

CORREA, Carlos: “La excepción del descubrimiento inevitable: contenido y límites”.
Polít. Crim. Vol. 18 N° 36 (Diciembre 2023), Art. 4, pp. 591-622
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/11/Vol18N36A4>]

La excepción del descubrimiento inevitable: contenido y límites

The inevitable discovery doctrine: content and limits

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

Fecha de recepción: 04/04/2023.
Fecha de aceptación: 06/10/2023.

Resumen

Este estudio busca analizar la aplicación de cursos causales hipotéticos como mecanismos de saneamiento de la prueba ilícitamente obtenida. Para ello, se examinarán los requisitos, alcances y límites con que dicha doctrina ha sido aplicada en el derecho estadounidense y alemán, para así analizar críticamente la recepción que esta institución ha tenido en Chile. El trabajo concluye aceptando la procedencia de la excepción del descubrimiento inevitable en el derecho procesal penal chileno, pero limitando su uso a infracciones de escasa entidad y solo cuando sus requisitos de procedencia se encuentren suficientemente acreditados.

Palabras claves: descubrimiento inevitable, cursos causales hipotéticos, prueba ilícita, exclusión de prueba.

Abstract

This study analyzes how hypothetical causal courses can be applied as a mechanism for making illegally obtained evidence admissible in court. To this end, we examine the requirements, scope, and limits of this doctrine as applied in the U.S. and German law, in order to critically analyze the use of this mechanism in Chile. The paper concludes by accepting the applicability of the inevitable discovery exception in Chilean criminal procedural law, but limiting its use to minor infractions and only when the requirements for its applicability are sufficiently proven.

Keywords: inevitable discovery, hypothetical causal courses, illegally obtained evidence, exclusion rule.

* Este artículo forma parte de una investigación financiada mediante el proyecto Fondecyt Regular N° 1231128 “Mecanismos de selección de casos en el proceso penal: entre la regulación y la discrecionalidad del Ministerio Público”, 2023-2027, cuyo apoyo agradezco. Agradezco además a Sebastián Thienel por su valiosa ayuda en la edición de este texto y la recopilación de jurisprudencia y a los árbitros anónimos por sus sugerencias y comentarios.

Introducción

La pregunta acerca del rol que los cursos causales hipotéticos desempeñan en el proceso penal constituye un tópico bastante discutido.¹ En lo referido a la temática conocida globalmente como prueba ilícita, expresiones tales como “excepción del descubrimiento inevitable”, “cursos causales hipotéticos”, u “obtención probatoria hipotética conforme a derecho” se suelen utilizar indistintamente para describir un mismo fenómeno: una operación mental por medio de la cual resultará lícita la utilización (o, en su caso, la valoración) de un elemento de prueba, cuando éste —a pesar de su origen ilícito— podría haber sido obtenido conforme a derecho en caso de que la obtención no se hubiere consumado.²

A este respecto, el recurso a cursos causales hipotéticos tiene importancia en distintas instituciones del proceso penal. Éstos desempeñan un papel relevante en el tratamiento de los llamados “hallazgos casuales”,³ como igualmente en el análisis de la prueba ilícitamente obtenida por particulares.⁴ Sin embargo, la mayor relevancia de los cursos causales hipotéticos dice relación con el estudio de la prueba ilícita derivada,⁵ cuyo análisis constituye el objetivo del presente artículo.

A este respecto, la “excepción del descubrimiento inevitable” ha sido recogida en ordenamientos de distinta raigambre. Tanto en Estados Unidos como en Alemania, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado la procedencia de los cursos causales hipotéticos en el tratamiento de la prueba ilícita, procurando desentrañar sus contornos, límites y efectos. En Chile, desde los albores de la reforma procesal penal, la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritaria han aceptado la incidencia de los cursos causales hipotéticos en el tratamiento de la prueba ilícitamente obtenida. Sin embargo, la recepción de esta doctrina por parte de los tribunales superiores chilenos (al igual como ha sucedido con la excepción de buena fe del agente⁶), ha desnaturalizado el sentido, finalidad y alcance con que esta doctrina fue originalmente concebida en los sistemas comparados mencionados, aplicándose a casos en los cuales ella no debiera ser jurídicamente procedente.

Para comprender el alcance y límites de esta excepción, en el presente trabajo se analizará su tratamiento en los sistemas estadounidense y alemán, para finalmente examinar el modelo chileno. Esta investigación permitirá, en primer término, entregar una justificación material

¹ Véase: BEULKE (1991), *passim*; GODENZI (2008), pp. 241 y ss.; JAHN y DALLMEYER (2005), *passim*; KELNHOFER (1994), *passim*; PELZ (1993), *passim*; ROGALL (1988), 385 y ss.; SCHRÖDER (1992) *passim*; WOHLERS (2008), pp. 311-329.

² Véase GODENZI (2008), p. 243.

³ Al respecto: ALLGAYER (2010), p. 132; KELNHOFER (1994), pp. 217 y ss.; PELZ (1993), pp. 180 y ss.; SCHRÖDER, (1992), pp. 149 y ss.; SINGELNSTEIN (2008), pp. 880 y ss.; WELP (1981), pp. 475 y ss.

⁴ Sobre el punto: GODENZI (2008), pp. 241 y ss.; KASPAR (2013), p. 224; KELNHOFER (1994), pp. 239 y ss.

⁵ Véase: GUNDLACH (1992), número al margen 85; AMBOS (2010), p. 149; FEZER (1995), caso 16, número al margen 50; FEZER (1987), p. 939; HARRIS (1991), pp. 320 y ss.; JÄGER (2008), pp. 494-497; JÄGER (2003), pp. 228 y ss.; KELNHOFER (1994), pp. 248 y ss.; KNOLL (1992), pp. 107 y ss.; OSSENBERG (2011), pp. 67 y ss.; PAULUS (1990), p. 327; PITSCH (2009), pp. 285 y ss.; REICHERT-HAMMER (1989), p. 540; REINECKE (1990), pp. 204 y ss.; ROGALL (2016), número al margen 119 ss.; ROGALL (1988), pp. 389-392; SCHLÜCHTER (1984), pp. 519 y ss.; SENDLER (1984), pp. 277 y ss.

⁶ CORREA (2018), pp. 29 y ss.

para la admisión de la excepción del descubrimiento inevitable en Chile y, consecuentemente, definir sus límites y condiciones necesarias para lograr una aplicación consistente y acotada de la referida doctrina por parte de los tribunales chilenos.

1. La excepción del descubrimiento inevitable en el derecho estadounidense

Desde 1914 la Corte Suprema estadounidense ha consagrado la regla de exclusión de prueba ilícita⁷, la cual sanciona aquellos medios de prueba obtenidos por funcionarios persecutores mediando una vulneración de las garantías contenidas en las Enmiendas IV (protección contra detención, allanamiento e incautación ilegal), V (protección contra la autoincriminación y doble persecución), VI (procedimiento justo, fundamentalmente derecho a ser asistido por un abogado) o XIV (debido proceso) de la Constitución estadounidense.⁸ Matizando su aplicación, la jurisprudencia estadounidense consagró a lo largo del siglo XX cuatro grandes excepciones a dicha regla: la excepción de la fuente independiente (*independent source exception*)⁹; la excepción del vínculo atenuado (*attenuated connection exception*)¹⁰; la excepción de la buena fe del agente (*good faith exception*)¹¹, y la excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*).¹²

Respecto a la última de las excepciones mencionadas —objeto del presente trabajo—, la Corte Suprema estadounidense reconoció su procedencia en el año 1984,¹³ en el caso *Nix v. Williams*.¹⁴ En cuanto a los hechos, tras la desaparición de una menor de 10 años en una pequeña localidad, el sospechoso fue detenido. En ese momento, la policía le informó al defensor que el imputado debía ser trasladado a otra ciudad, señalándole que en el trayecto no se le formularía pregunta alguna. Una vez dentro del vehículo policial, uno de los funcionarios policiales comienza un diálogo con el imputado que en último término lo habría llevado a efectuar una declaración incriminatoria, permitiendo a la policía localizar el cuerpo de la menor fallecida. En paralelo, un grupo de 200 voluntarios se habían organizado para llevar a cabo una búsqueda de la joven en un área previamente demarcada. La búsqueda, iniciada antes de la declaración del imputado, fue suspendida una vez que se tuvo noticias del hallazgo del cadáver. De conformidad a la sentencia, se consideró posible que la búsqueda paralela, en un plazo entre 3 a 5 horas, hubiera dado con el cuerpo de la niña, el cual, debido a las condiciones climáticas, hubiera sido encontrado en las mismas condiciones en las cuales

⁷ Especialmente relevantes para comprender el desarrollo y contenido de dicha regla son las sentencias: *Weeks v. U.S.* (1914); *Nardone v. U.S.* (1939); *Mapp v. Ohio* (1961); *Wong Sun v. U.S.* (1963); *Segura v. U.S.* (1984); *Nix v. Williams* (1984).

⁸ BRANSDORFER (1987), p. 1096; CORREA (2019), pp. 127 y ss.; CORREA (2018), p. 26; GOLDEN (1998), p. 97; HESSLER (2000), p. 238, nota al pie 3.

⁹ CORREA (2019), pp. 188 y ss.; GOLDEN (1998), p. 98; JONES (1967), p. 18 nota al pie 7; KILLIAN (1982), p. 155.

¹⁰ CORREA (2022), pp. 204 y ss. GOLDEN (1998), p. 98; KILLIAN (1982), p. 155.

¹¹ BRADLEY (1985), p. 101; CORREA (2018), pp. 29 y ss.; GOLDEN (1998), p. 101.

¹² CORREA (2019), pp. 139 y ss.; GOLDEN (1998), p. 102 ss.; HESSLER (2000), p. 241 y ss.

¹³ Antes de esa decisión, algunas Cortes de Distrito habían ya aplicado dicha doctrina, por ejemplo: *Wayne v. U.S.*, 318 S. 2d 205 (D.C. Cir. 1963); *U.S. v. Griffin*, 502 S.2d 959, 960 (6th Cir. 1974); *U.S. v. Brooking*, 614 S. 2d 1037, 1042 n.2 (5th Cir. 1980).

¹⁴ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984). Los orígenes de dicha doctrina pueden situarse en la nota al pie Nr. 12 de la sentencia *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387, 407 (1977). Véase GOLDEN (1998), p. 100.

efectivamente lo fue. Por estas razones, la Corte Suprema rechazó la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.

La excepción del descubrimiento inevitable se sustenta en un pronóstico basado en una reconstrucción histórica del caso.¹⁵ Su efecto consiste en desestimar la exclusión de prueba cuya obtención se encuentra causalmente vinculada a una infracción de garantías cuando la prueba cuestionada podría haber sido igualmente obtenida en base a un comportamiento conforme a derecho, en caso de no haberse llevado a cabo la actuación policial efectivamente desplegada.¹⁶ Cuando tal sea el caso, no será posible seguir considerando al medio de prueba cuestionado como un “fruto del árbol envenenado”, permitiéndose su inclusión y posterior valoración en el proceso penal.¹⁷

La Corte Suprema estadounidense ha defendido la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable bajo un argumento de justicia material: ni los órganos persecutores, ni el acusado pueden obtener una ventaja procesal injustificada con motivo de la obtención de prueba ilícita.¹⁸ Por el contrario, ellos deben ser situados en la misma posición (o al menos, no en una peor) en la cual se encontrarían en caso de que el medio de prueba hubiera sido obtenido sin recurrir a mecanismos ilícitos.¹⁹

2. Los cursos causales hipotéticos y su incidencia en las prohibiciones de valoración de prueba en el derecho alemán

En la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes²⁰ no existe —hasta hoy— una opinión uniforme acerca de la procedencia de los cursos causales hipotéticos en materia de ilicitud probatoria, esto es, si éstos resultan o no idóneos para sanear una prohibición de valoración de prueba.²¹ A continuación, se analizarán las decisiones más relevantes del Tribunal Federal Supremo (en adelante: BGH) y los Tribunales Superiores Estatales (en adelante: OLG) sobre el tema.²² En primer lugar, se estudiarán las decisiones jurisprudenciales en las cuales se han admitido los cursos causales hipotéticos como mecanismos de saneamiento de obtenciones probatorias ilícitas, analizando posteriormente aquellas que los han desestimado.

La jurisprudencia predominante en Alemania ha reconocido (en esencia, y con distintos fundamentos y alcances) a los cursos causales hipotéticos como parte de la ponderación global de intereses entre los derechos individuales del imputado y el interés público en una eficiente persecución penal, cuyo resultado permite en dicho sistema decidir acerca de la

¹⁵ Véase: AMBOS (2010), p. 134.

¹⁶ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444 (1984); *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977); *Wayne v. U.S.*, 318 S. 2d 205 (D.C. Cr. 1963). Véase: ALVARADO (2021), p. 287; AMBOS (2010), p. 134; HARRIS (1991), pp. 315-317; OSSENBERG (2011), p. 107; PITSCH (2009), p. 409.

¹⁷ Véase: OSSENBERG (2011), p. 107.

¹⁸ CORREA (2019), p. 140.

¹⁹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444, 447 (1984). Véase HARRIS (1991), p. 317; PITSCH (2009), p. 409.

²⁰ Al respecto: JAHN y DALLMEYER (2005) pp. 297 y ss.; WHOLERS y FEZER (2008), pp. 314 y ss.; ROGALL (1988) p. 389; SCHRÖDER (1992), pp. 84 y ss.

²¹ Sobre el concepto, alcance y contenido de las prohibiciones de prueba en el derecho alemán. Véase: CORREA (2021), pp. 573 y ss.; CORREA (2018), pp. 146 y ss.

