derechos individuales sólo en los casos y de la forma allí establecida.⁴⁹

Bibliografía

- ALDUNATE, EDUARDO, *Derechos fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- ARMENTA DEU, TERESA, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, segunda edición, Madrid, 2011.
- BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- CERDA, RODRIGO, “El control jurídico de los órganos de la persecución penal como garantía de los derechos fundamentales”, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Gonzalo Hoyl (ed.), Valencia, 2021, pp. 25-66.
- DAMASKA, MIRJAN, *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- GUZMÁN, NICOLÁS, *La verdad en el proceso penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2018.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.
- LÓPEZ, ANTONIO, *La prueba ilícita penal*, editorial Tirant lo Blanch, ciudad de México, 2019.
- MATURANA, CRISTIAN y MONTERO, RAÚL, *Derecho Procesal Penal*. 2 tomos, tercera edición actualizada, Librotencia, Santiago 2017.

cia de la Corte Suprema de 19 de febrero de 2020, en causa rol 40.961-2019, en cuanto expresa que la ley procesal penal intenta conciliar la efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, a través de la regulación de la actividad de los órganos investigativos (considerando 10). Del mismo modo en sentencia de 21 de abril de 2021, en que alude al equilibrio que debe existir entre una persecución eficiente y el respeto de los derechos de los ciudadanos (considerando 9°).

⁴⁹ En similar sentido, Corte Suprema en sentencia de 21 de julio de 2021, en causa rol N° 4058-2021 (considerandos 16 y 17).

- MIRANDA, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ubijus, segunda edición, ciudad de México 2018.
- NIEVA, JORDI, “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, en *Hechos y razonamiento probatorio*, editorial CEJI, Carmen Vázquez (coord.), México 2018, pp. 105-136.
- NÚÑEZ, RAÚL y CORREA, CLAUDIO, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Ius et Praxis*, año 23, n° 1, 2017, pp. 195-246.
- RETTIG, MAURICIO, “La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención”, en *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Gonzalo Hoyl (ed.), Valencia, 2021, pp. 169-221.
- ROXIN, CLAUS y SCHUNEMANN, BERND, *Derecho procesal penal*, editorial Didot, Buenos Aires, 2019.
- RUÍZ, LUIS, “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, en *El Derecho Constitucional a la prueba. Análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2007.
- TARUFFO, MICHELE, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VALENZUELA, JONATAN, en *Hechos, pena y proceso*, Rubicón editores, Santiago, 2017.

