



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



TESINA

# LA TEORIA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES

AUTORES:

- FELIPE ÁLVAREZ VILCHES.
- KARINA GUTIÉRREZ ROJAS.

PROFESOR GUÍA:

FELIPE GORIGOITÍA ABBOTT.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	4
<b>I. Marco Teórico</b> .....	5
1. Prueba ilícita en el proceso penal.....	5
a) Concepto prueba ilícita.....	5
b) Conceptos a fines a la prueba ilícita.....	6
b.1) Prohibición Probatoria.....	6
b.2) Prueba ilegal o irregular.....	6
b.3) Prueba ilegítima.....	7
b.4) Prueba viciada.....	7
b.5) Prueba clandestina.....	7
c) La prueba ilícita en el derecho chileno.....	7
d) La regla de la exclusión, o, exclusionary rule.....	8
d.1) Límites y excepciones de la exclusionary rule.....	12
d.2) Tratamiento de la regla de la exclusión en el modelo europeo continental.....	14
<b>II. La teoría de los frutos del árbol envenenado, o, fruit of the poisonous tree doctrine</b> .....	18
1. El efecto reflejo en la doctrina.....	20
2. Las excepciones al efecto reflejo.....	23
2.1 Fuente independiente.....	24
2.2 Descubrimiento inevitable.....	25

2.3 Nexo causal atenuado.....	27
3. El efecto extensivo del derecho alemán.....	32
4. La teoría de los frutos del árbol envenenado en Chile.....	33
<b>III. Conclusiones.....</b>	<b>34</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>37</b>

## Introducción

La actividad probatoria en el proceso penal es de particular importancia para quienes en ella intervienen. Los intereses involucrados en dicha actividad son superiores a aquellos que encontramos en un proceso laboral o un juicio de familia, por poner algún ejemplo. Esto viene dado por el hecho que hay en juego algo muy importante, cual es la inocencia o la culpabilidad de una persona.

Por dichos motivos es que el juzgar a alguien como culpable de un delito no va a obedecer a un mero capricho del juzgador o bien no se basará en pruebas que no demuestren claramente que la persona es culpable de lo que se le acusa. En este sentido es que los derechos que más pueden verse afectados por la actividad probatoria son los del acusado, y más aún si los medios probatorios utilizados son obtenidos con vulneración de los derechos o garantías fundamentales de las que los sujetos son titulares.

Desde esta perspectiva es que surge la regla de la exclusión, o como se le llama en el derecho estadounidense, *exclusionary rule*. Regla que en pocas palabras quiere decir que se excluirán aquellas pruebas que fueren obtenidas con vulneración o infracción de las garantías fundamentales.

Al respecto, la jurisprudencia estadounidense ha tenido particular importancia para el tema que trataremos en este trabajo, pues ha dado lugar a la que la doctrina ha llamado *teoría de los frutos del árbol envenenado*, y a su vez, con el devenir de la actividad jurisprudencial, ha venido estableciendo una serie de excepciones, las cuales han ido mermando la que por mucho tiempo fue la todopoderosa *exclusionary rule*.

En nuestro país, el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal consagra la regla de la exclusión, pues señala que se excluirán aquellas pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Dentro de la norma señalada nos importa el segundo aspecto que ella indica, es decir, lo que se refiere específicamente a la inobservancia de garantías fundamentales. Al respecto, nuestra Constitución reconoce a las personas una serie de derechos y/o garantías que se podría decir que preceden al Estado, o -en otros términos- que son inherentes a la persona y que nos

van a permitir reconocer a un imputado como un sujeto dentro del proceso, el cual es titular de derechos.

Sin embargo, en ocasiones a través de ciertas actuaciones que realiza la autoridad al investigar o tomar conocimiento de un delito, y que son consideradas como ilícitas por vulnerar garantías fundamentales de los ciudadanos es posible obtener información para la resolución del caso. Esto es lo que señalamos anteriormente, aquello que ha sido denominado por la doctrina norteamericana como *los frutos del árbol envenenado*.

En determinadas hipótesis, estos *frutos* podrán ser incorporados al proceso de igual manera. Esto a pesar de su origen en una fuente que esta corrompida, en ese *árbol envenenado*. Acá estamos en presencia de las excepciones a esta teoría, pues al cumplirse ciertas condiciones, pruebas que tienen su nacimiento en un acto corrompido, por ejemplo por haberse vulnerado garantías fundamentales, serán insertadas en el proceso como una prueba más.

## **I. Marco teórico.**

### **1. La prueba ilícita en el proceso penal**

#### **a) Concepto de prueba ilícita**

El desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales. El proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea las prohibiciones de prueba juegan un rol de gran importancia. Ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que "una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención" en los derechos de la persona del inculpado o de terceros. En otras palabras, no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables.

Del debido proceso, insertado como una garantía constitucional, surgen distintos derechos, entre ellos, el derecho a la prueba. La prueba es definida por Maturana y Montero como "el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto".

No obstante lo anterior, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, por tanto reconoce limitaciones. Como bien dice Tavolari, "el Estado democrático de Derecho, es el Estado que se autoimpone límites en su actuar".<sup>1</sup> Conforme a lo anterior, el derecho a la prueba, se encuadra en la observancia de otros derechos de naturaleza constitucional. Es por ello, que surge la noción de prueba ilícita, que se entiende como aquella obtenida por medios

---

<sup>1</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl; "Instituciones del nuevo procedimiento penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 134.

ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a los principios constitucionales<sup>2</sup>.

Zúñiga precisa esta definición diciendo que la prueba ilícita es todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención importe una violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa.<sup>3</sup>

## **b) Conceptos afines a la prueba ilícita.**

En la doctrina comparada, los autores han entregado una serie de conceptos afines a la prueba ilícita, pero que no son esencialmente lo mismo, por ello Picó<sup>4</sup> deslinda estos conceptos, tales serían prohibición probatoria, prueba ilegal o irregular, prueba ilegítima, prueba viciada y prueba clandestina.

### **b.1) Prohibición probatoria**

Nace de la doctrina alemana y se refiere a distintos supuestos en los que la prueba es considerada como ilícita, que afectan tanto a la toma como al uso de dicha prueba.

En el derecho procesal de hoy, casi han desaparecido las disposiciones de prohibición, sino más bien lo que existe son prescripciones o mandatos de cómo debe procederse; por lo que se dice que la expresión “prohibiciones probatorias” resultaría inadecuada.

### **b.2) Prueba ilegal o irregular**

Todo aquel elemento probatorio que en su obtención o en su práctica haya existido vulneración a los preceptos legales que no gocen del carácter de garantía constitucional. Por lo que el elemento distintivo entre una prueba ilegal o irregular, y una ilícita, será el carácter o naturaleza de la norma violada.

### **b.3) Prueba ilegítima**

---

<sup>2</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl; “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Editorial Legal Publishing, Segunda Edición, p. 922.

<sup>3</sup> ZUÑIGA, Rodrigo; “La prueba ilícita penal”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2000, p. 98.

<sup>4</sup> PICÓ I JUNOY, J.; “Las garantías constitucionales del proceso”, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 289.

La prueba será ilegítima cuando la norma violada tenga carácter procesal, quedando fuera, por tanto, todas aquellas que gocen de carácter sustancial<sup>5</sup>. Por lo que aquí, también encontraremos la distinción en la naturaleza de la norma violada, pero no se trata, esta vez, del status de norma constitucional o legal, si no que de una norma de carácter adjetiva.

b.4) Prueba viciada.

Es prueba viciada toda aquella en que concurren una serie de circunstancias que afecten a la veracidad de su contenido, pero sin tener consideración para nada la forma como se ha obtenido.<sup>6</sup> A diferencia de los conceptos anteriores, éste no señala distinción entre el status de la prueba incorporada, sino que atiende a la veracidad de la misma.

b.5) Prueba clandestina.