²² Véase: CORREA (2019), pp. 268 y ss.

valoración o no de un medio de prueba ilícitamente obtenido.²³ Así, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la pregunta acerca de la valoración de aquellos medios de prueba ilícitamente obtenidos dependerá (entre otros factores) de si el medio de prueba cuestionado “hubiera o no podido ser obtenido por medio de un curso causal hipotético llevado a cabo conforme a derecho”.²⁴

Esta excepción ha tenido cierta aplicación en Alemania, especialmente en aquellos casos en los cuales se ha llevado a cabo una diligencia de investigación de manera contraria a las reglas que la regulan.²⁵ Dentro de este grupo se encuentran, paradigmáticamente, aquellos casos en los cuales se ha obtenido una muestra de sangre en contravención a lo dispuesto en el §81 a) I de la Ordenanza Procesal Penal alemana (en adelante: StPO), esto es, sin que dicha muestra haya sido recogida por un médico, como la regla exige. A este supuesto corresponde el caso del “asistente médico”, en el cual el BGH se pronunció afirmativamente respecto del uso de cursos causales hipotéticos conforme a derecho, en relación con la valoración de elementos probatorios ilícitamente obtenidos. Para respaldar la valoración de la muestra de sangre obtenida por una persona distinta de un médico, el tribunal sostuvo, de manera concisa y sin entregar mayores fundamentos, que el medio de prueba cuestionado “podría igualmente haber sido obtenido en cualquier momento, de manera correcta”.²⁶

En otra oportunidad, el BGH se pronunció acerca de la valoración de una interceptación de telecomunicaciones que fue decretada a partir de la supuesta comisión de un delito que de conformidad con la ley haría procedente dicha diligencia, pero respecto del cual no concurrían sus requisitos de realización. Para defender la valoración de la prueba obtenida, el tribunal sostuvo que a pesar del vicio indicado existiría evidencia que comprobaría la realización de otro delito (participación en una organización criminal) contenido dentro del catálogo que autoriza la interceptación de telecomunicaciones (§ 100 a) StPO). Por ello, el tribunal aceptó valorar la prueba cuestionada señalando que existiría un curso causal hipotético por medio del cual se habría podido decretar dicha medida conforme a derecho.²⁷ En otra oportunidad el BGH rechazó reconocer un efecto reflejo a las prohibiciones de prueba argumentando que, a pesar de la infracción cometida por la policía al recabar evidencia, ésta podría hipotéticamente haber recurrido a otras diligencias que hubiesen permitido descubrir elementos de prueba incriminatorios.²⁸

Asimismo, en ciertos casos en los cuales se ha omitido la autorización judicial necesaria para llevar a cabo una diligencia de investigación, el BGH ha autorizado la valoración de un medio de prueba cuestionado recurriendo a los cursos causales hipotéticos. En el caso Weimar²⁹ se

²³ Véase: BGHSt 44, 243 (250); 24, 125 (130); BGH NJW 2003, 2034 (2035 s.). OLG Hamm NStZ 2007, 355 (356); OLG Koblenz NStZ 2002, 660 (661). LG Heilbronn StV 2005, 380 (382).

²⁴ Véase BGH StV 2003, 370 (372); BGH NStZ 1989, 375 s. OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 246; OLG Zweibrücken NJW 1994, 810 (811); OLG Celle NStZ 1989, 385 (385 s.).

²⁵ BGHSt 24, 125 (130); OLG Celle NStZ 1989, 385 (385 s.).

²⁶ BGHSt 24, 125 ss. De manera similar: OLG Zweibrücken (NJW 1994, 810 s.) y OLG Celle NStZ 1989, 385 (385 s.).

²⁷ BGHSt 48, 240 (249).

²⁸ BGHSt 32, 68 ss.

²⁹ BGHSt 36, 119 ss.

llevó a cabo una diligencia de ingreso y registro a un recinto cerrado sin contar con la necesaria autorización judicial (§ 105 I StPO). En relación con la pregunta acerca de la valoración de la prueba obtenida producto de dicha diligencia, el máximo tribunal se pronunció a favor de su valoración en juicio, recurriendo a los cursos causales hipotéticos. En concreto, sostuvo que los órganos persecutores “en cualquier momento podrían haber obtenido una autorización judicial para llevar a cabo el ingreso y registro”.³⁰ De manera similar se ha aceptado la valoración de la prueba recabada en una diligencia de videovigilancia ilícitamente llevada a cabo, cuando la autorización judicial faltante igualmente hubiera podido obtenerse de manera conforme a derecho.³¹

En otras decisiones el BGH ha rechazado la posibilidad de recurrir a los cursos causales hipotéticos frente a obtenciones probatorias llevadas a cabo sin cumplir con los requisitos legales establecidos para ello.³² Así, en una oportunidad el mismo tribunal rechazó valorar un documento que fue obtenido ilícitamente, desestimando recurrir a cursos causales hipotéticos. Para ello, sostuvo que la pregunta acerca de si el medio de prueba podría haber sido obtenido mediante un procedimiento conforme a derecho resulta improcedente en tanto “dichas hipótesis resultan imposibles de determinar retrospectivamente”.³³ Igualmente, producto de la ausencia de requisitos para ordenar una diligencia de videovigilancia, se resolvió no valorar la conversación ilícitamente obtenida entre un agente encubierto y el imputado. Esta conclusión fue adoptada aun cuando un juez podría haber autorizado dicha diligencia investigativa, sosteniendo que “no existe espacio en la ley para tales consideraciones”.³⁴ De manera más general, en otra oportunidad el BGH rechazó recurrir a los cursos causales hipotéticos como criterio delimitador de prohibiciones de prueba y su efecto reflejo, argumentando que “rara vez puede establecerse que la policía aún sin la infracción hubiese podido obtener el medio de prueba cuestionado”.³⁵

Igualmente, respecto de omisiones a autorizaciones judiciales, o bien, frente a infracciones conscientes de garantías por parte de los órganos persecutores, la jurisprudencia alemana generalmente ha cerrado la puerta al recurso a los cursos causales hipotéticos.³⁶ En dos decisiones relativamente recientes,³⁷ se ha señalado que de aceptarse su procedencia en estos casos se vulnerarían reglas elementales de competencia, y por ello, privarían de todo sentido a la necesaria autorización judicial.³⁸ En la literatura tampoco existe un consenso respecto al tratamiento de los cursos causales hipotéticos como mecanismo de saneamiento de las prohibiciones probatorias.³⁹

³⁰ En el mismo sentido BGH NStZ 2004, 449 (450); BGH StV 2003, 370 (372).

³¹ BGH NJW 2003, 2034 ss.

³² BGHSt 51, 285 (295 s.); 31, 304 (306); 25, 168 (171).

³³ BGHSt 25, 168 (171).

³⁴ BGHSt 31, 304 (306).

³⁵ BGHSt 34, 362 (365).

³⁶ Véase BGHSt 51, 285 (295 s.); BGH NStZ 2012, 104 (105). OLG Koblenz NStZ 2002, 660 (661). LG Heilbronn StV 2005, 380 (382); LG Darmstadt StV 1993, 573 (574). AG Tiergarten StV 2003 663 (664).

³⁷ BGHSt 51, 285 (295 s.); BGH NStZ 2012, 104 (105).

³⁸ En el mismo sentido: AMBOS (2009), p. 169; HÜLS (2009), p. 169; MOSBACHER (2007), p. 3687.

³⁹ CORREA (2019), pp. 273 y ss.

Especialmente en la doctrina clásica,⁴⁰ era posible encontrar voces que rechazaban todo recurso a dichos cursos causales en materia de ilicitud probatoria. En primer término, se argumentaba que la StPO no los contemplaba en su regulación.⁴¹ Una versión más moderna del argumento antes referido⁴² sostiene que la aceptación de los cursos causales hipotéticos en el proceso penal corresponde a un “desarrollo dogmático errado”.⁴³ Por ello, a falta de una regulación expresa sobre el tema a nivel legal, la valoración de medios de prueba ilícitamente obtenidos recurriendo a esta herramienta carecería de legitimidad,⁴⁴ generando un inaceptable perjuicio en la posición procesal detentada por el imputado en el proceso penal.⁴⁵ En esta misma línea, Schünemann⁴⁶ ha rechazado la idea de aceptar los cursos causales hipotéticos bajo el argumento de que ellos contravienen la “estructura del proceso penal alemán”.

Desde una posición pragmática, otros autores desestiman el recurso a los cursos causales hipotéticos pues sostienen que el supuesto de hecho sobre el cual ellos buscan actuar no puede configurarse válidamente,⁴⁷ no es confiable,⁴⁸ o bien, porque los alcances y contornos de dicha doctrina no pueden ser aclarados.⁴⁹ Así, Eberhard Schmidt rechaza utilizar como recurso estos cursos causales, pues ellos se basarían en un “discutible elemento hipotético”, del cual no puede depender la valoración o prohibición de valoración de un medio de prueba.⁵⁰ De manera similar, otros autores rechazan recurrir a cursos causales hipotéticos en base a un argumento causal: una infracción ya constatada a una regla que establece mecanismos de obtención de prueba no puede ser saneada por medio de una operación mental no realizada.⁵¹

Igualmente, se ha rechazado el recurso a los cursos causales hipotéticos en base al riesgo que ellos representan en orden a eludir la aplicación de prohibiciones de valoración de prueba.⁵² Así, en caso de atribuírseles la capacidad de sanear la infracción a una regla de obtención de prueba ya cometida, pondrían en entredicho una sanción a infracciones graves, como por ejemplo, aquellas que prescriben la obtención de una autorización judicial como requisito para desarrollar una diligencia de prueba.⁵³

⁴⁰ Entre otros: DENCKER (1977), p. 81; OSMER (1966), pp. 88 y ss.; RANFT (2005), pp. 33 y ss.; SCHELLHAMMER (1972), p. 320; SCHMIDT (1970), p. 463. Recientemente AMBOS (2013), pp. 50 y ss.; JAHN (2008), pp. 77 y s.; JAHN y DALLMEYER (2005), p. 297.

297 y ss; WOHLERS (2008), pp. 326 y ss.

⁴¹ DALAKOURAS (1988) pp. 135 y ss.; DENCKER (1977), p. 33.

⁴² JAHN y DALLMEYER (2005), pp. 297 y ss. Véase además: JAHN (2008), pp. 77 y ss.

⁴³ JAHN y DALLMEYER, (2005) p. 297.

⁴⁴ JAHN (2008), p. 77; JAHN y DALLMEYER (2005), p. 303.

⁴⁵ JAHN (2008), pp. 77 y s.

⁴⁶ ROXIN y SCHÜNEMANN (2014), número al margen 62.

⁴⁷ SARSTEDT (1966), p. 16; Véase: BGHSt 25, 168 (171).

⁴⁸ KÜHNE (2015), números al margen 908.5 y 909.1.

⁴⁹ AMBOS (2013), pp. 50 y ss.

⁵⁰ SCHMIDT (1970), p. 463.

⁵¹ DENCKER (1977), p. 82; FEZER (1987), p. 939; ROGALL (1979), p. 33.

⁵² OSMER (1966), pp. 88 y s.; WOHLERS (2008), pp. 326 y ss.

⁵³ WOHLERS (2008), pp. 326 y ss.

A pesar de lo anterior, actualmente, la doctrina mayoritaria en Alemania⁵⁴ admite —en mayor o menor medida— la procedencia de los cursos causales hipotéticos como herramienta dirigida a resolver la pregunta acerca de la valoración de un medio de prueba. Así, ciertos autores⁵⁵ consideran a los cursos causales hipotéticos como un factor relevante dentro de una ponderación global de intereses, dirigida a determinar si existe o no una prohibición de valoración de prueba ilícitamente obtenida.⁵⁶ Sin perjuicio de dicha conclusión general, no existe en la doctrina claridad en torno a los límites, alcances y fundamentos de dicho razonamiento.

A este respecto, parte de la literatura⁵⁷ considera a los cursos causales hipotéticos como un elemento normativo a considerar en relación con el vínculo existente entre la infracción a una regla de producción de prueba y la obtención de prueba derivada de dicha vulneración. Así, los cursos causales hipotéticos permitirían desvirtuar el vínculo normativo existente entre la infracción de reglas de obtención de prueba y una sentencia condenatoria sustentada en base a prueba ilícita, actuando como una “compensación de errores”,⁵⁸ que permitiría analizar correctamente los intereses en juego en el marco de la exclusión de prueba por ilicitud.⁵⁹ De este modo, cuando los órganos persecutores, con alta probabilidad, podrían haber obtenido elementos de prueba cuestionados, de una forma acorde a derecho, podría concluirse que su actuar ilícito no ha empeorado la posición jurídica del imputado de un modo cuantificable.⁶⁰ En este sentido, se sostiene que solo debieran conducir a una prohibición de valoración de prueba aquellas infracciones que permitan constatar un detrimento palpable en la posición jurídica que detenta el imputado en el proceso penal.

3. La excepción del descubrimiento inevitable en la doctrina y jurisprudencia chilena

La aceptación de los cursos causales hipotéticos como mecanismos de saneamiento de ilicitud probatoria no constituye un asunto pacífico en el derecho chileno.⁶¹ La mayoría de los pocos autores que han analizado el tema se han decantado por su aceptación, recurriendo

⁵⁴ Entre otros BEULKE (2008), p. 654; BEULKE (1991), p. 668 y ss.; EISENBERG (2015), número al margen 409 y ss.; ENGLÄNDER y VOLK (2013), número al margen 14; FEZER (2003), pp. 629 y ss.; GODENZI (2008), pp. 241 y ss.; GRÜNWALD (1993), p. 161 y ss.; GRÜNWALD (1966), pp. 499 y ss.; HERDEGEN (1989), p. 121; KELNHOFER (1994), pp. 141 y ss.; KLEINKNECHT (1966), p. 1538; KLUG (1966), p. Band II, F 39-F 46 s.; KNOLL (1992), pp. 109 y ss.; MEURER (1990), pp. 391 y ss.; MEYER-GÖBNER y SCHMITT (2016), pp. 67 y ss.; OTTO (1970), p. 292, nota al pie 22; PELZ (1993), pp. 145 y ss.; REICHERT-HAMMERR (1989), p. 450; REINECKE (1990), pp. 204 y ss.; ROGALL (2016), número al margen 120 y ss.; ROGALL (2008), p. 825 y ss.; ROGALL (1988), p. 390 y ss.; ROXIN (1989), p. 379; SCHLÜCHTER (1990), p. 490 y ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 519 y ss.; SCHLÜCHTER (1981), número al margen 4.1; SCHRÖDER (1992), pp. 72 y ss.; STÖRMER (1992) p. 277.

