



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Escuela de Graduados

Tesis para optar al grado  
de Magíster en Derecho

LA PRUEBA ILÍCITA EN SEDE CIVIL

Alumno: FRANCISCO FERRADA CULACIATI  
Profesor Guía: CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

*A Nora, Bruno y Enzo, por su  
ruidoso e incondicional apoyo.*

## ÍNDICE

Introducción	6
Capítulo I. Definición de prueba ilícita	13
A) Ámbito de las definiciones	13
B) Relación con la nulidad procesal	19
C) Jerarquía normativa	23
D) Sujeto activo de la vulneración	28
Capítulo II. Fundamento de la inadmisión o no valoración	35
A) Introducción	35
B) Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal penal	37
C) Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal civil	42
D) Paralelo entre ambas sedes	53
E) Argumentos a favor de la admisión o valoración	54
Capítulo III. Autonomía de la prueba ilícita y fundamento constitucional	59
A) La pretendida autonomía	59
B) La garantía que avala la proscripción	67
B.1) La presunción de inocencia	67
B.2) El debido proceso	76
B.3) Otras opiniones	85
C) Jurisprudencia relativa a la garantía	86
D) Conclusiones parciales	89

Capítulo IV. La prueba ilícita y el derecho a la prueba	91
A) El derecho a la prueba	91
B) Alcance y límites del derecho a la prueba	97
C) ¿Es la prueba ilícita una limitación al derecho a la prueba?	99
Capítulo V. Consecuencias de la ilicitud	107
A) La inadmisión	108
B) Prohibición de valoración	113
B.1) Desarrollo	113
B.2) ¿Es suficiente la no valoración?	117
B.2.a) La inhabilidad del juez que tomó contacto con la prueba contaminada	119
B.2.b) La adecuada motivación de la sentencia	121
B.3) La nulidad del juicio	124
Capítulo VI. Solución ante el silencio de los estatutos	134
A) La vía incidental	137
B) ¿Puede el tribunal declarar la ilicitud de oficio?	143
C) Los recursos	144
C.1) La apelación	145
C.2) La casación en la forma	146
C.3) La casación en el fondo	149
C.4) La revisión	151
D) Conclusión	153
Capítulo VII. Actual Regulación Positiva en Chile	155
A) Regulación en sede familia	155
B) Regulación en sede laboral	162
B.1) La norma que trata la inutilizabilidad	165
B.2) El titular	172
B.3) El amparo laboral	173

B.4) Los recursos	175
C. Regulación en el Proyecto de Código Procesal Civil	176
C.1) Libro Primero “Disposiciones Generales”	177
C.2) El juicio ordinario	179
C.3) En el procedimiento sumario	183
C.4) Los recursos	183
Conclusiones	188
Bibliografía	193

## INTRODUCCIÓN

A raíz del ejercicio de la abogacía, en el año 2003 debimos asumir un caso en el que una compañía, cuyo giro principal es el desarrollo y venta de soluciones informáticas, irrumpió con fuerza pública en el domicilio de un cliente a objeto de registrar el contenido de la totalidad de los computadores existentes (30 aproximadamente), con la finalidad de esclarecer si existían programas de aquélla instalados y si estos tenían el respaldo de la respectiva licencia. Como es de suponer, las sospechas de la compañía eran correctas, había programas instalados sin autorización o licencia.

La gestión se efectuó en el marco de una medida prejudicial preparatoria de exhibición de la cosa que va a ser objeto del juicio, según autoriza el artículo 273 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, esa legalidad era aparente, dado que, entre otras irregularidades, los computadores fueron revisados por un perito privado, que no aceptó ni juró desempeñar fielmente el encargo, la diligencia fue autorizada por un receptor judicial que no la presencié, y nunca se autorizó el allanamiento, según los términos del artículo 276 del mismo Código. Se puede suponer la sensación de vulneración de la esfera privada y el resquemor ante el acceso a los computadores por parte personas ajenas a la empresa, que sintió el cliente.

Luego de analizar el caso, nos inclinamos por alegar la nulidad en razón de la ilicitud de la diligencia y de su producto, esto es, un acta que el perito no firmó, por violar normas procesales elementales por existir una violación, sin autorización judicial, del domicilio, y una vulneración potencial de la información comercial o del giro existente en los computadores. No obstante se logró convencer al tribunal de primera instancia, los argumentos no fueron lo suficientemente persuasivos para la

Corte de Apelaciones, la que le dio pleno valor a la diligencia. Tal vez, la idea de la prueba ilícita no se encontraba tan arraigada en esa época.

Debido al resultado adverso, hizo fuerza la idea de que los derechos fundamentales pueden ser violados no sólo en el procedimiento penal al momento de recoger evidencia o aplicar medidas cautelares de manera infundada, sino que en cualquier otro proceso, especialmente cuando existe cierta preeminencia económica o de poder en general de una parte respecto de la otra. Fue una pérdida de la inocencia en materia forense, darse cuenta que no sólo es el proceso penal el que incurre en conductas lesivas o restrictivas de derechos antes de la lesión propiamente tal que constituye la ejecución de la condena, sino que la jurisdicción en general puede verse involucrada en vulneraciones no a raíz de la sentencia definitiva sino con ocasión del procedimiento mismo. Ahí nació el interés que motiva esta tesis.

Resulta curioso comprobar que la idea acerca del proceso civil con la que nos recibimos de abogados es a la larga bastante limpia o civilizada, o más bien poco invasiva de derechos, en contraposición al procedimiento penal a la época en que este tesista estudió en pregrado. Por ello, definiciones del proceso civil como la que entrega Goldschmidt son aprendidas y asumidas sin mayor cuestionamiento<sup>1</sup>. No es ignorancia acerca de las medidas prejudiciales que contempla el Código de Procedimiento Civil, sino más bien que vistas en la práctica resultan a veces violentas.

Sin ánimo de adelantar una discusión desarrollada en el curso de este trabajo, no podemos desconocer que el ejercicio de la jurisdicción es una faceta más del poder del Estado. La noción Estado de Derecho presupone, ya sea en su faceta formal o en la sustancial, el ejercicio del poder limitado por el derecho y la

---

<sup>1</sup> “El proceso civil o procedimiento para la sustanciación de los negocios contenciosos civiles, es el método que siguen los Tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente, y para proteger esa tutela en el caso que tal derecho exista”. James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 1

dignidad humana<sup>2</sup>. Por ello, es posible afirmar que no se puede aceptar el ejercicio de la jurisdicción en contraposición a ellos, cualquiera sea el ámbito en que se ejerza, civil, penal, laboral, etc.

En los tiempos del caso relatado, la respuesta legislativa a historias como la que fue planteada era bastante lacónica. En efecto, la prueba ilícita, en nuestro ordenamiento positivo era casi una novedad. Sólo existía el Código Procesal Penal, promulgado y publicado el año 2000, que introdujo el concepto en el inc. 3º del artículo 276, al establecer que el juez de garantía ordenará excluir de rendir del juicio oral aquellas pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Recién en ese momento comenzó a ser utilizada por los jueces en lo penal la regla de exclusión. Otros cuerpos normativos posteriores la han consagrado a nivel nacional, en los ámbitos laboral y de familia<sup>3</sup>.

En derecho comparado, antes que la ley, fue la jurisprudencia la que introdujo el concepto. En Estados Unidos ya desde el año 1914 comienza a desarrollarse, con el fallo “Weeks contra E.U.”, recaído en sede penal. En España, la primera sentencia es de 1984 y proviene del Tribunal Constitucional, que falló un recurso de amparo promovido en una controversia laboral, y de hecho fue tal su influencia, que motivó la posterior modificación de la legislación. En Alemania, la doctrina, basada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha distinguido entre las prohibiciones de producción de prueba y las prohibiciones de utilización de pruebas<sup>4</sup>.

La doctrina nacional ha comenzado a tratar el tema, pero analizado principalmente desde la órbita del derecho procesal penal. Así, Jorge Bofill

---

<sup>2</sup> “Un concepto formal de Estado de Derecho es aquel que denota al poder limitado por el derecho. Un concepto sustancial de Estado de Derecho, por el contrario, es impensable sin la salvaguardia de la dignidad humana”. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 58.

<sup>3</sup> Artículo 453 N° 4 de la Ley N° 20.087 sobre nuevo procedimiento laboral, y artículo 31 de la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia.

<sup>4</sup> Para más información acerca de los inicios del instituto, véase la recopilación efectuada por Zapata, Francisca, *La Prueba Ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 102 y ss.



Genzsch, Iván Díaz García, Héctor Hernández Basualto, Francisca Zapata García, y María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle<sup>5</sup>.

La faceta civil del problema (que incluye para efectos de este estudio las sedes laboral, familia y civil propiamente tal), no ha sido analizada hasta aquí con el mismo énfasis, salvo por el estudio de Alex Carocca Pérez, del año 1998<sup>6</sup>, que es destacable especialmente en su relación al derecho a la prueba, y recientemente en 2007, por el estudio de Eduardo Jequier Lehuédé<sup>7</sup>.

Con lo anterior, hemos estimado de interés el desarrollo de este tema, y de ahí el objetivo general de la presente investigación que es ampliar dogmáticamente y en sus principales aspectos la institución de la prueba ilícita en sede civil, terreno hasta aquí incipientemente explorado, según hemos advertido precedentemente. Ello incluye determinar el alcance de su definición, para dilucidar si debe incluirse en ella la conducta intraprocesal, o, por el contrario, sólo cabe en caso de vulneraciones extraprocesales de los derechos fundamentales. Revisaremos además la relación de la prueba ilícita con el estatuto de la nulidad procesal, para ver si hay diferencias entre ambas instituciones. Y establecer la jerarquía normativa de establece un derecho que puede ser vulnerado. Dentro del mismo objetivo general, la idea es esclarecer el sujeto activo de la vulneración, esto es, si sólo el Estado puede “obtener” prueba ilícita, generando la sanción de inutilizabilidad de lo logrado, o bien los particulares igualmente pueden incurrir en la conducta descrita con el mismo resultado.

---

<sup>5</sup> Respectivamente en: “Las Prohibiciones de Prueba en el Proceso Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XII, 1988; “Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita”, en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003; “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, Santiago, *Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado*, N° 2, 2004; y *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 2004, T. II, p. 169.

<sup>6</sup> “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, Año 4 N° 2, Universidad de Talca.

<sup>7</sup> “La Obtención Ilícita de la Fuente de la Prueba en el Proceso Civil. Análisis Comparativo del Ordenamiento Jurídico Español y Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3, pp. 457 - 494 [2007].

Los objetivos específicos son establecer el o los fundamentos de su regulación y existencia, y determinar si hay en el espectro procesal civil, alguna nota común a los distintos ámbitos laboral, civil y familia; y si este fundamento es compartido o es distinto del que sostiene la regulación en sede procesal penal. En otras palabras, revisaremos si los fundamentos de la regulación, notablemente desarrollados para el ámbito procesal penal, son suficientes y adecuados para justificar su aplicación en el ámbito procesal civil. ¿Debe la sanción buscar un camino propio en cuanto a su justificación, dada la distinta naturaleza del derecho en juego, que hace de sus razones en el ámbito procesal penal argumentos especiales e irrepetibles?

Otro objetivo específico es determinar la naturaleza jurídica de la inutilizabilidad de la prueba ilícita, es decir, si se trata de un derecho fundamental o de una garantía. Y en este último, caso, encontrar la garantía o derecho fundamental en que se encuentra basado. Revisaremos al efecto la presunción de inocencia y el debido proceso. Llegaremos a la conclusión que el instituto en estudio consiste en una garantía y no en un derecho fundamental, pues no existe un derecho fundamental a la proscripción de la prueba ilícita. Y que esta garantía encuentra su razón de ser en el debido proceso.

Adicionalmente, indagaremos acerca de la relación de la prueba ilícita con el derecho a la prueba. El punto neurálgico en este capítulo será establecer en definitiva si es la prueba ilícita una excepción al derecho a la prueba, como se ha entendido hasta ahora por algunos autores, o bien tienen una relación distinta entre sí. Ello por cuanto no es inusual que ambas construcciones entren en conflicto, y se debe determinar cuál va preponderar en ese caso. En este punto nos inclinaremos por rechazar la postura que toma la prueba ilícita como un límite al derecho a la prueba.

Asimismo, queremos determinar cuáles son las consecuencias directas de la ilicitud, esto es, si se produce la exclusión del medio probatorio viciado o su no

valoración, ambas hipótesis que importan efectos distintos. Ahondaremos adicionalmente en una tercera consecuencia, consistente en la nulidad vía denuncia mediante recursos procesales. Surgirán dos problemas que son interesantes de tratar de acuerdo a los objetivos precitados. El primero es si la sanción de no valoración de la prueba ilícita es suficiente resguardo para la parte afectada o es más bien una consecuencia meramente decorativa para la intención de restringir los efectos del medio de prueba de origen cuestionado. El segundo, determinar si estructuralmente en nuestro ordenamiento los nuevos estatutos que contemplan la prueba ilícita establecen en definitiva una inadmisión o bien una prohibición de valoración, y con qué grado de pureza en cada caso<sup>8</sup>.

Adelantando el resultado, en relación al primer problema, no obstante que la exclusión es más fuerte, resulta apropiada la no valoración cuando no tenemos un juzgamiento de instancia en dos etapas ante jueces o tribunales distintos. En el fondo, resultaría ser el único remedio. También resulta conveniente cuando es la única sanción establecida en la ley (en los casos en que se habla expresamente de no valoración). Por último, resulta ser también el único camino cuando la ley no ha establecido ninguna consecuencia o sanción que ayude al juez a restarle en definitiva sus efectos en el procedimiento. Ello concretamente en el caso de nuestro actual Código de Procedimiento Civil y del antiguo procedimiento laboral aún vigente. Recordemos que ambos consisten en procedimientos escritos y carentes de intermediación, lo cual es determinante a fin de intentar implementar una sanción.

Respecto del segundo problema, pareciera que en muchos casos aunque la ley habla de exclusión y aparentemente es ésa la consecuencia que aplica, en realidad estamos ante la presencia de una no valoración, por un asunto

---

<sup>8</sup> No son temas pacíficos y resueltos por la doctrina. Ya Manuel Serra Domínguez destacó, en 1999 que “[...] se han producido encontradas opiniones en torno al concepto de prueba ilícita, que algunos quieren limitar al supuesto de infracción de un derecho fundamental y otros al de cualquier infracción procesal; en torno a su eficacia procesal en el proceso, y en torno al procedimiento de denuncia de la prueba ilícita”. Prólogo al libro de Miranda Estrampes, Manuel, *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, segunda edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 9.

básicamente estructural. Si el juez excluye en la audiencia preparatoria un medio de prueba, aunque no conozca del todo su contenido, más bien lo que está haciendo es no valorarlo, si va a ser el mismo juez quien posteriormente resolverá la contienda en la audiencia de juicio.

Por último, el objetivo final de este trabajo es analizar los principales aspectos de la prueba ilícita en las regulaciones que la han incorporado en nuestro ordenamiento.

Aunque no es el objetivo de este trabajo el desarrollo de la prueba ilícita en sede procesal penal, por ser la primera regulación existente y existir abundante jurisprudencia y doctrina en la materia, será referencia obligada durante las próximas páginas. No podemos olvidar que ha sido la punta de lanza de esta institución. Por lo demás, nos servirá en muchos casos como guía, y en otros tantos de contrapunto obligado.

Se debe reconocer que al escribir esta tesis, ha ido apareciendo un catálogo extenso de temas relacionados con la prueba ilícita que debieran ser desarrollados. Sin embargo, tamaña empresa ha de ser dejada para otra oportunidad, con miras a abordar lo más adecuadamente posible y dentro de las limitaciones del autor, los objetivos indicados precedentemente.

## CAPÍTULO I

### DEFINICIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

#### A) Ámbito de las definiciones

La regulación de la prueba ilícita tiene una finalidad que seguramente es la que la ha convertido en un fenómeno atractivo de análisis por parte de la doctrina. Siguiendo al profesor Manuel Ortells, “[l]a prueba puede, en algunos casos, realizarse con infracción de ciertos derechos e intereses. Esto determinará su ilicitud y consecuencias sancionatorias de carácter civil, administrativo o penal, pero no, en principio, la ineficacia procesal de la misma. Cuando la infracción afecta a derechos y libertades fundamentales las consecuencias deben ser otras, por la posición preferente que éstos ostentan en el ordenamiento [...] La prueba con violación de derechos fundamentales no sólo origina consecuencias negativas en otros ámbitos jurídicos, sino que tampoco puede valer como prueba en el proceso”<sup>9</sup>.

Es sin duda este último punto, la ausencia de valor probatorio, el efecto de la prueba ilícita que ha concentrado la atención de la doctrina, por lo drástico que resulta ser con la actividad probatoria que no se enmarca dentro del respecto de los derechos fundamentales. Con seguridad, asimismo, explica que sea posible encontrar con ocasión de la prueba ilícita una proliferación de definiciones pocas veces vista en relación a otras instituciones jurídicas, que tienden a confundirla más que explicarla. Revisaremos algunas de las que nos parecen más atendibles.

La primera definición dada en nuestro medio corresponde a Alex Carocca, para quien es “la fuente o elemento de prueba obtenido con infracción de determinadas normas o principios jurídicos”, o “aquella obtenida con infracción de

---

<sup>9</sup> *Derecho Procesal Civil*, Aranzandi, tercera edición, Navarra, 2002, p. 384.

cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”<sup>10</sup>. Luego, Julián López y María Inés Horvitz, también entre nosotros, la definen como “aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”<sup>11</sup>. Esta última es una definición corta, simple y acertada, de manera que será la utilizada en el desarrollo de este trabajo, en términos generales. Aunque, se le puede criticar que deja de lado la vulneración de derechos fundamentales, que es precisamente lo que da origen a la prueba ilícita de un comienzo.

Un concepto igual de preciso nos entrega Juan Montero Aroca, para quien es correcto hablar de licitud en la obtención de las fuentes de prueba, y no de licitud en los medios de prueba, ya que estos sólo pueden enjuiciarse desde la perspectiva de su legalidad (v. gr., los medios de prueba deben estar establecidos en la ley, y proponerse y practicarse de la manera que ésta determina) y admisibilidad (en relación a los criterios de pertinencia y utilidad). Más bien, entonces, “[l]a licitud de la prueba se refiere a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios”<sup>12</sup>. En concreto, siguiendo al autor español, para determinar la ilicitud debe ser considerado el momento en que ha sido recogida la fuente de prueba, y no el instante en que esa prueba es rendida.

---

<sup>10</sup> Obra citada, pp. 307 y 309.

<sup>11</sup> Obra citada, p. 169.

<sup>12</sup> *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 123 y 124. “Una parte puede proponer en juicio el medio de prueba testifical, y el juez tendrá que admitir ese medio de prueba porque está propuesto de modo legal, es pertinente y es útil. Si la parte propone también que el interrogatorio se realice sometiendo al testigo a tortura, con el fin de que declare la verdad, el juez no admitirá ese aspecto de la proposición de prueba con base en que la norma reguladora de la actividad en que se resuelve el medio de prueba no prevé el “complemento” pedido por la parte, y con esto habrá base legal suficiente para la inadmisión”. Entonces, se trata de un caso de prueba ilegal, pudiendo ser anulada en el improbable caso que llegue a rendirse. Obra citada, p. 124.

En la misma línea que Montero Aroca, José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez afirman que el problema de la prueba ilícita se refiere primordialmente “a la exclusión del proceso de aquellos medios probatorios que recaigan sobre fuentes de prueba obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales”<sup>13</sup>.

Ampliando el vigor de la institución, y llevándola definitivamente en el ámbito temporal a la sede judicial, sostiene Joan Picó I Junoy que prueba ilícita “es la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales”. Así, “[u]na prueba debe considerarse lícita cuando no existe infracción de derechos fundamentales ni en la obtención preprocesal del elemento probatorio, ni durante la práctica del concreto medio de prueba”<sup>14</sup>. Posteriormente, el autor ha afirmado que “es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”<sup>15</sup>. Aunque la hipótesis resulte de escasa ocurrencia, como por ejemplo la tortura de un testigo en el tribunal, no se puede desconocer que esa acción en la rendición también vulnera derechos fundamentales, y no habría ninguna razón para no privarle de efectos probatorios a su resultado.

De este mismo modo, Serra Domínguez y Miranda Estrampes, clasifican la prueba ilícita desde el punto de vista del momento en que se produce. Así, reconocen la existencia de una prueba ilícita extraprocésal, de mayor ocurrencia, que es aquella que tiene lugar fuera del marco del proceso, al momento de obtener la fuente de prueba, y relacionada a la labor investigativa. A su vez, la prueba ilícita intraprocésal, de menor frecuencia, afecta la proposición, admisión y

---

<sup>13</sup> *La Prueba Civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 126.

<sup>14</sup> *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 286 y 61, respectivamente.

<sup>15</sup> En *La Prueba Ilícita y su Control Judicial en el Proceso Civil*, Editorial V Lex., enero de 2005, disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

práctica de la prueba durante el procedimiento<sup>16</sup>. Esta última es la que Montero da en llamar la prueba ilegal, pero que para estos autores también debe denominarse ilícita.

La diferencia no es menor. En España, con ocasión del análisis del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>17</sup> (en adelante LOPJ), se discutió el concepto de “obtención”. En un principio se entendió, especialmente por el Tribunal Constitucional español, que “era aplicable a la vulneración de derechos cometida al obtener las pruebas”, pero no a la “que se produzca en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se puedan plantear se reconducen a la regla de interdicción de la indefensión” (o nulidad procesal por efectiva indefensión, establecida en el art. 238.3 de la LOPJ). De este modo, si la violación de derechos fundamentales se produce en la admisibilidad o práctica del medio de prueba, más que discutirse acerca de la ilicitud del medio de prueba, debía considerarse la nulidad de los actos procesales<sup>18</sup>. Entonces, el estatuto que rige la denuncia y sanción tendrá que ver la ineficacia de los actos procesales en razón del perjuicio - principio de la trascendencia- o de la especificidad, si es que hay norma expresa.

A modo de ejemplo, en sentencia del 21 de mayo de 1986, el Tribunal Constitucional español declaró que “la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al **obtener** tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento

---

<sup>16</sup> “Dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas, el profesor Serra Domínguez distingue entre: a) aquellas pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. Al referirse a las pruebas que por sí mismas pueden reputarse ilícitas, menciona no sólo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso integrar delito”. Por ejemplo, pruebas en que se anula o disminuye la voluntad del sujeto, sea mediante tormento, hipnosis, violencia, etc. Miranda Estrampes, obra citada, p. 50 y ss. En el mismo sentido, Midón, Marcelo, *Pruebas Ilícitas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, pp. 40-41.

<sup>17</sup> “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

<sup>18</sup> Miranda Estrampes, obra citada, p. 69.



de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”<sup>19</sup>.

Nos parece que el concepto de “obtención” es más amplio, y consiste en “toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba”. En otras palabras, el artículo 11.1 de la LOPJ debe aplicarse “no sólo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba sino, también, durante la incorporación y práctica en él de los medios de prueba [...] con independencia de la naturaleza (procesal o no) del derecho fundamental violado”<sup>20</sup>. Para esto debe reconocerse vigencia a los derechos fundamentales de carácter procesal, que al ser violados, transformarían en ilícito el medio de prueba en su sede procesal.

A mayor abundamiento, Ortells plantea que hay derechos fundamentales que no pueden en lo absoluto ser afectados, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en caso alguno pueda ejercerse tortura o trato degradante alguno, y otros derechos que pueden ser afectados con sujeción a determinadas condiciones, como por ejemplo la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, que pueden afectarse mediante resolución judicial<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva, nos parece difícil sostener que debemos darle a la tortura, que vulnera un derecho inviolable y absoluto, un mero tratamiento de ilegalidad, reconduciendo su sanción a la nulidad procesal (la que produce más problemas que la convalidación, como veremos), debiendo atribuirle a otros derechos que pueden ser vulnerados condicionalmente, una sanción más rigurosa, como sería, ahora sí, la ilicitud.

---

<sup>19</sup> Sentencia 64-86, fundamento jurídico N° 2.

<sup>20</sup> Para todo, Miranda Estrampes, obra citada, p. 71.

<sup>21</sup> Obra citada, p. 385.

No existe, en nuestro juicio, razón alguna para no incluir en la categoría de ilícita aquella prueba o fuente de prueba en cuya rendición se conculcan derechos fundamentales. Si se tortura a un testigo o al demandado al momento de prestar su declaración, es obvio que esa prueba, la declaración, ha sido obtenida con violación del derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, consagrado por la Constitución en el artículo 19 N° 1, no siendo necesario buscar amparo en derechos fundamentales de naturaleza procesal. Existe la misma afectación a un bien jurídico que en el caso de un instrumento privado que se obtiene del domicilio de una de las partes mediante un ingreso no autorizado, que vulnera la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución, aunque, como vimos, el primer caso no admite justificación en casos especiales, a diferencia del segundo.