Será considerada prueba clandestina toda aquella realizada de un modo oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas.

**c) La prueba ilícita en el derecho chileno.**

El inciso tercero del artículo 276 de Código Procesal Penal dispone que “... Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

En la formulación del artículo precedente, encontramos dos hipótesis que se construyen a partir de la exclusión de la prueba ilícita. La primera, de carácter formal, dice relación con la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas; y la segunda, de carácter material, menciona a aquellos casos en que la prueba es conseguida mediante la violación de alguna de las garantías fundamentales.

El sistema procesal penal chileno, como dice el profesor Francisco Castillo, junto con buscar la condena del delincuente considerado culpable, al mismo tiempo, y en idéntico nivel de importancia, vela por la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de

---

<sup>5</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl; *ob. citada*, p. 924.

<sup>6</sup> MONTON REDONDO, A., citado por PICÓ I JUNOY; *ob. citada*, p. 309



toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión.<sup>7</sup> El Estado reconoce – en el ejercicio del *ius puniendi* - como límite, el respeto a las garantías procesales penales, sean éstas de carácter formal o material, por lo que la averiguación de la verdad no será el valor absoluto en el procedimiento penal.

No toda prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida, pues debemos considerar el mínimo de eficacia que se exige en la persecución penal para que esta tampoco derive en vulneración de garantías por dilación indebida del juicio.<sup>8</sup> En nuestro sistema, se exige algo más que la mera inobservancia o desobediencia de legalidad ordinaria en la obtención de la prueba, se exige – para ser excluida - la real y manifiesta violación de las garantías fundamentales del imputado.

Para ejemplificar lo anterior, Hernández Basualto narra lo siguiente: “Mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley (infracción del artículo 205 inciso tercero del Código Procesal Penal), difícilmente podrá admitirse el mismo efecto excluyente cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero que se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente (infracción del artículo 216 del Código Procesal Penal)”.

#### **d) La regla de la exclusión, o, *exclusionary rule***

En el derecho estadounidense se habla de la *exclusionary rule* o, lo que traducido al castellano, quiere decir *regla de la exclusión*, la cual consiste en un principio que señala que aquellas pruebas recogidas u obtenidas a través de actuaciones contrarias y que violan lo establecido por la Constitución de los Estados Unidos son inadmisibles ante un tribunal en un proceso o juicio penal.

Esta regla fue diseñada a fin de remediar y proceder a un desincentivo dentro de los procesos penales que se llevan a cabo en dicho país a aquellos que persiguen la responsabilidad penal de un individuo – sea un fiscal o sea un policía- de obtener pruebas de forma ilegal.

---

<sup>7</sup> CASTILLO VERA, Francisco; “Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso”, Publicado en Microjuris, Boletín N° MJD199, Doctrina, 26-03-2008, p. 8.

<sup>8</sup> GONZALEZ GARCIA, Jesús María; “El proceso penal español y la prueba ilícita”, en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 18, N° 2, 2005, p. 195.

Esta regla es una regla jurisprudencial en virtud de la cual los medios probatorios obtenidos por fuerzas de orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren derechos constitucionales, en especial los contenidos en las Cuarta y Quinta Enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, las cuales proveen a los ciudadanos de protección antes las pesquisas y aprehensiones poco razonables y de la auto incriminación.<sup>9</sup> Estos medios probatorios no podrán aportarse ni menos ser valorados por un juez en un proceso penal, sea este de orden federal o estatal, a los efectos de la determinación o prueba de la culpabilidad o inocencia del imputado cuyos derechos fueron vulnerados. Hay un fuerte e importante fundamento ético para sostener esta regla. Debemos tener claro que en el proceso penal si hay algo que puede verse muy afectado por el actuar de un órgano persecutor de la responsabilidad penal son los derechos fundamentales de las personas. Sobre todo los derechos de los imputados. No queremos decir con ello que el Estado no pueda perseguir la responsabilidad penal de un ciudadano, sino que podrá hacerlo pero no bajo cualquier circunstancia. Esto equivale a decir que no se pretende que el Estado no pueda cumplir sus fines de justicia y seguridad, sino simplemente que esos objetivos no justifican el empleo de cualquier medio.

Este fundamento ético dice relación con la “justicia” entendida como un valor, la cual se ve seriamente resentida si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas – como un policía o un fiscal, por ejemplo – son los primeros en violarlas, quienes tienen como misión aplicar la ley – los jueces – basan su juicio de reproche penal en un medio probatorio que tiene su origen en un acto contrario a Derecho.

La averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal debe realizarse dentro de los cánones legales, existiendo un respeto a la Constitución y a los derechos y garantías que esta consagra a favor de un imputado, debiendo haber una abstención de pruebas obtenidas fuera de ese canon de legalidad y que afecten los derechos de una persona. Y no sólo porque subyace un imperativo moral a la hora de reprimir el delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa

---

<sup>9</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; “La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, en Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010, p. 134.

calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de Derecho.

En nuestro país también ha sido recogida esta regla. Es así que el artículo 276 del Código Procesal Penal señala:

*Artículo 276.-“Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

*Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.*

*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*

*Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.*

Se contemplan, vemos, una serie de hipótesis según las cuales serán excluidas determinadas pruebas en el proceso penal. Es posible distinguir las siguientes situaciones:

- a. Pruebas manifiestamente impertinentes o que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos o notorios.
- b. Prueba testimonial y documental que el juez de garantía estime que produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral.
- c. Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.
- d. Y pruebas excluidas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.

Son estas últimas las que guardan interés con nuestro trabajo, es decir, las pruebas excluidas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.

El Ministerio Público se encuentra limitado en la etapa de investigación en la recopilación de pruebas, dado que toda actuación del procedimiento que importe una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales debe ser realizada previa autorización del juez de garantía, según lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal, y que su infracción conduce a la declaración de nulidad del acto realizado sin dicha autorización conforme a lo previsto en el artículo 160, del mismo cuerpo legal.<sup>10</sup>

No obstante lo dispuesto, se contemplan ciertas situaciones específicas de ineficacia de medios probatorios por violar derechos fundamentales. Demostración de ello es lo dispuesto por los artículos 195 y 225 del Código Procesal Penal.

Lo dicho anteriormente no hace otra cosa sino que reafirmar algo que ya habíamos señalado con anterioridad, y es que el derecho a prueba no es algo absoluto, sino que por el contrario, se ve limitado.

En nuestro país, a diferencia de lo que ha ocurrido en Estados Unidos o en Alemania, ordenamientos jurídicos donde la exclusión de prueba es fundamentalmente una creación realizada por los aportes de la jurisprudencia, ha sido la ley quien ha establecido imperativamente este principio que hasta la dictación del Código Procesal Penal era extraño a nuestra *praxis* judicial. El Código Procesal Penal no se ha limitado a establecer disposiciones particulares, sino que ha consagrado una norma general que sorprende por la amplitud de sus términos.<sup>11</sup>

Es preciso señalar que la *exclusionary rule* hoy en día en los Estados Unidos y fundamentalmente a consecuencia de los hechos del 11 de septiembre de 2001 ha visto mermada su aplicación, pues con la dictación de la denominada “Ley Patriota”, ley que fue introducida con el objeto de combatir el terrorismo, dotando de fuertes poderes de vigilancia a

---

<sup>10</sup> LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar; “Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales”, Tesis para optar a al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, año 2008, p. 42.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor; “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, año 2004, p. 12.

las distintas agencias federales de los Estados Unidos, lo que ha llevado en la práctica a que se realicen registros sin las debidas autorizaciones, prácticas que al ampararse en dicha normativa finalmente resultaran conforme a derecho.

### 1. Límites y excepciones de la *exclusionary rule*

La práctica judicial de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha contemplado una serie de limitaciones y excepciones a la *exclusionary rule*. Estas excepciones son:

- a. La limitación de la buena fe de la actuación policial.
- b. La exclusión solo para el juicio oral.
- c. La impugnación de la credibilidad del acusado.
- d. La legitimación para reclamar la exclusión de prueba.
- e. Y las actuaciones exclusivamente privadas.