⁵⁵ ROGALL (1988), p. 392; ROXIN (1989) p. 379; WOLTER (1984), p. 277.

⁵⁶ ROGALL (2016), número al margen 120 y ss; ROGALL (1988), p. 391.

⁵⁷ Entre otros: FEZER (1991), p. 87; KELNHOFER (1994), p. 136 y ss.; 141 ss.; SCHLÜCHTER (1990), pp. 490 y ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 519 y ss.; SCHLÜCHTER (1983), número al margen 4.1; WOLTER, (1984), p. 277.

SCHLÜCHTER (1990), p. 490 y ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 519 y ss; SCHLÜCHTER (1981), número al margen 4.1. Véase KELNHOFER (1994), pp. 102 y ss.

⁵⁹ KELNHOFER (1994), p. 143.

⁶⁰ WOLTER (1984), p. 277.

⁶¹ Véase CORREA, (2019), p. 299.

explícitamente a la jurisprudencia estadounidense sin entregar mayores fundamentos.⁶² Un pequeño sector de la doctrina⁶³ ha defendido la postura opuesta. Así, Díaz⁶⁴ ha rechazado la aplicación de esta excepción al sostener que en caso de que fuese posible recurrir a cursos causales hipotéticos para desestimar dar aplicación a la exclusión de prueba, la decisión del órgano jurisdiccional se sustentaría en una mera especulación teórica, basada únicamente en elucubraciones, eventualidades o presunciones acerca de la prueba. En definitiva, sostiene, ello posibilitaría una condena sustentada no en prueba concluyente, sino en base a una mera hipótesis.⁶⁵ Igualmente, se ha desestimado recurrir a los cursos causales hipotéticos señalando que ellos autorizarían a los órganos persecutores a entender que cualquier obtención de prueba antijurídica podría igualmente haber sido llevada a cabo de manera correcta, permitiendo así la inclusión subrepticia de prueba ilícitamente obtenida.⁶⁶

En concordancia con la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia chilena ha reconocido la procedencia de la excepción del descubrimiento inevitable, en relación con la regla de exclusión de prueba por ilicitud contenida en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal (en adelante: CPP).⁶⁷ Especialmente relevante para estos efectos es la sentencia rol 14.781-15, en la cual la Corte Suprema, recurriendo expresamente al derecho estadounidense ha hecho suyos —al menos nominalmente— los postulados delineados por dicho ordenamiento jurídico. La sentencia citada, recaída en un recurso de nulidad, versa sobre un homicidio en el cual la declaración incriminatoria del imputado menor de edad, y que finalmente derivó en el hallazgo del cadáver de la víctima, habría sido obtenida sin contar con la presencia de un abogado defensor tal como la ley lo exige. Al respecto, para sustentar la inclusión y valoración de la prueba cuestionada, la Corte dio aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable. Ello se sustentó en la declaración de un rescatista de bomberos, quien afirmó formar parte de una cuadrilla de búsqueda que habría comenzado sus tareas de manera previa a la declaración del adolescente, y que en los momentos en que la policía de investigaciones apareció junto con el condenado se encontraba en la ribera opuesta al lugar donde el cuerpo finalmente se encontró. Así, dado que el lugar de hallazgo del cadáver sería inspeccionado según la planificación, el descubrimiento sería inminente.⁶⁸ Por ello, los medios de prueba presuntamente ilícitos rendidos en el juicio oral y posteriormente valorados en la sentencia condenatoria, no serían consecuencia de una infracción de garantías. Veremos en su momento, los problemas que subyacen a la aplicación

⁶² CERDA (2010), pp. 160 y ss.; CHAHUAN (2009), p. 263; HERNÁNDEZ (2002), pp. 80 ss.; LÓPEZ (2004), pp. 220 y s.

⁶³ DÍAZ (2003), p. 157; PINO (2011), p. 34.

⁶⁴ DÍAZ (2003), p. 157.

⁶⁵ DÍAZ (2003), p. 157.

⁶⁶ PINO (2011), p. 34.

⁶⁷ Entre otras: Corte Suprema, roles 11.767-13, 23 de diciembre de 2013; 3828-14, 16 de abril de 2014; 14.781-15, 3 de noviembre de 2015; 75.981-21, 13 de mayo 2022. Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1428-08, 18 de noviembre de 2008. Confundiéndola con la excepción del vínculo atenuado: Corte Suprema, rol 27.827-2017, 6 de junio de 2017.

⁶⁸ Sostuvo al respecto: “Que, en consecuencia, existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver (...) hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso.”

de la excepción del descubrimiento inevitable en dicha sentencia específica y en general, en la jurisprudencia chilena.

4. Una defensa a la procedencia de la excepción del descubrimiento inevitable en el derecho chileno

Los cursos causales hipotéticos representan, de acuerdo con la postura aquí defendida, un elemento relevante de análisis en la determinación de la valoración o exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.⁶⁹

En contra de la opinión de aquellos autores que han rechazado la aplicación de los cursos causales hipotéticos invocando razones de texto, puede replicarse que su premisa —falta de sustento legal— es imprecisa: el ordenamiento alemán, así como el chileno, no prohíben el recurso a esta herramienta. Así, puede sostenerse, a partir del principio general de valoración de la prueba (siendo su exclusión, o prohibición de valoración algo excepcional) que no existe un argumento general en contra de su uso. Tal como sucede con otras instituciones aplicables al tratamiento de la prueba ilícita, como por ejemplo la excepción del vínculo atenuado, no requerirán los cursos causales hipotéticos un reconocimiento explícito para su reconocimiento como excepción al tratamiento de la exclusión de prueba.

De todos modos, en la regulación del sistema recursivo, los cursos causales hipotéticos constituyen un elemento de análisis relevante. En el derecho alemán, el § 337 I de la StPO, que consagra el requisito de la trascendencia del vicio en el recurso de revisión, descarta la procedencia del recurso cuando en caso de haberse obrado hipotéticamente conforme a derecho la decisión del proceso no hubiera cambiado. En el sistema chileno, el requisito de trascendencia del vicio constituye un requisito establecido en el artículo 375 del CPP para la procedencia del recurso de nulidad,⁷⁰ sostiene que no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva. Al respecto, podría sostenerse que aquellos vicios que redunden en prueba cuestionada que igualmente podría haber sido hipotéticamente obtenida conforme a derecho, carecerán de la trascendencia necesaria para configurar una causal de nulidad. De todos modos, aquellas disposiciones que reconocen o asignan un papel a cursos causales hipotéticos en el proceso penal, constituyen solo un grupo muy limitado de reglas cuya aplicación no pueden ser extrapoladas sin más a otras instituciones.⁷¹ El recurso a cursos causales hipotéticos para resolver problemas referidos a la valoración o exclusión de un medio de prueba ilícitamente obtenido no se encuentra previamente definido por el legislador en ninguno de los sistemas jurídicos aquí analizados,⁷² y por ello, debe ser verificado caso a caso recurriendo a principios generales.

Los cursos causales hipotéticos desempeñan un rol significativo en el tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal chileno, pues su aplicación permite determinar de mejor

⁶⁹ Similar KELNHOFER (1994), pp. 175 y ss.

⁷⁰ Dicho requisito, de acuerdo con la doctrina, pareciera ser solo aplicable a las causales de nulidad del artículo 373 del CPP, no así a los motivos absolutos de nulidad del artículo 374 del CPP. Al respecto DEL RIO (2018), pp. 325 y ss.

⁷¹ CORREA (2019), p. 278.

⁷² Véase: GODENZI (2008), pp. 277 y ss. KELNHOFER (1994), p. 90.

forma el grado de afectación de los intereses comprometidos.⁷³ En concreto, el análisis de los cursos causales hipotéticos permitirá una adecuada ponderación de las garantías individuales reconocidas por el ordenamiento jurídico, por un lado,⁷⁴ y del correcto funcionamiento del aparato persecutor, por el otro. Así, la presencia de una hipótesis conforme a derecho permitirá concluir que la lesión a una regla de obtención de prueba no se ha reflejado en un empeoramiento real de los intereses del imputado, permitiendo ello finalmente desestimar la exclusión de prueba.

En síntesis, la procedencia de los cursos causales hipotéticos constituye un paso necesario en la determinación de las consecuencias de un error en la obtención de prueba y que podría conducir a la prohibición de valoración o exclusión de ésta. Dicho análisis deberá ser efectuado de manera diferenciada, determinando caso a caso su procedencia.

5. ¿Como actúan los cursos causales hipotéticos en la estructura de la prueba ilícita?

En aquellos casos en los cuales, como consecuencia de la aplicación de cursos causales hipotéticos se rechace la exclusión de prueba, o respectivamente, una prohibición probatoria, debemos preguntarnos qué efecto se desencadenará en la relación existente entre la infracción a una regla de obtención de prueba y la prueba obtenida como consecuencia de ello. La pregunta no es trivial:⁷⁵ si se sostiene que los cursos causales hipotéticos actúan sobre la relación causal existente entre ambos elementos, destruyéndola, ellos debieran proceder sin excepción y con independencia de la gravedad de la infracción cometida. Así, a falta de requisitos necesarios para configurar un caso de ilicitud probatoria, la prueba cuestionada debiera así ser siempre valorada. Cuando, por el contrario, se acepta que los cursos causales hipotéticos actúan sobre una dimensión normativa, resulta posible aceptar límites a su aplicación recurriendo a criterios que permitan efectuar una correcta ponderación de intereses en un caso concreto.

En primer lugar, en Alemania, algunos autores⁷⁶ y cierta jurisprudencia⁷⁷, así como una parte de la jurisprudencia estadounidense,⁷⁸ han sostenido que en aquellos casos en los cuales los agentes persecutores podrían hipotéticamente haber obtenido un medio de prueba cuya obtención resulta contraria a derecho, no podría hablarse más de la existencia de un vínculo de causalidad entre la obtención de un conocimiento probatorio y una infracción de reglas de obtención de prueba. Así, el efecto que los cursos causales hipotéticos generarían sería el de “subsana” dicho vínculo causal, de modo tal que la obtención del medio de prueba cuestionado no se vincularía más a una infracción de ley.

⁷³ CORREA (2019), p. 300.

⁷⁴ Al respecto: CORREA (2021), pp. 656 y ss.

⁷⁵ En contra KNOLL (1992), p. 111, para quien la pregunta solo tiene un sentido terminológico de escasa relevancia.

⁷⁶ Entre otros KLUG (1966), Tomo II, pp. F 39; F 46 s.; SENDLER (1956), p. 49; WELP (1974), p. 70; SCHÖNEBORN (1975), p. 38, nota al pie 40.

⁷⁷ OLG Köln NJW 1216 (1217).

⁷⁸ El factor de descubrimiento inevitable “permite al gobierno eliminar la mancha de una fruta que de otro modo estaría envenenada”, estableciendo que el acto ilícito del que resultó no fue una condición *sine qua non* de su descubrimiento. Véase *U.S. v. Griffin*, 502 S.2d 959, 960 (6th Cir. 1974).

Igualmente, la opinión mayoritaria en la doctrina chilena sostiene al respecto que los cursos causales hipotéticos actúan en la relación causal existente entre una infracción a una regla procedimental que afecta una garantía y la obtención de prueba. Así, para López y Cerda un descubrimiento inevitable genera una ruptura de dicho vínculo causal.⁷⁹ De un modo similar, Chahuán vincula un descubrimiento inevitable con la ausencia de causalidad.⁸⁰

Siguiendo esta línea, la Corte Suprema chilena sostuvo en la ya citada causa rol 14.781-15 que los cursos causales hipotéticos generan un efecto en el plano causal de la relación ya mencionada: “(...) conforme a esta doctrina (...) se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original (en este caso y en el norteamericano, una declaración ilegalmente obtenida) y el hallazgo posterior, que deviene por tanto, en inevitable y lícito (...)”. Igualmente, en la sentencia rol 3029-17 la Corte Suprema sostiene la misma idea, al señalar que el efecto de la excepción del descubrimiento inevitable consiste en que “diluye el vínculo entre la supuesta infracción y el hallazgo de la evidencia incriminatoria. Conforme a esta doctrina, puede afirmarse que existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto, en inevitable y lícito.”⁸¹

Estimo que dicha interpretación no es correcta. En los casos en los cuales operan los cursos causales hipotéticos no puede hablarse de una ausencia —por medio de la subsanación de un vicio— del vínculo causal.⁸² En efecto, los cursos causales hipotéticos no resultan idóneos para eliminar dicha relación, pues la prueba ya ha sido obtenida mediante un procedimiento ilícito.⁸³ Así, a pesar de la presencia jurídicamente acreditada de cursos causales hipotéticos, la relación causal viciada que dio origen a la obtención del medio de prueba cuestionado, subsistirá.⁸⁴

En síntesis, los cursos causales hipotéticos actúan en un plano normativo de la relación existente entre una obtención de prueba y una actuación policial contraria a derecho⁸⁵: su efecto es un problema de calidad o de apreciación de la relación causal, más no de su existencia.⁸⁶ De este modo, cuando se constata la presencia de cursos causales hipotéticos,

⁷⁹ CERDA (2010), p. 159; LÓPEZ (2004), pp. 220 y ss.