Además, constando que el verbo rector de las normas que sancionan en nuestro ordenamiento la prueba ilícita es “obtener”<sup>22</sup>, no debe pensarse que se hace referencia exclusiva a la recogida de la fuente de prueba, sino también al acto por el cual esa prueba es utilizada, es decir, la producción y rendición del medio de prueba. No se distingue en ninguno de esos casos en qué ocasión se obtuvo la prueba, si en sede judicial o fuera de la misma, lo cual es evidente, por ejemplo, desde que la declaración de la parte se obtiene en la misma audiencia en la que está deponiendo. Confirma este aserto el significado que la RAE da a obtener: alcanzar, conseguir y lograr algo que se pretende. No basta con tener la prueba, se debe mirar la finalidad que se persigue con ella, que es entregarle al juez la información que de la evidencia pretendemos obtener, demostrarle la verdad de nuestra afirmación sobre un hecho. En consecuencia, es obvio que tanto la recogida de prueba como su producción o rendición quedan sujetas a la proscripción en razón de ilicitud.

Si bien el artículo 276 del Código Procesal Penal establece la exclusión de las pruebas “obtenidas”, debe interpretarse esa norma en armonía con el artículo 373 a), que al reglamentar una de las causales del recurso de nulidad, prescribe

---

<sup>22</sup> Artículo 276 del Código Procesal Penal, artículo 254 N° 8 del Proyecto de Código Procesal Civil, artículo 31 de la Ley de Tribunales de Familia, y el artículo 453 N° 5 del Código del Trabajo

que la violación de garantías o derechos fundamentales puede tener lugar en cualquier etapa del procedimiento. La jurisprudencia de la Corte Suprema, según veremos, admite ahora que la investigación y el juicio se entienden comprendidos en la voz “cualquier etapa del procedimiento”, de manera que la prueba es ilícita y se proscribe cuando se produce intra y extra procesalmente, en la rendición en el juicio oral y en la etapa de investigación previa<sup>23</sup>. Adicionalmente, en virtud del artículo 334 inc. 2° del Código Procesal Penal, es posible sostener que ni siquiera el tribunal de juicio oral en lo penal puede valorar prueba ilícita<sup>24</sup>.

Con todo, más allá del debate, que por cierto resulta interesante, es apropiado, para cerrar esta parte, recordar las palabras de Ortells, para quien “[l]a violación del derecho fundamental puede producirse en la propia actividad práctica del medio de prueba. Sin embargo, es poco probable que esto ocurra, porque el medio de prueba se practica en presencia y bajo la dirección del juez. Hay, en cambio, mayor ocasión para conductas lesivas de un derecho fundamental durante las actividades de busca y recogida de fuentes de prueba. La violación producida en este momento se transmite al medio de prueba, aunque éste se practique luego con total corrección”<sup>25</sup>.

## B) Relación con la nulidad procesal

No resulta adecuado entrar en el concepto de nulidad procesal al hablar de prueba ilícita, debido a que las causas que las generan son distintas. En efecto, para que exista nulidad debe haber un vicio producto de un alejamiento de la forma del acto procesal establecida en la ley, y que cause un perjuicio de carácter procesal,

---

<sup>23</sup> En el mismo sentido debía ser interpretado el artículo 365 a) del Anteproyecto de Código Procesal Civil, al hacer procedente el recurso de nulidad “en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia”, cuando se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías fundamentales. Lamentablemente, según veremos, en el Proyecto de Código Procesal Civil se modificó el sistema de recursos, lo que va en perjuicio del instituto en estudio.

<sup>24</sup> “Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”.

<sup>25</sup> Obra citada, p. 384.

consistente en un detrimento en el ejercicio de las potestades o facultades al interior del procedimiento. Por ejemplo, si no tomo juramento o promesa a un testigo, o interrogo a un testigo que no fue ofrecido previamente en el juicio, hay un vicio procesal y el acto es anulable; pero no hay prueba ilícita, ya que no hay derechos fundamentales violados en la obtención de esa prueba.

En la ilicitud probatoria debe existir una violación de derechos fundamentales, más que de formas procesales. Ergo, el perjuicio procesal resulta ser indiferente. En el mismo caso anterior, el testigo puede ser interrogado sin faltar a ninguna regla procesal, pero el conocimiento de su existencia pudo llegar a raíz de un atentado a una garantía fundamental, como por ejemplo la obtención de una libreta de teléfonos desde el domicilio del demandado contra su voluntad y sin autorización judicial. En este caso no hay vicios procesales, pero sí un atentado al derecho de propiedad y a la inviolabilidad del hogar, e incluso un disvalor de conducta penalmente sancionable.

Por lo demás, el objetivo de la nulidad procesal es atacar la validez de actos procesales producidos con un alejamiento de las formas y que causen un perjuicio. Sin embargo, la fuente de la prueba ilícita tiene que ver generalmente con la obtención extra procesal de pruebas, y esa actividad no constituye un acto procesal propiamente tal, sino más bien pre o extra procesal. A mayor abundamiento, no hay reglas en sede procesal civil que le indiquen a un litigante la manera de proceder a la recolección de pruebas, de manera que difícilmente puede ésta actividad constituir un acto procesal, y menos puede haber un alejamiento de la forma ideal del acto establecida en la ley.

Por el contrario, la actividad de proponer u ofrecer y rendir la prueba sí es un acto procesal, pero, en principio, puede desarrollarse con entera independencia del origen ilícito del acto, y con un acatamiento estricto de la forma del acto, sin causar perjuicio alguno a los litigantes.

Si se comete el error de exigir perjuicio para configurar la ilicitud de la prueba, tenemos forzosamente que preguntarnos cuál sería, cómo deberíamos configurarlo. En respuesta, podría sostenerse que el perjuicio debiera consistir en que la prueba deba ser trascendente o deba tener una influencia en lo dispositivo del fallo para sancionar con su exclusión o inadmisión al litigante que pretende hacerla valer. Sin embargo, esa afirmación sería inadecuada, ya que estimamos difícil de establecer a priori, antes de la sentencia, el peso específico que tendrá una prueba en la decisión del juez. De hecho, una de las sanciones a la ilicitud, la exclusión, tiene lugar antes de que se rinda la prueba, por lo que no sería posible evaluar razonablemente y con la totalidad de los antecedentes arriba de la mesa su influencia en lo dispositivo. Además, como dejaremos asentado, el determinar si la prueba es o no trascendente en la formación de la opinión del juez, especialmente cuando va acompañada de otras pruebas, es un ejercicio mental peligroso y de difícil medición, lo que pone en entredicho la exactitud de su resultado.

En cuanto a la no valoración, que es otra de las sanciones a la ilicitud, debe tener lugar su aplicación (no la determinación de su uso) al momento de darle contenido de la sentencia, y supeditar su ausencia de valor a la influencia en lo dispositivo resultaría también un ejercicio mental incómodo y lleno de imprecisiones. Imaginemos no ya el supuesto en que exista un solo medio de prueba sino varios. Si exigiéramos un perjuicio, debiéramos intentar establecer, al momento de dictar la sentencia, la preponderancia que tiene la prueba ilícita en relación a las demás existentes. Si es decisiva, no se debería valorar. Si no lo es, debiera valorarse. Pareciera no resultar muy coherente. De esta manera, no es posible sostener que la inadmisión presupone influencia en la decisión.

Para apreciar la importancia de esta distinción, en España, José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales plantean el caso de una intervención domiciliaria efectuada con autorización judicial, pero incumpliendo algunas garantías procesales, como por ejemplo la presencia del imputado o su representante. ¿Estaremos ante la presencia de prueba ilícitamente obtenida o de nulidad de

actuaciones por infracción de la ritualidad? Lo que es claro es que el derecho a la inviolabilidad del hogar no ha sido conculcado, puesto que se contó con la respectiva autorización judicial. Sin embargo, se vulnera el derecho a defensa, que también tiene consagración constitucional (en nuestro artículo 19 N° 3 de la Constitución). La solución, sostienen, pasa por estimar que si lo que se vulnera es una garantía procesal, aunque esté constitucionalizada, lo que procede es aplicar el régimen general de la nulidad de los actos procesales que exige, generalmente, la existencia de un perjuicio<sup>26</sup>.

Volviendo a nuestro ordenamiento, la diferenciación entre ambos estatutos, nulidad e ilicitud, se encuentra zanjada por ley. El artículo 276 inc. 4° del Código Procesal penal prescribe que "[...] el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales". Es claro que para el legislador procesal penal que se trata de instituciones distintas. Ello a pesar que esta distinción no viene reconocida expresamente en los procedimientos de familia y laboral, y tampoco en el Proyecto de Código Procesal Civil.

No se debe confundir la necesidad de diferenciar ambos estatutos con la exigencia que se hace en algunos recursos extraordinarios de un perjuicio para que el medio de impugnación pueda prosperar, como es el caso del recurso de nulidad existente en sede procesal penal, que, como veíamos, resulta pertinente para anular la sentencia y el juicio oral cuando se ha valorado la prueba ilícita en la sentencia en perjuicio del recurrente, cuestión que abordamos en el capítulo VI de este trabajo.

En conclusión, no es aplicable el régimen de la nulidad procesal a la prueba ilícita, se trata de figuras diferentes con estatutos propios y distintos entre sí. Esto

---

<sup>26</sup> *La Garantía Constitucional de Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167 y 168.

genera un problema aparente, pues cuando el ordenamiento jurídico no reconoce la inadmisión o inutilizabilidad de la prueba ilícita, pareciera que la mejor herramienta a la que echar mano es la nulidad, puesto que trae aparejada la privación de efectos jurídicos del acto nulo. Y es aparente dado que, sostenemos, el único camino real que queda, y que justificaremos en este trabajo, es la no valoración de la prueba.

### C) Jerarquía normativa

Sabemos que a consecuencia de la declaración de ilicitud se rechaza la evidencia o fuente de prueba obtenida con violación de garantías fundamentales. La pregunta que surge es en qué rango de normas se deben buscar aquellos derechos o garantías fundamentales cuya violación acarrea la ilicitud. La postura mayoritaria estima que se debe tratar de un precepto constitucional vulnerado, afirmando una parte menor de la doctrina que bien la trasgresión de normas legales podría ser incorporada como fuente de la ilicitud.

Picó I Junoy diferencia la prueba ilícita de la prueba ilegal o irregular, en que la primera trata de la violación de un precepto constitucional que regula derechos fundamentales, mientras que la segunda categoría consiste en una violación de otra clase de preceptos, comprendiendo esta última clase “las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental”<sup>27</sup>. Por ejemplo, un documento acompañado al juicio sin las formalidades legales, o la presentación de un testigo no ofrecido oportunamente.

---

<sup>27</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, pp. 290 y 291. Por ello estima que deben ser admitidos y valorados en juicio esos medios ilegales, entre otras razones, en virtud del derecho constitucional a la prueba, p. 304. “Entendemos que el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal, siempre y cuando se posibilite el derecho a defensa y contradicción al litigante perjudicado por la misma”, p. 305.

En cambio, para el argentino Marcelo Midón, el derecho o la garantía comprometidos con la adquisición o puesta en práctica de la prueba, debe pertenecer “a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales a ella igualados en su jerarquía [... o] eventualmente, al caso de violación de una norma inferior, siempre que tenga por objeto la protección de las libertades públicas o la tutela de derechos personalísimos”<sup>28</sup>.

Creemos que este último pensamiento es correcto. La violación de garantías o derechos fundamentales es lo que debe regir la tacha de ilicitud, con independencia del lugar en que se consagren, si en la Constitución o en los tratados, por un lado, o en normas de rango legal. No es posible restringir la norma vulnerada en la recogida de pruebas a la Constitución. Por el contrario, toda norma que establezca derechos fundamentales, independiente de su rango, generará ilicitud de prueba si ha sido vulnerada en la obtención de prueba.

Ello es de común ocurrencia tratándose de las garantías procesales establecidas en los códigos adjetivos, aunque normalmente nos conduzcan a la noción constitucionalmente resguardada de debido proceso<sup>29</sup>. Por ejemplo, en el Código Procesal Penal se reconoce por el artículo 7° la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Se trata de una garantía de naturaleza procesal, y que no encuentra directo correlato en la Constitución. Sin embargo, en tanto norma fundamental del proceso penal, es posible afirmar que su existencia deriva del debido proceso, ya que en tanto imputado, se le reconoce la calidad de interviniente, con lo cual tiene acceso a una

---

<sup>28</sup> Obra citada, p. 31.

<sup>29</sup> Miranda Estrampes postula que “[l]a vulneración de derechos fundamentales puede tener lugar no sólo en el momento de la obtención de la fuente de prueba sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. Dentro de estas últimas se encuentran aquellas pruebas en cuya práctica no se han respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e intermediación [...] y conectadas con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Dentro de la categoría de derechos fundamentales debemos incluir tanto los denominados sustantivos como procesales ...”. En consecuencia, no es obstáculo que la garantía tenga una naturaleza procesal para estimar que su vulneración puede devenir en ilicitud. Obra citada, p. 52.



serie de atribuciones al interior del proceso penal, como conocer las diligencias de investigación, etc. Esto implica reconocer que la garantía del artículo 7° tiene naturaleza de derecho fundamental, al reconocerle al imputado su calidad de parte o interviniente en el proceso penal.

Lo mismo puede decirse de la garantía de oralidad e inmediación que establece el artículo 266 del Código Procesal Penal, la de congruencia que consagra el artículo 341 del mismo Código, o la de publicidad del juicio oral, que no encuentran amparo constitucional, pero que sin duda se comprenden dentro de la misma garantía de debido proceso. De hecho, si llegara a afirmarse tajantemente que la oralidad, inmediación y publicidad encuentran raigambre constitucional, deberíamos concluir que todos los procedimientos zanjados por el antiguo procedimiento penal son inconstitucionales, más allá del cumplimiento de un debido proceso.

En la misma cuerda, se debe recordar lo establecido por el artículo 330 del Código Procesal Penal, que prohíbe, respecto del imputado, testigos y peritos, la formulación de preguntas destinadas a coaccionarlos ilegítimamente. Sin duda la infracción de estos preceptos en la obtención y rendición de la prueba, generaría su catalogación de ilicitud, en razón de haber sido obtenidos con infracción de la garantía del derecho a la integridad psíquica y del debido proceso, respectivamente.

Distinta es la situación del artículo 8° del mismo Código, que establece el derecho del imputado a contar con un defensor, o del artículo 9°, que dispone que sólo mediante autorización judicial previa es posible decretar diligencias intrusivas. Estas garantías procesales encuentran reconocimiento directo en la Constitución, entre otros, en el artículo 19 N° 3 (derecho a la defensa letrada) y N° 5 (norma que autoriza la vulneración del hogar y de las comunicaciones en ciertos casos).

En el orden adjetivo civil es viable la misma afirmación. Especialmente considerando la menor cantidad de normas fundamentales de rango constitucional en esta sede, en comparación con el proceso penal. Éstas se limitan a la igualdad ante la ley (en el artículo 19 N° 2), el derecho a la defensa jurídica, el sometimiento de “todo órgano que ejerza jurisdicción” a un proceso previo legalmente tramitado y la prohibición, en cualquier sede, a ser jugado por comisiones especiales (en el artículo 19 N° 3).

Por ejemplo, el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil establece los trámites esenciales en los procedimientos. Consideremos, para efectos de esta parte, el N° 1 (emplazamiento) y el N° 4 (práctica de diligencias probatorias cuya omisión genera indefensión). El emplazamiento resulta ser la primera noción de debido proceso. Y la indefensión desde la perspectiva probatoria implicaría negarle eficacia al derecho a la prueba, transformando de paso en lirismo el emplazamiento. Estas garantías no se encuentran expresamente reflejadas en la constitución. Pero sin ambos elementos sería inconcebible sostener un debido proceso en esta sede, garantía que, está fuera de discusión, se debe respetar en el proceso civil<sup>30</sup>.

Idéntica situación se presente con el derecho del litigante a controvertir la prueba (que indirectamente podría entenderse incorporado en el N° 6 de esta norma, esto es, la citación para una diligencia de prueba). Y también con el resguardo del secreto profesional que establece el mismo Código en el artículo 360 N ° 1, específicamente tratándose del eclesiástico, médico y matrona, por cuanto no se encuentran obligados a declarar, reconociéndoseles el derecho al silencio.

---

<sup>30</sup> En esta sede, “el derecho al debido proceso les garantiza [a los ciudadanos] que la respuesta judicial será el fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial”. Bordalí Salamanca, Andrés, “El Debido Proceso Civil”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, p. 257.

Entonces, en el proceso civil es posible encontrar derechos fundamentales, de naturaleza procesal, consagrados a nivel legal, no reconocidos directamente por la Constitución, y que pueden ser vulnerados.

Es la idea que ha sostenido el Tribunal Constitucional español, al afirmar que en tanto “elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”<sup>31</sup>.

En Alemania, Kai Ambos afirma que “[c]omo directriz general se podrá suponer una prohibición de utilización, en principio, cuando se trate de una infracción legal de especial gravedad en el sentido de los estándares de los derechos humanos [...] y/o si la infracción se manifiesta como un bien calculado o consciente menosprecio de las disposiciones procesales. El derecho a un proceso justo (fair trial) y asimismo el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal imponen en este caso la no-utilización”<sup>32</sup>.

Como conclusión, no sólo en la Constitución se deben buscar las normas que pueden ser vulneradas en la obtención, sino también en las leyes dictadas conforme a ella. Esto se apoya en la propia Carta, en cuyo artículo 63 se indica que es materias de ley: “20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”. En nuestro concepto, dentro de las bases esenciales debe entenderse incorporado el reconocimiento y regulación de los derechos fundamentales.

---

<sup>31</sup> Sentencia 81-98, del 2 de abril de 1998, Fundamento Jurídico N° 2.

<sup>32</sup> “Las Prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en *Prueba y Proceso Penal*, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 347,

No debe extrañar lo anterior, desde que incluso se ha postulado que en materia de derechos constitucionales no se excluye la regulación que pueda haber de los mismos por la vía reglamentaria, en contra de la tesis denominada “reserva legal absoluta”<sup>33</sup>.

#### D) Sujeto activo de la vulneración

Como último punto a tratar en este capítulo, es necesario establecer el origen que puede tener la acción que vulnera el derecho fundamental. Sin duda, y así nació la institución, puede haber una violación de derechos fundamentales en el accionar del Estado y de sus agentes. Ello no es más que un reconocimiento de cómo las normas fundamentales influyen en la relación del Poder (Estado) con los gobernados, limitando las facultades de aquél. Especialmente en la zona jurisdiccional en que el Estado ejerce el monopolio sobre el *ius puniendi*, que ha sido descrito, con razón, como el “más terrible y odioso de los poderes”<sup>34</sup>. Por ello, “[l]o que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del proceso penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes. Es esta segunda preocupación la que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan”<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> García, Gonzalo, *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra Administración?* Colecciones de Investigaciones Jurídicas, universidad Alberto Hurtado año 2004 N° 5, p. 7.

<sup>34</sup> “[E]l derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo ... la potestad de castigar y de juzgar es seguramente ... el más terrible y odioso de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre el estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, quinta edición, p. 21.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 604.

A la luz de los artículos 276 y 277 del Código Procesal Penal, se ha sostenido, con razón, que en el proceso penal chileno se reconoce como agente activo de la obtención de la prueba ilícita al Estado y no a los particulares. La prueba de descargo (aquella invocada para sostener la inocencia del imputado) no puede ser tachada de ilícita y excluida en consecuencia. Los motivos de esta discriminación deben buscarse, según una parte de la doctrina nacional, en que no habría razones de interés público que amparen la tacha de ilicitud<sup>36</sup>. El sistema de pruebas contemporáneo se estructura, en términos generales, sobre la base de reglas cuya finalidad es excluir pruebas que, de seguir el sentido común, serían admisibles<sup>37</sup>.

Yendo más al fondo de la diferenciación, el mandato de protección del ciudadano no debe utilizarse para perjudicarlo, asegura Miranda Estrampes<sup>38</sup>. En estos casos, las razones de la eficacia *in bonam partem* no dicen relación con el sujeto activo en la actividad probatoria, sino con la finalidad que la prueba tiene, esto es, exculpar de los cargos al imputado. No es dudoso, entonces, que en sede procesal penal el Estado persecutor sea el único sujeto activo de la infracción, y que la actividad del particular no sea antijurídica cuando de obtener prueba de descargo se trate.

Tenemos que preguntarnos, entonces, qué ocurre en las otras áreas en que se ejerce la jurisdicción, pero en las que el Estado no actúa como órgano persecutor, sino que se limita a ser aquel tercero imparcial que dirime la controversia, entre partes que se encuentran en un plano de relativa igualdad jurídica. El poder de decidir por encima de la voluntad de las partes del litigio e imponer derechos y obligaciones en el patrimonio sigue siendo el mismo -la jurisdicción-, y se debe aplicar la regla del debido proceso. ¿Puede darse la misma

---

<sup>36</sup> Horvitz-López, obra citada, p. 224. El desarrollo y los matices de esta postura se pueden encontrar en Miranda Estrampes, obra citada pp. 105 y ss.

<sup>37</sup> Michele Taruffo, *La Prueba Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2002, p. 358.

<sup>38</sup> Obra citada, p. 106.

infracción que en el proceso penal si quien incurre en la conducta es un particular, parte en el litigio civil y par del afectado?

Esta pregunta es esencial para afirmar la existencia o inexistencia de la prueba ilícita en sede procesal civil. Si se ha de entender que el actuar del privado no es susceptible de vulnerar un derecho fundamental, entonces la actuación podrá adolecer de irregularidad o de nulidad, pero no podrá constituir prueba ilícita, de acuerdo con el concepto con el que hemos trabajado hasta ahora.

La respuesta que el constitucionalismo clásico daría es que los titulares de derechos fundamentales son los particulares, y que tienen por objeto ejercerlos frente al Estado, al edificarse como barreras de protección frente a su poder. Es decir, no es posible que un particular vulnere un derecho fundamental. Es precisamente la situación en Estados Unidos, en que la exclusión o inadmisión no cabe en los juicios entre particulares, o en los que los órganos administrativos del gobierno no han actuado en la recogida de pruebas, debido a que la Cuarta Enmienda no se ocupa de la actividad de los particulares, aunque después hagan uso de esa evidencia<sup>39</sup>.

De esa misma idea pareciera ser Ferrajoli, para quien la garantía procesal que constituye el presupuesto básico de las otras es la jurisdiccionalidad, entendida como el principio de que no hay culpa sin juicio. De ella derivan una serie de garantías procesales atinentes a la formación del juicio, que se denominan de jurisdiccionalidad en sentido estricto, como son las relativas a la recolección de pruebas, al desarrollo de la defensa, la forma de los interrogatorios, etc. Estas serían aplicables específicamente al modelo acusatorio. En cambio las garantías orgánicas, como la imparcialidad e independencia del juez, son atribuibles a la jurisdicción en sentido lato, a todo juicio, incluso extra penal<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Iñaki Esparza, *El Principio del Debido Proceso*, 1994, p. 112. Disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0312108-092039/index.html>.

<sup>40</sup> Obra citada, pp. 539 y 540.

Sin embargo, hoy en día se reconoce la posibilidad de que las normas fundamentales vinculen a los particulares entre sí, con la teoría de efecto horizontal de los derechos fundamentales. Se entiende por tal “el efecto de los derechos fundamentales de un particular frente a posiciones jurídicas de otro”<sup>41</sup>. Robert Alexy sostiene, basado en la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que “las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, y en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”<sup>42</sup> vinculante. Es una relación entre iguales, ambos titulares de derechos fundamentales, a diferencia de la relación Estado-ciudadano, en que sólo este último ostenta esa calidad.

En España, el Tribunal Constitucional estableció, con la sentencia 101 de 1983, que la “sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos”. Ello por cuanto los ciudadanos “tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos”.

En Alemania, refiriéndose al proceso penal, Ambos pone el caso de una investigación desarrollada no por el Estado, sino por un investigador privado contratado por la víctima o sus familiares, el cual despliega una actividad de violación de los derechos fundamentales del inculpado, golpeándolo para que confiese. Resulta ser que las autoridades de persecución penal son las destinatarias de la norma del §136 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entonces, es plausible estimar que la norma debiera aplicarse analógicamente para preservar la dignidad humana, restándole efectos probatorios a la actividad. El Estado, en tanto órgano persecutor, no obstante no ha sido el autor de la

---

<sup>41</sup> Aldunate, Eduardo, “El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno ...*, p. 14.

<sup>42</sup> *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 510 y 511.

vulneración, tiene la obligación de impedir que se efectúen ataques como el señalado<sup>43</sup>.

En Chile, por su parte, es pacífica la procedencia de las acciones constitucionales (amparo y protección) en contra de particulares. Los artículos 19, 20 y 21, lo confirman<sup>44</sup>. Con ello, garantías tales como el derecho a la vida, el respeto y protección de la vida privada, la inviolabilidad del hogar, intimidad, son exigibles tanto respecto del Estado como de los ciudadanos. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, procede el amparo de garantías cuando exista un acto u omisión ilegal, imputable a una autoridad o a una persona determinada. Por su parte, el artículo 6° inciso 2°, prescribe que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo. Ergo, de texto expreso se reconoce por el constituyente que un particular puede ser sujeto activo en la vulneración de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional chileno ha tenido la oportunidad de pronunciarse recientemente sobre este punto, acogiendo la posibilidad que exista vulneración de derechos fundamentales entre privados<sup>45</sup>. Al efecto ha sostenido que “el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible; ... [L]o razonado resulta aun más evidente en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla

---

<sup>43</sup> Ambos, obra citada, pp. 333 y 334.