La limitación de ***la buena fe de la actuación policial*** tiene su origen en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Así, se aplicó en el caso *León vs. United States* (468 US 897, 1984), en un supuesto en que la policía efectuó un allanamiento o registro domiciliario basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un tribunal superior concluyó que se había violado la Cuarta Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello, la Suprema Corte permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito. La regla de exclusión carece en estos casos de eficacia disuasoria. También se ha aplicado dicha excepción en un supuesto en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional (caso *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31, 1979).

Como puede observarse, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el

proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.<sup>12</sup>

En lo que se refiere a la segunda de las excepciones - ***exclusión solo para el juicio oral*** – la Suprema Corte de los Estados Unidos ha entendido que el efecto fundamental de la regla, es decir, el *deterrence effect*, queda suficientemente bien servido con la correspondiente aplicación que se le haga en el acto mismo del juicio. Así es que no se aplicaría con la actuación que se hiciera ante el *Gran Jurado*, la que tiene la peculiaridad de ser una audiencia preparatoria con carácter de ante juicio.<sup>13</sup>

En tercer lugar tenemos la ***impugnación de la credibilidad del acusado***. Así es que la prueba que hubiere sido obtenida con infracción de garantías constitucionales no solo es que no podrá ser ocupada como medio de pruebas para las imputaciones o acusaciones que se le hicieren a una persona, sino que tampoco podrán ser aprovechadas a fin de impugnar la credibilidad de determinados medios probatorios. En referencia a lo sostenido dice Hernández Basualto que “*Así se había sugerido nítidamente en Agnello v. United States (269 U.S. 20 [1925]). Sin embargo, en Walder v. United States (347 U.S.62 [1954]), se resolvió que la regla no es obstáculo para usar la prueba excluida como medio de impugnación de la credibilidad de las declaraciones del acusado en su examen directo, arguyendo para ello que la finalidad de la regla no puede ser que se permita mentir libremente a un acusado que tiene derecho a no declarar en juicio y que si lo hace es por propia voluntad. Con todo, la excepción no se refiere a la simple negación de cargos por parte del acusado que contradice la evidencia excluida, sino que específicamente a todo lo "adicionalmente" declarado por aquél.*”<sup>14</sup>.

Cabe señalar que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha ampliado el alcance de esta excepción a la impugnación de la credibilidad de lo declarado en el conainterrogatorio del acusado por parte de un fiscal, aunque esto siempre será respecto de “preguntas legítimas” que estén relacionadas con lo declarado por el mismo acusado en el interrogatorio directo.

En cuarto lugar, en lo que se refiere a la ***legitimación para reclamar la exclusión de prueba***, la Suprema Corte ha entendido que no basta solo con resultar favorecido por la exclusión de prueba obtenida con violación de la Cuarta Enmienda para reclamar tal exclusión,

---

<sup>12</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada.*, p. 140.

<sup>13</sup> HERNANDEZ BASUALTO, Héctor; *ob. citada.*, p. 15.

<sup>14</sup> HERNANDEZ BASUALTO, Héctor; *ob. citada.*, p. 16.

sino que además se debe haber sido directamente víctima de la infracción constitucional. Se ha entendido que aquellos derechos emanados de la Cuarta Enmienda son derechos personales los cuales no pueden ser invocados por tercero, y que la legitimación para reclamarlos recae solo en quienes hubieren sido víctimas directas de la infracción. Así se ha sostenido en *Rakas vs. Illinois* (439 US 128, 1978).

Finalmente, tenemos a las **actuaciones exclusivamente privadas**. Al respecto Hernández Basualto<sup>15</sup> ha señalado que “Nítidamente anclada en la deterrence como propósito fundamental de la regla de exclusión se encuentra la inequívoca aplicación de ésta exclusivamente frente a actuaciones de agentes estatales (al menos desde *Burdeau v. McDowell*, 256 US 465, 1921), sin incidencia en el ámbito estrictamente privado. Si bien el punto no es del todo pacífico, en cuanto también se ha invocado que los tribunales no deben mezclarse con o, más aún, no deben amparar atentados privados contra la Constitución, puede decirse que es un aspecto consolidado del modelo de justicia criminal norteamericano, al punto que algunos ni siquiera lo ven como una verdadera excepción, sencillamente porque la Cuarta Enmienda sólo limitaría la acción estatal y no la de los particulares”. Según el mismo autor esta excepción terminaría cuando la conducta privada se conecta con una actuación estatal, concretamente cuando aquella se produce a instancias o en cooperación con agentes estatales, siendo decisivo en el último supuesto si la actuación estatal añade algo a la conducta privada en términos de descubrimiento.<sup>16</sup>

## **2. Tratamiento de la regla de la exclusión en el modelo europeo-continental**

Los distintos sistemas judiciales europeos-continentales reconocen en la regla de la exclusión un justificativo no sólo de origen ético sino también constitucional.<sup>17</sup> Bajo esta perspectiva, el propio reconocimiento del Estado de Derecho - siguiendo la concepción dada por Ferrajoli – como un Estado garantista sería el fundamento mismo de la regla de la exclusión.

---

<sup>15</sup> HERNANDEZ BASUALTO, Héctor; *ob. citada*, p. 20.

<sup>16</sup> HERNANDEZ BASUALTO, Héctor; *ob. citada*, p. 20.

<sup>17</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 135.

En Italia, Alemania y España se han hecho importantes reconocimientos a esta regla. Por ejemplo, encontramos el caso español, en donde esta regla se encuentra plasmada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicho país (LOPJ), artículo que recoge esta eficacia reflejando que “*no surtirán efectos la pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales*”. Al respecto el hecho que la norma hable de *indirectamente*, implicaría ello un reconocimiento de la eficacia reflejada en el derecho español.

Demostrativo de este reconocimiento son también las conclusiones alcanzadas tanto por el Tribunal Constitucional italiano como por el Tribunal Supremo Federal alemán. El primero se situó en el contexto justificativo antes señalado, pues declaró que aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos constitucionales constituían una *prova incostituzionali*<sup>18</sup> (prueba inconstitucional).

Por su parte, el Tribunal Supremo Federal alemán llega también a sus propias conclusiones al respecto, elaborando la *teoría del entorno jurídico*.<sup>19</sup> Así, cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o carece de importancia alguna para el mismo recurrente.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la *teoría de los tres círculos o esferas*<sup>20</sup>. Esto lo hizo en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de derechos de la personalidad en relación con la dignidad humana. En virtud de esta doctrina es que se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la privacidad personal, la cual queda inmune a cualquier intromisión del poder coercitivo estatal. En la segunda esfera de protección la posible admisibilidad de intervenciones estatales dependerá de una ponderación, la cual deberá observar aquellas exigencias derivadas del principio de proporcionalidad entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi* estatal, son aquellos intereses de una administración de justicia penal funcional<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Sentencia Tribunal Constitucional italiano 34/1973 y 81/1993.

<sup>19</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 135.

<sup>20</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 135.

<sup>21</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 136.



Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este punto, toma particular importancia el de la gravedad del delito objeto de que fuere objeto de investigación penal. En la última esfera de las intervenciones estatales que plantea esta teoría se admitirían de forma ilimitada al no haber afectación alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta delimitación en esferas o círculos según exponen Roxin y Jäger<sup>22</sup>, no está exenta de problemáticas en su aplicación en la práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado.