⁸⁰ CHAHUAN (2009), p. 263.

⁸¹ En el mismo sentido, Corte Suprema rol 8332-18.

⁸² En este sentido, BEULKE (1991), pp. 660, 676 y ss.; GODENZI (2008), p. 270; HARRIS (1991), p. 322; HERDEGEN (1989), p. 121; JÄGER (2008), pp. 121 y 231; KELNHOFER (1994), p. 100; KNOLL (1992), p. 110, nota al pie 36; PELZ (1993), p. 48; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; REINECKE (1990), p. 205; ROGALL (1988), p. 390; SCHLÜCHTER (1984), p. 519; SCHRÖDER, (1992), p. 77.

⁸³ Véase GODENZI (2008), p. 271; KELNHOFER (1994), p. 100; PELZ (1993), p. 48; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; SCHRÖDER, (1992), p. 77; WOHLERS (2008), pp. 324; WOHLERS (1990), p. 246.

⁸⁴ En este sentido SCHRÖDER (1992), p. 77; WOHLERS (2008), p. 324.

⁸⁵ En este sentido CORREA (2019), pp. 286 y ss.; FEZER (1991), p. 87; HERDEGEN (1989), p. 121; JÄGER (2008), p. 121; KELNHOFER (1994), p. 178; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; REINECKE (1990), pp. 206 ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 495; SCHLÜCHTER (1984), p. 519; SCHLÜCHTER (1984), número al margen 4.1. Crítico al respecto: WOHLERS (2008), pp. 324 y ss. Respecto a la prueba ilícita obtenida por particulares: GODENZI (2008), pp. 280 y ss.

⁸⁶ CORREA (2019), pp. 286; SCHLÜCHTER (1984), p. 490.

se enerva la relación normativa citada, haciendo finalmente posible la valoración del medio de prueba cuestionado.⁸⁷

6. Límites

Si entendemos la excepción del descubrimiento inevitable como un problema normativo y no causal, su procedencia para el tratamiento de la prueba ilícitamente obtenida no debe necesariamente considerarse como una regla de procedencia ilimitada. Por los riesgos que su aplicación encierra, y tal como sucede en Estados Unidos y Alemania, su ámbito de actuación debiera limitarse a ciertos errores de escasa entidad cometidos por órganos persecutores al momento de obtener material probatorio, dejando fuera de su alcance infracciones graves.⁸⁸ Así, en los Estados Unidos, se ha sostenido que el reconocimiento de la excepción del descubrimiento inevitable lleva implícito el riesgo de elusión de la autorización judicial, necesaria para llevar a cabo ciertas diligencias de investigación por parte de la policía. En este sentido, como la Corte de Apelaciones del 6° Distrito ha señalado⁸⁹, la policía no debe ingresar a un recinto cerrado sin la debida autorización judicial aun cuando los órganos persecutores cuenten con una causa probable u otro motivo que los podría haber autorizado a ingresar debidamente. Igualmente, se ha sostenido en dicho sistema que la excepción no debe emplearse cuando la policía ha actuado de mala fe, esto es, a sabiendas de la ilicitud y con el solo fin de agilizar la obtención de un medio de prueba sin cumplir con los requisitos para ello.⁹⁰

En la literatura alemana existen múltiples voces que excluyen la aplicación de los cursos causales hipotéticos como mecanismos de saneamiento en casos de infracciones graves a garantías fundamentales cometidas por los órganos persecutores. Así, una primera limitación a su procedencia dice relación con los casos de vulneraciones a las autorizaciones emanadas de una autoridad judicial, como requisito para ordenar la realización de diligencias investigativas.⁹¹ En este sentido, la jurisprudencia de dicho país ha desestimado la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable frente a una vulneración del mandato de autorización judicial, o bien, en aquellos casos en los cuales se han infringido por parte de las policías los requisitos que permiten la constatación de una situación de flagrancia.⁹² De este modo, se ha sostenido que en caso de aceptar la procedencia de cursos causales hipotéticos respecto de contravenciones conscientes del mandato de autorización legal, la

⁸⁷ HERDEGEN (1989), pp. 118 y ss.; KELNHOFER (1994), p. 101; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; SCHLÜCHTER (1984), pp. 490 y ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 520. En Chile: CORREA (2016), p. 167; HERNÁNDEZ (2002), p. 81.

⁸⁸ Véase EISENBERG (2015), número al margen 409; PAUL (2013), p. 494; PELZ (1993), pp. 156 ss; ROGALL (1988), número al margen 123; ROGALL (1988), p. 391; THIELE (2004), p. 126; SK- WOLTER (1994), número al margen 207; WOLTER (1990), p. 778.

⁸⁹ U.S. v. Griffin 502 S. 2d 959, 961 (6th Cir 1974).

⁹⁰ Véase: LAFAVE y ISRAEL y KING (2008), p. 513.

⁹¹ En este sentido: BEULKE (2008), p. 660; ENGLÄNDER y VOLK (2013), número al margen 14; LANDAU y SANDER (1998), p. 402; MOSBACHER (2007), p. 3687; PELZ (1993), p. 168 y ss.; RANSIEK (2007), p. 437; ROGALL (2016), número al margen 122; ROGALL (1988), p. 391; BEULKE (2009), p. 52; THIELE (2004), p. 126; WEILER (2002), p. 418.

⁹² Véase: BGHSt 51, 285 (295 s.); BGH NStZ 2012, 104 (105); OLG Koblenz NStZ 2002, 660 (661); LG Heilbronn StV 2005, 380 (382); LG Darmstadt StV 1993, 573 (574). AG Tiergarten StV 2003 663 (664).

subsistencia de las reglas de distribución de competencias se vería vulnerada, deviniendo en reglas carentes de sentido.⁹³

Del mismo modo, parte importante de la doctrina alemana excluye la procedencia de cursos causales hipotéticos como remedios procesales en casos especialmente graves. A saber, cuando los policías han actuado con negligencia grave en la desatención de preceptos procesales, o respecto de infracciones conscientes o dolosas cometidas por éstos; en casos en los cuales una medida intrusiva ha sido llevada a cabo sin la debida autorización judicial; cuando los órganos persecutores han vulnerado el núcleo fundamental de una garantía constitucional; cuando el ataque tenía por objetivo vulnerar garantías del imputado o privarlo del goce de éstas, o bien, cuando el derecho a un debido proceso se vea lesionado.⁹⁴

En Chile, la jurisprudencia no ha establecido restricciones o límites a la procedencia de la excepción del descubrimiento inevitable. Por el contrario, la Corte Suprema, en sentencia rol 11.767-13 acogió la excepción en el caso de ausencia de una autorización judicial para llevar a cabo una diligencia de entrada y registro. En cuanto a los hechos, la policía había encontrado evidencia material incriminatoria en un domicilio, al cual había accedido sin estar premunidos de la debida autorización judicial, evidencia que más tarde sirvió para fundar la condena del acusado. Al analizar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, el tribunal señaló que en la especie resulta posible constatar la presencia de un descubrimiento inevitable, pues en cualquier momento un juez podría haber autorizado la realización de la diligencia investigativa cuestionada. De este modo, al haberse podido obtener la debida autorización judicial y con ello los elementos de prueba cuestionados, se podría haber llegado a la misma conclusión probatoria. Del mismo modo, en la sentencia rol 96.789-21 la Corte Suprema reconoció la aplicación de la mentada excepción respecto de un ingreso a un recinto particular no autorizado, sosteniendo en lo medular que “el permiso para el ingreso al domicilio ya estaba siendo solicitado por el fiscal al juez competente (...) lo que hacía esperable un ingreso inmediato (...)”.

En la literatura, Hernández ha sostenido que en aquellos casos en los cuales la infracción denunciada consista en una omisión de la debida autorización judicial, no resultará posible hacer uso de cursos causales hipotéticos como excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Incluso, en aquellos casos en los cuales sería posible reemplazar una autorización judicial omitida por una hipótesis, los requisitos establecidos por el legislador para autorizar una afectación de garantías en el proceso penal quedarían sin contenido alguno.⁹⁵

Tal como sucede en los ordenamientos jurídicos analizados precedentemente, en Chile el reconocimiento de cursos causales hipotéticos no puede regir sin limitaciones.⁹⁶ En efecto, la legitimidad de una decisión que considera un saneamiento de un vicio procesal grave por

⁹³ BGHSt 51, 285 (295 s.); BGH NStZ 2012, 104 (105). Igualmente: OLG Dresden NJW 2009, 2151; OLG Hamburg NJW 2008, 2597. En la literatura: BEULKE (2008), p. 660; ENGLÄNDER y VOLK (2013), p. § 28, Número al margen 14; JÄGER (2008), p. 959; MOSBACHER (2007), p. 3687; RANSIEK (2007), p. 437; ROGALL (1988), p. 391; WEILER (2002), p. 418.

⁹⁴ MEURER (1990), p. 391 y ss.; OSSENBERG (2011), p. 73; PELZ (1993), p. 179 ss.; ROGALL (2016), número al margen 122; ROGALL (1988), p. 392; ROXIN (1989), p. 379.

⁹⁵ HERNÁNDEZ (2002), p. 83.

⁹⁶ CORREA (2019), pp. 301 y s.

medio del recurso a cursos causales hipotéticos resulta cuestionable. Tal como sucede con los motivos absolutos de nulidad, existentes en el proceso penal alemán (§338 StPO) y el chileno (artículo 374 CPP), no existirá en estos casos lugar a consideraciones hipotéticas pues, atendida la especial gravedad que revisten causales que dan lugar a dicha nulidad, se impone siempre la necesidad de acoger el recurso. De lo contrario, tal como sucede con la ilicitud probatoria, podría ponerse en entredicho la legitimidad del proceso penal mismo.⁹⁷ Así, aquellos reproches en contra del uso de estos cursos causales, que alertan sobre el peligro de elusión de garantías y la pérdida de eficacia de las reglas que regulan aspectos esenciales del proceso penal (especialmente en lo referido a aquellas infracciones especialmente graves), deben ser atendidos.

En síntesis, una consideración a cursos causales hipotéticos no puede seguirse sin restricciones, sino que se encuentra limitada en aquellos casos en los cuales las consideraciones referidas a la gravedad de la infracción cometida así lo exigieren,⁹⁸ limitándose su alcance exclusivamente a casos de vulneraciones de escasa entidad.⁹⁹

7. El contenido material de las hipótesis conforme a derecho

Para una adecuada determinación de los presupuestos de aplicación de la excepción objeto de este estudio, resulta necesario determinar cuáles son los requisitos que para ello se deben satisfacer. Esta pregunta se refiere fundamentalmente al examen del contenido de los cursos causales hipotéticos, esto es al qué “debió haberse obtenido” por medio de éstos. Como veremos, mientras más concreto sea el objeto de los cursos causales hipotéticos, más reducido será su campo de aplicación.

En la literatura y la jurisprudencia alemana, no existen posturas uniformes.¹⁰⁰ Así, algunos autores y sentencias exigen que los cursos causales hipotéticos tengan por objeto la obtención conforme a derecho del mismo medio de prueba específico cuya valoración se discute.¹⁰¹ Otros autores se conforman con la obtención hipotética de un resultado probatorio más o menos indeterminado,¹⁰² o incluso, se ha exigido únicamente un curso causal que “hubiere llevado igualmente a la condena del imputado”.¹⁰³

Al respecto, aquellas voces que, de manera laxa, buscan que los cursos causales hipotéticos permitan la obtención de prueba (cualquiera) que hubiere permitido la condena del imputado,

⁹⁷ Véase: BGHSt 51, 285 (290).

⁹⁸ ROGALL (2016), número al margen 123; THIELE (2004), p. 126.

⁹⁹ En el mismo sentido HOFMANN (1992), p. 589.

¹⁰⁰ En la literatura, véase GODENZI (2008), p. 294.

¹⁰¹ AMELUNG (2001), p. 1262; ENGLÄNDER (2013), número al margen 261; HARRIS (1991), p. 322; KELNHOFER (1994), pp. 267 y ss.; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; WOHLERS (1990), p. 246. En la jurisprudencia: BGHSt 24, 125 (130); 34, 39 (53); BGH NStZ 2002, 660 (661); 2004, 449 (450).

¹⁰² ENGLÄNDER y VOLK (2013), número al margen 14; HARTMANN y SCHMIDT (2012), número al margen 1134; PAULUS (1990), § 244 número al margen 517; OTTO (1970), p. 292, Fn. 22; ROGALL (2016), número al margen 121; ROGALL (1988), p. 392; SCHLÜCHTER (1966), p. 1538, para quien da igual si se trata del mismo elemento de prueba, o resultado probatorio. En la jurisprudencia: BGH NStZ 1997, 294 (295).

¹⁰³ WOLTER (1984), p. 277. De todos modos, en una publicación más reciente (WOLTER (2000), p. 996) dicho autor ha modificado su postura inicial, señalando ahora que el medio de prueba constituye el objeto de los cursos causales hipotéticos. En la jurisprudencia: BGHSt 32, 68 (71).

olvidan que la pregunta relevante dice relación con la valoración o no de un elemento concreto de prueba y no se vincula, al menos directamente, con la culpabilidad del imputado,¹⁰⁴ pues esta se puede sustentar en medios de prueba distintos a los cuestionados. Igualmente, en contra de quienes identifican el objeto de los cursos causales hipotéticos con un resultado probatorio, pueden esgrimirse los mismos reproches: mediante dicho razonamiento se permitiría el reemplazo de un medio de prueba cuestionado por otro, distinto, ampliando indebidamente el campo de aplicación de este mecanismo.¹⁰⁵ Así, la construcción de la hipótesis debe relacionarse con un vicio que se vincula con la obtención contraria a derecho de un medio de prueba específico.¹⁰⁶ Partiendo de dicha premisa, el objeto de los cursos causales hipotéticos deberá referirse necesariamente a un medio de prueba concreto, cual es, el mismo que fue efectivamente obtenido y en las mismas condiciones en que lo fue.