<sup>44</sup> Martínez Estay, José Ignacio, “Los Particulares Como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales: la Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos”, en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 7 y 8.

<sup>45</sup> Sentencia pronunciada en autos rol N° 976-07, de fecha 26 de junio de 2008, considerandos cuadragésimo y cuadragésimo primero.



reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales”.

Asimismo, hoy en día existe una respuesta de rango legal a la pregunta si un particular puede ser sujeto activo en la vulneración de un derecho fundamental. Recordemos que se admite la exclusión de prueba ilícita en procedimientos entre particulares, como es la acción penal privada, el procedimiento laboral y el de familia, ya vigentes, y el procedimiento propuesto en el Proyecto de Código Procesal Civil<sup>46</sup>.

Consecuencia directa entonces de este reconocimiento es que resulta ser exigible respecto de un particular el mismo respeto a las garantías fundamentales que al Estado. Con ello, si en un procedimiento entre iguales se vulneran garantías fundamentales en la obtención o rendición de pruebas, estamos frente a la figura de la prueba ilícita, de manera que no podrá producir sus efectos normales frente al tribunal.

---

<sup>46</sup> Un extenso catálogo referente a los países que aceptan la vulneración entre particulares, especialmente en relación a la obtención de prueba ilícita, puede verse en Armenta Deu, Teresa, “La Verdad en el Filo de la Navaja (Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita)”, *Ius et Praxis*. [online]. 2007, vol.13, no.2 [citado 21 Enero 2009], p.245-377. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=es&Nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=es&Nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. Se transcribe el párrafo pertinente: “a diferencia de los EEUU de Norteamérica, donde resulta determinante la condición de funcionario público, algunos países no ciñen el examen de la ilicitud a las actuaciones públicas, así: España; Colombia; o Italia, donde incluso se regulan prohibiciones probatorias dirigidas a sancionar ilicitudes cometidas por el defensor y los investigadores privados. En tanto otros carecen de regulación expresa en tal sentido, presentando una jurisprudencia oscilante, particularmente en lo relativo a actuaciones de particulares a instancias de la policía (Bélgica); autoridades tributarias (México): Argentina; Brasil; o Alemania. Existen finalmente países como Uruguay, donde se exige la condición de autoridad pública de persecución, siempre y cuando sea nacional, o Francia, donde se sostiene que los particulares no están sujetos al principio de lealtad, llegando incluso a aceptar prácticas como el “testing”, siempre y cuando la prueba se someta a contradicción en el juicio (art. 427,2 CPP francés) y la ilicitud cometida no sea de gravedad. Ello no obstante hay que hacer notar que incluso en éste último país se abre la discusión a las actuaciones privadas ordenadas por la policía. En este último sentido Holanda ofrece una doctrina particularmente desarrollada: aplicando la regla de exclusión a las confesiones a policías infiltrados, salvo que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad lo impidan; en tanto no es así a las conductas privadas, a las que afectan las reglas de la responsabilidad civil y penal, en su caso.

Jequier, refiriéndose a esta posibilidad, con ocasión del artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (que establece la inadmisión de la prueba ilícita), afirma que “podemos estar ante una actividad realizada por una de las partes de forma unilateral, vulnerando alguno de estos derechos o libertades. Puede ser el caso de un testigo que declare bajo la coacción de alguna de las partes o de los investigadores privados que obtengan informes que se presenten como prueba documental vulnerando derechos fundamentales, sobre todo en el marco del derecho a la intimidad del art. 18 de la CE [Constitución española] (intervención de comunicaciones telefónicas, inviolabilidad del domicilio fundamentalmente)<sup>47</sup>”.

En conclusión, el sujeto activo en la recolección de prueba puede ser el Estado o un particular. Ello es indiferente para el proceso civil. Lo relevante es que en ambos casos se entiende que hay vulneración de derechos fundamentales, y que es posible sancionar con la ineficacia la actividad probatoria que se pretende llevar a cabo. Esta afirmación que resulta plenamente entendible en el proceso civil propiamente tal, puede generar algún grado de conflicto en el procedimiento de familia o en el laboral, atendida la posible disparidad de recursos materiales existentes entre las partes. Lo analizaremos en el capítulo VII.

---

<sup>47</sup> Obra citada, p. 465.

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTO DE LA INADMISIÓN O NO VALORACIÓN

#### A) Introducción

La jurisdicción desde una perspectiva dinámica es la actuación del poder, que tiene como titular al Estado, y como destinatario a los justiciables. Se ha advertido que en él se produce una tensión entre los derechos de los individuos, que serán reconocidos o incorporados a su patrimonio, o por el contrario desconocidos o sacados del mismo, si observamos lo que ocurre en el ámbito civil. Si miramos el ámbito penal, vemos que se pone en juego la libertad y el patrimonio de los justiciables. Desde otra perspectiva, el juez civil, a nombre del Estado, debe dictar sentencia de acuerdo al mérito de los argumentos fácticos y de derecho existentes en la causa que hayan proporcionado las partes, generalmente particulares. Esta realidad es más compleja en el proceso penal, en que es el mismo Estado adjudicador quien detenta la persecución penal, poder que se radica en Chile en el Ministerio Público<sup>48</sup>.

El ejercicio de esta faceta del poder, al igual que las otras, debe darse dentro del marco del estado de derecho, que presupone la existencia de cortapisas a su actuación. Dicho de otro modo, los jueces no pueden ejercer la labor jurisdiccional de cualquier manera. Desde ya la propia Constitución los obliga a actuar dentro del marco del debido proceso y la igualdad ante la ley, respetando los derechos fundamentales. Estas limitaciones son más fuertes tratándose de la actuación procesal penal. Así podemos entender el principio del in dubio pro reo,

---

<sup>48</sup> Julio Maier ha escrito: "Sin duda la tensión entre derechos de los individuos –o de dignidad humana- y Estado –o poder político- se potencia en razón de la persecución penal. Esa actividad estatal amenaza no sólo bienes primarios de todo ser humano –como la vida, la libertad ambulatoria y la integridad física y moral del individuo-, absolutamente imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza el mismo estatuto fundamental, sino que, además, el procedimiento penal actual sólo es comprensible como una tensión entre el interés individual por el uso y goce pleno de esos bienes, y el interés estatal por reaccionar frente al quebrantamiento ... Esta tensión violenta se manifiesta [...] especialmente en el Derecho del procedimiento penal". *Derecho Procesal Penal*, II. Parte, Editores del Puerto, Buenos Aires, primera edición, 2003, p. 422.

la presunción de inocencia y la limitación de la actividad cautelar por una serie de cortapisas, que se dirigen al juez. Y también es posible explicar la prohibición de ejercer actuaciones jurisdiccionales que pesa sobre el Ministerio Público<sup>49</sup>.

Cuando hablamos de prueba ilícita, estamos presuponiendo la vulneración de un derecho fundamental en la actividad probatoria pre o intra procesal. Luego, lo que corresponde es ver la consecuencia que esa vulneración debe tener al interior del proceso, para las partes y el juez, que puede resumirse en la inutilizabilidad o pérdida de eficacia de la prueba. Sin embargo, antes de eso, debemos preguntarnos sobre los argumentos que posibilitan la aplicación de tales efectos, que de algún modo entran en colisión con el derecho que las partes tienen a probar sus afirmaciones. Sin duda, la claridad acerca de los mismos nos ayudará a comprender de mejor manera el alcance de la institución.

Creemos de importancia este capítulo no sólo por las razones dadas en la introducción, esto es, si hay argumentos únicos e insustituibles para el ámbito civil, sino además por cuanto cada vez que estemos ante la presencia de prueba ilícita en un ordenamiento que no contemple la posibilidad de excluir o no valorar, la parte afectada y el juez deberán establecer alguna justificación para poder restarle sus efectos al medio de prueba cuestionado. Si bien hoy los nuevos estatutos adjetivos la han incorporado, ello no es común en la totalidad de los procedimientos existentes, como por ejemplo el administrativo sancionatorio, o el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que establece el D.L. 211, o el actual procedimiento civil. Sin perjuicio de esta omisión, compartimos la opinión de que la prueba ilícita es una institución común a la totalidad del ordenamiento jurídico, tal como lo es la buena fe<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Que, debemos decirlo, ha quedado en entredicho con el texto del artículo 149 inc. 2° del Código Procesal Penal, introducido por la Ley 20.253, que lamentablemente fue ratificado en cuanto a su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional con fecha 18 de diciembre de 2008. Norma que contradice el artículo 83 de la Constitución, que de manera similar al artículo 1° de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, expresamente señala que el Ministerio Público no ejerce facultades jurisdiccionales.

<sup>50</sup> Tavolari Oliveros, Raúl, "Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal", *Actualidad Jurídica* N° 20, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, p.136.

De acuerdo al plan trazado, será necesario primeramente revisar qué se ha dicho en el ámbito procesal penal, que fue el primero en que se acuñó el concepto, para después ver los fundamentos esgrimidos en el ámbito procesal civil. Por último, estudiaremos algunos argumentos a favor de la inclusión de la prueba ilícita, sólo para descubrir cómo algunos de ellos han vuelto a cobrar vigencia en estos tiempos.

## B) Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal penal

No por la antigüedad, sino más bien debido a la frecuencia con que se presenta el problema en el proceso penal -a causa del curso frecuente de los actos de investigación en los límites de los derechos fundamentales-, es que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita ha sido desarrollado con más prolijidad aquí que en otros ámbitos.

Un primer argumento dado es la integridad judicial: en la persecución penal el Estado debe emplear medios lícitos, preservando la ética judicial. Midón desarrolla este argumento bajo el título “El Fundamento Ético”, aplicado hasta aquí por la jurisprudencia trasandina. “Al Estado y por ende, a la Administración de justicia en tanto función estatal, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, en el proceso penal el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comportaría una actitud inmoral. La justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental, desde que el valor justicia se vería seriamente resentido si quienes deben velar por que las leyes sean cumplidas son los primeros en violarla”<sup>51</sup>. Para Maier, las normas que regulan la actividad estatal de injerencia en los derechos de las personas “no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente constituyen

---

<sup>51</sup> Obra citada, pp. 51 y ss.

autolimitaciones para el Estado [...]. El Estado de Derecho se halla, por ello, obligado a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria. De allí que el incumplimiento de estas reglas conlleva un contrasentido jurídico, pero además y al mismo tiempo, representa una infracción ética”<sup>52</sup>.

Es la misma idea que nos entrega en Chile Hernández, para quien “el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es uno esencialmente ético, antes que utilitario, y está referido a la legitimidad de la acción estatal. El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesales-penales de los ciudadanos; en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación”<sup>53</sup>.

Existe acá un vaso comunicante con el secreto profesional, debido a que efectivamente quien podría proporcionar más información relevante en el proceso penal, aparte del imputado, podría ser su abogado defensor. El Estado, al reconocer el secreto profesional, se autolimita en la persecución penal, dado que el derecho a defensa resultaría seriamente debilitado si el defensor se viera compelido a colaborar en el esclarecimiento de los hechos<sup>54</sup>.

El segundo argumento a favor de la privación de efectos a la prueba ilícita se denomina de la confiabilidad de la evidencia, y aparece asociado a un criterio de verdad material<sup>55</sup>. Más que un disvalor de la conducta con la cual se obtuvo la prueba, lo que se sanciona es su falta de confiabilidad. Ambos afirma que “los imputados coaccionados están más motivados a hablar por poner fin al dolor, que por sentirse obligados a decir la verdad”<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Obra citada, p. 426.

<sup>53</sup> Obra citada, pp. 60 y 61.

<sup>54</sup> Véase el artículo de Fernández, José Manuel, “Secreto Profesional y Derecho a Defensa”, en *La Semana Jurídica* N° 365, 26 de diciembre de 2007.

<sup>55</sup> Horvitz y López, obra citada, p. 181 y 182.

<sup>56</sup> Obra citada, p. 333.

Este fue el primer argumento que nació en la jurisprudencia norteamericana, pero hoy en día se encuentra superado, puesto que en todos aquellos casos en que la fidelidad sea incontrastable, habría que aceptar los efectos probatorios del medio en cuestión. Por ejemplo una carta del imputado, que se obtiene mediante una violación de correspondencia no autorizada. ¿Puede ser sometida a un peritaje caligráfico para establecer su procedencia y valer así, pese a su origen ilícito?. Miranda Estrampes, siguiendo a Tomás Vives Antón, sostiene que “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su “verdad” resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”<sup>57</sup>.

Resulta lúcido en este aserto el cuestionamiento a la fidelidad de la prueba para aceptar su proscripción por ilicitud. Si esa fuera la razón de la inadmisión, se reconocería a las partes la posibilidad de validación del medio cuestionado mediante otros elementos de prueba que ayuden a despejar las sospechas de falta de autenticidad o de veracidad. Adicionalmente, de aceptar que el fundamento de la proscripción sea la falta de fidelidad, nos acercaríamos a una idea que rechazamos –como indicamos al ver la relación con la nulidad procesal, cual es establecer el perjuicio como requisito esencial para poder excluir, el que debiera consistir, en este caso, en la ausencia de veracidad.

Un tercer argumento a favor de la inadmisión apunta a la igualdad de las partes en el litigio penal. Así, para Raúl Tavolari, el Estado ejerce el ius puniendi enmarcado en un régimen de límites y controles, debido a que en el proceso penal no existe una igualdad material y de recursos entre el Estado persecutor y el imputado. Esa igualdad busca ser reestablecida mediante la presunción o principio

---

<sup>57</sup> Obra citada, p. 56.

de inocencia y la proscripción de la prueba ilícita<sup>58</sup>. De este modo, la prohibición reconoce su origen en la desigualdad de armas existente en el proceso penal entre el Estado y el individuo, dado que el primero es el titular activo de la fuerza legítima e institucionalizada, que es puesta a disposición de los órganos encargados de la persecución penal, para el adecuado logro de los fines del proceso penal<sup>59</sup>.

Sin la finalidad de agotar este punto, debe aceptarse en principio que dentro de la actividad procesal propiamente tal, las partes se mantienen en un plano de igualdad en cuanto a las distintas actuaciones procesales que pueden llevar a cabo. Por ejemplo, ofrecer, rendir y contradecir la prueba, hacer alegaciones, recurrir, etc. De hecho, en términos generales, la idea del proceso es hacer que al interior de él, las partes que en el mundo exterior son desiguales, se encuentren en un plano de igualdad a fin de no desequilibrar el debate<sup>60</sup>.

Sin embargo, ese panorama resulta aplicable en mejor medida al proceso civil. La desigualdad en el proceso penal se manifiesta en un ámbito distinto, esto es, en el casi inconmensurable despliegue de recursos económicos y probatorios que el Estado puede hacer, en comparación con las posibilidades reales que tiene el ciudadano de a pie, cuyos recursos económicos y probatorios aparecen, en la comparación, como odiosamente franciscanos. Por ello, hablar de la igualdad como finalidad u objetivo a alcanzar con la inadmisión en el proceso penal, parece discutible, dado que su logro total es una quimera.

Un cuarto argumento es la prevención o disuasión del agente policial encargado de la recolección de pruebas. Éste debe ejercer su función dentro del

---

<sup>58</sup> En prólogo al libro de Zapata, obra citada, pp. 4 y 5.

<sup>59</sup> En el mismo sentido, Bofill Genzsch, Jorge, "Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación, consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento", *Informes en Derecho Doctrina Procesal Penal 2005-2006*, Defensoría Penal Pública, p. 9.

<sup>60</sup> Especial énfasis en esta afirmación hacen quienes son partidarios del proceso como método de debate. Entre ellos Alvarado Velloso, Adolfo, *Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 58.



marco legal y constitucional existente, con respeto a los derechos fundamentales del imputado y de terceros. Dentro de ese ámbito, lo actuado no podría ser ineficaz. Pero si se excede de ese límite, vulnerando derechos fundamentales en la labor de recogida de evidencia, no se le debe reconocer valor a esas pruebas, con independencia del mérito probatorio que puedan tener. Con ello se pretende desincentivar a los potenciales infractores del ordenamiento jurídico, al advertirse que éste, específicamente el órgano judicial, no está disponible para reconocer efectos probatorios a las actuaciones que exceden el marco de los derechos fundamentales. Por ello, todo el resultado de actuaciones verificadas fuera de ese marco, será ineficaz desde el punto de vista probatorio<sup>61</sup>.

Una morigeración de estos fundamentos es posible apreciar en la teoría de ponderación de los intereses en conflicto, que nos indica que la prueba a excluir dependerá del bien jurídico vulnerado que es objeto de persecución penal, en relación al bien conculcado en la recogida de prueba. También se ha invocado la teoría de ámbito o círculo de derechos, que afirma que si la violación es de segundo orden y no afecta sustancialmente el ámbito de derechos del recurrente, entonces no es viable excluir la prueba. Hoy en día, el Tribunal Supremo Federal alemán aplica también la denominada teoría del fin de protección de la norma, que se pregunta si el sentido y objeto de una disposición procesal infringida demandan explícitamente una prohibición de utilización de la prueba<sup>62</sup>.

Empero, para algunos autores, como Maier, cuando se presenta el conflicto entre el ejercicio del poder y una regla que lo limite, siempre la norma que lo restringe debe prevalecer respecto de la que confiere la atribución. De ese modo, aquella tensión que se da entre los derechos de los individuos y el ejercicio del

---

<sup>61</sup> Horvitz-López, obra citada pp.173 y sgtes. Este es el principal argumento esgrimido por la jurisprudencia Norteamericana. También en Zapata, obra citada., pp. 24 y sgtes.

<sup>62</sup> Ambos, obra citada, p. 342 y 343; y Horvitz y López, obra citada T II p. 127.

poder por el Estado, desaparece desde el punto de vista jurídico, por cuanto la solución jurídica es clara<sup>63</sup>.

### C. Fundamento de la inadmisión o no valoración en el ámbito procesal civil

Hemos visto precedentemente que hoy en día es plenamente exigible a los particulares el respeto a los derechos fundamentales. Con ello, se parte de la base lógica que están en condiciones de vulnerarlos, no siendo ya patrimonio exclusivo del Estado ser el sujeto activo de esa infracción, como podría suceder en sede procesal penal. En el ámbito procesal civil nos encontramos con un conflicto en que no necesariamente el Estado será parte en él, limitándose a su rol de adjudicador, de manera que el procedimiento normalmente se desarrollará entre particulares, quienes serán los que desplegarán la actividad al interior del proceso.

Si partimos de la base que un particular puede obtener un medio de prueba valiéndose de una actividad que podemos catalogar de vulneración de derechos fundamentales, es pertinente que nos preguntemos acerca de los fundamentos de la inutilizabilidad, dado que el proceso civil no puede quedar indiferente ante esa situación. De lo contrario se pondría en entredicho la propia efectividad de la Constitución, de los tratados internacionales vigentes, y de toda otra norma que consagre derechos fundamentales, dejando prevalecer la fuerza dentro de un medio pacífico de resolución de controversias de relevancia jurídica.

Es necesario precisar que los argumentos que serán expuestos a continuación y que han sido mayoritariamente desarrollados por Joan Picó I Junoy<sup>64</sup>, son aplicables a toda la esfera compuesta por contenciosos que deben

---

<sup>63</sup> Con ello, el aforismo *in delictis atrocissimis ... iura transgredi licet* no es de afortunada aplicación. Obra citada, p. 424.

<sup>64</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, pp. 297 y sgtes. También lo sigue Alex Carocca Pérez, en *Una Primera Aproximación ...*

ser resueltos por un órgano jurisdiccional y en los que el Estado no ejerce la persecución penal.

Primeramente, se indica la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del respeto al ordenamiento jurídico. Al tener ese objetivo el proceso, con sujeción a un conjunto de normas y principios, se debe concluir que todo acto que infrinja ese sistema o atente contra el mecanismo, debe ser excluido del mismo. Si hay un acto que se aleja de lo que es el respeto a las normas existentes, entonces no debe ser reconocido. En consecuencia, el respeto al debido proceso implica necesariamente la exclusión de la prueba ilícita. Siguiendo a Carocca, “[e]l proceso no es un juego o una guerra donde el fin justifique los medios”<sup>65</sup>.

El problema que presenta este argumento consiste en que el mero alejamiento de las reglas no resulta suficiente para diferenciar la sanción por ilicitud de, por ejemplo, la nulidad procesal: si un acto es anulable, es debido a que precisamente se alejó de la forma concebida por la ley. Adicionalmente, dada la formalidad que se entrega para su verificación (el mero alejamiento) no queda clara la razón de fondo de la exclusión: si la buena fe, la igualdad de armas o alguna otra.

Luego, como segundo argumento, pero íntimamente relacionado con el anterior, Montero Aroca entrega un fundamento ético: “[e]l fondo de la cuestión radica en determinar si para verificar las afirmaciones de hecho de las partes, esto es, si para obtener una sentencia justa, todo vale o si, por el contrario, existe un precio que el ordenamiento jurídico no puede pagar ni aún con el fin de ejercitar la función jurisdiccional”<sup>66</sup>. En el mismo sentido, dice Picó I Junoy: “suele afirmarse que si bien el proceso tiene por finalidad la búsqueda de la certeza de los hechos

---

<sup>65</sup> Obra citada, p. 316.

<sup>66</sup> Obra citada, p 125.

litigiosos, esta certeza no puede lograrse de cualquier modo; igualmente que el proceso no es un juego o una guerra donde el fin justifica los medios”<sup>67</sup>.

Devís Echandía se ampara también en el principio de probidad o lealtad procesal, que es general en el procedimiento y aplicable a la prueba judicial, por lo que la mala fe del litigante debe traer aparejada la ineficacia del acto, la imposibilidad de que el elemento de prueba pueda conformar la opinión del sentenciador<sup>68</sup>. Carocca afirma que la probidad o lealtad procesal, en tanto principio general del procedimiento, se vería conculcada por la mala fe de los litigantes<sup>69</sup>.

Sin duda se trata de un argumento al que adherimos. Pero se trata del mismo entregado para la espera procesal penal, no hay diferencias.

En tercer lugar, se señala el principio general del derecho de que los actos ilícitos no pueden aprovechar a su autor, nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Éste se encuentra recogido en nuestro orden procesal civil en el artículo 83 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, a propósito de la nulidad procesal, que establece que la parte que originó el vicio o concurrió a su materialización, no puede denunciarlo ni aprovecharse de sus efectos<sup>70</sup>.

No obstante la limitada referencia de la norma a la nulidad procesal, instituto que ya hemos dicho difiere de la prueba ilícita, es rescatable por desconocerle beneficios al acto antijurídico. Sin embargo, no da una respuesta al evento que la vulneración de derechos fundamentales en la recogida de pruebas se haya cometido por un tercero ajeno al proceso, y las haya entregado a una

---

<sup>67</sup> El Derecho a la Prueba ..., p. 298.

<sup>68</sup> Ibid., p. 298.

<sup>69</sup> Obra citada, p. 316.

<sup>70</sup> Este principio también se encuentra recogido en los ordenamientos adjetivos de familia (artículo 25 inc. 2º), laboral (artículo 429 inc. 3º), y en el anteproyecto de Código Procesal Civil (artículo 135).

parte que desconoce su origen. Si la mala fe es del tercero, ¿cómo sancionar a aquel que no actuó dolosamente?

En cuarto lugar, el efecto disuasorio de la ineficacia de la prueba ilícita, que conlleva y garantiza la eficacia de la norma vulnerada. Con él se pretende desincentivar a los potenciales infractores, mediante el rechazo de lo logrado con la actuación cuestionada, si ha vulnerado derechos fundamentales.

Si bien se comparte este argumento, fuera de no ser original y propio de esta rama adjetiva, no escapa al hecho de que el desincentivo resulta eficaz respecto de aquel que permanentemente desarrolla labores de investigación, léase la policía y el ministerio público. En el proceso civil, en cambio, la presencia de las partes en él resulta circunstancial, y por ende es posible que ni siquiera conozcan la norma que sanciona la ilicitud.

Distintos argumentos fueron los reconocidos por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 114/1984, pronunciada con ocasión de un amparo promovido en una contienda laboral, que fue el primer fallo que en España se hizo cargo de la prueba ilícita. Sostiene el Tribunal que constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso, específicamente el debido proceso, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Implica también, sigue el fallo, una inaceptable confirmación de la desigualdad entre las partes en el juicio, que conculca la igualdad ante la ley, resguardada por el art. 14 de la Constitución Española<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> El fundamento jurídico 5º añade que con la proscripción de la prueba ilícita se pretende enmendar la “desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”. Garberí y Buitrón, comentando dicho fallo, afirman que el Tribunal “sostuvo la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, cuya lesión no puede quedar justificada en la consecución de otros valores materiales de menor relevancia (como el descubrimiento de la verdad material en el proceso)”. Obra citada, p. 128.

En España, el principio de la igualdad de armas ha sido introducido mediante la interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que trata del derecho a un proceso equitativo)<sup>72</sup>. Si bien fue aplicado inicialmente en el ámbito procesal penal, es claro para la doctrina que es coercible en cualquier otro ámbito jurisdiccional, incluido el procesal civil<sup>73</sup>.

Manteniendo el mismo criterio, el Tribunal Supremo español ha resuelto recientemente que “las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso **con el diseño evidente de obtener ventajas probatorias**, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta”<sup>74</sup>.