El Tribunal Constitucional español en la sentencia 114/1984, la cual fue dictada con anterioridad a la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (de 1985), configuró la regla de la exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (en relación con el artículo 24.2 de la Constitución española). Según la sentencia en cuestión, la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos y garantías fundamentales deriva de forma directa de la misma Constitución, por la colisión que se genera con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes. Vemos que su fundamento se ve entroncado con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables.<sup>23</sup>

No obstante lo anteriormente planteado, el Tribunal Constitucional español se ha ido desmarcando de esta posición argumentativa en los últimos años. Pese a este desmarque aún no se ha llegado a una *desconstitucionalización* plena de la regla de la exclusión, se han ido introduciendo referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana.

Hoy entre los factores que el Tribunal Constitucional español tiene para aplicar o no una determinada prohibición de valoración probatoria se mencionan la existencia de intencionalidad o negligencia grave de dicha vulneración. Ejemplo de esta nueva forma de ver la regla es la sentencia 81/1998, que estableció una doctrina conocida como *de la conexión de la antijuricidad*, esto al concluir que ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia

---

<sup>22</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 136

<sup>23</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 136.

grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Vemos bien que esta forma de pensar la regla nos lleva a la jurisprudencia norteamericana al atender al efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, estos por encima de su rol como garante del goce de los derechos y garantías fundamentales. Así, el *deterrent effect* adquiere en la actualidad un papel importantísimo en la fundamentación de la regla de la exclusión por parte del Tribunal Constitucional español.<sup>24</sup>

Es menester señalar que el Tribunal Constitucional español ha venido admitiendo excepciones que no solo alcanzan el efecto reflejo de la prueba ilícita sino la misma aplicación de la regla de la exclusión. Vemos que en la sentencia 49/1999 de dicho tribunal tras ser reproducidos los mismos argumentos que en la antes señalada sentencia 114/1984 acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, se introdujo la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que en *ocasiones* obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos. Dice Miranda Estrampes<sup>25</sup> que una lectura atenta de lo planteado por el Tribunal Constitucional español, en específico al utilizar este en su argumentación el término *ocasiones*, permite darnos cuenta que para dicho tribunal no siempre que exista una prueba con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de su admisibilidad y de valoración. En otros términos, la regla de la exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto.

Pues bien, vamos viendo que el Tribunal Constitucional español se ha ido desmarcando de su original línea argumentativa para poco a poco ir asumiendo de forma paulatina la posición argumentativa sostenida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en lo que se refiere con la finalidad disuasoria de la regla de exclusión con las inevitables consecuencias que se derivan de este nuevo planteamiento, como son la limitación no solo de la eficacia refleja de la prueba ilícita sino de su propia eficacia directa cuando la misma puede ser considerada de remedio excesivo. En simples términos, la regla de la exclusión pasa a convertirse en un simple remedio judicial que puede dejarse de aplicar cuando

---

<sup>24</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 136.

<sup>25</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *ob. citada*, p. 137.

la necesidad de tutela de los derechos y garantías fundamentales sustantivos dentro de un proceso penal no lo exijan.

## II. La teoría de los frutos del árbol envenenado, o, *fruit of the poisonous tree doctrine*

La *teoría de los frutos del árbol envenenado* es producto de una metáfora legal, y es en Estados Unidos donde esta ha tenido su origen. Según esta, la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, no obstante se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas<sup>26</sup>. O en otros términos, si la fuente de la prueba, es decir “el árbol” se corrompe, entonces lo que derive de el – su “fruto”- también se verá corrompido. De ahí el nombre que se le ha dado.

Esta teoría es enunciada por primera vez en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (251 US 385, 1920),<sup>27</sup> en donde agentes federales estadounidenses obtuvieron pruebas de forma ilegal, habiendo tomado fotografías a dicha evidencia antes de ser devuelta la ya referida evidencia. El contenido de esta sentencia versó sobre el intento del gobierno de utilizar información que obtuvo de registros originales de contabilidad producto de una intromisión ilegal al domicilio de la compañía Silverthorne Lumber, por carecer de orden de registro, en la que tomaron los registros físicos y los libros de contabilidad que a la postre devolvieron al decretarse como ilegal dicho acto, esto no sin antes realizar copias de dicha información que posteriormente utilizó para solicitar la respectiva orden de aprehensión contra los propietarios, resolviendo la Corte que se revocaba la orden que se había emitido por haberse fundado en información conseguida en un acto ilegal contrario a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el curso de dicho proceso, el ente acusador argumentó que si bien el allanamiento y la incautación fueron inconstitucionales, pues se efectuaron sin una orden judicial previa y sin la existencia de una causa probable, las pruebas aportadas al proceso no eran ilícitas en tanto que se presentaron fotografías y copias y no los documentos originales.

---

<sup>26</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Instituciones del derecho procesal penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001, p. 284.

<sup>27</sup> PITLER, Robert. M., “The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized”, en *California Law Review*, Vol. 56, año 1968, p. 589

Pese a la contundencia de dicho argumento, la Corte Federal consideró que admitir este tipo de evidencias derivadas, sería permitir a los policiales tener un mecanismo para violar la Cuarta Enmienda sin sanción alguna. Así, la Corte considerando que el rechazo en el proceso penal de las “pruebas derivadas” tendría un efecto disuasorio que evitaría que los organismos policiales federales actuasen fuera de la ley en futuras ocasiones, la Corte declaró la inadmisión de copias, fotos y reproducciones de evidencias ilícitas.

En la jurisprudencia norteamericana es posible encontrar variados casos en lo relativo a esta regla y que van mostrando la continua evolución que van teniendo los distintos criterios jurisprudenciales de las cortes de justicia norteamericanas. Uno de dichos casos es el de *Wong Sun vs. United States* (371 US 471, 1963). Este caso representa en opinión de Robert M. Pitler<sup>28</sup> la decisión más comprensiva que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos concerniente a la teoría en estudio. En ese caso, “A”, poco después de ser arrestado ilegalmente, informó a los agentes federales que “B” poseía narcóticos. Al ser confrontado por los agentes, “B” entregó un poco de heroína. Por otra parte, “B”, cuando fue arrestado, hizo declaraciones que implican a “C” en el tráfico de narcóticos. Varios días después de haber sido legalmente procesado y puesto en libertad bajo su propia responsabilidad, “C” regresó voluntariamente para hacer su declaración. Los agentes federales admitieron en el juicio que nunca habrían encontrado las drogas sin la ayuda de “A”. El Tribunal sostuvo que los estupefacientes encontrados fueron el "fruto del árbol venenoso" ilegal del arresto a “A”, y establecen una prueba de dos partes para determinar si un descubrimiento posterior de la evidencia está contaminada con la ilegalidad primaria.

En la actualidad este criterio ha variado. Desde la creación misma de la regla de exclusión, a ésta se le han establecido un sin número de excepciones que permiten la admisibilidad de material probatorio recaudado ilícitamente. Sin lugar a dudas, la decisión más polémica que en este sentido se ha proferido, es el caso *Hudson vs. Michigan* (547 US 586, 2006), en el cual se admitieron y valoraron las pruebas en contra del imputado pese a la violación de la *knock and announce rule*, regla incorporada jurisprudencialmente a la Cuarta Enmienda de la Constitución, la cual prescribe que para que una diligencia de registro e incautación sea válida, los agentes policiales se obligan a anunciar su presencia y esperar 25 segundos antes de ingresar

---

<sup>28</sup> PITLER, Robert. M, *ob. citada*, p. 593

a un inmueble, con el fin de ofrecer a los residentes la oportunidad de abrir la puerta y así poder colaborar con las autoridades.

El controvertido caso se resolvió en el 2006, cuando ante la sospecha que Mr. Hudson utilizaba su vivienda para guardar cocaína y armas de fuego, la Policía de Michigan obtuvo una orden de registro para allanar su residencia. Al llegar allí, los agentes se anunciaron pero como la puerta se encontraba abierta, no esperaron el tiempo requerido sino que tan solo esperaron cuatro segundos y procedieron a ejecutar el allanamiento. Durante el juicio, la defensa de Mr. Hudson alegó que los actos cometidos al registrar su inmueble eran violatorios de sus derechos constitucionales consagrados en la Cuarta Enmienda, específicamente la regla del *knock and announce*. Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que la infracción de esta regla por parte de la policía no generaba inadmisibilidad de la evidencia obtenida durante el registro.