Ahora bien, exigir como objeto de la hipótesis la obtención de un determinado medio de prueba no significa que éste deba ser absolutamente idéntico al realmente obtenido: desde luego, atendido su carácter hipotético, ello resultará imposible de determinar con exactitud.¹⁰⁷ Dado que una coincidencia plena no puede ser exigible, lo que resulta relevante será que ambos medios de prueba puedan ser valorados del mismo modo por un tribunal. A este respecto, por ejemplo, si el medio de prueba efectivamente obtenido de manera ilícita corresponde a un cadáver encontrado a cierta hora de la mañana, existirá un lapso que puede ser más o menos largo según cuales sean las condiciones del lugar, en el cual una obtención hipotética de dicho medio de prueba temporalmente posterior a la obtención acaecida no debiera incidir mayormente en la valoración, a pesar de los cambios biológicos que pudieran sucederse. Desde luego, el panorama será distinto si el cuerpo sólo podría haber sido hallado en condiciones tales que su análisis resultare imposible atendido su estado de descomposición.¹⁰⁸ Por último, respecto de ciertos medios de prueba no personales, por ejemplo, la prueba documental, el contenido mismo del medio de prueba obtenido y del hipotético debieran ser, al menos por regla general, idénticos.

8. Construyendo los cursos causales hipotéticos: ¿hipótesis concretas o abstractas?

Una pregunta esencial en la discusión aquí tratada dice relación con la conformación concreta o abstracta con que los cursos causales hipotéticos deben estructurarse. Así, ¿basta solo un razonamiento genérico de realización de una actuación conforme a la ley para configurar una obtención probatoria conforme a derecho (construcción abstracta)? O bien, ¿será necesario que los órganos persecutores hubieran obtenido el medio de prueba cuestionado por medio

¹⁰⁴ Acertadamente: GODENZI (2008), p. 298; GRÜNWALD (1966), pp. 495 y 501; KELNHOFER (1994), pp. 267 y ss.; PELZ (1993), pp. 146 y ss.; PITSCH (2009), p. 285; REICHERT-HAMMERR (1989), p. 450; SCHLÜCHTER (1984), pp. 520; SCHRÖDER, (1992), pp. 75 y ss.; WOLTER, (1984), p. 996.

¹⁰⁵ Véase KELNHOFER (1994), p. 269.

¹⁰⁶ Véase KELNHOFER (1994), p. 267.

¹⁰⁷ Dicho requisito sería, como SCHÖNEBORN (1975), p. 38, nota al pie 40) acertadamente lo ha notado, solo excepcionalmente aplicable. En otros medios de prueba los resultados pudieran variar en espacios muy reducidos de tiempo, por ejemplo, la concentración de alcohol respecto de una muestra de sangre.

¹⁰⁸ Dicho requisito pareciera ser problemático en la referida causa rol 14.781-15, atendido lo expuesto por la recurrente al sostener que el pretendido hallazgo hipotético del cadáver en las mismas condiciones hubiera sido imposible atendido el estado de putrefacción del cuerpo.

de un procedimiento específico, acreditable, llevado a cabo de conformidad al ordenamiento jurídico (construcción concreta)?¹⁰⁹

En Alemania, donde el tema ha sido ampliamente debatido, algunos autores,¹¹⁰ así como la mayoría de la jurisprudencia,¹¹¹ se han conformado con aceptar una mera construcción abstracta de las hipótesis. De este modo, para dar lugar a la excepción del descubrimiento inevitable, se requerirá de una simple sujeción a lo dispuesto de manera general por la legislación, sin considerar si el medio de prueba, bajo las circunstancias concretas que rodean el caso, podría efectivamente haber sido obtenido lícitamente. Paradigmático en este sentido, es el ya referido caso del “asistente del médico”,¹¹² en el cual el BGH aceptó valorar un medio de prueba erróneamente obtenido (la muestra de sangre tomada por una persona no autorizada a ello por la ley), al sostener que la evidencia podría haber sido siempre obtenida por un médico de conformidad a la legislación vigente. Curiosamente, para llegar a dicha conclusión el tribunal no analizó si existían médicos en las proximidades del lugar donde se obtuvo la muestra y que hubiesen podido recolectar la sangre conforme a derecho. De un modo similar, en el ya mencionado caso Weimar, el BHG defendió una construcción abstracta de las hipótesis al entender que la valoración de la prueba obtenida como consecuencia de una entrada y registro no autorizada resulta procedente pues los órganos persecutores en cualquier momento podrían haber obtenido una autorización judicial para ingresar al recinto cerrado.¹¹³ En esta oportunidad, el BGH no analizó si un juez específico, en base a las circunstancias del caso concreto, hubiera autorizado la diligencia, sino únicamente si un juez cualquiera cuenta con las facultades suficientes como para autorizar conforme dicho procedimiento,¹¹⁴ lo cual resulta una obviedad.

Por el contrario, la doctrina ampliamente mayoritaria¹¹⁵ ha exigido una configuración concreta de los cursos causales hipotéticos, esto es, aquella sustentada en elementos probatorios constatables y cuya existencia conste en actas. Del mismo modo, en la jurisprudencia, el OLG de Colonia defendió una construcción concreta de los cursos causales hipotéticos como presupuesto de su aplicación.¹¹⁶ Dado que en el caso resuelto no existía

¹⁰⁹ Véase CORREA (2019), pp. 290 y ss.; GODENZI (2008), pp. 300 y ss.; PELZ (1993), pp. 146 y ss.; SCHRÖDER, (1992), pp. 111 y s.

¹¹⁰ HALLER y CONZEN (2008), número al margen 573; JESCHECK (1966), p. 1538; PETERS (1966), p. 101.

¹¹¹ BGHSt 24, 125 (130); 44, 243 (250); 48, 240 (249); BGH NStZ 1989, 375 (376); 1997, 294 (295); 2004, 449 (450); BGH NJW 2003, 2034 (2035 s.); OLG Celle NStZ 1989, 385 (385 s.); OLG Zweibrücken NJW 1994, 810 (811); OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 246. En relación con el efecto reflejo de la prueba ilícita: BGHSt 32, 68 (71); 34, 362 (365); OLG Oldenburg NStZ 1995, 412.

¹¹² BGHSt 24, 125 (130).

¹¹³ BGH NStZ 1989, 375 (376).

¹¹⁴ En el mismo sentido: OLG Zweibrücken NJW 1994, 810 (811); BGHSt 32, 68 (71) y BGHSt 34, 362 (365).

¹¹⁵ En este sentido: GUNDLACH (1992), número al margen 85; AMELUNG (2001), p. 1262; BEULKE (2008), p. 661; BEULKE (1991), pp. 674-676; FEZER (2003), p. 629 y ss.; FEZER (1991), p. 87; GÖSSEL (1998), p. 129 y s.; GRÜNWALD (1993), p. 161; GRÜNWALD (1966), p. 496; HARRIS (1991), p. 322; HERDEGEN (1989), p. 121; HOFMANN (1992), p. 589; KELNHOFER (1994), pp. 267 ss. y 276 ss.; KNOLL (1992), p. 116; MEYER-GOßNER y SCHMITT (2016), número al margen 57 c; OSSENBERG (2011), pp. 71 y 188; PELZ (1993), p. 148; PITSCHE (2009), p. 286; ROGALL (2016), número al margen 121; ROGALL (1988), p. 392; ROXIN (1989), p. 379; SCHLÜCHTER (1984), p. 519; SCHRÖDER, (1992), p. 113; THIELE (2004), p. 125; WELP (1974), p. 217; WOHLERS (1990), p. 246; WOLTER (1984), p. 1162, nota al pie 54.

¹¹⁶ OLG Köln NJW 1979, 1217.

respaldo alguno para sustentar la presencia de una hipótesis de obtención probatoria alternativa conforme a derecho, dicho tribunal reconoció una prohibición de valoración del medio de prueba cuestionado.

En la literatura chilena, de manera indirecta, Hernández pareciera inclinarse por una construcción concreta de las hipótesis al sostener que los cursos causales conforme a derecho debieran sustentarse en elementos ya existentes al momento en que la conducta antijurídica tuvo lugar.¹¹⁷ Del mismo modo, la Corte Suprema —en al menos dos oportunidades— ha exigido una construcción concreta de los cursos causales hipotéticos por medio del recurso a los elementos de prueba específicos que permiten justificar una obtención probatoria hipotética conforme a derecho.¹¹⁸

A pesar de ello, en muchas de sus decisiones, el máximo tribunal chileno ha sustentado la configuración de cursos causales hipotéticos en base a una construcción meramente abstracta. Así, en la sentencia rol 11.767-13 la Corte Suprema acogió la excepción del descubrimiento inevitable en lo referido a una entrada y registro efectuado sin la debida autorización judicial, argumentando que dicha orden podría haber sido emitida por cualquier tribunal, en cualquier momento. Igualmente, en un caso seguido por el delito de homicidio (rol 3828-14) se aceptó la valoración del arma obtenida como consecuencia de una declaración del imputado ilícitamente recabada. Para sustentar dicha conclusión, el máximo tribunal argumentó (en sintonía con la posición del tribunal oral), que los medios de prueba cuestionados (el arma y la munición obtenidas desde el domicilio del imputado, así como el respectivo peritaje recaído en éstos) pueden ser valorados en tanto que dichos medios de prueba “hubiesen sido –inevitadamente- obtenidos en el curso normal de la investigación, a consecuencia de otros medios probatorios”.¹¹⁹

Del mismo modo, la Corte Suprema sostuvo en causa rol 3029-17 que, a pesar de la obtención de prueba realizada de manera ilícita, “de todas formas la Fiscalía habría realizado o instruido realizar dicha diligencia (...) durante el curso de la investigación, por lo que los policías no hacen sino adelantarse (...) a una diligencia que necesariamente debía ejecutarse más adelante”. Por ello, concluye el máximo tribunal, la investigación conduciría de todas formas a la ubicación de los otros afectados y a la obtención de sus declaraciones y reconocimiento del acusado. Del mismo modo, en la sentencia rol 19.218-19 la Corte Suprema descarta cualquier vicio cometido por órganos persecutores al momento de obtener una muestra de fluidos bucales del imputado, al sostener que dicha diligencia “aun de no haber sido ordenada explícitamente, sin lugar a dudas habría sido igualmente decretada por la Fiscal instructora”. En la sentencia rol 5816-19 sustentó nuevamente el máximo tribunal la excepción del vínculo atenuado en base a una construcción abstracta, al afirmar que la violación al derecho a guardar silencio perpetrada por los órganos persecutores, “carece de sustancialidad en la especie, desde que el Fiscal a cargo ya había instruido a los policías registrar el inmueble, a lo que accedió el acusado, lo que, por consiguiente, de todas formas conduciría al hallazgo

¹¹⁷ HERNÁNDEZ (2002), p. 82.

¹¹⁸ Corte Suprema, roles 11.767-13 y 14.781-15.

¹¹⁹ En el voto disidente de los ministros Künsemüller y Brito en sentencia Corte Suprema Rol 3828-14 se señala “(...) para que la tesis denominada “descubrimiento inevitable” es necesario estar frente a una hipótesis sobre probabilidad de que ese mismo dato, el arma y las municiones en el caso de autos, de todos modos - inevitablemente- sería obtenido a través de una actividad regular y lícita”.

del resto de la droga (...). Igualmente, en sentencia rol 14.317-21 el máximo tribunal valida nuevamente una obtención probatoria abstracta el sostener que el registro del teléfono celular del imputado, al cual la madre de la víctima habría accedido sin autorización, podría haberse realizado lícitamente toda vez que cabría esperar que el acceso al celular se habría producido “igual y necesariamente al poco tiempo”.¹²⁰

Al respecto, cabe considerar que una construcción abstracta de los cursos causales hipotéticos conducirá a resultados no diferenciados. Estadísticamente hablando, los cursos causales contruidos de esta manera conducirán, en la inmensa mayoría de los casos (especialmente cuando el vicio se funde en una ausencia de autorización judicial para llevar a cabo una diligencia de prueba) a una inclusión y valoración de la prueba cuestionada, y con ello, a la falta de sanción de un vicio procesal.¹²¹ En muy pocos casos, una construcción abstracta de la hipótesis en caso de lesión de ciertos derechos del imputado (por ejemplo, el derecho a no ser sometido a técnicas prohibidas de interrogatorio) conducirá a una exclusión de prueba. En efecto, en aquellos casos en los cuales se hubieren respetado los derechos antes indicados, el medio de prueba cuestionado no habría podido ser obtenido lícitamente (básicamente, “sin engaño no habría confesión”).¹²²

La idea consistente en que la mera existencia de una posibilidad legalmente reconocida de haber podido obrar conforme a derecho, propia de una construcción abstracta de la excepción, ha sido objeto de intensas críticas por parte de la doctrina alemana.¹²³ En Chile, Rodríguez ha criticado recientemente dicha construcción abstracta de los cursos causales hipotéticos al señalar —acertadamente— que estos constituyen “una equivocada extensión de la excepción (...) por cuanto en estos casos no hay un curso legítimo en marcha que se interrumpa por la actuación ilegal, sino solo la actuación ilegal y lo primero es únicamente una especulación o conjetura.”¹²⁴ En efecto, los cursos causales hipotéticos abstractamente configurados representan solo una ilusión de obtención, al no contar con antecedentes fácticos que les den sustento,¹²⁵ operando sin justificación alguna, como verdaderas presunciones en contra del imputado. En tanto dichas construcciones se sustentan en una aplicación abstracta y descontextualizada de los requisitos establecidos en la ley para la obtención de prueba, las posibilidades de destruir tal presunción por parte de la defensa, por medio de una prueba de lo contrario, se reducen a cero, transformándolas en verdaderas presunciones irrevocables,¹²⁶ poniendo consecuentemente en entredicho la presunción de inocencia.¹²⁷

¹²⁰ Crítico al respecto, RODRIGUEZ (2022), p. 133.