Michele Taruffo advierte que “a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte “débil” (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones

---

<sup>72</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación de materia penal dirigida contra ella”

<sup>73</sup> Esparza, obra citada, pp. 286 y 287.

<sup>74</sup> Sentencia de 29 de marzo de 2007. Énfasis añadido. Desde las sentencias 81/1998 y 50/2000 del Tribunal Constitucional español, que primordialmente el fundamento viene dado por el derecho a un proceso con todas las garantías. Garberí- Buitrón, obra citada, p. 128.

procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante”<sup>75</sup>.

La desigualdad, que no puede menos que reconocerse su existencia, no puede ser tolerada pasivamente cuando conlleva irregularidades en la producción de prueba, que traen aparejada necesariamente un resultado injusto o una duda creciente acerca de la legitimidad del mismo. Es lo mismo que Mirjan R. Damaska denomina “juego sucio”, dentro del modelo de resolución de conflictos, esto es, práctica injustas o fraudulentas destinadas a obtener una decisión favorable, lo que incluso “puede [hacer] revivir la disputa apaciguada por la decisión”<sup>76</sup>. A mayor abundamiento, piénsese que en el proceso civil se permite, siguiendo la teoría de la solidaridad de la carga de la prueba o de la denominada concepción dinámica de la carga de la prueba, que en pos de esa igualdad, el juez efectúe una adjudicación distinta de la carga de la prueba por el solo hecho de estar una de las partes en una posición preferente de rendirla, aunque según la regla clásica no sea de su iniciativa la producción. Ello, amparado en la nula o escasa eficacia que tendrá el otro litigante en esa faena.

La desigualdad que se produce entre los litigantes al intentar uno de ellos obtener provecho de un medio de prueba obtenido de manera torticera, justifica la exclusión o no valoración de la prueba, con la finalidad de restituirlos a un grado más aceptable de equilibrio, en el que no sean relevantes argumentos antijurídicos. Si bien el Código de Procedimiento Civil no se refiere a la igualdad de armas expresamente, podemos afirmar que la promueve, al no haber mayor discriminación entre las partes en relación a las actuaciones que pueden llevar a cabo al interior del procedimiento.

---

<sup>75</sup> “Investigación Judicial y Producción de Prueba por las Partes”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 210.

<sup>76</sup> *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica, 2000, p.251.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce constitucionalmente esta igualdad, en el artículo 19 N° 2 (igualdad ante la ley) y N° 3 (igual protección en el ejercicio de los derechos). El Proyecto de Código Procesal Civil la admite explícitamente, a diferencia de los ordenamientos legales vigentes, en el artículo 5°: “IGUALDAD DE ARMAS. El tribunal velará por mantener la igualdad de las partes en el proceso”. Como consecuencia de ello, el artículo 265 inc. 2° del mismo cuerpo reconoce la carga dinámica de la prueba o principio de la solidaridad<sup>77</sup>.

Entonces, precisamente a consecuencia de la igualdad de armas, es que los litigantes del proceso civil pueden excluir la prueba ilícita. De lo contrario, quedarían en posiciones distintas, permitiendo que primer la fuerza en el debate. Adicionalmente, a si todos los litigantes del proceso civil se encuentran en igualdad de condiciones y facultades jurídicas, no hay ninguna razón para sostener que a uno de ellos no se le debe aplicar la prohibición de la prueba ilícita, pero al otro sí. No hay un mejor derecho de un litigante a que su postura sea oída con preferencia a la de otro litigante. Entonces, sería igual de reprobable la prueba ilícita usada para acreditar los fundamentos fácticos de la pretensión, como la esgrimida para intentar su desconocimiento; el efecto perverso dentro del proceso civil será idéntico, sea para ponderar la prueba de uno u otro lado. Esta es la mejor demostración de que la igualdad de armas es el mejor fundamento de la inadmisión en sede procesal civil.

Creemos, junto a Jequier, que “[e]n el proceso civil [...] inspirado en el principio dispositivo y de oportunidad, son las partes las encargadas de obtener las fuentes y aportar los elementos de prueba al proceso, en la medida que resulten esenciales y pertinentes. Por lo mismo, la condición de igualdad procesal que existe necesariamente entre los litigantes determina que, en esta clase de

---

<sup>77</sup> “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder”.



conflictos, los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la actividad probatoria de los mismos se sitúan comúnmente en la esfera de la intimidad y dignidad, en sus manifestaciones constitucionales de protección de la vida privada e inviolabilidad del domicilio, más que en el ámbito de posibles atentados a la integridad física y psíquica de las personas (como podría ocurrir con la actividad de los órganos de instrucción en el proceso penal)”<sup>78</sup>.

Si bien la diferencia de criterios esbozada es meridianamente clara al incorporar dentro del procedimiento civil al de familia y laboral, no ocurre lo mismo cuando analizamos procedimientos tales como el administrativo sancionatorio y el seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que no pertenecen a la órbita procesal penal. En el primer caso es la propia administración la que resuelve un caso en el que carece de desinterés objetivo, y sin duda posee atribuciones o ventajas de potestad de las que carece el administrado<sup>79</sup>.

En el segundo caso, estamos ante la presencia de una autoridad administrativa (el Fiscal Nacional Económico) que tiene posibilidad de encargar diligencias a la Policía de Investigaciones (artículo 39 a) del Decreto Ley 211<sup>80</sup>), con la finalidad de actuar ante un tribunal que puede imponer condenas exclusivamente patrimoniales (véase el artículo 26 del Decreto Ley). Así, por ejemplo, en sentencia N° 63-2008, de fecha 10 de abril de 2008, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, declarando que Falabella y Almacenes París incurrieron en conductas de colusión y abuso de posición dominante. Para ello, se construyeron

---

<sup>78</sup> Obra citada, p. 480.

<sup>79</sup> Por ejemplo, el artículo 62 del Código Tributario faculta al Director del Servicio de Impuestos Internos a ordenar el examen de la cuenta corriente, por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal, sin perjuicio de la sanción administrativa que el mismo órgano pueda aplicar al obtener esa información. No obstante, hay consenso en estimar que es aplicable la presunción de inocencia.

<sup>80</sup> Se faculta al Fiscal Nacional Económico a “Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto”.

presunciones a partir del tráfico de llamadas que hubo entre los ejecutivos de ambas requeridas y sus proveedores<sup>81</sup>.

En ambos casos es difícil encontrar igualdad material o de armas entre los litigantes, de manera que los argumentos esbozados para sede procesal civil se ponen a prueba. De hecho, en un procedimiento civil no es dable pensar que una de las partes pueda aportar el tráfico de llamadas efectuadas por la contraria, pues ésta vería vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y con toda seguridad, hoy en día, solicitaría la exclusión. No nos merece dudas que si la autoridad echa mano de prueba ilícita para intentar acreditar los cargos en el proceso administrativo sancionatorio o en el de libre competencia, esa prueba debe ser excluida.

Por esa razón, en estos procedimientos en los que el Estado no ejerce el ius puniendi, pero que sin embargo actúa como parte (privilegiada) y busca la aplicación de sanciones, principalmente administrativas, como las multas, el argumento de exclusión debe venir dado por la ética: se le debe exigir al Estado un comportamiento íntegro, de respeto de los derechos fundamentales, aunque busque en estos procesos el respeto de bienes jurídicos distintos de los que

---

<sup>81</sup> Se transcribe al efecto algunos considerandos: “**Quincuagésimo tercero.** Que la hora, la secuencia, la duración, el origen y el destino de las llamadas que se cursaron entre algunas de las personas señaladas en los organigramas precedentes, y entre éstas y distintos representantes y ejecutivos de los proveedores que iban a participar en la Feria, se encuentran acreditadas por los registros de llamadas telefónicas preparados por distintas compañías de telecomunicaciones, que rolan a fs. 437, 541, 547, 875, 1424, 2006, 2686, 2700, 2725, 2735, 2743, 2776, 2777, 2793, 2795, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811 y 2816... **Nonagésimo cuarto.** Que el correo electrónico reproducido precedentemente es prueba de las presiones recibidas por las distintas marcas que iban a participar en la Feria, y que fue precisamente por causa de esas presiones que desistieron de concurrir. Asimismo, las llamadas descritas en la tabla anterior, constituyen a juicio de este Tribunal indicios claros para establecer que tales presiones fueron ejercidas por las requeridas Paris y Falabella; **Centésimo cuarto.** Asimismo, es otro indicio relevante que el Sr. Fernando Casado, Gerente de Línea Electrohogar de Falabella, el Sr. Héctor Rodríguez, Gerente de División Comercial de Paris, y el Sr. Pablo Méndez, Gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, como se ha acreditado con los registros telefónicos acompañados en autos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella. Esto lleva a dar por acreditado que corresponden a comunicaciones no habituales, efectuadas por ejecutivos de mayor rango por parte de Falabella y de Paris, lo que refuerza la prueba establecida en cuanto a que su contenido decía relación con temas distintos y de mayor importancia que las relaciones comerciales habituales”.

podría vulnerar en la etapa de investigación, como son, a vía de ejemplo, el orden público económico y la eficaz recaudación de impuestos. Es precisamente el sentido de los artículos 6 y 7 de la Constitución.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, establece del deber de los órganos de la Administración de someterse a la Constitución y a las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia, y advirtiendo que responden por los abusos o excesos en el ejercicio de sus potestades. Esto debe ser complementado con los artículos 54 y 55 de este mismo cuerpo legal, que disponen que las autoridades se deben someter al principio de probidad administrativa, que consiste en mantener una conducta intachable, dando preeminencia al interés general, el cual exige medios idóneos de diagnóstico, decisión y control. A mayor abundamiento, resulta elocuente la disposición del artículo 64 N° 8, según la cual conculca especialmente el principio de probidad, el contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad, con grave entorpecimiento del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la administración.

La Ley 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, complementa lo anterior en el artículo 11, al establecer el principio de imparcialidad, en virtud del cual la “Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”. Más tibio, aunque igualmente importante, resulta ser el artículo 17, que reconoce los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, entre ellos: “e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales”.

Si no merece dudas que el actuar ilícito de la Administración no puede producir efectos probatorios, la hipótesis contraria genera dificultades, esto es, el caso que un particular intente usar prueba ilícita de descargo en los procedimientos frente a la Administración. ¿Puede ser excluida esa prueba por la Administración o por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia? Si el argumento de exclusión en estas sedes es la igualdad de armas, debiéramos inclinarnos por la afirmativa. Sin embargo, ésta no es concebible en ambos procedimientos. Al ser el fundamento más adecuado el ético, estaríamos por aceptar que en estos casos no puede excluirse la prueba de descargo.

Resulta pertinente tratar si las teorías que buscan morigerar las consecuencias de la ilicitud, desarrolladas en el ámbito procesal penal, tienen cabida en sede procesal civil o no. Una primera aproximación nos debiera llevar a concluir la negativa en la aplicación de la teoría de ponderación de los intereses en conflicto, dado que en éste ámbito los valores involucrados son mayoritariamente patrimoniales. Son esta clase de aspectos y relaciones los que se discuten en juicio. Siempre la sentencia civil concluye pronunciándose acerca de una prestación de dar, hacer o no hacer algo a favor de alguien, o constituyendo o declarando un derecho. A lo más, pero siempre dentro del mismo ámbito, habrá declaraciones de derecho. Por lo mismo, es difícil ponderar o hacer primar la importancia de la materia involucrada en el juicio, en relación al derecho fundamental vulnerado en la obtención de prueba. Y, si se nos apura, creemos que debiera prevalecer siempre la protección del derecho fundamental vulnerado.

En otras palabras, no resulta pertinente el argumento relativo a la importancia de la materia ventilada en el juicio civil, para aceptar la prueba ilícita, cuando en éste se ventilan aspectos patrimoniales. Sí puede tener cabida cuando la discusión es extra patrimonial, por ejemplo en sede familia los aspectos relativos al cuidado y relación directa con los hijos.

No vemos objeción alguna para aplicar la teoría del círculo de derechos, por cuanto atiende o mira a la vulneración en sí misma, busca determinar si afectó o no en su esencia el derecho que se estima vulnerado, con independencia del bien jurídico cuya reparación u obtención se busca en el procedimiento. No estamos, con esta teoría, intentando justificar hasta dónde puede llegar una investigación o recogida de pruebas, en razón del debate central del pleito. Por el contrario, sólo miramos la vulneración en sí misma. Lo mismo puede decirse de la teoría del fin de protección de la norma.

#### D) Paralelo entre ambas sedes

En los dos ámbitos se esgrime el fundamento ético, la disuasión de las conductas impropias y la igualdad de armas, como intentos de justificar la proscripción de la prueba ilícita. Ello llevaría a pensar que estamos ante la presencia de una cuestión de énfasis. Así, en sede procesal civil parece primar el mantenimiento de la igualdad entre los litigantes o igualdad de armas, evitando el juego sucio que llevaría a obtener ventajas indebidas en perjuicio de uno de las partes. En el ámbito procesal penal, en cambio, la justificación más fuerte dice relación con la correcta persecución penal, el apego y respeto por parte del Estado instructor de los mismos derechos que está protegiendo con el ejercicio del ius puniendi. Es decir, el fundamento ético. La disuasión del agente, que parece relevante en esta sede, no resulta igual de trascendente en el proceso civil. Respecto de la igualdad de armas, no aparece con la misma fuerza que en el ámbito civil, debido probablemente a la imposibilidad de reducir al Estado y al imputado a un plano de similar posición.

Sin embargo, somos de la opinión que así como en sede procesal penal el argumento preponderante es el de la rectitud en el obrar del estado, en sede civil debe ser la igualdad de armas. Se trata de fundamentos indiscutiblemente ligados al modo de ser del proceso en esos distintos ámbitos.

Se debe resaltar otra diferencia no menor, que viene dada por el sujeto a quien la proscripción afecta. En sede procesal penal los fundamentos apuntan a una sola de las partes del conflicto, esto es, al órgano persecutor, ya que la presunción o principio de inocencia no puede desvirtuarse recurriendo a toda clase de evidencias. Por ello, ante la existencia de prueba de descargo de origen ilícito, el derecho a defensa y el derecho a la prueba deben primar, considerando que se busca evitar la condena de un imputado inocente<sup>82</sup>. En cambio, en el ámbito civil se debe aplicar a todos los litigantes, con independencia del lugar que ocupen en el procedimiento, incluso si se trata de terceros. La existencia del debido proceso presupone que todos los partícipes actuarán dentro del marco del juego limpio, en igualdad de condiciones, no sólo el demandante. Adicionalmente la presunción de inocencia no existe.

En sede procesal civil no hay un reconocimiento explícito a la desigualdad de los litigantes, como sí ocurre en el proceso penal (v. gr., con la restricción de las medidas cautelares, la presunción de inocencia, la prohibición a los fiscales de ejercer funciones jurisdiccionales). Más bien se parte de la base que los litigantes son iguales<sup>83</sup>. Esta conclusión no obsta a la existencia de algunos mecanismos destinados a evitar las consecuencias perversas de la desigualdad de posibilidades procesales, como es la alteración de la carga de la prueba que puede hacer el juez del Proyecto de Código Procesal Civil.

#### E) Argumentos a favor de la admisión o valoración

Al comenzar a escribir este trabajo, parecía más interesante la sola mención a los argumentos que apoyaban la exclusión o no valoración de la prueba

---

<sup>82</sup> Horvitz y López, obra citada p. 216.

<sup>83</sup> En Proyecto de Código Procesal Civil reconoce esa igualdad en el artículo 5: "Igualdad de armas. El tribunal velará por mantener la igualdad de las partes en el Proceso".

ilícita, pudiendo dejar de lado argumentos que no compartimos, y que dicen relación con su admisión. En el mejor de los casos había disponibilidad para citar aquel notable trabajo del profesor Enrique Paillás, que describe el proceso penal en las Siete Partidas, el que admitía el tormento, definido como “*una manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar e saber la verdad por el de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos nin proubados por otra manera. E tiene muy gran pro para complir la justicia. Ca por los tormentos los Judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos que non se podrian saber de otra guisa*” (Título XXX Partida Séptima)<sup>84</sup>.

Sin embargo, la involución presentada en algunos casos por la institución en perjuicio directo de los derechos fundamentales, hace obligatorio pasar una revista. En los Estados Unidos de Norteamérica, post atentados del 11 de septiembre de 2001, bajo el amparo de la Resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 28 de septiembre de 2001, que obligó a los Estados miembros para adoptar medidas específicas destinadas a combatir el terrorismo<sup>85</sup>, se crearon tribunales militares (Military Commissions) para el juzgamiento de extranjeros acusados de delitos terroristas, en virtud de la denominada Patriot Act, tribunales que fueron renovados mediante la Military Commissions Act de 2006. Estos tribunales, que desde el caso *Hamdam vs. Rumsfeld* la Suprema Corte norteamericana estatuyó que no cumplían con las normas del Code of Military Justice, admiten cualquier clase de medio de prueba,

---

<sup>84</sup> En *Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica*, Santiago, 1984, T I p. 39 y ss. Se transcriben las actas de una diligencia llevada a cabo en Madrid el 30 de julio de 1648, en que se sometió a tormento a doña María Delgada, quien declaró en algunos pasajes “Ay, ay, ay, ay, que me matan sin culpa, ay, ay, ay, ay, ay, ay, Señor que no sé nada, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan”.

<sup>85</sup> En el Punto 2 de la resolución se decidió que todos los Estados: b) Adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, en particular advirtiendo de ello cuanto antes a otros Estados mediante el intercambio de información; y e) Velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y por que, además de cualesquiera otras medidas de represión que se adopten contra esas personas, dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos, y por que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos.

e impiden la aplicación de la regla de exclusión respecto de aquellos medios de prueba obtenidos con infracción de garantías fundamentales<sup>86</sup>.

Como es de suponer, las infracciones consisten en declaraciones obtenidas mediante el trato inhumano y degradante a los prisioneros, junto con la fuerza y coacción psicológica. No obstante que la Military Commissions Act contiene una prohibición de esas conductas, deja la puerta abierta para que la evidencia obtenida mediante esos mecanismos, sea admitida, aunque las conductas sean violatorias de la Convención de Ginebra<sup>87</sup>.

El panorama era bastante desalentador. Un informe independiente da cuenta que los agentes del FBI y del departamento de justicia suelen proveer de información falsa a la Foreign Surveillance Intelligence Court, con la finalidad de obtener autorizaciones de diligencias intrusivas<sup>88</sup>. Claramente en este caso concreto se hace primar la seguridad nacional por sobre cualquier consideración a los derechos fundamentales. Sin embargo, con el advenimiento del nuevo gobierno de ese país, ha habido noticias de que esa normativa ha sido dejada de lado.

Resulta elocuente al revisar cómo el terreno ganado por el instituto durante más de una centuria, retrocedió drásticamente junto con la jibarización del reconocimiento de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente, los argumentos a favor de la admisión y valoración de la prueba ilícita destacan la importancia de la búsqueda de la verdad material,

---

<sup>86</sup> Miranda Estrampes, obra citada, p. 56.

<sup>87</sup> "Statements obtained through coercive interrogation methods that fall short of cruel, inhuman, or degrading treatment are not barred". Para todo, Jack M. Beard, *The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterrorism Operations*, *American Journal of International Law*, enero 2007, volumen 101 N° 1 pp. 58 y 59.

<sup>88</sup> "A decision by the Foreign Surveillance Intelligence Court found that the FBI and the Department of Justice had provided the court with false or erroneous information on which to base search warrants and wiretap authorisation on at least 75 occasions". *Counter-Terrorism Measures and the Impact on International Human Rights Standards in the Field of Criminal Justice*, del International Center for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy.



especialmente en el proceso penal por los bienes jurídicos que hay en juego y que se han vulnerado con la comisión de los hechos investigados. Asimismo, se invoca la libre apreciación de la prueba que tienen los tribunales. Y, además, el hecho de que es preferible admitir el medio obtenido con infracción de derechos fundamentales, pero, por otro lado, aplicar al agente infractor una sanción penal, civil y/o administrativa, según corresponda<sup>89</sup>, sanción que tiene como función impedir que la conducta antijurídica quede sin respuesta y por otro lado disuadir a los potenciales infractores futuros.

Esta manera de tratar la prueba ilícita, siguiendo a Damaska, es propia de un Estado activista. Existe, dentro del marco del proceso como implementación de políticas, una “reticencia a alterar la sustancia de las decisiones correctas, incluso si fuesen obtenidas con violación de la reglamentación procesal”. Ello “comporta el problema de la evidencia obtenida con violación de la ley procesal: esa prueba debe ser rechazada sólo si aparece como no fidedigna. La idea de que la prueba impropia obtenida nunca debe utilizarse (aun si es contundente) pesa poco en el proceso de implementación de políticas”. Para no promover conductas antijurídicas, el Estado intentará “disuadir la mala conducta oficial sin revertir la decisión correcta”<sup>90</sup>. Entonces, se prefiere aceptar la evidencia, cualquiera sea su origen, para no comprometer la decisión estimada como correcta, pero generando mecanismos de castigo o amonestación al que obtuvo la prueba de manera ilegal.

Uno de los aspectos más destacables de la dogmática de la prueba ilícita es que admite excepciones, en aquellos casos en que resulta impresentable su aplicación, como por ejemplo si la lesión al derecho fundamental es mínima, y la investigación es relativa a un delito de carácter grave. Sin embargo, hasta aquí, las teorías que admiten la prueba ilícita no dan respuesta satisfactoria para el caso opuesto, esto es, que en la investigación de un delito menor se infiera un daño en

---

<sup>89</sup> Es posible encontrar un catálogo ilustrativo de autores y obras en las que se defiende la admisión o valoración de la prueba ilícita, sin aire a Index Librorum Prohibitorum et Expurgatorum, en Miranda Estrampes, obra citada, p. 52.

<sup>90</sup> “Una maquinaria de justicia organizada jerárquicamente puede generar más mecanismos que permitan la disuasión sin revisión” de la decisión”. Obra citada, p. 309.

un bien jurídico de elevada jerarquía, como por ejemplo la integridad física. Esta resulta ser una falla fundamental de las mismas, que les hace perder peso, más allá de lo impopular que resulta su predicado hoy en día.

### **CAPÍTULO III**

#### **AUTONOMÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

La regla por la cual la prueba ilícita no produce efectos al interior de un proceso puede o no verse reflejada en las normas de la Constitución o en las leyes dictadas a su conformidad. Nos atrevemos a sostener que eso es más bien secundario. Antes, debemos aclarar la duda de si existe una garantía constitucional o derecho fundamental autónomo a la no admisión o no valoración de la prueba ilícita. En caso de que concluyamos que no existe, debemos determinar cuál es la garantía o derecho fundamental detrás de la inutilizabilidad. Esta tarea resulta importante: cuando las partes y el juez se vean enfrentados al problema de la ilicitud, ¿qué garantía o derecho debieran estimar se vulnera con la incorporación de la prueba al proceso?

#### A) La pretendida autonomía

Para determinar si podemos individualizar un derecho fundamental a la proscripción de la prueba ilícita, previamente se debe hacer una distinción. Técnicamente, se entiende por derechos “aquellas facultades morales e inviolables que competen al hombre para realizar ciertos actos”. Las garantías, en cambio, “son los medios para proteger estos derechos”<sup>91</sup>. Por ejemplo, tratándose del derecho a la vida, establecido en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, una de las garantías que lo resguarda es el recurso de protección. No existe una garantía a la vida ni un derecho al recurso de protección (salvo en su dimensión del derecho a la acción). El uso diario tiende a hacer sinónimos ambos conceptos, pero no son lo mismo.

---

<sup>91</sup> Verdugo Marinkovic, Mario y García Barzelatto, Ana María, *Manual de Derecho Político*, T I, Editorial Jurídica, Santiago, 1988, p. 260.

En Chile, ciertamente, la exclusión y no valoración de la prueba ilícita no se encuentra consagrada expresamente en la Constitución, que nada dice al respecto. Recién el reconocimiento normativo que ostenta proviene del último cuarto del Siglo XX y es a nivel legal, con la dictación del Código Procesal Penal. Lo mismo ocurre en España.

Podría pensarse que esa situación es común en todas las cartas constitucionales, puesto que sería difícil encontrar una consagración a ese nivel de una regla tan específica, que ni siquiera es usual hallarla en los cuerpos legales. Sin embargo, hay ordenamientos que sí la han estipulado. Pasaremos revista a algunos.

En Colombia se consagra en el artículo 29 inc. final de la Constitución:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Constitución brasileña en su artículo 5) N° 55 prescribe:

“Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”..

La Constitución de la República de Ecuador dispone en su artículo 24:

“Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: 14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”.

Pareciera que en este caso se amplía la ilicitud a las pruebas practicadas en contra de la ley. Creemos que no habría problemas, desde que se trate de la consagración de un derecho fundamental, aunque tenga naturaleza procesal, según ya hemos visto en el Capítulo I.

La Constitución de la República de Guatemala lo destaca en el inciso final de su artículo 24:

“Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasa, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio”.

Más específicamente, el artículo 88 de la Constitución de la República de Honduras señala:

“No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas o declarar.

Nadie puede ser obligado en asunto-penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, no contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente.

Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley”.

Como se habla de un acto sin coacción ni fuerza, aunque lo asimile en sus consecuencias a la nulidad, entendemos que es una referencia a la prueba ilícita. Aunque, ya lo dejamos establecido, no es la nulidad la consecuencia que debe producir la ilicitud sino más bien su inutilizabilidad o ausencia de efectos probatorios.