### **1. El efecto reflejo en la doctrina**

Sectores de la doctrina se inclinan por declarar inadmisibile la prueba derivada. Sin embargo, dentro de éstos, se hace una importante distinción entre qué debe entenderse por prueba derivada, así para algunos la prueba derivada debe entenderse dentro de un concepto amplio en donde se incluyan todas las pruebas que son consecuencia directa o indirectamente de la prueba ilícita. Para otros, dentro del concepto de prueba derivada deben estar solamente aquellas pruebas que son consecuencia directa de la prueba ilícita. Para éstos últimos, la prueba indirecta y toda aquella que igualmente hubiere podido ser obtenida mediante otras actividades, deben ser admitidas en el proceso.

Autores como Cordero<sup>29</sup> se oponen totalmente a aceptar que la inadmisibilidad de una prueba se extienda a las sucesivas que traen causa de la primera, esto salvo en lo que se denomina *in bonam partem*, ya que para el autor la declaración de inocencia de un imputado es demasiado importante para ser sacrificada en lo que él denomina *los ídolos del procedimiento*.

Otro autor, De Marino<sup>30</sup>, considera como elemental hallar una solución que, respetando los valores garantizados por las prohibiciones de prueba, no limite de forma

---

<sup>29</sup> CORDERO, citado por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *ob. citada*, p. 285.

<sup>30</sup> DE MARINO, R., citado por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *ob. citada*, p. 285.

excesiva el derecho a la prueba. Así es que el autor entiende que la solución se puede encontrar distinguiendo el fundamento de las normas que fueren violadas. Si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la eficacia a la misma, serán válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso serán ineficaces. Podría reducirse incluso la ineficiencia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no hubieran podido obtenerse por un procedimiento que fuere lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presumiera o no la obtenibilidad legítima, dice el autor.

López Barja de Quiroga<sup>31</sup> considera que el problema se encuentra en primer lugar en determinar aquel carácter de “consecuencia” del segundo acto o de la prueba que fue lícitamente obtenida, en relación con el primer acto. Así entre uno y otro acto es necesario que exista una relación de causa-efecto, o bien, que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda señalarse de forma clara que ese segundo acto es consecuencia del primero. Serán indiferentes los actos intermedios, ya que lo único que importa establecer – como un primer paso – es el carácter de consecuencia que une a ambos actos.

Sin embargo una parte de la doctrina estima que debe ser admitida en el proceso y por ende, ser objeto de apreciación por un juez, aquella prueba lícita en sí pero derivada de una prueba obtenida por medios ilícitos. Fundamentan estos autores que la reconstrucción de la realidad debiese ser el principio inspirador del proceso, y resulta contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso.<sup>32</sup> Argumentan para sustentarla en base a seis criterios, a saber: la autonomía del derecho procesal, la finalidad del proceso, el carácter metajurídico de la prueba, el objetivo del juicio de la actividad probatoria, la disponibilidad del medio probatorio, y el principio de *non nis in idem*,

En lo que se refiere a la autonomía del derecho procesal, se quiere hacer una separación marcada entre las normas procesales respecto de las normas materiales. Llegando a la conclusión lógica que la incorporación de la prueba al proceso es independiente de que su

---

<sup>31</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *ob. citada*, p. 286.

<sup>32</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl; *ob. citada*, p. 926.

forma de obtención haya sido legal o ilegal en el campo material, siendo solo posible inadmitirla cuando ésta infrinja el campo procesal. Por lo que, siendo incorporadas al proceso en forma legal, las pruebas deben ser admitidas.<sup>33</sup>

Con respecto a la finalidad del proceso, la sola circunstancia de que una prueba haya sido obtenida por medios ilícitos, no sería argumento suficiente para prescindir de dichos datos probatorios; su eliminación supondría la imposibilidad de que el proceso cumpliera con su fin último, cual es la justicia. En este criterio, se pone en tensión la valorización entre el interés de esclarecer los hechos, y el interés por la protección de los derechos fundamentales. No es, sin embargo, que unos sean más importantes que otros, sino que, para esta corriente, sería menester proteger a cada uno de estos intereses por distintas esferas, y, así, permitir la prueba ilícitamente obtenida en juicio con el fin del esclarecimiento de la verdad, y por su lado, sancionar a quienes, en la obtención de dichas pruebas, han menoscabado derechos fundamentales.<sup>34</sup>

En tercer lugar, en lo que respecta al carácter metajurídico de la prueba, la función de la prueba es simplemente la reconstrucción o el descubrimiento de determinados hechos, para trasladarlos a la presencia judicial, dejando sin sentido que sus resultados sean medidos en términos de moralidad, sino que deben medirse en cuando a su verosimilitud.<sup>35</sup>

Y, en lo que se refiere al aforismo jurídico *male captum bene retentum*, el cual, quiere decir, que el problema de la prueba debe centrarse simplemente en la disponibilidad física del elemento probatorio y no en el origen o modo de adquisición.

Por su parte, Pastor Borgoñón<sup>36</sup> considera que no está nada claro que se deriven también efectos respecto a actos que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros; no admitir un medio de prueba al proceso porque el acto de recogida de la fuente es nulo es una cosa, pero no admitirlo por el hecho de que, siendo totalmente válida la conducta de recogida de la fuente probatoria, la información que pudo haberla motivado se haya

---

<sup>33</sup> KIRIGIN DIAZ, Tamara; “La prueba ilícita en el procedimiento laboral”, Tesis para optar a al grado de Licenciado en Ciencias. Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2010, p. 31

<sup>34</sup> KIRIGIN DIAZ, Tamara; *ob. citada*, p. 30.

<sup>35</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl: *ob. citada*, p. 928.

<sup>36</sup> PASTOR BORGONÓN, B., citado por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *ob. citada*, p. 286.

obtenido como consecuencia de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental es otra cosa distinta. Así, los procesos mentales o fuentes de información del investigador no pueden ser rastreados indefinidamente hacia atrás hasta lograr la comprobación de su pureza, o mejor dicho, el efecto anulatorio derivado del carácter inviolable de los derechos y garantías fundamentales no puede mantenerse indefinidamente, sin que importen los actos interpuestos.

La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse de siguiente manera: la exclusión no solo alcanza a la prueba originaria practicada de forma ilícita, sino que también a todas aquellas pruebas derivadas que aunque han sido obtenidas de forma claramente lícita y sin vulnerar derecho o garantía alguna, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de una actuación ilícita original. Esto fue planteado así en el caso *Brown vs. Illinois* del año 1975.

## **2. Las excepciones al efecto reflejo**

Frente a la formulación inicial que se hizo de la regla de la exclusión, la jurisprudencia norteamericana a poco andar comenzó a admitir algunas excepciones a esta eficacia refleja. Lo cual - incluso - ha hecho que estas mismas excepciones se hayan ido poco a poco reconociendo en otros ordenamientos jurídicos que habían recogido en ellos la regla de la exclusión. Algo así como una suerte de *norteamericanización* de la regla de la exclusión.

Estas excepciones son fundamentalmente tres, a saber: *la excepción de fuente independiente* o *independent source doctrine*; *la excepción del descubrimiento inevitable*, y *la excepción del nexa causal atenuado*.