¹²¹ Acertadamente ROGALL (2016), número al margen 121.

¹²² En el mismo sentido OLG Oldenburg NSStZ 1995, 412: “(...) en caso de que el imputado hubiese sido informado de sus derechos por parte de los órganos persecutores, y a partir de ello hubiese decidido guardar silencio para no auto incriminarse, atendida la naturaleza y escasa relevancia del hecho punible, no se hubiesen llevado a cabo más diligencias investigatorias en su contra (...)”.

¹²³ Excepcionalmente: HALLER y CONZEN (2008), número al margen 573. Crítico al respecto, entre otros: SCHRÖDER, (1992), pp. 113 y ss. Véase además: BEULKE (1991), p. 673 ss.

¹²⁴ RODRIGUEZ (2022), p. 134.

¹²⁵ FEZER (2003), p. 630; SCHRÖDER, (1992), p. 113.

¹²⁶ Véase CORREA (2014), p. 125.

¹²⁷ SCHLÜCHTER (1984), p. 520. En el mismo sentido: NEUHAUS (1990), p. 1222; REICHERT-HAMMER (1989), p. 446.

Por otro lado, dicha concepción incentiva a los órganos persecutores a actuar en contra de la ley al momento de recabar material probatorio, sin arriesgar sanción alguna. Ello no solo pondría en entredicho el respeto que las policías deben profesar hacia el ordenamiento, sino que además situaría a los órganos persecutores en una mejor posición que el imputado al permitirles actuar de manera impune y con desapego a la ley.¹²⁸ En definitiva, esta concepción no permite generar los incentivos suficientes como para recabar prueba de manera correcta, fomentando vías de actuación más simples, pero contrarias a derecho.¹²⁹ Por todo lo anterior, en el derecho chileno, los cursos causales hipotéticos deberán necesariamente construirse de manera concreta.¹³⁰ De esta forma, para configurar válidamente una excepción a la exclusión de prueba deberá el juez preguntarse, en cada caso: ¿podrían los órganos persecutores, a partir de las circunstancias y los antecedentes del caso concreto haber obtenido legalmente el medio de prueba cuestionado, en las mismas condiciones en que efectivamente lo fue?¹³¹

9. Estándar de prueba aplicable para la acreditación de la excepción del descubrimiento inevitable

De acuerdo con la posición aquí defendida, la pregunta acerca del estándar de prueba necesario para tener por acreditada la presencia de un curso causal hipotético que permita finalmente admitir la prueba ilícitamente obtenida solo cobra relevancia si se considera una construcción concreta de dichos cursos causales. Si, por el contrario, se defiende una concepción abstracta de los cursos causales hipotéticos, esta pregunta resultará intrascendente: en todos los casos será posible construir dicha hipótesis con independencia de los medios de prueba disponibles en el caso concreto.

En Estados Unidos, la mayor parte de la jurisprudencia ha exigido una obtención probatoria "inminente, pero no realizada".¹³² Para esta postura, el descubrimiento hipotético deberá ser más que algo meramente especulativo.¹³³ Para concretar dicho estándar, la Corte Suprema

¹²⁸ Acertadamente PELZ (1993), pp. 147 y s.; REINECKE (1990), p. 216; SCHRÖDER, (1992), pp. 117 y s.; WOLTER (1984), p. 277. En Chile: RODRIGUEZ (2022), p. 134.

¹²⁹ GÖSSEL (1998), p. 130; FEZER (2003), p. 603; JÄGER (2008), p. 122; KELNHOFER (1994), p. 277; SCHRÖDER, (1992), p. 113.

¹³⁰ Véase CORREA (2016), p. 166.

¹³¹ Desarrollada por: OLG Koblenz NSTz 2002, 660 (661); OLG Hamm NSTz 2007, 355 (356).

¹³² Paradigmática es la sentencia del caso *Somer v. U.S.*, 138 S. 2d 790 (2d Cir. 1943) "(...) Debemos anular la orden; pero de ello no se deduce que la incautación fuera inevitablemente inválida. Posiblemente, una investigación más profunda podrá demostrar que, independientemente de lo que les dijera la esposa de Somer, los agentes habrían ido a la calle, habrían esperado a Somer y lo habrían detenido, exactamente como lo hicieron. Si pueden convencer al tribunal de esto, de modo que parezca que no necesitaban la información, la incautación puede haber sido legal (...)" *U.S. v. Mejia*, 69 S. 3d 309 (9th Cir. 1995); *U.S. v. Cabassa*, 62 S. 3d 470 (2d Cir. 1995). "La acusación debe demostrar por una preponderancia de pruebas que la información, en última instancia o inevitablemente, habría sido descubierta por medios lícitos." Véase: ISRAEL et al. (2008), p. 900; LAFAVE et al. (2009), p. 515. Véase: *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444 (1984); MAGUIRE (1964), p. 315. Indiferenciado: GOLDEN (1998), pp. 116 y ss.; KILLIAN (1982), p. 156.

¹³³ Entre otros: ALSCHULER (2008), p. 1808; HARRIS (1991), p. 317; MAGUIRE (1964), p. 317. Esta es por ejemplo la opinión del juez Brennan en *Nix v. Williams*, 467 U.S., 459 cuando sostuvo: "La excepción de descubrimiento inevitable implica necesariamente una conclusión hipotética que difiere en especie de la conclusión fáctica, que precede a la aplicación de la regla de la fuente independiente. Para garantizar que esta conclusión hipotética se limite estrictamente a las circunstancias que son funcionalmente equivalentes a una

estadounidense ha exigido para la acreditación de esta excepción el estándar de preponderancia de evidencia.¹³⁴

En la literatura y en la jurisprudencia alemana existen diversas posiciones a este respecto: desde aquellos autores que exigen certeza¹³⁵ como estándar de prueba exigible a las hipótesis, hasta la mayoría de la jurisprudencia que se inclina por una mera posibilidad de haber obtenido la prueba cuestionada, conforme a derecho.¹³⁶ La mayoría de los autores, sin embargo, defienden una postura intermedia, exigiendo algún grado de probabilidad, diferenciándose así entre quienes exigen una altísima probabilidad,¹³⁷ alta probabilidad,¹³⁸ una probabilidad rayana en la certeza,¹³⁹ o bien, la del grado de probabilidad que exige la sentencia definitiva,¹⁴⁰ de quienes defienden que la probabilidad de que la hipótesis conforme a derecho sea más probable que su inexistencia.¹⁴¹

En Chile, los pocos autores que se han pronunciado al respecto han exigido algún grado de probabilidad. Hernández ha propuesto como estándar el de la probabilidad rayana en la certeza,¹⁴² mientras que Chahuán ha requerido, que el medio de prueba podría con una alta probabilidad haber sido obtenido mediante un curso causal conforme a derecho.¹⁴³ En la jurisprudencia, existe un pronunciamiento sobre este punto en el voto concurrente del Ministro Llanos en rol 131.967-2020, en tanto sostuvo como estándar probatorio para configurar la excepción el que con “una gran probabilidad de certeza se habría obtenido el mismo resultado (...)”.

Más allá de las distintas posturas recién expuestas, la determinación del estándar de prueba exige necesariamente diferenciar entre los hechos base que permitirían sustentar la hipótesis,

fuerza independiente, y para proteger plenamente los derechos fundamentales a los que sirve la regla de exclusión, yo exigiría pruebas claras y convincentes antes de concluir que el gobierno ha cumplido con su carga de la prueba en esta cuestión.” Véase: AMBOS (2010), p. 138.

¹³⁴ Véase: AMBOS (2010), p. 138; OSSENBERG (2011), p. 108. Crítico al respecto: RODRIGUEZ (2022), pp. 131 y s. En la jurisprudencia: U.S. v. Finucan, 708 S. 2d 838, 843 (1st Cir. 1983); U.S. v. Griffin 502 S. 2d 959, 961 (6th Cir 1974); U.S. v. Allard, 634 S.2d 1182, 1186 (9th Cir. 1980); U.S. v. Hayes, 518 S.2d 675 (6th Cir. 1975); U.S. v. Coplon, 185 S. 2d 629, 640 (2d Cir. 1950); Sullivan v. U.S., 219 S. 2d 760 (D.C. Cir. 1955); Somer v. U.S., 138 S. 2d 790 (2d Cir. 1943).

¹³⁵ HARTMANN y SCHMIDT (2012), número al margen 1134; PELZ (1993), p. 153 s.; RANSIEK (2002), p. 571; SENDLER (1956), p. 49.

¹³⁶ BGHSt 32, 68 (71); 48, 240 (249); 44, 243 (250); BGH NStZ 1989, 375 (376); 1997, 294, (295); 2004, 449 (450); BGH NJW 2003, 2034 (2035 s.); OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 246; NJW 1997, 2963, (2964). Crítica: KELNHOFER (1994), pp. 288 y ss.; PELZ (1993), pp. 151 y ss.; SCHRÖDER, (1992), pp. 115 y ss.

¹³⁷ FEZER (1991), p. 87; SCHRÖDER, (1992), pp.115 y ss.; STÖRMER (1992), pp. 249 y 254.

¹³⁸ ENGLÄNDER (2013), número al margen 261; HERDEGEN (1990), p. 517; HERDEGEN (1989), p. 121; HOFMANN (1992), p. 589; KÜPPER (1990), p. 423; REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; ROGALL (2016), número al margen 124; ROGALL (1988), p. 392; SCHRÖDER, (1992), pp. 121 y ss.; STÖRMER (1992), pp. 249-254; WOLTER (1984), p. 277.

¹³⁹ JÄGER (2008), p. 494; JÄGER (2003), p. 230; KELNHOFER (1994), p. 292 y ss.; ROXIN (1989), p. 379. Confuso: KNOLL (1992), p. 121. En la jurisprudencia: BayObLG NJW 1997, 3454 (3455).

¹⁴⁰ BEULKE (1991), pp. 670 y s.

¹⁴¹ REINECKE (1990), p. 216; SCHLÜCHTER (1966), pp. 492 y ss.; SCHLÜCHTER (1984), p. 520.

¹⁴² HERNÁNDEZ (2002), p. 82.

¹⁴³ CHAHUAN (2009), p. 263.

por un lado, y la obtención del material probatorio, por otro.¹⁴⁴ Los hechos base de la hipótesis deben estar probados con certeza y su acreditación se debe efectuar por medio de elementos de prueba disponibles en la carpeta de investigación.¹⁴⁵ En lo referido a la prueba del pronóstico, debemos considerar que la naturaleza incierta que rodea a todo curso causal hipotético, y que lo distingue inevitablemente de un curso causal consumado, impedirá exigir el mismo estándar de prueba. De todos modos, atendidos los efectos que la excepción genera, la construcción de las hipótesis deberá igualmente acreditarse en base a un alto estándar probatorio, de modo tal que una obtención de prueba ilícita no quede sin sanción por medio de una mera especulación.¹⁴⁶ el pronóstico deberá estar acreditado con una alta probabilidad.¹⁴⁷ Dicho estándar debiera aplicarse en todos los casos en los cuales resulta procedente recurrir a los cursos causales hipotéticos como un mecanismo de saneamiento de vicios procesales.

10. Presupuestos de acreditación de la excepción del descubrimiento inevitable

Para la acreditación de los presupuestos materiales de los cursos causales hipotéticos en Chile resulta aconsejable recurrir a los parámetros para ello delineados por la jurisprudencia estadounidense, país donde dicho punto ha sido ampliamente discutido. El riesgo de elusión de la ley ha hecho que algunos tribunales de Estados Unidos¹⁴⁸ sean especialmente exigentes al momento de aplicar la excepción del descubrimiento inevitable. Ejemplo de ello será la exigencia, requerida por algunas cortes, en orden a contar con un camino alternativo hipotético que deba ser completamente distinto e independiente del acto ilícito, y que deberá encontrarse en desarrollo ya al momento en que se llevó a cabo la obtención de prueba (la llamada *active pursuit rule*). De acuerdo con esta regla, el persecutor —sobre quien obviamente recae la carga de la prueba de esta excepción— deberá demostrar que los medios lícitos que harían inevitable el descubrimiento se “perseguió activamente” antes de que se produjera la conducta ilegal.¹⁴⁹ De todos modos, la aplicación de este requisito como necesario para aplicar la excepción resulta a lo menos discutible¹⁵⁰ no habiéndose hasta ahora pronunciado la Corte Suprema de los Estados Unidos ni a favor ni en contra de su aplicación.¹⁵¹ Al respecto, se puede sostener que el exigir una línea de investigación independiente y previa como requisito para la configuración de una hipótesis alternativa podría conducir a una excesiva constricción en su aplicación práctica. Así, la doctrina del

¹⁴⁴ CORREA (2016), pp. 166 y s.; EISENBERG (2015), número al margen 410; ROGALL (2016), número al margen 124; SCHRÖDER (1992), pp. 121 y s.

¹⁴⁵ CORREA (2016), pp. 166 y s.

¹⁴⁶ HARRIS (1991), p. 317.