La Constitución de la República del Paraguay hace lo propio en su artículo 17:

“En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”.

Finalmente, la Constitución de Portugal dispone en su artículo 32.6 que:

“Serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”.

Es posible apreciar, con sorpresa, que los países latinoamericanos no se han quedado atrás a la hora de consagrar a nivel constitucional la ilicitud de la prueba y su ineficacia. Lamentablemente, Chile se ha convertido en una excepción.

Pese a lo prolífico de las declaraciones, persiste el problema de determinar si los distintos ordenamientos que la consagran o al menos la admiten, están suponiendo la existencia de un derecho fundamental a la inutilizabilidad de la

prueba ilícita de carácter autónomo. La respuesta positiva implicaría afirmar que todos tenemos un derecho fundamental autárquico a la prohibición de la prueba ilícita, el que podemos hacer exigible respecto de cualquier obligado, y que la tendencia de los ordenamientos jurídicos es a reconocerlo expresamente.

Esta afirmación pareciera ser alambicada, y muy semejante a la historia del Conde de Luna. En el fondo, estamos sosteniendo que la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de prueba implica además conculcar otro derecho fundamental que es la prohibición de la prueba ilícita. Dos vulneraciones de derechos fundamentales, pero ¿y el remedio? De persistir en este camino, no nos queda muy claro con qué garantía reacciona el ordenamiento jurídico para defender esas transgresiones. Sabemos que las opciones pueden ser la inadmisión o la no valoración. Sin embargo, éstas no son obligaciones que tienen como correlato un supuesto derecho fundamental a la inutilizabilidad. Tampoco son las garantías detrás de un supuesto derecho fundamental a la proscripción de la ilicitud; más bien son la consecuencia de la ilicitud, el modo cómo reacciona el ordenamiento jurídico.

Pareciera, entonces, que la prueba ilícita calza mejor, en cuanto a su naturaleza jurídica, con una garantía de naturaleza procesal. Es el medio con que cuenta el ordenamiento para proteger derechos fundamentales, sancionando con la ineficacia procesal a las pruebas logradas con infracción de aquéllos. Por ello no hay problema alguno con que no cuente con una consagración constitucional, siendo suficiente que exista un reconocimiento de la proscripción a nivel legal, para que las partes hagan exigible la aplicación de la garantía. Y aún sin esta declaración es posible intentar la inutilizabilidad de la prueba ilícita, según se analizará más adelante.

En España, pese a la ausencia de una declaración expresa en la Constitución, algunos postulan que la inadmisión de las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales constituye una garantía constitucional, no

“una mera prolongación en el espacio procesal del derecho fundamental sustantivo que se habría vulnerado en la recogida o rendición de pruebas”. Estamos, afirman, ante una garantía procesal constitucionalizada con entidad propia, ante el contenido de un derecho fundamental procesal<sup>92</sup>.

Es el camino que ha seguido el Tribunal Constitucional español, al afirmar que la proscripción de la prueba ilícita es “una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaure, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3.). La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales «implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» (SSTC 114/1984, fundamento jurídico 5., y 107/1985, fundamento jurídico 2.) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» (T.E.D.H., Caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de Derecho I, A) debe considerarse prohibida por la Constitución”<sup>93</sup>.

En la vereda opuesta, el español Jesús María González, al hacer referencia al artículo 11.1 de la LOPJ, postula que por el hecho de desarrollarse esa norma a partir de la Constitución española de 1978, pareciera, en principio, que la regulación de la prueba ilícita tiene expreso fundamento en el texto constitucional. Pero “en realidad no es así, o no lo es -al menos- de forma directa, puesto que la Carta Magna española no reconoce una expresa interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, como sí hacen, por cierto, algunas Constituciones americanas, ni, desde otro punto de vista, un derecho general a la prueba lícita o legal”. No existe, entonces, “una genérica interdicción de la prueba ilícita, aunque

---

<sup>92</sup> “Pocas dudas caben en cuanto a la vigencia de esta garantía constitucional [la no efectividad de la prueba obtenida vulnerando un derecho fundamental], que no sólo se extiende al proceso penal, sino a cualquier orden jurisdiccional”. Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada, pp. 19 y 28.

<sup>93</sup> Sentencia 81-98, del 2 de abril de 1998, Fundamento Jurídico N° 2.



sí específicas prohibiciones de actuaciones contrarias a los derechos fundamentales normalmente accesorias al proceso penal”<sup>94</sup>.

Para Ferrajoli, una garantía procesal “es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez, y la sanción natural de todos los preceptos que constituyen el procedimiento es la nulidad de cualquier acto que la viole. Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege”<sup>95</sup>.

Siguiendo al mismo autor, las garantías penales son incompletas si no van acompañadas de un conjunto de garantías procesales, expresadas en las preguntas cuándo y cómo juzgar. Entre ambas hay nexos estructurales y funcionales. La garantía que constituye el presupuesto de las otras es la jurisdiccionalidad, entendida como no hay culpa sin juicio<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> “Es esta, además, una circunstancia coincidente entre la vigente Constitución española y todas las Constituciones históricas españolas, en ninguna de las cuales se advierte un equivalente a las anteriores hipótesis legislativas. Solo existen referencias concretas a la prohibición del tormento (artículos 133 del Estatuto de Bayona, de 1808, 303 de la Constitución de 1812), del allanamiento del domicilio, salvo en los casos previstos en la ley (artículos 306 de la Constitución de Cádiz, 7 de la Constitución de 1837 y de la de 1845, 8 de la Constitución non nata de 1856, 5 de la Constitución de 1869, 6 de la Constitución de 1876 y 31 de la Constitución de 1931) o a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones (artículo 7 de la Constitución de 1869 y 32 de la de 1931), pero se trata de disposiciones particulares y no de generales proclamaciones sobre un hipotético derecho (constitucional) a obtener la prueba por medios lícitos”. “El Proceso Penal Español y la Prueba lícita”, *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral*, dic. 2005, vol.18, no.2 pp.187-211.

<sup>95</sup> Obra citada, p. 621.

<sup>96</sup> Obra citada, pp. 621, 537 y 538. La primera manifestación de la jurisdiccionalidad se encuentra en la Carta Magna, en su artículo 39. Llama garantías procesales a las relativas a la formación del juicio, la recolección de pruebas, al desarrollo de la defensa, la forma de los interrogatorios, etc. Estas son las garantías de jurisdiccionalidad en sentido estricto, y son aplicables específicamente al

En conclusión, a pesar de algunas soluciones de texto expreso que algunos ordenamientos hayan consagrado, no nos parece que ello dé origen a un derecho constitucional autónomo a la inadmisión o no valoración de la prueba ilícita. Desde una perspectiva comparativa, el que se consagre constitucionalmente el recurso o acción de amparo en nuestro ordenamiento, no significa que estemos ante un derecho constitucional autónomo al amparo.

Más bien se trata de una institución procesal, que protege derechos fundamentales tales como la libertad personal, la integridad física, la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, entre otros, desde que en la actividad procesal pueden ser vulnerados con fines probatorios; desconociéndole efectos al producto de esa actividad. Con ello necesariamente pasa a tener la categoría de garantía. Insistimos que, cuando hablamos de prueba ilícita, no hay un derecho fundamental en sí mismo, sino que más bien se está “ante una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales; una garantía de la tutela efectiva que puede llegar a ser derecho fundamental”<sup>97</sup>.

Aunque exista una consagración a nivel constitucional, eso no la convierte en un derecho fundamental. Aunque, sin dudas, ese reconocimiento sería deseable.

Ahora bien, aclarada su naturaleza jurídica, es preciso ver que, en tanto garantía, la ilicitud de la prueba debe ser funcional a una garantía o derecho distinto de sí misma. Ello permite comprender, como señalamos en el capítulo anterior, que no siempre la prueba ilícita puede ser reconocida en sus efectos, como es el caso de la denominada prueba de descargo en el proceso penal. Por

---

modelo acusatorio. En cambio las garantías orgánicas, como la imparcialidad e independencia del juez, son atribuibles a la jurisdiccionalidad en sentido lato, y son aplicables a todo juicio, incluso extra penal (pp. 539 y 540).

<sup>97</sup> González, obra citada, punto 7. .

ello, es necesario esclarecer los derechos fundamentales a ser amparados por la garantía de inutilizabilidad.

Se debe entender, primeramente, que con esta garantía vamos a amparar todos los derechos sustantivos susceptibles de ser vulnerados en la obtención de prueba. No pretendemos con eso volver a la vieja teoría de que el derecho procesal es el derecho en acción o en pie de guerra, sino imponernos recordar qué es lo que se ha vulnerado para poder determinar las consecuencias de esa acción. Como afirma Hernández, es la propia norma que establece un derecho fundamental la que nos obliga a restarle eficacia a la prueba lograda en su contravención<sup>98</sup>.

Enseguida, se requiere buscar un fundamento adicional, dado que la infracción de derechos fundamentales va a tener una consecuencia directa en el procedimiento. Según veremos a continuación, se afirma que el fundamento constitucional de la garantía de inadmisión está en el derecho a la presunción de inocencia y en el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>99</sup>.

## B) La garantía que avala la proscripción

La conclusión anterior lleva necesariamente a preguntarnos cuáles son los derechos o garantías fundamentales que están detrás de la consagración de la prueba ilícita. Ellos fijarán el marco regulatorio e interpretativo para poder aplicar la institución de la inutilizabilidad. Las opciones que se han dado por la doctrina son principalmente la presunción de inocencia y el debido proceso, aunque en Chile se han dado algunas distintas.

### B.1) La presunción de inocencia

---

<sup>98</sup> Obra citada, pp. 61 y 62.

<sup>99</sup> Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada p. 19 y 28.

Su regulación expresa se ha omitido en nuestra Constitución, salvo por la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal que establece el artículo 19 N° 3. Hay quienes afirman que proviene su reconocimiento de los incisos finales del artículo 19 N° 3 de la Constitución<sup>100</sup>. Hay consenso, sin embargo, en estimar que esa sola mención es insuficiente<sup>101</sup>. Sin pretender agotar el tema, estimamos que es posible también encontrar su reconocimiento en la consagración de la libertad del imputado durante el procedimiento, que hace el artículo 19 N° 7 e) de la Constitución, por cuanto inequívocamente establece el derecho de ese interviniente a ser tratado como inocente mientras dure el procedimiento, salvo detención o prisión preventiva.

En todo caso, para que no queden dudas acerca de su vigencia, se debe recurrir a los pactos internacionales, especialmente a los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>102</sup>, en virtud del artículo 5° de la Constitución.

---

<sup>100</sup> Esto es, la irretroactividad de la ley penal más desfavorable, y la prohibición de leyes penales en blanco. Véase al efecto Pozo Silva, Nelson, "Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal", en Gaceta Jurídica N° 313, año 2006, p. 13.

<sup>101</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 5; y Zapata, obra citada, p. 4.

<sup>102</sup> Esclarecedora resulta ser la sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de noviembre de 2007, autos rol N° 3419-2007, que reconociendo la ausencia de normativa de jerarquía suprallegal, recurre a los tratados internacionales en virtud del artículo 5° de la Constitución. El fallo reconoce al derecho a defensa en su relación con la presunción de inocencia. Transcribimos el considerando respectivo: "DECIMO CUARTO: Que a lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, el reconocimiento del derecho a la defensa debe extenderse también a aquéllos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado o todas las garantías necesarias para su defensa"; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; "; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor."

A diferencia del texto constitucional, a nivel legal está ampliamente reconocida la presunción de inocencia por los artículos 1<sup>103</sup>, 4<sup>104</sup> y 340<sup>105</sup> del Código Procesal Penal, de los cuales se colige que sólo en virtud de una sentencia condenatoria firme es posible imponer penas privativas de libertad.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional: “Que, a propósito del citado principio de inocencia, esta Magistratura (Rol 739-2007) ha señalado que *“la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica“-, en el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” y que “durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas” que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

<sup>104</sup> “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

<sup>105</sup> “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, mas allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido un hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

<sup>106</sup> En sentencia del 13 de mayo de 2008, autos rol N° 993-207, considerando tercero.

Otros ordenamientos han sido más locuaces a la hora de referirse en sus Normas Fundamentales a la institución. Se consagra en el artículo 24.2 de la Constitución española de 1978: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia**". En el artículo 27 N° 2 de la Constitución italiana de 1948 se establece que "il imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". En Perú el artículo 2.24.E de la Constitución expresa: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

Se ha entendido el principio de inocencia como "el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir"<sup>107</sup>. Esta situación proviene del hecho evidente, como destaca Binder, que los ciudadanos no son inocentes, son libres. Sólo se les puede tildar de inocentes cuando "ingresan" al proceso<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Nogueira, obra citada, p. 3.

<sup>108</sup> Obra citada, pp. 124 y 125.

En lo relativo a su naturaleza jurídica, es claro que no se trata de una presunción<sup>109</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional: “Que, continuando la cita anterior, este Tribunal agregó que *“dicho principio, que más bien se podría referir al “trato de inocente”, importa la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación. La llamada “presunción de inocencia” está compuesta de dos reglas complementarias entre sí. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine iudicio). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo)”*. La denominada “presunción de inocencia” no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido. Como señala un autor, “es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicó como culpable”<sup>110</sup>.

En la definición anterior podemos encontrar los dos elementos fundamentales que componen la presunción de inocencia: el principio nulla poena sine iudicio, por el cual sólo mediante un proceso previo será posible aplicar una

---

<sup>109</sup> Entre nosotros Tavolari, estima que se debe hablar del principio de inocencia (en Zapata, obra citada, p. 4). Pozo prefiere hablar de estado de inocencia, obra citada, p. 13. En España, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, se la considera un verdadero derecho fundamental de naturaleza procesal, susceptible de ser reconocido por la vía del amparo. Véase Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada, p. 28.

<sup>110</sup> Misma sentencia del 13 de mayo de 2008, considerando cuarto.

pena; y el derecho a ser tratado como inocente mientras tiene lugar el proceso penal<sup>111</sup>.

En relación al primer elemento, en el decir de Pozo, la culpabilidad del sujeto pasivo del proceso penal se debe probar positivamente, “es necesario demostrarle con pruebas positivas la realización del ilícito penal que se le imputa”<sup>112</sup>. Como afirma Esparza, “[e]n todos los asuntos criminales se presume, o más exactamente es asumida la legalidad de la conducta del acusado y correlativamente su no culpabilidad respecto de las acusaciones contra él formuladas”. En consecuencia, “[l]a fuerza de la presunción de inocencia no podrá ser enervada salvo por la obtención de pruebas lo suficientemente persuasivas como para demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”<sup>113</sup>. El catedrático español Andrés de la Oliva pone de relieve esta circunstancia al afirmar que la presunción de inocencia comprende: “1) que la sentencia condenatoria no puede recaer sin destrucción de la presunción de inocencia; y 2) que la presunción de inocencia sólo puede ser destruida mediante prueba de cargo”. Sin prueba de cargo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia se debería estimar violado<sup>114</sup>.

En relación a nuestro tema, en base a alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se ha afirmado que es “el derecho fundamental que abarca, necesariamente, cualquier aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal”<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Hay sistematizaciones más prolijas, por ejemplo Maier agrega el principio indubio pro reo, obra citada p. 256. Binder adiciona la necesidad de construir jurídicamente la culpabilidad, la inexistencia de ficciones de culpabilidad, etc. Pero lo relevante, en definitiva, es que todas ellas provienen de la misma idea de juicio previo, son “la otra cara de la moneda”. Obra citada, p. 125.

<sup>112</sup> Obra citada, p. 13.

<sup>113</sup> Obra citada, p. 125. El que durante el proceso se considere inocentes a aquellas personas cuya culpabilidad aún no ha sido fehacientemente acreditada, es uno de los aspectos que más celosamente resguarda la presunción de inocencia. *Ibid.*, p. 179.

<sup>114</sup> “Presunción de Inocencia, Prueba de Cargo y Principio de Conformidad”, en *Prueba y Proceso Penal*, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 70.

<sup>115</sup> Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada, p. 29. A modo de ejemplo, la sentencia 189-98, del 28 de septiembre de 1998: “Como señalábamos en la STC 81/1998, aunque «la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio (...) opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria,



Sin embargo, no cualquier procedimiento es apto para atacar el principio de inocencia. Es requisito, entre otros, “la realización de un proceso de investigación y discusión en el que se respete la inviolabilidad de la defensa y se verifique una valoración crítica y fundada por parte del juez de los elementos fácticos y jurídicos de los cuales ha de extraer su decisión”<sup>116</sup>. Por lo mismo el Tribunal Constitucional español ha dicho que “[e]l derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales”<sup>117</sup>.

Cuando se trata de destruir la presunción o principio de inocencia, no sirve cualquier actividad probatoria, sino aquella que se enmarca exclusivamente dentro del debido respecto de los derechos fundamentales. Esta afirmación es evidente, desde que se vulnera la garantía tanto si se permite invertir la carga de la prueba en el proceso penal, como si conculcáramos los derechos del imputado para obtener prueba. En ambos casos estamos sacrificando el nivel o calidad de la persecución penal en perjuicio de los derechos del imputado. Entonces, ahí nace la presunción de inocencia como base de la inutilizabilidad.

Entre nosotros, Nogueira apoya la idea de la presunción de inocencia como uno de los fundamentos de la inadmisión de la prueba ilícita, partiendo de la base

---

como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable», la jurisdicción constitucional de amparo, que «no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios», sólo podrá constatar una vulneración del derecho fundamental «cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)» (fundamento jurídico 3.). Dicho de otro modo: en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. Fundamento Jurídico N° 2.

<sup>116</sup> Pozo, obra citada, p. 12.

<sup>117</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional español, 127/1996, 54/1996, 86/1995, citadas por Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada, p. 29.

que arranca su fundamento en el artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución, que establece la proscripción de la presunción de derecho de la responsabilidad penal, y del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Con ello le da a la presunción la categoría de derecho fundamental, el cual es conculcado “si las pruebas son irregulares”<sup>118</sup>.

Siguiendo el mismo pensamiento del Tribunal Constitucional español, que ya hemos visto, nos señala Nogueira que “[l]a presunción de inocencia exige que la condena se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales [...] Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de carácter antijurídico y en violación de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupan en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos”<sup>119</sup>.

Creemos que si bien resulta atractiva inicialmente la presunción de inocencia como fundamento de la inutilizabilidad, de indiscutible aplicación en el proceso penal, presenta el problema de su aplicación a ámbitos fuera de aquél, como es el caso de los litigios civiles, de familia, laborales y administrativos. No obstante, hoy en día se postula por algunos que la presunción de inocencia es

---

<sup>118</sup> *El Debido Proceso ...*, p. 81

<sup>119</sup> *El Debido Proceso ...*, p.147. Antiguamente el mismo autor sostuvo similar idea: “El derecho a la presunción de inocencia implica que las pruebas que pueden tenerse en cuenta para fundar la decisión de condena son las que el ordenamiento jurídico contempla, practicadas bajo la intermediación del órgano jurisdiccional determinado legalmente, con observancia de los principios de contradicción y publicidad, siendo constitucionalmente legítimas”. También: “La presunción de inocencia exige que *la condena se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales*, que contengan *suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del imputado en los hechos delictivos* sometidos a la resolución del tribunal, que formen *convicción en éste último sobre la responsabilidad del acusado en el delito*, posibilitando su condena. Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de carácter antijurídico y en violación de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupan en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos. Ello constituye una garantía objetiva del orden constitucional. En Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, p.230.

consustancial a todos los ámbitos jurisdiccionales<sup>120</sup>. Entre nosotros, el mismo Nogueira afirma que “[e]l derecho a la presunción de inocencia debe aplicarse no sólo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos o una sanción ya que ellos son manifestación del ámbito punitivo estatal”<sup>121</sup>. Siguiendo sus palabras, sería posible aplicarla en una litis civil de indemnización de perjuicios. Al menos, no lo descarta.

Es posible someter a prueba esta última afirmación. Si en el procedimiento civil se debiera presumir ab initio la inocencia de los litigantes, resultaría incongruente esta situación con la institución de la carga de la prueba, en cuya virtud, por regla general uno de los litigantes (el demandante) necesariamente debe probar sus afirmaciones. Si el litigante no lo hace, al momento de fallar, sabemos que el juez deberá estimar que su presupuesto fáctico no ha sido acreditado, con lo que deberá rechazar la pretensión. ¿Cómo queda esta regla universal con la presunción de inocencia? ¿Implicará que no puede el juez rechazar la pretensión del demandante que no resulta activo en el cumplimiento de su otrora carga procesal? Lo mismo ocurre desde el punto de vista del demandado: si opone la excepción de pago, pero se le presume inocente, ¿se le podrá eximir de acreditar los hechos extintivos que alega? Sin duda que la presunción de inocencia se debe extender al ámbito sancionatorio administrativo y en esto hay cierto consenso<sup>122</sup>. Pero no es posible entenderla como un presupuesto o principio procesal o una garantía en la competencia civil.

Contrario a lo que postulan Díaz Cabiale y Martín Morales en España, González duda que la presunción de inocencia sea el fundamento de la exigencia de la prueba obtenida por medios lícitos: “Es evidente que la suficiencia de la

---

<sup>120</sup> Se informa de casos en los que la jurisprudencia española ha ampliado la presunción de inocencia a otros ámbitos, como por ejemplo el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento laboral. Díaz Cabiale y Martín Morales, obra citada, p. 31.

<sup>121</sup> “Consideraciones ...”, p. 238.

<sup>122</sup> Bordalí, obra citada, p. 272.

prueba -a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia- requiere que su obtención se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo [...] no podrá surtir efectos dentro del proceso. Ahora bien, ello no debe conducir a entender que el fundamento de las restricciones a los medios de obtención de pruebas sea precisamente el derecho a la presunción de inocencia”<sup>123</sup>.

Entonces, salvo alguna aplicación que se ha hecho del principio de inocencia al ámbito administrativo sancionador, su aplicación claramente es privativa del proceso penal. Se trata de acorazar con el estado de inocencia al ciudadano frente al poder del Estado. A partir de ese momento comienza a desenvolverse la actividad del órgano persecutor tendiente a recabar material probatorio destinado a destruir ese principio o presunción. Por ello cuando se dice que la inocencia tiene que ver con la libertad<sup>124</sup>, descartamos que se trate del proceso civil al que se aluda, puesto que en él las relaciones y condenas tienen que ver primordialmente con el patrimonio, no con la inocencia o libertad de las personas.

Ya que en sede procesal civil no es aplicable la presunción de inocencia, debemos convenir en que se debe buscar el fundamento de la exclusión en otros derechos o garantías fundamentales.

## B.2) El debido proceso

No es el propósito del presente trabajo agotar la amplia noción de debido proceso. Sin embargo, debemos describir su marco teórico básico para efectos de establecer si presenta alguna utilidad a la hora de fundar la exclusión en el ámbito procesal civil.

---

<sup>123</sup> “En este sentido ha entendido el Tribunal Constitucional español -a nuestro juicio, con acierto- que la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías”. Obra citada, punto 7.

<sup>124</sup> En Zapata, obra citada, p. 4.

En Chile la Constitución no emplea expresamente el concepto debido proceso. Más bien, en el artículo 19 N° 3 inc. 5° establece que la sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se debe fundar en un proceso previo legalmente tramitado, siendo deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo<sup>125</sup>. En España, el artículo 24.2 de la Constitución consagra el denominado derecho a un proceso con todas las garantías<sup>126</sup>.

En las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en la sesiones N° 101 y 103, de 9 y 16 de enero de 1975, se recogen los elementos que importan, a juicio del Constituyente, un racional y justo procedimiento: 1) Emplazamiento (notificación y audiencia) del afectado; 2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable; 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

Al respecto la Corte Suprema ha afirmado que “en torno a los aspectos que abarca el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituyen el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De esta manera, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede

---

<sup>125</sup> El Tribunal Constitucional así lo ha resuelto. De la letra del artículo 19 N° 3 inc. 5° “se desprende que la Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar el derecho a la acción y el derecho al racional y justo procedimiento e investigación”. Sentencia del 7 de octubre de 2008, autos rol N° 1130-2007, considerando 6°.

<sup>126</sup> “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

arbitraria o ilegalmente privar a uno de los litigantes de la facultad de presentar y obtener la posibilidad de demostrar sus pretensiones”<sup>127</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno ha entendido que es consustancial a la noción de debido proceso el respeto y protección de las garantías fundamentales dentro del proceso, a objeto de afianzar la noción de Estado de Derecho, cumpliendo un rol esencial en la eliminación de la fuerza en la solución de los conflictos<sup>128</sup>.

En el plano supranacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. A su vez, el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

---

<sup>127</sup> Fallo de fecha 14 de septiembre de 2006, causa rol N° 3.666-05 También ha afirmado que “[c]onforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, *debe contemplar las siguientes garantías: la* publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, *la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores*, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural” (Corte Suprema, 5-12-2001, rol 3643-06). Más recientemente, en sentencia del 11 de noviembre de 2008, Rol N° 5288-2008.