### ***2.1 Excepción de la fuente independiente.***

Este primer caso no se trata propiamente de una excepción como tal, sino que su reconocimiento como excepción acaece producto de la propia delimitación del alcance de la regla de la exclusión. Es algo obvio, si la prueba obtenida no mantiene conexión alguna con la prueba inicial que fue obtenida de forma ilícita no se cumple el presupuesto esencial y determinante del reconocimiento de la eficacia refleja. O, en otras palabras, esta excepción requiere que al momento de producirse el acto que genera la ilicitud existan otros medios probatorios lícitos que hubiesen permitido llegar al mismo resultado. Se produce – vemos –



una verdadera desconexión entre aquella prueba inicial obtenida de manera ilícita con la prueba derivada. Se trata, en definitiva, de que la prueba ilícita no puede afectar a la restante prueba obrante, cuando existe entre esta y aquella una desconexión causal, ya que esta última proviene de una fuente independiente; es decir, no proviene de un árbol envenenado sino de uno perfectamente sano.<sup>37</sup>

Por ejemplo, tras una declaración realizada bajo tortura el inculpado del delito confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debiere ser excluida gracias a lo inválido de su declaración, ello al verse visto notoriamente afectados producto de la tortura derechos fundamentales. Sin embargo, de forma paralela un testigo declara saber dónde está escondida el arma con la que se consumó el homicidio, información que va a permitir encontrarla. Aquí vemos que existe una desconexión causal, ya que aun suprimiendo hipotéticamente el acto considerado viciado (confesión bajo tortura del sospechoso) se puede igualmente arribar a sus consecuencias (secuestro del arma) por vías legales independientes, como lo es la declaración del testigo.

Esta excepción resulta evidente cuando la fuente independiente existía ya antes de la medida investigativa ilícita y le era conocida a las autoridades que conducen la investigación.<sup>38</sup> En este caso, no opera como tal, sino que representa la faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para poder proceder a su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y aquella considerada derivada.<sup>39</sup> Esta prueba derivada es obtenida lícitamente y de modo directo, esto es sin afectación de derechos fundamentales. De lo que se trataría aquí es de una confluencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas y por tal razón aprovechable.

Ahora, el problema en este punto se va a generar cuando se tiende a calificar a una prueba como independiente a aquella que realmente no tiene dicho carácter pues aparecer vinculada con una actividad probatoria originaria considerada como ilícita. En estos casos es que actúa como una verdadera excepción producto de la ampliación de su margen de acción.

---

<sup>37</sup> AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 8.

<sup>38</sup> AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 18.

<sup>39</sup> MIRANDA ESTRAMPES; *ob. citada*, p. 143

Dicha excepción se aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. United States* (468 US 796, 1984), en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido.

Hoy esta doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de la exclusión, mediante una ampliación totalmente desmesurada del concepto de *prueba independiente*. La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino que también de aquellos supuestos en que aun habiéndose constatado una relación causal entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente.

## ***2.2 Excepción del descubrimiento inevitable.***

Este segundo caso en su formulación original hecha en Estados Unidos como *inevitable discovery* o *hypothetical independent source doctrine*, no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiere sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa de los derechos y garantías fundamentales, independiente de la inicial ilicitud en que se incurrió.

La cuestión de las exigencias a la relación causal entre la violación y el medio de prueba obtenido de forma derivada gana en complejidad cuando los factores a ser considerados no son de naturaleza histórica, sino que han de ser determinados hipotéticamente en el marco de una prognosis eventualmente tomada en consideración de hechos históricos y de los valores empíricos relativos a ellos. Este es el caso de esta segunda excepción, que en la práctica extiende la excepción de la fuente independiente también a medios de prueba que en realidad aún no se pueden reconducir causalmente a una fuente independiente de una violación originaria pero en los que, sin embargo, en el sentido de la consideración de un curso de

investigación hipotético, se puede partir de la base de que igualmente se habrían encontrado o bien obtenido de conformidad al derecho.<sup>40</sup>

Esta excepción se apreció como una modalidad de la primera excepción que señalamos. Ello ocurrió en el caso *Nix vs Williams* (467 US 431, 1984) caso en el cual durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo una pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona.

Es preciso señalar que el efecto del aceleramiento de los resultados de la investigación en que se basa la excepción en cuestión parte de una hipótesis que en definitiva no se condice con los hechos realmente acontecidos. Esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación en las instancias de alzada. En todo caso, se requiere que el órgano persecutor de la responsabilidad penal acredite de forma fehaciente que la prueba obtenida como resultado de una violación de derechos fundamentales garantizados por la Constitución hubiere sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original.<sup>41</sup>

No podemos negar, desde un posicionamiento crítico, que el criterio de inevitabilidad contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los inevitables riesgos intrínsecos que ello conlleva para la presunción de inocencia. Desde la vereda de la presunción de inocencia resulta difícil si es que no imposible la admisibilidad de dicha excepción, ya que la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis. Dicha presunción sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que

---

<sup>40</sup> AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 9.

<sup>41</sup> MIRANDA ESTRAMPES; *ob. citada*, p. 145

resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del descubrimiento inevitable autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos y garantías fundamentales.

### **2.3 Excepción del nexo causal atenuado.**

Esta tercera excepción se trata más bien en realidad de una variante de la excepción de la fuente independiente.

En el caso *Nardone v. United States* (308 US 338, 1939) si bien la Suprema Corte admitió la existencia de un nexo causal entre la medida de investigación considerada ilícita y la prueba obtenida, rechazó sin embargo un efecto extensivo si por la concurrencia de otros factores ese nexo se reduce considerablemente, y de esa manera se “atenúa” tanto, que la mancha se diluye, es decir, que los medios de prueba obtenidos ya no pueden ser razonablemente vinculados con aquélla.<sup>42</sup> Otro ejemplo en que es posible encontrar esta excepción es el ya expuesto caso *Wong Sun vs. United States*.

A diferencia de la excepción de la fuente independiente, en el caso que nos atañe – nexo causal atenuado - no se trata de una obtención alternativa realizada conforme a Derecho del medio de prueba manchado en razón de una fuente independiente, sino del grado de conexión causal entre la acción ilegítima y el medio probatorio. En consecuencia, no es decisivo el *but for causality*, sino la cuestión de con qué extensión se ha atenuado la relación causal debido a la aparición de otros factores. Es decir, es determinante el rol que efectivamente ha jugado la infracción, vinculada a otros factores, para obtener el medio de prueba. O sea, en qué extensión éste puede seguir siendo visto como si hubiese sido obtenido mediante la violación. Dicho con más precisión, el enfoque de la atenuación comprenderá a la excepción de la fuente independiente en la medida en que en la obtención de la prueba el nexo causal no sólo se encuentra atenuado, sino incluso interrumpido. Por consiguiente, en sus puntos de partida, se trata en ambos casos de doctrinas causales, si bien

---

<sup>42</sup> AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 13.

la doctrina de la atenuación conduce a una normativización en el sentido de una doctrina de imputación.<sup>43</sup>

Si en sentencias tempranas, para admitir una prohibición de valoración, la Suprema Corte hubiera permitido que fuera suficiente un nexo causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non* o el *but for test*, en *Wong Sun vs. United States* ello hubiera sido rechazado, y en *Hudson vs. Michigan* se hubiera decidido que el nexo causal sería sólo una condición necesaria de una prohibición de valoración pero no una suficiente. Así, un registro policial fue ilegítimo porque los funcionarios de la policía no se anunciaron llamando a la puerta ni de otra manera (*knock-and-announce requirement*). No obstante ello, el tribunal consideró admisible la valoración. En este caso se plantea la cuestión de con qué extensión hay que considerar a la falta de aviso sine qua non, si bien no para la obtención de la prueba - pues esto habría tenido lugar también en caso de aviso - sí al menos probablemente para la presencia ilegítima en el lugar como presupuesto para el hallazgo probatorio. Se propone un parámetro normativo de la causalidad que es mayor, en el sentido de una *contributory causation*, según el cual debería ser suficiente *whether the constitutional violation facilitated the discovery of this evidence*. Si éste fuera el caso, entonces las pruebas obtenidas no serían valorables. Esto se correspondería con la jurisprudencia preponderante de la Suprema Corte, mientras que la excepción *but for causality*, postulada en *Hudson vs. Michigan*, sería una excepción. No obstante, una normativización tal del parámetro causal fue rechazada con anterioridad porque, de ese modo, demasiadas pruebas serían alcanzadas por el efecto extensivo. La verdadera finalidad de la tesis de la atenuación consiste abiertamente en una relajación del dogma del efecto extensivo. Por último, posibilita una ponderación casuística entre disciplinamiento preventivo e intereses públicos en la persecución penal.