¹⁴⁷ CORREA (2016), pp. 166 y s.; CORREA (2019), pp. 303 y ss. En la jurisprudencia: BGH NStZ 2016, 531. Véase EISENBERG (2015), número al margen 410; ROGALL (2016), número al margen 124. Este estándar de prueba se encuentra en concordancia con el denominado “preponderancia de evidencia”, propio del sistema de justicia civil de los Estados Unidos.

¹⁴⁸ En especial las Cortes del 11° y 5° circuito. Véase: U.S. v. Satterfield, 743 S.2d 827, 845 (11° Cir 1984); U.S. v. Brooking, 614 S.2d 1037, 1042 n.2 (5° Cir. 1980).

¹⁴⁹ U.S. v. Brooking, 614 S.2d 1037, 1042 (5th Cir. 1980); U.S. v. Cherry, 759 S. 2d 1196, 1205 Nr. 10 (5th Cir. 1985); U.S. v. Satterfield 743 S. 2d 827 (11th Cir. 1984). Véase: GOLDEN (1998), p. 119.

¹⁵⁰ Véase: AMBOS (2010), p. 136. Sobre el “*active pursuit*” véase: HESSLER (2000), p. 245, notas al pie 38 y 39. En contra de dicha exigencia: U.S. v. Kennedy, 61 S. 3d 494 (6th Cir. 1995); U.S. v. Ford 22 F 3d. 374 (1st Cir. 1994).

¹⁵¹ Véase: GOLDEN (1998), p. 119.

“*active pursuit*” debiera limitarse a ser considerada como suficiente, más no necesaria, para acreditar un camino alternativo lícito.¹⁵²

Como solución, algunos tribunales han creado el llamado “estándar de las circunstancias independientes” (“*independent circumstances standard*”). De acuerdo a éste, aquellos elementos que hagan inevitable el futuro descubrimiento de un medio de prueba deberán desprenderse de circunstancias distintas de aquellas que se vinculan al descubrimiento ilícito.¹⁵³

Tal como sucede con la excepción de la fuente independiente,¹⁵⁴ para la prueba de los requisitos fácticos necesarios para configurar la excepción objeto de este estudio entrarán en consideración, en primer término, requisitos de índole temporal. Como se ha sostenido en Estados Unidos, esta excepción será más sencilla de acreditar en aquellos casos en los cuales el curso causal hipotético tenga su origen en hechos que tuvieron lugar antes de que se consumare la infracción a una garantía.¹⁵⁵ Así, por ejemplo, en *Nix v. Williams* los voluntarios habían ya comenzado su búsqueda antes de que la policía interrogase al imputado sin contar con la presencia de su defensor. Con su actuar, la policía únicamente aceleró un descubrimiento que ya entonces parecía inevitable.¹⁵⁶ Al respecto, resulta aconsejable, pero no imprescindible (como algunos autores en Alemania así lo han exigido¹⁵⁷) que el curso causal hipotético tenga su sustento en antecedentes cuyo origen se sitúe con anterioridad a la infracción de ley. Ello sucederá, paradigmáticamente, en aquellos casos en los cuales la obtención hipotética no consumada tenga su origen en la actuación de particulares, distinguibles de los funcionarios a cargo del desarrollo de la investigación.¹⁵⁸

Por último, cabe mencionar aquellas situaciones en las cuales la construcción de los hechos que dan lugar a un curso causal hipotético no puede reconducirse a una operación de la policía, ni a un actuar consciente de particulares, sino a comportamientos sociales altamente predecibles. Se trata, a este respecto, de conductas concretas y recurrentes, que de acuerdo con la experiencia general de vida, debieran haber conducido al descubrimiento del medio de prueba cuestionado, con un alto grado de probabilidad¹⁵⁹. Este será el caso, por ejemplo,

¹⁵² En este sentido: HESSLER (2000), p. 256.

¹⁵³ “(...) El hecho o la probabilidad que hacen inevitable el descubrimiento surgen de circunstancias distintas de las reveladas por el propio registro ilegal.” *U.S. v. Thomas*, 955 S. 2d 207, 211 (4th Cir. 1992). Véase: *U.S. v. Boatwright*, 822 S.2d 862, 864 s. (9th Cir 1987).

¹⁵⁴ CORREA (2019), pp. 203 y ss.

¹⁵⁵ Véase: AMBOS (2010), pp. 135 y s.; HARRIS (1991), p. 317; ISRAEL *et al.* (2008), p. 888. Véase *U.S. v. Owens*, 782 S. 2d 146, 152 (10th Cir. 1986); *U.S. v. Finucan*, 708 S. 2d 838, 843 (1st Cir. 1983).

¹⁵⁶ Véase ISRAEL *et al.* (2008), p. 888.

¹⁵⁷ REICHERT-HAMMER (1989), p. 450; ROGALL (2016), número al margen 121; ROGALL (1988), p. 392. En contra: KELNHOFER (1994), pp. 281 y ss.; PELZ (1993), pp. 154 y s.; SCHRÖDER (1992), p. 122.

¹⁵⁸ En este sentido: SCHRÖDER (1992), p. 122. Ahora bien, en términos estrictos, no existe diferencia alguna —a este respecto, al menos— entre un medio de prueba que puede haber sido lícitamente obtenido por la policía, de aquel cuya obtención hipotética se vincula a las actuaciones de un tercero. Acertadamente: PELZ (1993), p. 154; REINECKE (1990), p. 212; SCHRÖDER (1992), p. 123.

¹⁵⁹ Por ello, cabe igualmente dentro del ámbito de aplicación de los cursos causales hipotéticos, aquellos casos que la obtención de un medio de prueba puede considerarse como seguro a partir de la experiencia general de vida, en lo referido a las actividades persecutorias usuales. Véase: JÄGER (2008), p. 495; JÄGER (2003), p. 227.

de un cadáver hallado en un pasaje en horas de la noche como consecuencia de una declaración ilícitamente obtenida, y que podría haber sido hallado unas pocas horas más tarde por parte del repartidor del periódico, quien día tras día recorre dicho pasaje como parte de su trabajo.

Conclusiones

El reconocimiento de la excepción del descubrimiento inevitable en el derecho chileno permite atenuar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita, dando preponderancia a una eficaz persecución penal. Su recto empleo no debiese importar un descuido por las garantías del imputado en tanto su reconocimiento impide constatar un detrimento cuantificable en la posición jurídica que este detenta en el proceso penal. Para cumplir dicho objetivo, resulta necesario: (1) limitar su aplicación solo a aquellos casos que representen infracciones de escasa entidad cometida por los órganos persecutores; (2) tener por acreditada la excepción solo en base a una construcción concreta de la hipótesis, sustentada en elementos no contaminados y que consten en los antecedentes del caso, y (3) tener por acreditada la excepción solo en caso de alcanzarse un alto estándar probatorio, tanto en la prueba de los hechos base de la presunción, como de su (eventual) resultado hipotético.

Bibliografía citada

- ALLGAYER, Peter (2010): “Verwendung und Verwertung von Zufallserkenntnissen”, en: *Wistra* (año 2010), pp. 130-133.
- ALSCHULER, Albert (2008): “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”, en: *University of Chicago Law Review* (Vol. 75), pp. 1741-1817.
- ALVARADO, Agustina (2021): *Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita. Diálogo italo-español* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- AMBOS, Kai (2010): *Beweisverwertungsverbote: Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Problem* (Berlin, Duncker & Humblot).
- AMELUNG, Knut (2001): “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten”, en: ACHENBACH, Hans; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (Berlin y otros, De Gruyter), pp. 1259-1280.
- BEULKE, Werner (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböte im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: *JURA* (año 2008), pp. 653-666.
- BEULKE, Werner (1991): “Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen”, en: *ZStW* (N° 103), pp. 657-680.
- BRADLEY, Craig M. (1985): “Beweisverböte in den USA und in Deutschland”, en: *GA* (año 1985, Tomo 99), pp. 99-113.
- BRANDSDORFER, Mark S. (1987): “Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine”, en: *Ind. L. J.* (Vol. 62, N° 4), pp. 1061-1100.
- CERDA, Rodrigo (2010): “La prueba ilícita y la regla de exclusión”, en: *Revista de la justicia penal* (N°6), pp. 159-160.
- CHAHUAN, Sabas (2009): *Manual del nuevo procedimiento penal*, 4ª ed. (Santiago, Legal Publishing Chile).
- CORREA, Carlos (2022): “La excepción del vínculo atenuado y la lectura de derechos cualificada como mecanismos de saneamiento de vicios procesales”, en: VALENZUELA, Javier; FERNÁNDEZ, Alejandro (eds.) *Temas actuales de derecho penal y procesal penal a 20 años de la reforma procesal penal* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 203-224.
- CORREA, Carlos (2021a): “Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Vol. 2, N° 43), pp. 571-586.
- CORREA, Carlos (2021b): “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 16, N° 32), pp. 644-677.
- CORREA, Carlos (2019a): “Relación causal y exclusión de prueba”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 14, N° 28), pp. 186-214.
- CORREA, Carlos (2019b): *Die Fernwirkung der Beweisverböte. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und chilenischem Strafprozessrecht* (Berlin, Peter Lang Verlag).
- CORREA, Carlos (2018): “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión –derecho estadounidense y derecho chileno”, en: *Latin American Legal Studies* (Vol. 2, año 2018), pp. 25-50.

- CORREA, Carlos (2018b): “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno —con especial referencia al Derecho alemán—”, en: *Polít. Crim.*, (Vol. 13, N° 25), pp. 144-174.
- CORREA, Carlos (2016): “Comentario de Sentencia Corte Suprema Ingreso Número 14781-2015. Efectos reflejos de la prueba obtenida mediante infracción de garantías”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época (vol. XLIII, N°1), pp. 159-176.
- CORREA, Carlos (2014): “La presunción de hecho como figura jurídica en el derecho procesal civil alemán” en: *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 20), pp. 115-125.
- DALAKOURAS, Theoharis (1988): *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre: unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot).
- DENCKER, Friedrich (1977): *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten* (Köln; München y otros: Heymann).
- DEL RIO, Carlos (2018): “El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 13, N° 25), pp. 322-349.
- DÍAZ GARCIA, Luis (2003): “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en: COLOMA, Rodrigo (coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, (Santiago, Lexis Nexis), pp. 129-161.
- EISENBERG, Ulrich (2015): *Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar*, 9ª ed. (München, C.H. Beck).
- ENGLÄNDER, Armin (2013): *Examens-Repetitorium Strafprozessrecht*, 6ª ed. (Heidelberg, Müller).
- ENGLÄNDER, Armin; VOLK, Klaus (2013): *Grundkurs StPO*, 8ª ed. (München, C.H.Beck).
- FEZER, Gerhard (2003): “Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines "Raumgesprächs"“, en: *NStZ* (año 2003), pp. 625-630.
- FEZER, Gerhard (1995): *Strafprozeßrecht*, 2ª Ed. (München: Juristischer Studienkurs).
- FEZER, Gerhard (1991): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.11.1989 - 2 StR 418/89“, en: *JR* (año 1991), pp. 85-88.
- FEZER, Gerhard (1987): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.04.1987 - 5 StR 666/86” (LG Hannover) en: *JZ* (año 1987), pp. 937-939.
- GODENZI, Grunhild (2008): *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess* (Zürich y otros, Schulthess).
- GOLDEN, Troy E. (1998): “The Inevitable Discovery Doctrine Today: The Demands of the Fourth Amendment, Nix, and Murray, and the Disagreement Among the Federal Circuits”, en: *B.Y.U. Journal of public law* (Vol. 13, N° 1), pp. 97-126.
- GÖSSEL, Karl (1998): “Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPO”, en: *NStZ* (año 1998), pp. 126-130.
- GRÜNWALD, Gerald (1966): “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, en: *JZ* (año 1966), pp. 489-501.
- GRÜNWALD, Gerald (1993): *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung* (Baden-Baden, Nomos).

- GUNDLACH, Rainer (1992): “§136a” en: WASSERMAN, Rudolf (Ed.), *Kommentar zur Strafprozessordnung in der Reihe Alternativkommentare*, Tomo II/1 (Neuwied: Luchterhand).
- HALLER, Klaus; CONZEN, Klaus (2008): *Das Strafverfahren: eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen*, 5ª ed. (Heidelberg, Müller).
- HARRIS, Kenneth (1991): “Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoctrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht”, en: *StV* (año 1991), pp. 313-322.
- HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf (2012): *Strafprozessrecht: Grundzüge des Strafverfahrens*, 4ª ed. (Grasberg bei Bremen, Dr. Rolf Verlag).
- HERDEGEN, Gerhard (1990): “Die Beruhensfrage im strafprozessualen Revisionsrecht”, en: *NStZ* (año 1990), pp. 513-519.
- HERDEGEN, Gerhard (1989): “Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten”, en: *II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltverein. Wahrheitsfindung und ihre Schranken*, (Bergisch Gladbach, Deutsches Anwaltverein), pp. 103-121.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2002): *Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado).
- HESSLER, Stephen (2000): “Establishing Inevitability Without Active Pursuit: Defending the Inevitable Discovery Exception to the Fourth Amendment Exclusionary Rule”, en: *Mich.L.Rev.* (2000), pp. 238-278.
- HOFMANN, Michael (1992): “Beweisverbote im Strafprozeß - Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote”, en: *JuS* (año 1992), pp. 587-589.
- HORVITZ, María Inés; LOPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- HÜLS, Silke (2009): “Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen“, en: *ZIS* (año 2009), pp. 160-169.
- ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R. (1995): *Criminal procedure and the constitution, leading Supreme Court cases and introductory text*, 6ª ed. (St.Paul, Minn., West Group).
- JÄGER, Christian (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag”, en: *GA* (año 2008, Tomo 155), pp. 473-499.
- JÄGER, Christian (2003): *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess* (München, C.H. Beck).
- JÄGER, Christian (2013): “Prozessuale Gesamtbetrachtungs- und Kausalüberlegungen als Erosionserscheinungen in einem justizförmigen Strafverfahren”, en: ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried y ROXIN, Claus. (Eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70.* (Berlin, Dunker & Humblot), pp. 947-962.
- JAHN, Matthias (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: *Ständigen Deputation des deutschen Juristentages* (ed.), *Verhandlungen des Siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages: Erfurt, Band I Gutachten* (München, C.H. Beck), pp. C1-C128.