<sup>128</sup> “[P]or debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, **protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales** y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poderdeber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para **eliminar la fuerza en la solución de los conflictos**, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento”. Sentencia del 7 de octubre de 2008, considerando 7°;

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo de cerca los ámbitos en que según la normativa supranacional es aplicable la institución en estudio, ha afirmado que el debido proceso, en tanto garantía, “se extiende, sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción esto es, el poder deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica”<sup>129</sup>. No se trata, a diferencia de la presunción de inocencia, de un concepto aplicable únicamente a la esfera procesal penal. Por el contrario, abarca cualquier ámbito en el que la jurisdicción se desenvuelva, incluyendo, por cierto, el procesal civil.

En lo que respecta al contenido, “el derecho al debido proceso [...] garantiza que la respuesta judicial será el fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial”<sup>130</sup>. De este modo, “el derecho a un debido proceso habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley. El derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones

---

<sup>129</sup> Sentencia rol 478-2006, de fecha 8 de agosto de 2006, considerando décimo tercero.

<sup>130</sup> Bordalí, obra citada, p. 257.

indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, entre otros contenidos”<sup>131</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reiterado el contenido de la garantía, al afirmar que “el constituyente, como se expresó, se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando al legislador precisarlas en cada caso. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 101 y 103) discutió extensamente esta materia, prefiriendo no enumerar los requisitos del debido proceso, sino atribuir a la ley el deber de establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede. En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional (sentencias Roles números 376, 389, 481, entre otras) y la Corte Suprema, estableciendo ésta (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J., 258 ) que *“conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”*<sup>132</sup>.

Pues bien, con lo descrito hasta aquí, el debido proceso es la noción con la que se debe fundar la aplicación de exclusión de la prueba ilícita. Es de la esencia del “racional y justo procedimiento” el resguardo de la igualdad entre los litigantes, especialmente si en el mundo extraprocesal estos no lo son, para lo

---

<sup>131</sup> Ibid., p. 258.

<sup>132</sup> Sentencia rol 478-2006, de fecha 8 de agosto de 2006, considerando décimo cuarto.



cual, entre otros aspectos, proscribire el uso de la fuerza dentro del proceso, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional. Si se permitiera el uso de la violencia al interior del proceso, volvería a imperar la ley del más fuerte que existe fuera de este método de resolución de conflictos. Esto resulta trascendental, puesto que generalmente la vulneración de derechos fundamentales en materia de prueba ilícita conlleva el uso de la fuerza, la violencia o la intimidación. Si el uso de la prueba ilícita se toma como un acto de violencia o al menos de utilización de sus resultados, quebrantando la igualdad de armas entre los litigantes, es evidente que atenta contra la noción de debido proceso<sup>133</sup>.

De hecho, ha sido el camino apoyado por el Tribunal Constitucional español a la hora de fundar la inutilizabilidad de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. En efecto, se ha entendido que “cada vez que se lesiona alguno de los derechos fundamentales sustantivos en la obtención de una fuente de prueba, su incorporación al proceso y su valoración como medio supondría un menoscabo del proceso con todas las garantías”, en otras palabras, no estaríamos ante la presencia de un proceso justo<sup>134</sup>. Ello es patente en la sentencia 81-98: “La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales «implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» [...] y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» (T.E.D.H., Caso Schenk contra Suiza, [...]) debe considerarse prohibida por la Constitución”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> En la misma línea, al fundamento de la presunción de inocencia, Nogueira agrega éste: “la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales vulnera el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo con todas sus garantías y el derecho a la igualdad de las partes en el proceso”. *El Debido Proceso en la Constitución ...* p.137. El mismo autor también en “Consideraciones sobre el Derecho Fundamental ...”: “la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, vulnera el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo con todas sus garantías y el derecho de igualdad de las partes en el proceso”.

<sup>134</sup> Díaz-Martin, obra citada, p. 33.

<sup>135</sup> Sentencia del 2 de abril de 1998, Fundamento Jurídico N° 2.

En la misma línea, González afirma que la relación entre la proscripción de la prueba ilícita y la Constitución española viene dada por el debido proceso<sup>136</sup>, además de postular que la inadmisión se debe fundar en “el derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales”, establecido en el artículo 24.1 de la Constitución española.

A mayor abundamiento, Alvarado Velloso ha descrito un catálogo de los elementos que comprende el proceso o debido proceso. Dos de ellos, estimamos, resultan ser plenamente aplicables en nuestro estudio: la igualdad de las partes y la moralidad procesal. El primero encuentra su razón de ser en la necesidad de “erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres [...]. En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no puede constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio”<sup>137</sup>. Ya hemos analizado la importancia de la igualdad de armas o paridad de los litigantes dentro de la noción de debido proceso. En cuanto a la moralidad procesal, al ser la finalidad del proceso la erradicación de la fuerza ilegítima, no puede tolerarse un medio de debate en que pueda usarse la fuerza “bajo la forma de aviesa arteria o traición”<sup>138</sup>. Desde esa perspectiva, la prohibición de la prueba ilícita genera la exigibilidad de una conducta a todas las partes del litigio civil, y la categoría debido proceso es aplicable a “toda persona que participa en cualquiera

---

<sup>136</sup> “Del mismo modo lo ha entendido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso Schenk contra Suiza, sentencia de 12 de julio de 1988, que considera la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas como contrarias a la idea de proceso justo”. Incluso, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 114-1984 que se refirió por primera vez al tema, la estableció como una garantía de la preeminencia de los derechos fundamentales, no como un derecho fundamental autónomo; “En otras palabras, el sistema constitucional español, en lugar de establecer un derecho a la prueba practicada no se obtenga por medios ilícitos, impone el deber de obtener los medios de prueba por medios lícitos, como garantía de no vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con la adquisición de la prueba.” Obra citada, punto 7.

<sup>137</sup> “El Debido Proceso”, *Gaceta Jurídica* N° 110, p. 14.

<sup>138</sup> *Ibid*, p. 15. En el mismo sentido, Arazi, Roland, “Límites a la Verificación de la Verdad Material o Histórica”, en *Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p. 306.

clase o categoría de proceso, independiente de su naturaleza, para la protección de sus derechos”<sup>139</sup>.

Una de las ventajas de invocar el debido proceso como el fundamento de la inutilizabilidad, a diferencia de la presunción de inocencia, es que, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, siguiendo el alcance dado por la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, el ámbito de aplicación del debido proceso es común a la jurisdicción en la integridad de ámbitos en que alcanza su potestad: “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”<sup>140</sup>. El mismo camino ha seguido la Corte de Apelaciones de Santiago, al reconocer que, “como quedó consignado en las actas de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, “la garantía del debido proceso legal -antes circunscrita al de naturaleza penal- se amplía a toda controversia que se promueva en el orden temporal - tribunales ordinarios, administrativos, tributarios, Contraloría General de la República, etc.”<sup>141</sup>.

Con lo anterior, resulta natural concluir que es el debido proceso la garantía procesal de alcance constitucional que está inmediatamente detrás de la

---

<sup>139</sup> Pereira Anabalón, Hugo, “Legitimidad del Ministerio Público para Interponer Recurso de Nulidad en el Proceso Penal”, en *Gaceta Jurídica* N° 306, año 2005, p. 44.

<sup>140</sup> Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fundamento Jurídico 125. “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. “Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Fundamento Jurídico 124.

<sup>141</sup> Sentencia de fecha 24 de marzo de 1992, Rol 5919-91

prohibición de la prueba ilícita, al recordar que la igualdad de las partes litigantes es uno de los pilares en los que se fundamenta el desconocimiento de sus efectos en sede procesal civil. Asimismo, la ética de las partes en el proceso no puede resultar un argumento ajeno a la exclusión o inadmisión, toda vez que se trata de un comportamiento exigible a aquéllas. Aunque, como ya hemos referido, se trata de un argumento que preferimos reservar para aquellos procedimientos en que las partes efectivamente no se encuentran en un plano de igualdad procesal.

Pese a la claridad de esta circunstancia, la igualdad entre los litigantes como parte del debido proceso no fue considerada por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la que sólo estimó que formaban parte de la garantía del debido proceso el oportuno conocimiento de la acción, la defensa adecuada, la posibilidad de producir prueba y la posibilidad de recurrir ante otro tribunal<sup>142</sup>. Sin duda que la igualdad de las partes litigantes, especialmente en el proceso civil, debe ser considerada como un elemento que se encuentra comprendido dentro de esa noción. Por ello, para ampararla se debe recurrir al artículo 19 N° 3 de la Constitución, que reconoce la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que deriva naturalmente a su vez de la declaración previa de igualdad ante la ley. No obstante, es válida la observación de Bofill, quien recuerda que la garantía del artículo 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución, que establece el debido proceso, es más que una garantía de legalidad formal del mismo, lo que fue advertido por la Comisión Constituyente, la que hizo referencia expresa a algunos de los elementos que integran la racionalidad y justicia del proceso (la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia), pero se hizo expresa salvedad en orden a que esos elementos son apenas algunos de los que conforman la noción del proceso legal<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Bulnes Aldunate, Luz, "El Debido Proceso Legal", en *Manual de Derecho Constitucional*, Pfeffer Urquiaga, Emilio, Ediar Conosur, Santiago, 1991, p. 454.

<sup>143</sup> Las Prohibiciones ..., p. 232.

Por otro lado, el que no aparezca la proscripción de la prueba ilícita como un elemento formativo en el origen del debido proceso, no significa que no se pueda incorporar después. Tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[e]l desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”<sup>144</sup>.

En conclusión, es viable afirmar que la proscripción de la prueba ilícita se recoge en el proceso civil principalmente por el debido proceso, y también por la igual protección en el ejercicio de los derechos que ampara la Carta.

### B.3) Otras opiniones

Carocca sostiene que un acto que infringe la Constitución, desde que en su ejecución pasa a llevar derechos fundamentales consagrados por ésta -como sería la obtención de prueba vulnerando sus garantías fundamentales-, implicaría la infracción al artículo 19, en la parte que contiene la garantía conculcada, y también la infracción a sus artículos 6 y 7, incurriendo por tanto en la sanción de nulidad que establecen esos preceptos, que son aplicables tanto a los funcionarios del Estado como a los particulares<sup>145</sup>. En otras palabras, no se atenta

---

<sup>144</sup> En Opinión Consultiva OC-16/99, del 1° de octubre de 1999, Fundamento Jurídico N° 117.

<sup>145</sup> Obra citada, p. 319.

directamente contra el debido proceso, sino más bien contra los principios de legalidad y juridicidad.

Desde otro punto de vista, Hernández afirma, como hemos visto, que las críticas que se hacen a la regla de exclusión yerran totalmente, “pues el obstáculo no lo pone la norma de exclusión sino las propias garantías fundamentales, de las cuales la norma no es más que corolario [...]. En otras palabras, se trata de decidir si los catálogos de derechos de la Constitución Política y los tratados internacionales [...] son algo más que declaraciones retóricas, pues no serían más que eso si se tratara de mandatos que se respetan sólo a veces, incluso generalmente, pero no cuando realmente importa, esto es, cuando respetarlos implica un verdadero sacrificio para el Estado”<sup>146</sup>.

Kai Ambos afirma que “las prohibiciones probatorias tienen en el resultado una componente individual y colectiva: por un lado, sirven para la garantía de los derechos fundamentales, en tanto protegen al inculpado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra [...]; por otro lado preservan – componente colectivo- la integridad constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo”<sup>147</sup>.

### C) Jurisprudencia relativa a la garantía

Nuestros tribunales, al momento de pronunciarse sobre la ilicitud de la prueba y sus consecuencias, también lo han fundado principalmente en la garantía constitucional del debido proceso.

---

<sup>146</sup> Obra citada, pp. 61 y 62. Más adelante, siguiendo a Dworkin, cataloga la exclusión de la prueba ilícita como un principio genuino, que debe ser seguido por mandato de la justicia, la equidad o alguna faceta de la moralidad. Para el autor, en todo caso, todas las garantías del artículo 19, incluso el debido proceso, son susceptibles de ser amparadas por la exclusión. En el mismo sentido, Carocca, Una Primera aproximación ... p. 319.

<sup>147</sup> Obra citada, p. 326.

En sede laboral, el Octavo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, no valoró prueba tachada de ilícita por haberse obtenido mediante la vulneración de la esfera de intimidad del trabajador, no constituyendo, en opinión del sentenciador, una investigación racional y justa, conculcando de ese modo los N° 3 y 4 del artículo 19 de la Constitución<sup>148</sup>.

En otra línea, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 13 de noviembre de 2006, confirmó un fallo del Séptimo Juzgado del Trabajo, siendo relevante el considerando tercero: “Que de este modo, la prueba a que se hace referencia en el motivo primero que antecede ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del actor, desde que con tal objeto se invadió sus espacios de privacidad, al seguir sus movimientos al interior del recinto privado en el que se encontraba y al proceder al registro fotográfico de sus actividades”<sup>149</sup>. Es interesante que acá se haya hecho énfasis en la garantía sustancial vulnerada, no en la adjetiva.

En sede procesal penal, no obstante algunas vacilaciones iniciales, la Corte Suprema ha acogido el recurso de nulidad por la causal del artículo 373 a), cuando la conducta inicial de los agentes de la policía ha constituido una “violación de una garantía constitucional específica, la inviolabilidad del hogar del imputado,

---

<sup>148</sup> Causa rol 4862-2001, sentencia del 9 de julio de 2003, El caso consistió en la apertura del casillero de un trabajador, que tenía carne escondida en su interior. El considerando 4° dispone: “Repugna al orden jurídico la obtención de prueba con infracción a derechos garantizados constitucionalmente y en abierta contradicción con las normas del debido proceso que en sus diferentes manifestaciones consagra el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y en especial con la racionalidad y justicia que ha de informar todo procedimiento que sustancia un tribunal de la República”. Tal investigación “no es racional ni justa”, puesto que el testigo reconoció expresamente “haber obtenido determinada información vulnerando la esfera privada de un trabajador”, ámbito tutelado por el 19 N° 4 de la Constitución”. En la misma dirección, sentencia autos rol N° 2657-2003 de fecha 18 de enero de 2005. Ambas sentencias fueron confirmadas y se encuentran a firme. Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 13 de noviembre de 2006, en los autos rol N° 1954-2006, confirmó un fallo del Séptimo Juzgado del Trabajo, siendo relevante el considerando tercero: “Que de este modo, la prueba a que se hace referencia en el motivo primero que antecede ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del actor, desde que con tal objeto se invadió sus espacios de privacidad, al seguir sus movimientos al interior del recinto privado en el que se encontraba y al proceder al registro fotográfico de sus actividades”. Sin embargo, en este caso no hay una referencia en ambos fallos de instancia al debido proceso.

<sup>149</sup> Autos rol N° 1954-2006,

por lo que el proceso penal que se derivó no puede conformarse a las reglas constitucionales pertinentes del debido proceso y así, de ese modo, es claro que en el presente caso se han vulnerado ambas garantías, las que protegen expresamente tanto nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 5° y 3°, respectivamente- como los Tratados Internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes, como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del llamado Pacto de San José de Costa Rica”<sup>150</sup>.

En otro caso, se acogió el recurso de nulidad por la misma causal, en razón de haberse iniciado la investigación mediante actos que importaron una vulneración a las garantías del 19 N° 3 y 5 de la Constitución: “Por tanto, para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar, desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían. Así las cosas, las piezas signadas con las letras C.- y D.- del fundamento tercero, en cuanto sirvieron a los jueces de medios probatorios para dar por acreditado en autos la comisión del delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil como también la participación de autor del mismo del recurrente (considerando decimoprimer), en circunstancias que debieron ser excluidas por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como lo declara el artículo 276 en su inciso 3° del Código Procesal Penal, transformándola en prueba ilícita. En este caso, y en otro sentido, al negar los sentenciadores lugar a la incidencia que al respecto promovió en el juicio oral la defensa (fundamento decimosexto), infringieron también el principio del debido proceso contemplado en el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que al permitir la incorporación y ponderación de prueba ilícita en el proceso lo despojaron de legitimidad”<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 2007, autos rol N° 678-2007.

<sup>151</sup> Corte Suprema, sentencia del 11 de junio de 2007, autos rol N° 1836-2007.



Por último, con fecha 20 de octubre de 2008, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad fundado también el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, en un caso en que una persona, ante un control rutinario y ante señales externas de conducir ebrio, fue esposado y derivado a la realización de un examen de alcoholemia; ante su negativa, fue trasladado a la unidad policial donde permaneció hasta que se obtuvo una autorización del juez [¡!] para la toma de muestra, la que finalmente se verificó. Todo este procedimiento se extendió entre las 15:30 horas a las 19:00 horas, aproximadamente. La Corte, además de entender que hubo un atentado contra la libertad personal, afirmó que “la obligatoriedad del examen violentó la garantía de libertad individual y el derecho a no auto incriminarse, desde que se restringió al imputado su legítimo derecho a optar por rechazar una diligencia intrusiva de carácter facultativo, prevista en ese término por el legislador junto a las consecuencias de una negativa injustificada, prerrogativas que, en este caso, se coartó” al imputado<sup>152</sup>. No obstante se funda posteriormente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, este fallo se aparta de la mención del debido proceso como fundamento de la inutilizabilidad.

#### D) Conclusiones parciales

No existe un derecho autónomo a la proscripción de la prueba ilícita, aunque se reconozca de manera expresa en la Constitución. Empero, no hay dudas acerca de su carácter de garantía procesal, puesto que es una herramienta destinada a proteger los derechos fundamentales.

Ahora bien, al momento de fundar la exclusión, el debido proceso es el camino más adecuado y utilizado, no siendo procedente buscar el amparo en la presunción de inocencia, que no es aplicable en la esfera procesal civil. La jurisprudencia así también lo ha entendido, invocando, excepcionalmente, la igualdad en la protección del ejercicio de los derechos. No hay dudas, en todo

---

<sup>152</sup> Autos rol N° 4905-2008.

caso, acerca de la relación entre éstas. Por último, se invoca, pero con menos frecuencia, la vulneración del derecho amagado en la recogida de prueba para desconocer los efectos de la prueba viciada. Es, como afirma Hernández, la extensión de la garantía amagada la que obliga a desconocer efectos a la prueba ilícita más que la regla de exclusión, que puede estar presente o no en el ordenamiento jurídico.

Por último, al ser el debido proceso una garantía fundamental de rango constitucional, bien puede sostenerse que la privación de efectos de la prueba ilícita es, a la larga, una garantía de la garantía (el debido proceso) y una garantía de derechos (aquellos de carácter fundamental cuya violación en la obtención acarrea la privación de efectos)<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Véanse al efecto las sentencias del Tribunal Supremo español del 23 de marzo de 2007, del Tribunal Constitucional de ese mismo país rol 81-1998 y 50-2000, respectivamente. Garberí y Buitrón, obra citada, p. 128.

## CAPÍTULO IV

### LA PRUEBA ILÍCITA Y EL DERECHO A LA PRUEBA

Hasta aquí se ha abordado la prueba ilícita desde la perspectiva de aquel litigante contra el que se pretende hacer valer el medio probatorio obtenido mediante la violación de garantías fundamentales. Es necesario, pues, visualizar el problema desde el punto de vista de los derechos de quien ha obtenido el medio de prueba objetado, pretende valerse del mismo en sede judicial y el ordenamiento jurídico se lo impide. Para ello se abordarán en este capítulo las siguientes interrogantes: ¿tiene derecho esa parte a probar?, ¿cuál es el alcance de ese derecho a la prueba?, ¿se vulnera su derecho a probar al establecer el límite de inadmisión o no valoración de esa prueba?, ¿es legítima esa limitación? Finalmente, revisaremos si existe colisión, como se afirma, entre ambas instituciones (derecho a la prueba y prueba ilícita).

#### A) El derecho a la prueba

Aunque en el ordenamiento nacional no hay una referencia explícita al derecho a la prueba, en doctrina y derecho comparado se reconoce su existencia. Ha sido definido por Picó I Junoy como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”<sup>154</sup>. Para Taruffo es “el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal”<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, p. 18.

<sup>155</sup> *Obra citada*, p. 209.

Garberí y Buitrón lo definen como “el derecho público subjetivo fundamental, instrumental del derecho de defensa, de configuración legal e interpretación extensiva, del que son titulares únicamente quienes hayan adquirido la condición de parte en el proceso y que confiere a los mismos el derecho a proponer la prueba conducente a demostrar los hechos jurídicamente relevantes que configuran sus respectivas pretensiones, así como el derecho a que la prueba propuesta en tiempo y forma sea admitida, practicada y valorada dentro de los cauces y conforme a las reglas legalmente establecidas”<sup>156</sup>.

En Chile, Carocca lo ha entendido como parte del derecho fundamental o garantía constitucional a la defensa procesal, que “asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva se trata de la garantía de participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional”<sup>157</sup>.

No obstante el desarrollo doctrinario alcanzado con la obra de Picó I Junoy, viene reconocido el derecho a la prueba con genial intuición ya por Eduardo J. Couture desde el año 1946, quien advirtió en ese entonces que “[l]a ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”<sup>158</sup>.

Mirado desde este ángulo, la actividad probatoria ya no sólo se debe considerar como una carga, según se ha hecho tradicionalmente, sino que

---

<sup>156</sup> Obra citada, p. 142.

<sup>157</sup> “Una Primera Aproximación ...”, p. 302.

<sup>158</sup> “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor a Hugo Alsina*, Ediar editores, Buenos Aires, 1946, p. 189. Para el autor, el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son las normas que reglamentan la garantía de justicia establecida constitucionalmente: “De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, si no que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley”. En todo caso, la visión que entrega de la realidad de la época no es muy optimista, ya que, al menos en el campo del proceso civil, las garantías constitucionales no han tenido un adecuado desarrollo (p. 153 y ss.).

además se le debe reconocer a las partes en litigio el “derecho” que tienen a producir prueba en el proceso. Entonces, el derecho a la prueba debe ser considerado de manera conjunta e inseparable del derecho a defensa<sup>159</sup>, sin el cual éste sería sólo poesía, tal como si se desconociera el emplazamiento en el procedimiento ordinario. Para Garberí y Buitrón es “instrumental” del derecho a defensa, por cuanto “uno de los más eficaces medios para sostener la pretensión y desvirtuar la opuesta en contra con que cuentan las partes es el de solicitar la admisión y práctica de los medios de prueba”<sup>160</sup>.

En España, se postula que este derecho proviene directamente del artículo 24.2 de la Constitución, que dispone: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa**, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

En Argentina se postula que el derecho a la prueba deriva del artículo 18 de la Constitución: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. **Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos**”. Se ha afirmado que esta norma establece “la posibilidad de traer al conocimiento del juez las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad [...]. En síntesis, el proceso justo exige que se otorgue a todos los interesados ocasión de probar adecuadamente, que se pueda ejercer el derecho constitucional a probar en la forma y bajo las

---

<sup>159</sup> Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba* ..., p. 35.

<sup>160</sup> Obra citada, p. 143.

solemnidades que otorgan las leyes procesales”<sup>161</sup>. El derecho a la prueba, siguiendo a Germán Bidart Campos, proviene de un derecho más amplio que es el denominado derecho a la jurisdicción<sup>162</sup>.

En Colombia, el artículo 29 inc. 3º de la Constitución dispone que “[t]oda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene **derecho a la defensa** y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; **a presentar pruebas** y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

En México, el artículo 20 de la Constitución prescribe que “[e]n todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: V. **Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca**, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

En Paraguay, la Constitución en su artículo 17 (De los derechos procesales) señala: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: (8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas”.

En Chile se ha sostenido que este derecho tiene reconocimiento en el artículo 19 Nº 3 inc. 2º de la Constitución, al prescribir el derecho a defensa jurídica. Si bien se encontraría limitado al ámbito procesal penal, no hay dudas de

---

<sup>161</sup> Carbone, Carlos Alberto, *Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como Medios de Prueba*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 55 y 56. Es destacable que se hace derivar el derecho a la prueba de la garantía del debido proceso, reconocimiento que proviene del artículo 18 de la Constitución Argentina.

<sup>162</sup> *Ibid.*

que es extensiva su aplicación a los otros estatutos adjetivos<sup>163</sup>. Asimismo, se debe estimar que el inc. 5º, que establece la garantía del debido proceso, recoge el derecho a la prueba, puesto que es sostenible que el derecho a acreditar las alegaciones forma parte de esta noción. Y si bien Picó I Junoy nos recuerda que en un principio el due process of law se configuró para el ámbito procesal penal, “es indudable su plena vigencia en cualquier otro orden jurisdiccional”<sup>164</sup>.

La Corte Suprema ha afirmado que “es válido tener presente que el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución [...] que consagra el derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos ciudadanos, en cuanto toda persona tiene asegurada su defensa jurídica en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida, tal concepción ha de entenderse en términos amplios, dado que **no sólo se refiere a la defensa, sino que incluso al asesoramiento respecto de los derechos que poseen las personas, y los medios que pueden hacer valer para su adecuada protección y a todo tipo de materias**, reconociendo la actuación del letrado en todo asunto y ante toda potestad frente a la cual se haga valer o se reclame de la conculcación de un derecho, conforme a las exigencias de un **racional y justo procedimiento** que le permita ejercer la defensa de ciertas garantías que han sido atropelladas, limitadas o desconocidas o que puedan serlo, por un tribunal o autoridad pública, de cualquier naturaleza o categoría” (el destacado es nuestro)<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> “Aunque la intención de los redactores de estas normas fue la de limitar este reconocimiento [del artículo 19 N° 3 inc. 2º] a la defensa técnica o letrada, de su tenor literal se desprende que, en definitiva, el sentido de la garantía es mucho más amplio e incluye todos los aspectos que la doctrina y jurisprudencia internacional han caracterizado como comprendido en ella”. Carocca, “Una Primera Aproximación ...”, p. 303.