Son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal. Así, podemos destacar: el tiempo que hubiere transcurrido entre aquella prueba ilícitamente obtenida y la prueba ilícita derivada, la gravedad de la violación de garantías fundamentales originaria, y el elemento de voluntariedad que debe de predicarse de aquellas confesiones

---

<sup>43</sup> AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 15.

practicadas con todas las garantías. Lo señalado se extrae del caso *Ceccolini vs. United States* (435 US 268, 1978).

Pues bien, vemos que esta excepción planteada no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y aquella prueba derivada, pero el mismo se presenta de forma tan débil – atenuado – que va a autorizar la utilización de dicha prueba en el proceso.

El Tribunal Constitucional español también ha aplicado esta excepción. En la sentencia 86/1995, que trata sobre un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública, a saber, tráfico de drogas, con base en intervenciones telefónicas practicadas sin una orden o mandato judicial. Aquí el Tribunal Constitucional español si bien reconoció que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes del artículo 18.3 de la Constitución española, desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la declaración de un considerado co-acusado.

No obstante lo planteado anteriormente es necesario mencionar la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 81/1998. Acá el Tribunal Constitucional ya no centra su discusión en la existencia de una conexión causal entre la prueba ilícita y aquella prueba derivada, discusión a la que se había centrado en sentencias anteriores. La visión de dicho tribunal cambia, esto debido a que se requerirá ahora de una *conexión de antijuricidad*<sup>44</sup> cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el Tribunal Constitucional español denomina, respectivamente, perspectivas internas y externas). Citando lo dicho por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 81/1998: *“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de*

---

<sup>44</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo; “La Obtención Ilícita de la Fuente en el Proceso Civil. Análisis Comparativo del Proceso Civil Español y Chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, N° 3, 2007, p. 475.

*considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.*

En síntesis, lo que el Tribunal Constitucional español aclara aquí es que las pruebas cuestionadas desde una perspectiva constitucional no resultan por sí mismas contrarias al derecho fundamental que se considera infringido (en el caso examinado por la sentencia, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas), ni por lo mismo al derecho a un proceso con todas las garantías. Será entonces el origen inconstitucional de esa prueba – o la que de ella se derive – la que determine entonces su exclusión. Sin embargo, si las pruebas de que se trata no guardan relación con el hecho que se dice constitutivo de esa infracción del derecho fundamental o, en palabras del propio Tribunal Constitucional español, “*si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo*”, nada podría objetarse en cuanto a su validez en el proceso.<sup>45</sup>

El Tribunal Constitucional español concluye que las pruebas reflejas a que nos referimos son intrínsecamente legítimas en su lectura constitucional. Por lo mismo, para concluir lo contrario, es decir, que la exclusión probatoria se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, a saber, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas.<sup>46</sup> Es decir, una conexión de antijuricidad.

Así es que según el fallo en comento del mencionado tribunal se deberá tener en cuenta dos cuestiones para la exclusión o no de las pruebas derivadas de otras que hubieren sido constitucionalmente obtenidas. En primer lugar, se deberá apreciar en primer término, respecto del derecho fundamental de que se trate, en qué sentido o aspecto ha sido vulnerado ese derecho (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) y de qué forma lo ha sido,

---

<sup>45</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo; *ob. citada*, p. 476.

<sup>46</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo; *ob. citada*, p. 476.

para a partir de esto comprobar si la violación del derecho fundamental por el que se ha obtenido la fuente de prueba fue indispensable o determinante para la obtención de la prueba derivada de esa prueba constitucionalmente ilícita. Y, en segundo lugar, sopesar si el derecho fundamental en cuestión es de fácil vulneración o no. En caso de serlo los resultados probatorios derivados de su infracción no se deberían excluir y por tanto producir efectos en el proceso.

En nuestra jurisprudencia<sup>47</sup> se ha reiterado el razonamiento de la tesis sustentada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 81/1998 antes comentada, en el sentido de incorporar como requisito del examen de exclusión la necesaria relación de antijuridicidad que dicha sentencia se refería, y no simplemente la relación de causalidad a que apuntaba su anterior doctrina.

### 3. El efecto extensivo en el derecho alemán

El efecto extensivo consiste en que una prohibición de valoración con relación a un medio de prueba inmediato; se trata de su alcance (tener efectos extensivos) en vista de la prueba mediata como objeto de una eventual prohibición de valoración. En el derecho alemán, la teoría del efecto extensivo depende de cuál sea la finalidad perseguida por medio de las prohibiciones de valoración o de qué valor se le otorgue a las respectivas finalidades. De allí, nacen dos puntos de vista doctrinarios, el primero, y que podríamos denominarlo de “tradicional”, propone un rechazo al principio del efecto extensivo, argumentando en razón a la eficiencia del proceso penal y a la búsqueda de la verdad. Por su parte, otro lado de la

---

<sup>47</sup> Sentencia Corte Suprema, de 11 de junio de 2007, Rol N° 1.836-2007: “SEXTO. *Que el recurso en esta parte mira más allá aún. Partiendo de la base de la ilicitud de la prueba inicial, siguiendo la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” acuñada por los fallos de los tribunales Norteamericanos, pretende que se le dé el mismo trato a la prueba obtenida posteriormente por la policía investigadora del delito que hasta ahora se ha hecho caudal. Sin embargo, estos sentenciadores no concuerdan en ello. En efecto, como ya se ha dejado establecido, el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente judicializado, cuando se encontrada controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando además premunidos de las órdenes e instrumentos legales correspondientes. En tal caso no se divisa la derivación directa de este actuar con la anterior, por ende, no puede ser esta una razón más para considerar conculcadas garantías constitucionales y legales del imputado”.*



doctrina aboga por la aceptación del principio del efecto extensivo en consideración a la formalidad del proceso y del disciplinamiento de las autoridades de persecución penal.

No obstante lo anterior no parece adecuada una valoración rígida de todo o nada respecto de un caso en concreto, sino que propone una ponderación casuística, de manera que el efecto extensivo dependa de la situación de hecho y de la clase de infracción con relación a la clase de prueba producida, la gravedad de la infracción y del reproche de hecho. Así, el efecto tendrá que ser admitido cuando la violación de derechos fundamentales produzca que el proceso sea injusto como un todo.

Argumentan en esta dirección autores como Jäger,<sup>48</sup> quien, en virtud de limitar el efecto extensivo, dice que cuando la producción de la prueba defectuosa no haya incidido en la situación probatoria mediata, o en otras palabras, que cuando nexo de imputación entre el acto de producción prohibido y la prueba mediata se encuentre excluido, habría que admitir aquella prueba defectuosa en su origen. Para Löffelmann, no se trataría de la conexidad, sino que de si la valoración satisface el parámetro constitucional de los intereses en pugna.<sup>49</sup>

La admisibilidad de una valoración de aquella prueba derivada - en la doctrina alemana - se fundamenta con la falta del nexo causal entre la violación jurídica originaria y el medio de prueba mediato, dicho en palabras de Ambos, “el efecto extensivo que impida una valoración sólo entra en consideración cuando el medio de prueba obtenido se base exclusivamente en la obtención ilícita del medio de prueba inmediato”.

Por consiguiente, - y siguiendo la línea argumentativa de Ambos - habría que rechazar el efecto extensivo si la prueba derivada no se encuentra influenciada por la producción de la prueba obtenida a través de medios ilegítimos, pues en esta instancia, estaríamos bajo un proceso de conocimiento autónomo y en sentido estricto, no habría un efecto extensivo.