- JAHN, Matthias y DALLMEYER, Jens (2005): “Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht.”, en: NStZ (año 2005), pp. 297-304.
- JONES, Luther E. Jr. (1967): “Fruit of the poisonous tree”, en: S. Tex. L. J. (Vol. 9, N° 1), pp. 17-22.
- KASPAR, Johannes (2013): “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung”, en: GA (año 2013), pp. 206-225.
- KELNHOFER, Evelyn (1994): Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote (Berlin, Duncker & Humblot).
- KILLIAN, Bobbi J. (1982): “United States v. Crews: Fruit of the Poisonous Tree - A new wrinkle?”, en: Idaho L.Rev. (Vol. 18), pp. 151-162.
- KLEINKNECHT, Theodor (1966): “Die Beweisverbote im Strafprozeß”, en: NJW (año 1966), pp. 1537-1545.
- KLUG, Ulrich (1966): “Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag“, en: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil F, Essen, (München, Deutschen Juristentages), pp. F29-F61.
- KNOLL, Dieter (1992): Die Fernwirkungen von Beweisverwertungsverböten (Augsburg, AV-Verl)
- KÜHNE, Hans-Heiner (2015): Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9ª ed. (Heidelberg y otros, Müller).
- KÜPPER, Georg (1990): “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate —Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren—”, en: JZ (año 1990), pp. 416-424.
- MAGUIRE, Robert F. (1964): “How to unpoison the fruit - the fourth amendment and the exclusionary rule”, en: J Crim Law Criminal Police Sci (año 1964), pp. 307-317.
- MEURER, Dieter (1990): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.2.1989 - 2 StR 402/88 - (BGHSt 36, 119) ”, en: JR (año 1990), pp. 389-392.
- MEYER-GÖBNER, Lutz; SCHMITT (2015): “Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen”, 58ª ed. (München, C.H.Beck)
- MOSBACHER, Andreas (2007): “Verwertungsverbot bei Durchsuchungsanordnung des Staatsanwalts”, en: NJW (año 2007), pp. 3686-3688.
- NEUHAUS, Ralf (1990): “Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten”, en: NJW (año 1990), pp. 1221-1222.
- OSMER, Jan-Dierk (1966): Der Umfang des Beweisverwertungsverbötes § 136a StPO (Tesis Doctoral, Universidad Hamburg, inédita).
- OSSENBERG, Sarah (2011): Die Fernwirkung im deutsch-U.S.- amerikanischen Vergleich: unter besonderer Berücksichtigung der Funktionen der Beweisverwertungsverböte (Hamburg, Kovač).
- OTTO, Harro (1970): “Grenzen und Tragweite der Beweisverböte im Strafverfahren”, en: GA (año 1970), pp. 289-305.
- PAUL, Tobias (2013): “Unselbständige Beweisverwertungsverböte in der Rechtsprechung”, en: NStZ (2013), pp. 489-497.
- PAULUS, Rainer (1990): “Beweisverböte als Prozeßhandlungshindernisse”, en: GEPPERT, Klaus; DEHNICKE, Diether (eds.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer (Berlin, De Gruyter), pp. 309-329.

- PELZ, Christian (1993): *Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe*, Tesis Doctoral (Universidad de München, inédito).
- PINO REYES, Octavio Alejandro (2011): “Teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita o “teoría de los frutos del árbol envenenado””, en: GJ (año 2011, N° 374), pp. 26-34.
- PITSCH, Christoph (2009): *Strafprozessuale Beweisverbote: eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik* (Hamburg, Kovač).
- RANFT, Otfried (2005): “Strafprozeßrecht: systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis”, 3ª. ed. (Stuttgart y otros, Boorberg).
- RANSIEK, Andreas (2002): “Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertungsverbot”, en: StV (año 2002), pp. 565-571.
- RANSIEK, Andreas (2007): “Anmkerung zum Urteil des BGH vom 18.4.2007 - 5 StR 546/06”, en: JR (año 2007), pp. 436-438.
- REICHERT-HAMMER, Hansjörg (1989): “Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (§136a StPO) - BHGSt 34, 362”, en: JuS (año 1989), pp. 446-450.
- REINECKE, Jan (1990): *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten* (München, VVF).
- RODRIGUEZ, Manuel (2022): *La prueba ilícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (Santiago, Rubicón).
- ROGALL, Klaus (2016): “§136a”, en: WOLTER, Jurgén (coord.), *SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK*, 5ª ed., §§94 – 136a StPO (Köln, Heymanns), tomo II, pp.1323-1394.
- ROGALL, Klaus (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböte im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: JZ (n° 17), pp. 525-526.
- ROGALL, Klaus (1979): “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverböten”, en: ZStW (Tomo 91), pp. 1-44.
- ROGALL, Klaus (1988): “Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß”, en: NStZ (Tomo 9), pp. 385-393.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd (2014): *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28ª ed. (München, Beck).
- ROXIN, Claus (1989): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.02.1989 NStV, 375, f”, en: NStZ (Año 1989), pp. 375-379.
- SARSTEDT, Werner (1966): “Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte)”, en: Comisión permanente de las jornadas alemanas de Derecho Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (München, Berlin: C.H. Beck), pp. F8- F29.
- SHELLHAMMER, Kurt (1972): “Blutentnahme durch Medizinalassistenten”, en: NJW (año 1972), pp. 319-320.
- SCHLÜCHTER, Ellen (1984): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.8.1983 - 3 StR 136/83 (BGHSt. 32, 68)”, en: JR (año 1984), pp. 517-522.
- SCHLÜCHTER, Ellen (1983): *Das Strafverfahren*, 2ª ed., (Köln, Heymanns).
- SCHLÜCHTER, Ellen (1990): “Zum normativen Zusammenhang zwischen Rechtsfehler und Urteil”, en: SCHLÜCHTER, Ellen; LAUBENTHAL, Klaus (eds.), *Recht und*

- Kriminalität: Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag (Köln, Heymanns), pp. 485-501.
- SCHMIDT, Eberhard (1970): “Ärztliche Mitwirkung bei Untersuchungen und Eingriffen nach StPO §§ 81a und 81c”, en: MDR (año 1970), pp. 461-465.
- SCHNEIDER, Hartmut (2009): “Zur Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe in Fällen grob fehlerhafter Annahme von Gefahr im Verzug bei Wohnungsdurchsuchungen”, en: NStZ, Sonderheft (año 2009), pp. 46-52.
- SCHÖNEBORN, Christian (1975): “Die strafprozessuale Beweisverwertungsproblematik aus revisionsrechtlicher Sicht”, en: GA (año 1975, Tomo 122), pp. 31-41.
- SCHRÖDER, Svenja (1992): Beweisverwertungsverbote und Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß (Berlin, Duncker & Humblot).
- SENDLER, Horst (1956): Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts (Diss. Freie Universität Berlin, inédito).
- SINGELNSTEIN, Tobias (2008): “Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverböten. Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckentfremdender Nutzung personenbezogener Daten im Strafverfahren seit dem 1. Januar 2008”, en: ZStW 120 (año 2008), pp. 854-893.
- STÖRMER, Rainer (1992): Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverböte: eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverböte unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts (Marburg: Elwert).
- THIELE, Hans (2004): “Die Bedrohung prozessualer Freiheit durch materielles Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel der §§ 264a, 265b StGB”, en: Wistra (año 2004), pp. 121-126.
- WEILER, Edgar (2002): “Beweissichernde Durchsuchung und die Folgen von Verfahrensfehlern”, en: GRAUL, Eva y WOLF, Gerhard (Eds.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer (Berlin: De Gruyter), pp. 395-420.
- WELP, Jürgen (1981): “Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung”, en: JURA (año 1981), pp. 472-484.
- WELP, Jürgen (1974): Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Heidelberg, Winter).
- WOHLERS, Wolfgang (2008): “Kernbereichsmystik im Strafverfahren”, en: WESSLAU, Edda; WOHLERS, Wolfgang (Eds.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag (Berlin, De Gruyter), pp. 311-329.
- WOHLERS, Wolfgang (1990): “Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle v. 14.3.1989 - 1 Ss 41/89, NStZ 1990 (Abgedruckt mit Sachverhalt und Gründen in NStZ (1989, 385)”, en: NStZ 1990, pp. 245-246.
- WOLTER, Jürgen (1984): “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.08.1983 NStZ 1984, 275 ff.”, en: NStZ t. 6 (1984), pp. 276-278.
- WOLTER, Jürgen (1990): “Verwertungsverböte bei zulässiger Telefonüberwachung.”, en: DORNSEIFER, Gerhard *et. al* (Eds.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (Köln, Heymanns), pp. 761-780.
- WOLTER, Jürgen (2000): “Beweisverböte und Umgehungsverböte zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung”, en: CANARIS, Claus-Wilhelm; HELDRICH, Andreas; SCHMIDT, Karsten; ROXIN, Claus; WIDMAIER, Gunter

(Eds.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft (München: C.H.Beck), pp. 963-1009.

WOLTER, Jürgen (2001): “Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem.”, en: SCHÜNEMANN, Bernd *et.al.* (Eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (Berlin y otros, De Gruyter), pp. 1143-1171.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, Rol 11.767-13, 23 de diciembre 2013.
Corte Suprema, Rol 3828-14, 16 de abril 2014.
Corte Suprema, Rol 14.781-15, 3 de noviembre 2015.
Corte Suprema, Rol 3029-2017, 3 de marzo 2017.
Corte Suprema, Rol 27.827-17, 6 de junio de 2017.
Corte Suprema, Rol 8332-18, 28 de junio 2018.
Corte Suprema, Rol 5816-19, 16 de abril 2019.
Corte Suprema, Rol 19.218-19, 27 de agosto de 2019.
Corte Suprema, Rol 131.967-20, 2 de febrero 2021.
Corte Suprema, Rol 14.317-21, 8 de abril 2021.
Corte Suprema, Rol 75.981-21, 13 de mayo 2022.
Corte Suprema, Rol 96.789-21, 23 de junio 2022.
Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1428-08, 18 de noviembre de 2008.
BGHSt 24, 125 ss.
BGHSt 25, 168 ss.
BGHSt 31, 304 ss.
BGHSt 32, 68 ss.
BGHSt 34, 362 ss.
BGHSt 36, 119 ss.
BGHSt 39, 53 ss.
BGHSt 44, 243 ss.
BGHSt 48, 240 ss.
BGHSt 51, 285 ss.
BGHSt 51, 285 ss.
BGH NStZ 1997, 294 ss.
BGH NStZ 1989, 375 ss.
BGH NStZ 2002, 660 ss.
BGH NStZ 2004, 449 ss.
BGH StV 2003, 370 ss.
BGH NJW 2003, 2034 ss.
BGH NStZ 2004, 449 ss.
BGH NStZ 2012, 104 ss.
BGH NStZ 2016, 531 ss.
OLG Köln NJW 1979, 1217 ss.
OLG Celle NStZ 1989, 385 ss.
OLG Zweibrücken NJW 1994, 810 ss.
OLG Oldenburg NStZ 1995, 412 ss.
OLG Frankfurt NJW 1997, 2963 ss.

OLG Frankfurt NStZ-RR 1999, 246 ss.
OLG Koblenz NStZ 2002, 660 ss.
OLG Hamm NStZ 2007, 355 ss.
OLG Hamburg NJW 2008.
OLG Dresden NJW 2009, 2151 ss.
LG Darmstadt StV 1993, 573 ss.
LG Heilbronn StV 2005, 380 ss.
AG Tiergarten StV 2003, 663 ss.
U.S. v. Kennedy, 61 S. 3d 494 (6th Cir. 1995).
U.S. v. Cabassa, 62 S. 3d 470 (1995).
U.S. v. Mejia, 69 S. 3d 309 (1995).
U.S. v. Ford 22 F 3d. 374 (1st Cir. 1994).
U.S. v. Thomas, 955 S. 2d 207, 211 (4th Cir. 1992).
U.S. v. Boatwright, 822 S.2d 862, 864 s. (9th Cir 1987).
U.S. v. Owens, 782 S. 2d 146, 152 (10th Cir. 1986).
U.S. v. Cherry, 759 S. 2d 1196, 1205 Nr. 10 (5th Cir. 1985).
Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).
Segura v. U.S., 468 U.S. 796 (1984).
U.S. v. Satterfield, 743 S.2d 827, 845 (11th Cir 1984).
U.S. v. Finucan, 708 S. 2d 838, 843 (1st Cir. 1983).
U.S. v. Allard, 634 S.2d 1182, 1186 (9th Cir. 1980).
U.S. v. Brooking, 614 S. 2d 1037, 1042 n.2 (5th Cir. 1980).
Brewer v. Williams, 430 U.S. 387, 407 (1977).
U.S. v. Hayes, 518 S.2d 675 (6th Cir. 1975).
U.S. v. Griffin, 502 S.2d 959, 960 (6th Cir. 1974)
Wong Sun v. U.S., 371 U. S. 471 (1963).
Wayne v. U.S., 318 F. 2d 205 (D.C. Cir. 1963).
Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
Sullivan v. U.S., 219 S. 2d 760 (D.C. Cir. 1955).
U.S. v. Coplton, 185 S. 2d 629, 640 (2d Cir. 1950).
Sommer v. U.S., 138 S. 2d 790 (1943).
Nardone v. U.S., 308 U.S. 341 (1939).
Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914).