<sup>164</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, p. 33.

<sup>165</sup> Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2007, autos rol N° 3419-2007. El fallo va más lejos, al invocar como fundamento del derecho a defensa los tratados internacionales y al incorporar en esta categoría a la presunción de inocencia: “DECIMO CUARTO: Que a lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, el reconocimiento del derecho a la defensa debe extenderse también a aquéllos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurad o todas las garantías necesarias para su defensa”; el artículo 14.3 del Pacto

El Tribunal estima implícitos, dentro de la garantía del debido proceso, el derecho a defensa y el uso de los medios para la adecuada protección de los derechos. El fallo no lo dice, pero sin duda la actividad desplegada con la finalidad de acreditar las afirmaciones, debe comprenderse dentro de “los medios” destinados a una adecuada protección de los derechos. Por ello, entendemos del tenor de ese fallo que nuestro tribunal también entiende incorporado el derecho a la prueba en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

De modo más explícito, la misma Corte ha sostenido, en sede familia, que el derecho a discutir y probar las pretensiones forma parte del debido proceso: “en el caso de autos, este presupuesto de “manifiesta admisibilidad, no puede entenderse configurado, al tenor de las alegaciones y fundamentos jurídicos en que se han sustentado las demandas reconvencionales deducidas y lo expresado por la actora principal, al evacuar el traslado conferido. En efecto, la naturaleza de tales planteamientos, hacía necesario que las partes pudieran discutir y probar durante la secuela del juicio, ciertas cuestiones inherentes y relacionadas con la materia de la litis, introducidas a través de la vía reconvencional. De lo anterior, se desprende que **no ha podido privarse a las partes de su derecho a discutir y probar sus pretensiones, en beneficio de una más rápida sustanciación y resolución del pleito**, al no cumplirse con la premisa dispuesta por la ley, para

---

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; “; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.” De todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio”.



dichos efectos”. En razón de ello, ha estimado que se ha privado a la demandante reconvenzional del derecho al debido proceso<sup>166</sup>.

## B) Alcance y límites del derecho a la prueba

El contenido del derecho de la prueba comprende, en síntesis, los siguientes aspectos: 1) El derecho a proponer la prueba, que “habrá de acomodarse a los imperativos de tiempo y forma previstos por las normas procesales correspondientes”. 2) El derecho a que se admita la prueba propuesta, o más precisamente “que sean admitidos todos aquellos medios de prueba que, propuestos en tiempo y forma, se declaren pertinentes”<sup>167</sup>. 3) Luego, el derecho a que sea practicada la prueba previamente propuesta y admitida, que incluye la exigencia de contradicción<sup>168</sup>. Todo esto con la finalidad de que “la admisión de prueba no quede reducida a ser una actuación meramente retórica”<sup>169</sup>. 4) Y, por último, el derecho a que la prueba sea valorada por el tribunal<sup>170</sup>.

Ahora bien, siguiendo la sistematización de Picó I Junoy, lógicamente el derecho a la prueba reconoce límites, no es absoluto. Baste con pensar en un litigante que, con la finalidad de obstaculizar la marcha del proceso y poner a prueba la paciencia del juez y de su contraparte, intente valerse de un número

---

<sup>166</sup> Sentencia del 11 de noviembre de 2008, Rol N° 5288-2008. En lo que respecta al ámbito penal, ha sostenido “que el derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 19 N° 3º, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, desde luego a la existencia de un órgano dotado de la potestad de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la referida Carta y, en seguida, a que la sentencia sea colofón de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que configuren un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una etapa indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba correspondiente en las audiencias practicadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo penal”. Sentencia de fecha 3 de agosto de 2005 autos rol N° 2693-2005.

<sup>167</sup> Para ambos, Garberí y Buitrón, obra citada, p. 146. Con ello la prueba impertinente, inútil o reiterativa queda fuera.

<sup>168</sup> J. Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba* ..., p. 18 y ss.

<sup>169</sup> Garberí y Buitrón, obra citada p. 148.

<sup>170</sup> J. Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba* ..., p. 18 y ss.

exagerado de testigos. Estos límites pueden ser extrínsecos e intrínsecos. Los primeros dicen relación con las “formalidades y cauces procedimentales” imprescindibles para ejercitar el derecho válidamente. Por ejemplo, pedir la diligencia probatoria dentro de plazo, en la forma correspondiente y rendirla del modo que autoriza o manda la ley. Por el contrario, los límites intrínsecos son “aquellos presupuestos y condiciones que, por su naturaleza, debe cumplir toda prueba”, que van más allá de la formalidad, y son la pertinencia, la utilidad, la no sobreabundancia y, por último, según el mismo autor, la licitud<sup>171</sup>.

El derecho a la prueba, aunque garantizado constitucionalmente, cesa cuando la proposición de prueba se hace fuera de plazo, sin guardar las formalidades básicas, y se intenta allegar al proceso prueba impertinente, inútil o reiterativa. Y lo más importante, no es un derecho amparable cuando se trata de prueba que tiene un origen ilícito. En este caso, el límite del derecho a la prueba vendría dado por el respeto a los demás derechos fundamentales que reconoce el ordenamiento, tales como el derecho a la integridad física o psíquica, al honor y a la intimidad personal, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, por mencionar algunos<sup>172</sup>.

Lo anterior resulta razonable, pues no puede emplearse un derecho con reconocimiento constitucional, como es el derecho a la prueba (amparado por el derecho a la defensa y al debido proceso), para pasar a llevar derechos fundamentales en la etapa de recolección de prueba o bien en su rendición. De este modo, aunque un litigante invoque el derecho a probar, sin duda no puede transgredir en la recogida o rendición de prueba el límite que impone el respeto de los derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la honra o la inviolabilidad de las comunicaciones.

---

<sup>171</sup> *El Derecho a la Prueba ...* p.39 y ss.

<sup>172</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, p.39 y ss.

Si este es el caso, debe cesar el ejercicio y reconocimiento del derecho a la prueba, mediante el desconocimiento de lo actuado con atentado a los derechos fundamentales. Es lo que nos dice el argumento que ampara la exclusión, en razón de que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio.

C) ¿Es la prueba ilícita una limitación al derecho a la prueba?

Debemos reconocer que la sistematización de los límites al derecho a la prueba, planteada por Picó I Junoy, tiene un atractivo estructural innegable, y pareciera, en principio, que propone una cortapisa clara, precisa e inteligible a ese derecho, en razón de la prueba ilícita. De hecho algunos autores nacionales han adscrito a la postura en comento<sup>173</sup>. En el mismo sentido, Ambos plantea que “existe una colisión entre las prohibiciones de prueba y el principio de investigación [...]. Las prohibiciones de producción probatoria limitan la actividad de las autoridades de investigación penal en el esclarecimiento de los delitos, al igual que las prohibiciones de utilización de pruebas impiden que los tribunales penales realicen una valoración de conjunto sobre el material probatorio recopilado”<sup>174</sup>.

Existe, sin embargo, un aspecto que hace dudar de que la propuesta de Picó I Junoy sea del todo correcta. En efecto, como paso siguiente, postula el autor español que en razón del derecho a la prueba, se debe restringir lo más posible el concepto de prueba ilícita, a fin de no tornar ineficaz aquella potestad<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Véase Jequier, obra citada, p. 479: “Sin embargo, y con base ahora en lo que se ha dicho en los capítulos anteriores, debemos afirmar al mismo tiempo que ese derecho –o la actividad probatoria que de él se deriva– debe ser ejercido, a la luz de los demás derechos esenciales que la misma Constitución le reconoce a las personas, en un plano de realización proporcionada y armónica de unos y otros. Dicho en otros términos, el justiciable **no tendrá derecho alguno a la prueba en aquellos casos en que para obtenerla ha violentado determinados derechos fundamentales**, pues, simplemente, en tales casos ese derecho no ha llegado siquiera a existir”. El destacado es nuestro.

<sup>174</sup> Obra citada, p. 331.

<sup>175</sup> “El derecho a la prueba de todo litigante, conjuntamente con otros derechos consagrados también como fundamentales por nuestra constitución, obliga a mantener **un concepto lo más**

Así, entonces, no sería posible estimar que la garantía de inutilizabilidad de la prueba deba ser interpretada ampliamente, pues atentaría contra el derecho a la prueba.

Entendemos que la inadmisibilidad de la prueba ilícita tiende a resguardar no sólo el debido proceso, sino también otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, tales como la integridad física y psíquica, y la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones<sup>176</sup>. Por ello, estimamos que la afirmación correcta debe ser precisamente la contraria, es decir, se debe propender a un entendimiento amplio y a una aplicación extensa de la privación de efectos de la prueba ilícita, precisamente para maximizar la protección de los derechos fundamentales vulnerados, que no se circunscriben a la órbita procesal.

En este sentido estamos ante la presencia de una institución procesal que hemos definido como una suerte de garantía de la garantía (por el debido proceso) y una garantía de derechos fundamentales (aquellos vulnerados con la obtención en sentido amplio), es decir, una institución destinada a proteger las otras garantías y derechos constitucionales. Se trata de una categoría procesal que reconoce su finalidad en la protección al interior del procedimiento de los derechos fundamentales de las partes. Por ello no es aceptable su aplicación restrictiva. Es lo mismo que afirmar que el habeas corpus deba ser aplicado restrictivamente, en función, por ejemplo, de los recursos procesales ordinarios y extraordinarios y de la cosa juzgada, y con ello prescindir de su aplicación para impugnar resoluciones judiciales. En Chile, al menos, es pacífica la procedencia de esa acción constitucional para discutir las decisiones al interior del proceso penal, aunque

---

**restrictivo posible de prueba ilícita**, a fin de permitir su mayor virtualidad y eficacia”, *El Derecho a la Prueba* ... pp. 61 y 365 y ss. El destacado es nuestro.

<sup>176</sup> Además de los autores citados (Hernández, etc.), sostiene Carocca que un acto que infringe la Constitución, al conculcar derechos fundamentales consagrados por ésta, como sería la obtención de prueba vulnerando sus garantías fundamentales, implicaría la infracción al artículo 19 de la Constitución, en la parte que contiene la garantía, y también la infracción a sus artículos 6 y 7, incurriendo por tanto en la sanción de nulidad que establecen esos preceptos. “Una Primera Aproximación ...”, p. 304.

estén amparadas por cosa juzgada o se hayan pronunciado por tribunales de mayor jerarquía que un juez de garantía o del tribunal oral en lo penal<sup>177</sup>.

Siguiendo a Nogueira, en el ámbito de los derechos existe una “garantía interpretativa que determina que la limitación del ejercicio de los derechos debe siempre ser interpretada restrictivamente y sin poder aplicarse por analogía”<sup>178</sup>, de manera que es claro que, de mantener la tesis cuestionada, se interpretaría restrictivamente la garantía constitucional del debido proceso y se limitaría el ejercicio de los derechos vulnerados con la obtención de la prueba. La pregunta entonces es a qué lado inclinamos la balanza, o bien a qué derechos damos preeminencia, si al derecho a la prueba, por un lado, o al debido proceso y a los derechos fundamentales conculcados en la obtención o rendición de la prueba, por el otro.

El planteamiento de Picó I Junoy es cuestionable, sostenemos, ya que si la prueba ilícita, en tanto medio de protección de las garantías y derechos, debiera ser interpretado y aplicado restrictivamente, tendería a dejarse en la indefensión a los derechos fundamentales que son tutelados por esa garantía. Y ello sólo con la finalidad de tutelar preferentemente el derecho a la prueba. En otras palabras, bien vale la pena preguntarse a qué se le va a dar prioridad en el ordenamiento jurídico, si al derecho a la prueba, que tiene una órbita de aplicación restringida al proceso, o al debido proceso y a los derechos vulnerados en la recogida de prueba, cuya presencia y ámbito de aplicación necesariamente es mayor, ya que abarcan además la esfera extraprocesal. ¿Será admisible que deban ceder el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones o el derecho a no ser torturado, en beneficio del derecho a la prueba? Nos parece que no.

---

<sup>177</sup> E incluso se ha aceptado su procedencia para impugnar sentencias firmes en esa sede; y resoluciones pronunciadas por la propia Corte de Apelaciones. Véanse al efecto los autos de la Corte Suprema roles 5972-2007 y 3433-2009, respectivamente.

<sup>178</sup> En “Consideraciones sobre el derecho fundamental ...”, p. 230.

Si bien lo anterior es una solución opuesta al dilema planteado por Picó I Junoy, debemos confesar que no nos acomoda involucrarnos en una suerte de juego suma cero en materia de derechos y garantías fundamentales, en el que lo que se reconoce a uno se le quita al otro. Entre otras razones, porque obligaría al intérprete a efectuar permanentemente una labor de elección entre derechos, cuestión jabonosa y poco clara para todos.

Esta postura ha sido también criticada en España por González, quien, recordando que la ilicitud comparte el carácter de límite interno con la pertinencia, afirma que “[e]l entronque de la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida con el derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 constitucional) se nos antoja ciertamente forzado, habida cuenta de que implica una interpretación alambicada de un concepto asentado en la dogmática jurídico-procesal como es el de pertinencia de la prueba”<sup>179</sup>.

Por su parte, Garberí y Buitrón estiman que si la infracción, o eliminación del medio de prueba cuestionado, no produce indefensión, no hay vulneración alguna del derecho a la prueba<sup>180</sup>. Por ejemplo, si un litigante pretende emplear una pléyade de medios de prueba, al verse impedido de hacer valer uno de ellos, no se afecta el cumplimiento de su carga de probar, ya que la influencia probablemente es marginal. Sin embargo, como resulta fácil advertir, no sirve este postulado cuando se da el caso de que un litigante ostenta un único medio que pretende emplear, y es declarado ilícito. En tal caso efectivamente tendrá problemas para probar a raíz de la declaración de ilicitud. Sin embargo, estimamos incluso que en tal caso la interpretación amplia debe ceder en beneficio de la

---

<sup>179</sup> En sentido etimológico, lo pertinente es lo que "pertenece" a algo; y, en el estricto ámbito procesal, el adjetivo se aplica a aquellos medios probatorios que son hábiles para la acreditación de los hechos controvertidos por tener relación con o por tener como objeto los hechos mismos sobre los que versa el proceso: según esto, la licitud o ilicitud de la fuente de prueba nada tienen que ver con la relación material de dicha prueba con los hechos que se discuten y que son objeto de la prueba; en otras palabras, ni la licitud de la fuente predetermina la pertinencia de la prueba ni la ilicitud desvinculan al medio probatorio de los hechos fundamentales del proceso (esto es, lo hace impertinente). *Obra citada*, p. 205.

<sup>180</sup> *El Derecho a la Prueba ...*, p. 144.

garantía vulnerada en la obtención de la prueba, sin perjuicio de la aplicación de la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto.

En apoyo de su tesis, afirma Picó I Junoy<sup>181</sup> que el Tribunal Constitucional español ha seguido este camino en fallos 85-1994 384-1993, por mencionar algunos. Sin embargo, de la lectura de esos fallos pareciera ser que más que mantener un concepto restrictivo de prueba ilícita, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional ha sido mantener la exclusión o no valoración sólo en aquellos casos en que existe efectiva violación de derechos fundamentales. Esta actividad no implica una interpretación o aplicación restrictiva de la prueba ilícita, sino, por el contrario, mantenerla dentro de su propio cauce. Si no hay vulneración del derecho fundamental, entonces no hay ilicitud, lo cual no excluye que se pueda configurar la ilegalidad, irregularidad o anulabilidad, categorías de ineficacia cuya sanción no será la exclusión.

Una solución al problema anterior ha sido planteada por González Montes, para quien el problema de la ilicitud de la prueba y su consecuente inadmisibilidad se produce cuando en la obtención de los medios de prueba se hubiere violado un derecho fundamental de igual categoría o superior al derecho a la prueba<sup>182</sup>. Sin embargo, resulta ser una postura difícil de compartir, debido a que conlleva a establecer, a priori, una jerarquía de las garantías y derechos fundamentales, y determinar cuáles son iguales o superiores al derecho a la prueba, tarea que, aparte de incómoda, estimamos temeraria y controvertible. Asimismo, obliga a olvidar la posibilidad de excluir prueba cuando los derechos o garantías vulneradas, aunque fundamentales, tengan menos importancia que el derecho a la prueba, incluso con independencia del bien jurídico puesto en discusión procesal. Y ello redundaría necesariamente en un atentado a la igualdad ante la ley.

---

<sup>181</sup> *El Derecho a la Prueba ...* p. 61 y pp. 365 y sgtes.

<sup>182</sup> Citado por Miranda Estrampes, obra citada, p. 22. El artículo se encuentra en *Revista de Derecho Procesal* N° 1, 1990, p. 31.

A mayor abundamiento, la teoría de ponderación de los intereses en conflicto, que pretende dar una respuesta a la colisión entre el derecho a recabar prueba y la infracción de derechos fundamentales en la recogida y rendición de prueba, lo hace comparando el bien jurídico en juego en el proceso, ya sea la vida (delito de homicidio), la libertad sexual (delito de violación), etc., y el derecho fundamental vulnerado en la recogida de prueba. No pone esta teoría en una balanza el derecho a probar con el derecho vulnerado, sino aquel que es objeto del litigio<sup>183</sup>.

Por último, el argentino Augusto Morello si bien reconoce que el ordenamiento se encuentra empapado de garantías que aseguran el derecho a probar, nos recuerda que éste es de naturaleza privada, disponible y renunciable por la parte, por cuanto es de ella y no de la jurisdicción<sup>184</sup>, lo que no es tan claro en relación a los otros derechos fundamentales.

Entonces, para ir dirimiendo el conflicto y colocando al derecho a la prueba en su valiosa pero adecuada dimensión, la inadmisión o no valoración de la prueba ilícita no es la otra cara de la moneda del derecho a la prueba, ni deviene su aplicación en un juego de suma cero. Es que, sencillamente, por los fundamentos expuestos, el derecho a la prueba cesa cuando existe ilicitud. Y ello es igualmente aplicable a todos los otros límites internos señalados por Picó I Junoy. Por ejemplo, si la prueba es impertinente o redundante, o tiene por objeto acreditar hechos públicos y notorios, también cesa el derecho a la prueba. Por ello, es posible conjugar la aplicación de la ilicitud de la prueba sin poner en riesgo el ejercicio del derecho a la prueba

---

<sup>183</sup> Una descripción detallada de la teoría se puede encontrar en Horvitz y López, obra citada, T. II, p. 175. Hoy en día, el Tribunal Supremo Federal, en Alemania, aplica asimismo la teoría del fin de protección de la norma, que plantea si únicamente puede inferirse como consecuencia la no utilización de la prueba, desde la perspectiva del fin de protección de la regla de recolección probatoria. Ambos, obra citada, p. 343.

<sup>184</sup> *La Prueba, Tendencias Modernas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 5 y 6.



Es evidente que una aplicación excesivamente celosa o garantista del concepto de prueba ilícita devendrá en un desconocimiento del derecho a defensa. Pero ello no es patrimonio exclusivo o monopolio de la prueba ilícita, lógicamente lo mismo ocurre con el resto de los límites formales y sustanciales de la actividad probatoria. Por ejemplo, si aplicamos un concepto muy restringido de pertinencia, es obvio que un juez inflexible no permitirá que un número considerable de las pruebas ofrecidas por las partes puedan finalmente ser rendidas. En este caso podría configurarse una trasgresión al derecho a la prueba. Y esta vulneración no se encontraría revestida de mayor o de menor gravedad que si la ley estableciera un término probatorio o una audiencia de prueba irrisoriamente corta (como en el caso de la Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos). Como se vislumbra, otros filtros que son de cargo del juez pueden resultar polémicos a la hora de su aplicación o de darles un contenido; tanto como un actuar propio del legislador. Es la vieja pero recurrente tensión entre el garantismo y la eficacia.

En la vereda opuesta, si se ocupa un criterio o concepto amplio de prueba pertinente o útil, las consecuencias son absolutamente distintas que si se hace lo propio con la prueba ilícita, debido a que el disvalor de la conducta o el atentado al ordenamiento jurídico es mínimo en el primer caso, en relación al que se produce por la violación de derechos fundamentales en la recogida o rendición de pruebas. De hecho, el fundamento de la exclusión de aquéllos es la economía procesal, cuestión completamente ajena a la prueba ilícita, en que prima el respeto a los derechos fundamentales. En otras palabras, de interpretar y aplicar ampliamente la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba, para no afectar el derecho a la prueba, traerá como consecuencia el tedio judicial, esto es, un aburrimiento intolerable en las audiencias probatorias, pero los bienes jurídicos del ordenamiento no se verán afectados, salvo el de economía procesal, que a fin de cuentas se relaciona con el patrimonio del Estado y de los particulares y no con sus derechos fundamentales.

En cambio, de emplear un concepto restringido de prueba ilícita, implicaría aceptar que pueden sin más rendirse medios de prueba obtenidos con infracción de derechos fundamentales, salvo en los casos más graves, por ejemplo un homicidio para obtener el medio en cuestión, con lo cual la garantía y el derecho fundamental violado se transforman en, valga la redundancia, letra muerta. Como podrá suponerse, no estamos de acuerdo con esta solución. Con toda razón sostiene Maier, que siempre debe prevalecer, como regla hermenéutica, aquella que supone una limitación del poder, en relación a aquella que otorga las atribuciones al Estado para su ejercicio<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Obra citada, p. 424.

## CAPÍTULO V

### CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD

Considerando que el ordenamiento jurídico no permanece indiferente ante la lesión de derechos fundamentales en la recogida o rendición de pruebas, es necesario abordar la manera como se evita que el medio de prueba cuestionado llegue a tener influencia en la sentencia definitiva. Genéricamente se habla de la inadmisibilidad de la prueba<sup>186</sup>. Miranda Estrampes siguiendo la corriente italiana, habla de la “inutilizabilidad de las pruebas obtenidas o producidas con infracción de los derechos y libertades fundamentales”<sup>187</sup>.

Así entonces, se llegan a plantear dos consecuencias principales: la exclusión del medio probatorio y su no valoración<sup>188</sup>, que son vías destinadas a garantizar esa ineficacia, con distintos grados de fuerza o efectividad. Una tercera consecuencia de la ilicitud, en caso que no puedan operar la inadmisibilidad y la no valoración, es su control vía nulidad del juicio contaminado y de la sentencia producto del mismo.

Más allá de las diferencias que estudiaremos, lo relevante es que el objetivo principal de estas vías de control es, como indica Miranda Estrampes, la “privación de eficacia probatoria”<sup>189</sup>, esto es, que el elemento que fue obtenido de manera antijurídica no llegue a tener influencia en el juez al momento de dictar sentencia, ni se vea reflejado directa o indirectamente en ésta.

---

<sup>186</sup> Carocca, “Una Primera Aproximación ...”, p. 319.

<sup>187</sup> Obra citada, p. 54. “Es preferible quizás hablar de inutilizabilidad de la prueba ilícita, es decir prohibición de admisión o prohibición de valoración de la misma, cuya consecuencia es la privación de eficacia probatoria” (p. 92). La doctrina italiana habla de “inutilizzabilità”, que tiene su origen en el artículo 191 del Codice di Procedura Penale.

<sup>188</sup> Ya la doctrina alemana de principios del Siglo XX distinguía entre la “toma” (Erhebung) y el “uso” (Verwertung) de la prueba ilícita, es decir, la recopilación de las fuentes de prueba y los medios de prueba a través de los cuales se introducen al proceso, ello englobado bajo el concepto de “Prohibiciones Probatorias” (Beweisverbote). Véase Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba ...*, p. 289.

<sup>189</sup> Obra citada, p. 92.

En derecho comparado se implementa, en el ámbito procesal penal, la inadmisión o la no valoración, dependiendo de si la instrucción o fase de investigación tiene a su cargo un órgano distinto del judicial o no<sup>190</sup>.

#### A) La inadmisión

Este camino pretende lograr su objetivo, en el plano ideal, evitando que el juez que deba tomar una decisión respecto del caso tenga toda clase de contacto con el medio de prueba contaminado. Para esto es indispensable que en la etapa de rendición de la prueba no se haya incluido el medio cuestionado. No es difícil advertir que es la sanción que provoca mayor adhesión en la doctrina. López Barja de Quiroga afirma que “[u]na de las soluciones más propugnadas es que la prueba ilícitamente obtenida sea física o materialmente eliminada del proceso. De esa manera se logra que no pueda ser apreciada y que no produzca efectos no deseados”<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Armenta, obra citada: “Pueden diferenciarse, así, diferentes procedimientos. En primer término, aquellos países que carecen de instrucción jurisdiccional (bien como regla: Brasil; Chile; bien según los procesos, como en Francia) abordan el tratamiento de la ilicitud probatoria como presupuesto para el ejercicio de la acusación de manera legítima y eficaz. La ilicitud de las medidas adoptadas -no se trata en esta sede de pruebas propiamente hablando - se examinan mayoritariamente por el órgano que dirige la investigación a fin de establecer su relevancia para el sostenimiento de la acción. Otros, precisamente por corresponder a una labor enjuiciadora, niegan la exclusión total en la fase investigadora, de manera que no sea posible hasta el juicio, si bien cabrá resolver tal extremo inmediatamente después de abrir la fase de enjuiciamiento; o de no estar previsto un trámite procesal al efecto, al dictar sentencia y motivando suficientemente la ausencia de valoración de la prueba excluida. Así sucede en Bélgica, Francia y Holanda, donde el tratamiento previo se estima dilatorio y limitador del ejercicio del derecho de defensa en el juicio, donde procede dilucidar tal extremo más propiamente. Portugal contempla el uso de la fase intermedia (*instrucao*) como medio y momento idóneo en el trámite de la admisión de las pruebas; o a falta de aquella, en la fase preliminar de la audiencia de alegación de artículos de previo pronunciamiento (*questoes previas ou incidentals*)”.