---

<sup>48</sup> JÄGER citado por AMBOS, Kai; *ob.citada*, p. 24.

<sup>49</sup> LÖFFELMANN citado por AMBOS, Kai; *ob. citada*, p. 24

#### **4. La teoría de los frutos del árbol envenenado en Chile**

Acá nos preguntamos acaso se acepta en Chile la teoría de los frutos del árbol envenenado. Pues bien, como señalamos en párrafos anteriores, el artículo 276 del Código Procesal Penal consagra la regla de la exclusión. Con dicha consagración la aportación que se haga de la prueba queda sujeta al respeto del ordenamiento jurídico vigente, pues como dijimos las pruebas que fueren obtenidas con infracción de las garantías fundamentales serán excluidas por ilícitas y no se aportarán al proceso.

Tal como ha ocurrido en Estados Unidos, país donde el tema de este trabajo se ha desarrollado de forma muy rica gracias al aporte que ha hecho la jurisprudencia, en nuestro país también se ha acogido esta teoría de los frutos del árbol envenenado. En referencia a lo que sucede en nuestro país surgen dos ideas claras. En primer lugar, que toda actuación ilegal realizada por los órganos del Estado en la persecución criminal, redundará en la ilegalidad de la prueba de cargo obtenida. De este modo, el fallo de la Corte Suprema, rol N° 5435-2007, de once de diciembre de 2007 en su considerando noveno señala que: “Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de ella derive, porque solo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación de alguna garantía constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original” y segundo, conlleva necesariamente una prohibición de valoración de la misma por parte del sentenciador; lo cual no puede ser de otra manera, pues, no solo lo ordena así la Constitución sino porque de otra forma todo el proceso penal carecería de sentido si se aceptara, para fundar una sentencia condenatoria, actuaciones que han vulnerado normas que el propio estado ha considerado previamente, como constitutivas de un mecanismo racional y justo para resolver los conflictos sociales, convirtiendo, de paso, las garantías constitucionales en simples enunciados sin contenido, en meras ficciones.

### III. Conclusiones

La regla de la exclusión nace de la práctica jurisprudencial de Estados Unidos con el objeto de proceder a un desincentivo para las policías de conseguir pruebas de forma ilegal. Es un principio que postula que aquellas pruebas obtenidas a través de actuaciones atentatorias a lo establecido en la Constitución de los Estados Unidos son inadmisibles en un proceso o juicio penal. Lo anterior, está cargado de un fundamento ético pues es en el proceso penal donde los derechos fundamentales de las personas pueden verse afectados, entendiendo a su vez al imputado como un sujeto de derechos.

No obstante lo anteriormente mencionado, a través del tiempo, la Corte Suprema de Estados Unidos, ha tendido a ir limitando la exclusionary rule estableciendo ciertas excepciones tales como: la buena fe de la actuación policial, la exclusión solo para el juicio oral, la impugnación de la credibilidad del acusado, la legitimación para reclamar la exclusión de prueba y las actuaciones exclusivamente privadas.

En Chile, contrastado con el derecho comparado, la regla de la exclusión está expresada en la ley, más particularmente, en el artículo 276 inciso 3° del Código de Procesal Penal, que consagra una norma general, limitando así el actuar del Ministerio Público en la etapa de investigación, en cuanto toda actuación del procedimiento que importe una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales debe ser realizada previa autorización de un juez de garantía, y cuya infracción, conlleva la declaración de nulidad del acto realizado, lo que recae en la imposibilidad de admitir dicha prueba viciada en el proceso.

La teoría de los frutos del árbol envenenado es una creación jurisprudencial estadounidense que nace del bullado caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* y que postula que la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas.

La doctrina respecto a ésta teoría se encuentra dividida, hay quienes estiman que debe ser admitida en el proceso la prueba lícita en sí pero derivada de una prueba obtenida por medios ilícitos. Fundamentan a grandes rasgos, diciendo que la reconstrucción de la realidad debiese ser el principio inspirador del proceso, y resultaría contradictorio prescindir de pruebas

formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para un resultado justo del proceso. Por su parte, otro sector de la doctrina postula declarar inadmisibile la prueba derivada. No obstante que, dentro de éste sector, existen diferencias en lo relativo a qué debe entenderse por prueba derivada.

La teoría de los frutos del árbol envenenado ha ido evolucionando a través de los años y cambiando los criterios jurisprudenciales en las cortes de justicia estadounidenses, tanto así, que hoy en día existen excepciones que permiten la admisibilidad del material probatorio obtenido ilícitamente.

En cuanto a las excepciones de la anteriormente mencionada teoría, dijimos- en el desarrollo de éste trabajo- que son tres:

La primera de ellas, la excepción de la *fuerza independiente*, se produce una desconexión, una inexistencia del nexo causal entre aquella prueba que se ha obtenido con vulneración de derechos y la prueba que se trata de impugnar. Es por ende, una prueba de fuente autónoma, obtenida conforme a derecho y no podría calificarse como una prueba derivada, o como un efecto reflejo de aquella prueba contaminada.

La segunda de estas excepciones, denominada como *el descubrimiento inevitable*, se basa en el supuesto de una actuación policial -distinta a aquella en que se incurrió en vulneración a las garantías del imputado- hubiese sido descubierta de todas maneras aquella prueba que se intenta excluir. Acá, es necesario detenerse en dos aspectos. El *primero* de ellos, es que esta excepción se basa en un supuesto, o sea, en dar por sentado o existente el hecho de que se habría descubierto la prueba, pero que sin embargo, no ocurrió, y lo que pudo haber sido, no existe. El *segundo* aspecto es el requisito de la inevitabilidad del descubrimiento, éste requisito, a todas luces es difícil de determinar, en cuanto el juez, no podrá determinar de forma certera que aquella prueba se habría conocido de igual manera, lo que sucede en este aspecto, es que se juega con probabilidades. En esta excepción no habría forma de determinar -más allá de toda duda razonable- que en aquel supuesto se habría conocido inevitablemente la prueba derivada.

En cuanto a la última excepción, esta es, la del *nexo causal atenuado*, atiende *al grado de conexión* causal entre la acción ilegítima y el medio probatorio; por lo que estaríamos frente a una consideración poco objetiva respecto de la calificación de gradualidad que se pretende.

## **Bibliografía**

- AMBOS, Kai; “La teoría del efecto extensivo en el Derecho Procesal Penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, en Revista General de Derecho Procesal, n° 29, 2013.
- CAROCCA PEREZ, Alex; “Garantía constitucional de la Defensa Procesal”, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1998.
- CASTILLO VERA, Francisco; “Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso”, Publicado en Microjuris, Boletín N° MJD199, Doctrina, 26-03-2008.
- GONZALEZ GARCIA, Jesús María; “El proceso penal español y la prueba ilícita”, en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 18, N° 2, 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor; “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2005.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián; “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo; “La obtención ilícita de la fuente en el proceso civil. Análisis comparativo del proceso civil español y chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, N° 3, 2007.
- KIRIGIN DIAZ, Tamara; “La prueba ilícita en el procedimiento laboral”, Tesis para optar a al grado de Licenciado en Ciencias. Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2010.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; “Instituciones del Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar; “Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales”, Tesis para optar a al grado de Licenciado en Ciencias. Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2008.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl; “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Editorial Legal Publishing, Segunda Edición. 2012.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, en Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010.
- PICÓ I JUNOY, J.; “Las garantías constitucionales del proceso”, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- PITLER, Robert. M., “The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized”, en California Law Review, Vol. 56, 1968.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl; “Instituciones del nuevo procedimiento penal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- VIGORITI, Vincenzo; “Garanzie costituzionalli del proceso civile: due process of law e art. 24 Cost.”, 1970.
- ZUÑIGA, Rodrigo; “La prueba ilícita penal”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2000.