<sup>191</sup> Sigue el autor: “precisamente la mejor formar de conseguir que esas pruebas (las ilícitas) no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa, y si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material”. Sin embargo, aclara que “tal vez no sea sencillo determinar qué prueba ha de ser eliminada. Pensemos que puede tratarse de una prueba compuesta o en los efectos reflejos que la misma puede producir en otras pruebas”. *Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 131.

En la misma línea, Miranda Estrampes sostiene que “[e]n el trámite procesal de admisión el juez debería rechazar, incluso de oficio, la prueba obtenida ilícitamente. Estimamos que éste es el momento oportuno para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba que trata de incorporarse al proceso [...]. La ilicitud de la prueba debe actuar como causa de inadmisión procesal<sup>192</sup>.

Por último, para Joan Picó I Junoy, “[l]a primera manifestación de la imposibilidad de que surtan efecto las pruebas ilícitas se concreta en la prohibición de admitirlas”. Más aún, sigue el autor, “[l]a exigencia *ex lege* de que la prueba ilícita no surta efecto alguno comporta, en opinión de la mayoría de los autores, la necesidad de retirar del proceso todo vestigio de la misma, devolviéndosela al litigante que la aportó”<sup>193</sup>.

Pese a lo clara que es la postura, existen algunos problemas en su implementación que deben ser planteados.

El primero consiste en que la inadmisibilidad parte de la base obvia de que debe existir en el procedimiento una fase destinada a discutir y zanjar la admisibilidad de los medios de prueba de que intentarán valerse las partes, en la que se determina qué medios de prueba serán rendidos en el juicio, en razón de su pertinencia, su utilidad, etc. Para Alvarado Velloso, “[o]frecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas y ordenando su producción”<sup>194</sup>. Esta etapa debe ser seguida por una en que los medios probatorios aceptados puedan finalmente ser rendidos ante el juzgador. La última etapa viene dada por la valoración de esos medios en la sentencia.

---

<sup>192</sup> Obra citada, pp.94 y 95.

<sup>193</sup> “... e incluso, alguna resolución del T.S. (Tribunal Supremo español) ordena proceder a su destrucción, con el fin de evitar que el juzgador la tenga presente en el momento final de su enjuiciamiento”. *El Derecho a la Prueba ...*, pp. 316 y 333, respectivamente.

<sup>194</sup> *La Prueba Judicial*, Librotecnia, Santiago, 2009, p. 162.

No obstante lo evidente de su utilidad, esta primera fase se encuentra claramente omitida en el Código de Procedimiento Civil chileno, en que no existe una etapa previa y única de proposición u ofrecimiento de prueba, que permita a las partes desarrollar argumentos relativos a su inadmisión. En general la prueba, salvo la confesión y la instrumental, tiende a ofrecerse y rendirse en la misma etapa procesal, que es el término probatorio. Así, el instrumento se acompaña, se presenta la lista de testigos y esa prueba se rinde, se cita a absolver posiciones, etc. El debate el Código lo limita a la citación para las diligencias de prueba, pero regulada como trámite esencial con ocasión del recurso de casación en la forma, en el artículo 795 N° 6.

Además, por regla general el tribunal del procedimiento civil se encuentra obligado a practicar las diligencias probatorias que las partes piden, ya que la potestad discrecional que se atribuye al juez es bastante limitada, y dice relación con la solicitud del medio en un estado procesal determinado (generalmente dentro del término probatorio), o con un límite numérico (de testigos). Alguna facultad es posible encontrar en la inspección personal del tribunal (artículo 403: se decretará cuando el tribunal “la estime necesaria”) y en menor medida al informe pericial (artículo 411: “Podrá también oírse el informe de peritos”).

En otros términos, los poderes de dirección del juez del proceso civil en cuanto al control de la proposición y práctica de la actividad probatoria no sólo son limitados, sino además no pueden ejercerse de manera previa a su rendición, en una fase de proposición u ofrecimiento en la que tenga lugar un debate entre las partes en relación precisamente a la procedencia o improcedencia de la prueba ofrecida. Menos aún se han ido estableciendo en este ámbito criterios definidos previamente por la ley y asentados por la jurisprudencia.

Entonces, no es posible hoy en día en el actual procedimiento civil implementar una inadmisión de la prueba ilícita, puesto que no existe una fase

previa en que exista un debate único acerca de la admisibilidad de las pruebas, y las facultades del juez civil son escasas.

Por el contrario y como veremos más adelante, el nuevo procedimiento penal, el procedimiento de familia y el nuevo procedimiento laboral (además del procedimiento del Proyecto de Código Procesal Civil), estructurados mediante el sistema denominado “proceso por audiencias”, establecen una fase previa de examen de admisibilidad de las pruebas ofrecidas, en una audiencia preparatoria o preliminar, en que, luego del debate, es posible excluir, para el juicio oral posterior, aquellas pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales. De decretarse su exclusión, la prueba no podrá ser rendida, y el tribunal pronunciará su fallo sin haber tomado contacto con el medio de prueba contaminado.

El segundo problema que plantea la inadmisión es que esa fase previa de admisibilidad debe tener lugar ante un juez distinto de aquel que va a conocer las pruebas ofrecidas. En efecto, para que surta el efecto real de no contaminación del juez que dicta sentencia, aquel que participó en la audiencia previa y excluyó la prueba ilícita, no debe participar en el juicio.

Ello viene solucionado por el Código Procesal Penal, puesto que la audiencia de preparación de juicio oral tiene lugar ante el juez de garantía (artículo 276 del Código Procesal Penal), y el juicio propiamente tal ante el tribunal de juicio oral en lo penal. Incluso, el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales establece como causal de implicancia “[h]aber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento”.

Sin embargo, los otros procedimientos mencionados párrafos atrás no establecen la inhabilidad del juez que participó en la audiencia previa de preparación, para conocer de la audiencia de juicio propiamente tal y dictar sentencia. Entonces, se producirá la siguiente paradoja: el juez podrá no admitir

prueba ilícita en la audiencia preliminar, habiendo mediado un debate previo acerca de la exclusión del medio de prueba cuestionado. Pero evidentemente, en el debate tomará el juez algún conocimiento del mérito del medio de prueba, pues no sólo se discutirá la eventual infracción de derechos fundamentales en su obtención, sino también acerca del contenido del medio cuestionado. Más aún si se pretende aplicar por el juez la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto o la del círculo jurídico. Por ejemplo, el cónyuge demandante en un juicio de divorcio por culpa ofrece como prueba un instrumento consistente en una carta dirigida por el cónyuge demandado a un tercero, con la finalidad de probar la infidelidad. El tribunal no va a acceder al contenido de la carta, pero sabrá quién es el remitente, a quién va dirigida y probablemente la fecha. Evidentemente hay información ahí para el juez, le están diciendo que el demandado tuvo correspondencia con un tercero. Esa información, si bien no es categórica, no deja al juez en un estado de neutralidad en relación al hecho. Supongamos que la carta es excluida, en razón de haberse establecido su origen ilícito, Este juez, ¿podrá prescindir de ese conocimiento a la hora de dictar sentencia? ¿Valorará sin ese conocimiento los otros medios de prueba existentes? Pareciera que no. Entonces, debemos buscar una solución.

Veremos en detalle con ocasión de la no valoración, que es una sanción que no genera completa adhesión en la doctrina, por configurar lo que es una valoración encubierta de la prueba ilícita. Una de las soluciones que se han planteado para superar sus inconvenientes es la inhabilidad del juez que tomó contacto con la prueba. Esta debiera ser la solución aplicable en los casos en que el juez en la audiencia preparatoria excluyó prueba ilícita, a fin de evitar que entre al juicio cualquier clase de información que el medio de prueba excluido pueda entregar. Sin duda para eso se requeriría de una reforma legal de los artículos 196 ó 197 del Código Orgánico de Tribunales, dependiendo si se considerará causal de implicancia o de recusación.



Adicionalmente, en aquellos tribunales que sean servidos por más de un juez, se podría implementar a nivel administrativo, la posibilidad de rotar los jueces cuando se produce la exclusión, solución para la que bastaría simplemente un auto acordado de la Corte Suprema. Como veremos en el Capítulo VII, con ocasión de la actual regulación de la prueba ilícita en sede de familia, existe hoy en día en algunos tribunales la aplicación de una regla opuesta, que tiende a mantener en todas las audiencias de un caso a un mismo juez, a fin de no perder el conocimiento de las partes y su conflicto. No nos parece una mala idea, siempre y cuando no se plantee el problema de la ilicitud. Si llegara a excluirse prueba, el juez de la audiencia de juicio debiera ser sustituido por otro.

## B) Prohibición de valoración

### B.1) Desarrollo

En esta hipótesis se parte de la base que la prueba que adolece de ilicitud ha sido incorporada al proceso, es decir, se rindió ante el juez o jueces que han de fallar el caso. Las razones pueden ser muy variadas, a saber, el procedimiento no contempla expresamente una fase de admisibilidad previa (a semejanza de nuestro actual procedimiento civil), o bien si el procedimiento la contempla, hubo debate acerca de su licitud y procedencia y se zanjó por la afirmativa, o simplemente no hubo debate. En los juicios orales no es poco frecuente esta última situación, puesto que muchas veces recién en la oportunidad de rendición de la prueba en la audiencia de juicio es posible obtener información acerca del origen de un determinado medio de prueba, material que no existía a disposición de la parte en la etapa intermedia. O bien, en una hipótesis más extrema, la ilicitud puede tener lugar al momento de rendirse la prueba ofrecida.

En todos estos casos la solución pasa por la no valoración de esa prueba por parte del juez que debe dictar sentencia en la causa. Lo ilustra adecuadamente Miranda Estrampes: “[p]ara el caso en que, por las razones que

fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez [...] no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita”<sup>195</sup>. El verbo rector no deja duda alguna: la prueba no debe ser considerada, no puede basarse la convicción del tribunal en relación a ellas.

Para Picó I Junoy, en España el artículo 11.1 de la LOPJ comprende, además de no admitir la prueba tachada de ilícita, “la exigencia de no valorarla para la configuración fáctica de la sentencia, en aquellos supuestos en que ha sido incorrectamente admitida o la ilicitud ha tenido lugar durante la práctica de un medio probatorio. La ineficacia de esta prueba [...] se traduce en la irrelevancia del resultado probatorio respecto a la decisión final del proceso”<sup>196</sup>.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo español ha declarado, en sentencia de fecha 20 de enero de 2007, recaída en asunto contencioso administrativo (libre competencia) que “el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa [...] excluye la **admisibilidad y apreciación** de pruebas ilícitas” (énfasis agregado).

La duda que surge a la luz de lo expuesto es que si el ordenamiento reconoce como sanción únicamente la exclusión, omitiendo hablar expresamente de la no valoración, pueda estimarse que éste sea una opción aceptada. Dicho de otro modo, si en la etapa intermedia el juez acepta la rendición de un determinado medio de prueba, ¿puede después no valorarse en razón de su origen lícito?

---

<sup>195</sup> “Los resultados probatorios devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia. La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida”. Obra citada, pp. 99 y 100. López Barja de Quiroga señala que en estos casos el tribunal debe decidir sobre la “aprovechabilidad” de la prueba, es decir, sobre su “posibilidad potencial de ser apreciada para fundar el fallo”. Obra citada, p. 130.

<sup>196</sup> “Sólo de este modo se logra dar efectivo cumplimiento a la exigencia contemplada en la mencionada norma, a saber, que no surtan efecto las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales”. *El Derecho a la Prueba ...*, p. 342.

Entre nosotros, una parte minoritaria de la doctrina ha sostenido que el juez se encuentra obligado a reconocerle valor. En efecto, Tavolari ha dicho que el tribunal de juicio oral en lo penal no puede abrir un “debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto” de apertura de juicio oral, ya que actuaría fuera de su competencia y vulneraría la autoridad de cosa juzgada de dicho auto<sup>197</sup>.

En España se planteó un debate inverso, ya resuelto, por el tenor del artículo 11.1 de la LOPJ. Al decir que “no surtirán efecto las pruebas”, ¿sólo establece como consecuencia de la ilicitud la no valoración o, por el contrario, ampara también la inadmisión? Sin dudas, hoy en día es pacífico que esa norma ampara también la exclusión o inadmisión, por cuanto, entre otras razones, “resulta absurdo admitir [en la etapa intermedia que se rinda] una prueba para seguidamente impedirle que despliegue sus efectos”<sup>198</sup>. Para Miranda Estrampes, el tenor del artículo 11.1 “no significa [...] que se haga referencia exclusivamente al momento de la valoración o apreciación de la prueba, sino que comprende también el momento procesal de su admisión. En este sentido [...] la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa, y si han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material”<sup>199</sup>. No obstante esta tesis produce simpatías, se debe abordar el otro punto de vista, de aquel que rinde la prueba, y ahí Montero Aroca destaca que puede importar “la indefensión de la parte que ha propuesto y practicado la prueba y que, sin posibilidad de discusión sobre su licitud, se encuentra con una declaración judicial, en la sentencia, en la que se rechaza su fuente de prueba”<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> “Del Debate sobre la Licitud de la Prueba y su Exclusión por parte del Tribunal de Juicio Oral”, Informe en derecho evacuado para el Ministerio Público, disponible en [www.minpublico.cl](http://www.minpublico.cl).

<sup>198</sup> Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba* ..., p. 315.

<sup>199</sup> Obra citada, p. 93.

<sup>200</sup> *Derecho Jurisdiccional*, p. 230, citado por Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba* ..., p. 316.

Volviendo a Chile, el hecho de que se establezca la exclusión expresamente, no significa que se esté amparando y menos fomentando la valoración de la fuente ilícita. Por el contrario, el ordenamiento jurídico lo que hace es tomar partido por el reconocimiento de la garantía de privación de efectos de la prueba ilícita, en razón del respeto del derecho vulnerado en la obtención o rendición del medio probatorio, y el debido proceso. Luego regula el camino que se vislumbra más efectivo en principio. Pero ello no implica que se cierre a la posibilidad de otros caminos para llegar al mismo resultado o para cumplir con la garantía, cuya finalidad última es que no se reflejen en la sentencia los efectos de la fuente contaminada<sup>201</sup>.

Lo anterior es apoyado por Hernández, para quien no se puede “entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar”<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Apoya esta idea la facultad del tribunal de juicio oral en lo penal de no valorar la prueba, pese a que la exclusión se establece en la audiencia de preparación de juicio oral, establecida en el artículo 334 inc. 2º: “Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”. Para Bofill, “[i]gualmente, la realización del juicio oral presupone la vigencia del contradictorio, cuyo control corresponde, en esta etapa, al tribunal de juicio oral en lo penal, velando porque la defensa se encuentre en condiciones de ejercer las facultades que le otorga la ley. Cuando ello no ocurra, el tribunal no debe admitir la presentación de los medios de prueba que supongan afectar, en la forma indicada, el derecho a defensa”. “Alcance de la obligación ...”, p. 9.

<sup>202</sup> Obra citada, p. 90. Notable resulta la, hasta donde sabemos, primera aplicación jurisprudencial que se hizo en Chile de esta postura, que fue por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, con fecha 4 de marzo de 2005. El tribunal se negó a valorar prueba que estimó ilícita, a pesar de que estaba incorporada en el auto de apertura de juicio oral, por cuanto lo contrario “implicaría la obligación del tribunal oral de valorar y fallar en base a una prueba que a sabiendas se obtuvo con infracción de garantías fundamentales”. Ampara esta postura el sentenciador no sólo en una cuestión axiológica, sino además práctica, dado que el juez de garantía evidentemente resuelve la admisibilidad de las pruebas con un nivel de información ostensiblemente inferior al del tribunal de juicio oral. Causa RUC 0400259397-7, Considerando Décimo Quinto. Disponible en *Revista Procesal Penal*, Lexis Nexis, Santiago, N° 33, p. 142.

Con ello no queda más que resaltar, siguiendo al mismo autor, que al menos en el ordenamiento procesal penal, existe una prohibición general de valoración de la prueba ilícita, en virtud del artículo 276 del Código Procesal Penal<sup>203</sup>, a la que agregamos el fundamento del artículo 334 del mismo Código. Si consideramos, conforme hemos venido sosteniendo, que esta garantía encuentra su amparo en el derecho al debido proceso y en todos aquellos derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados con ocasión de la obtención o rendición de la prueba, entonces no queda más camino que afirmar que la prohibición de valoración no es privativa de la rama procesal penal, sino a todos los ordenamientos adjetivos. Por ello, pese al silencio que pueda haber en los estatutos, se debe entender siempre facultado el juez para no valorar la prueba ilícita. Lo obliga el respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales cuya trasgresión generó la ilicitud.

## B.2) ¿Es suficiente la no valoración?

Consagrar únicamente la no valoración podría parecer en un principio un despropósito, ya que la tendencia evidente es pensar en otorgar la máxima protección al debido proceso y a los derechos fundamentales que puedan verse afectados. Por ello, los autores están de acuerdo en que la no valoración es insuficiente, por no decir ineficaz, debido a una suerte de cinismo intrínseco. Montero Aroca, por ejemplo, afirma que “[a]unque el tribunal diga en la sentencia que no toma en consideración la prueba ilícita, lo cierto es que la ha conocido y que, aun inconscientemente, puede haber formado en ella su convicción”<sup>204</sup>.

Picó I Junoy plantea que el mayor problema de la no valoración es, a la larga, el efecto psicológico que produce en el sentenciador, que es “la eventual incidencia que en la consciencia del juzgador ha podido ocasionar el elemento

---

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> Obra citada, p. 144.

probatorio ilícitamente obtenido”. No basta la afirmación del juez de que “no se han tomado en consideración los datos aportados por la prueba cuestionada “pues lo cierto es que el órgano jurisdiccional los habrá conocido y, aún inconscientemente, pueden influir en la formación de su convicción, máxime si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, la ilicitud en la obtención de la prueba no empece la certeza de los hechos que acredita”<sup>205</sup>.

También Miranda Estrampes estima que “resulta bastante difícil que el Juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción”<sup>206</sup>.

No obstante lo categóricas que son las afirmaciones anteriores, requieren formular una precisión. Cuando se trata de un juicio en el que existe un único medio de prueba y se ha determinado que no será valorado en razón de su origen ilícito, no habría mayor problema, ya que será fácilmente controlable en la sentencia la nula influencia que ese medio de prueba debe tener en la formación de la convicción del tribunal. Y ante la falta de pruebas, debería rechazarse la pretensión de aquel que pretendía reportar provecho del medio impugnado.

Sin embargo, el panorama se oscurece cuando el tribunal debe valorar otros medios probatorios. López Barja de Quiroga advierte acerca de la dificultad de establecer la influencia que la prueba contaminada pueda tener “sobre otras pruebas, o para conformar una prueba compuesta, o en el subconsciente del juzgador, pues no siempre será fácil mantener que no ha sido acreditado, lo que ha sido claramente probado, aunque mediante un proceder ilícito”<sup>207</sup>. Idéntica posición sostiene Midón, que se manifiesta escéptico considerando especialmente

---

<sup>205</sup> Para todo *El Derecho a la Prueba ...* p. 347.

<sup>206</sup> Obra citada p. 103. “Una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil prescindir, consciente o inconscientemente, de su resultado, principalmente cuando se obtienen sólidos elementos incriminatorios para el acusado”, p. 104.

<sup>207</sup> Obra citada, p. 130.

que la determinación de no valoración debe hacerse “en [la] oportunidad de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción”<sup>208</sup> el tribunal.

En resumen, el panorama que se da por la doctrina respecto de la no valoración es pesimista, al estimarse que es ilusorio pensar en que podría llegar a constituir una solución efectiva, desde que en el fondo la prueba, aunque no valorada en la sentencia, influiría en la adopción de la decisión por el juez. Es decir, se incurriría en una valoración de facto del medio cuestionado. Como dejaremos asentado más adelante, discrepamos de esta postura, y así es posible encontrar jurisprudencia bastante contundente que lisa y llanamente no ha valorado la prueba ilícita y ha rechazado la postura del litigante que pretendía hacer valer el medio de prueba en su provecho.

Antes, en todo caso, se deben revisar las soluciones que han sido planteadas para el caso que un tribunal haya tomado contacto con la prueba ilícita.

#### B.2.a) La inhabilidad del juez que tomó contacto con la prueba contaminada.

La primera planteada por la doctrina es la inhabilidad del juez que tomó contacto con la prueba contaminada. Picó I Junoy afirma que “la recusación del juez se configura como la solución práctica que garantiza el control de la ineficacia de las pruebas”<sup>209</sup>. En consecuencia, el juez que participó en la audiencia de la etapa intermedia no podría estar presente en la audiencia de juicio oral. Lo

---

<sup>208</sup> “Es que [...] si los planteos acerca de la validez de esa prueba son recién analizados por los jueces en oportunidad para dictar sentencia, es razonable pensar que influirá negativamente en ellos el hecho de que hacer lugar a la exclusión puede significar la pérdida de una prueba decisiva para la determinación de la culpabilidad o inocencia que esos mismos jueces deben llevar a cabo en ese mismo momento. Como también es razonable suponer que tales planteos tenderán a ser minimizados por los magistrados, quienes verán en ellos tan solo tecnicismos o construcciones rebuscadas, emanadas de quien aparece como claramente culpable del delito por el que se lo ha acusado. Obra citada, pp. 211 y ss.

<sup>209</sup> *El Derecho a la Prueba ...* pp. 347 a 349.

contrario significaría exigirle una verdadera “acrobacia psicológica”<sup>210</sup>, similar a la posición en que en nuestro país se sitúa aún el juez del procedimiento penal antiguo, que investiga, acusa y resuelve la contienda. Así también para Miranda Estrampes, “la única solución realista, para evitar toda contaminación del órgano judicial, es apartar del proceso al juez o a los miembros del jurado que han tenido contacto con la prueba ilícita”<sup>211</sup>. Por último, López Barja de Quiroga suscribe la misma idea, haciendo hincapié en que es la “única solución realista al problema”<sup>212</sup>, aunque se tache de excesivo radicalismo.

En nuestra opinión, se trata de una postura aceptable, ya que da las garantías necesarias al impedir que el juez que participó en el debate en que se finalmente se determinó la no valoración de la prueba ilícita, pueda establecer una valoración de facto del medio excluido, parasitando de la valoración que efectuará de los otros medios disponibles. Además, tendría lugar sólo cuando se acoja la inadmisión, no cuando se rechace la solicitud. No nos parece un pecado de radicalismo, puesto que es una de las razones por las que la norma del artículo 195 inc. final del Código Orgánico de Tribunales establece la inhabilidad del juez del tribunal oral en lo penal que hubiere participado en calidad de juez de garantía en el mismo caso.

Sin embargo, esta solución es útil cuando la determinación de la ilicitud se efectuó en la etapa intermedia. No nos sirve cuando el debate de la ilicitud ocurre en la etapa de juicio, y este es oral y con inmediación, pues éste principio obliga a

---

<sup>210</sup> *La Prueba Ilícita y su Control Judicial en el Proceso Civil*, documento electrónico, Editorial V. Lex, punto 3.3 A).

<sup>211</sup> No es suficiente con la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas o con denegarles legalmente toda eficacia. Al objeto de asegurar su total inefectividad el Juez que hubiere tenido contacto con la prueba ilícita debería abstenerse y caso de no hacerlo debería ser factible su recusación por las partes”. Obra citada, pp. 105 y 106.

<sup>212</sup> “También se ha propuesto que en los casos referidos debe producirse la abstención del juez. Y si éste no lo hace, debe ser factible su recusación. El juez ya a tenido contacto con la prueba ilícita, ya la conoce, y por ello resulta imposible conocer el efecto que la misma, aunque sea a nivel inconsciente, pueda producir [...] a la hora de apreciar otras pruebas. Se teme, pues, que tal posibilidad sea real e importante, y por ello defienden que la única solución es la regulación de la abstención voluntaria o para el caso negativo la posibilidad de solicitar la recusación del juez”. Obra citada, p. 131.



que el juez que dictó sentencia haya estado presente en toda la audiencia de juicio. En este caso, si pretendemos aplicar la inhabilidad, tendríamos que aceptar que el juicio debiera partir nuevamente, ante jueces no inhabilitados, sin la presencia del medio impugnado. Con ello, configuraríamos una exclusión, sin embargo, no una no valoración, pero puede ser un buen complemento.

Más allá del problema planteado, se debe dejar constancia de una advertencia que efectúa Picó I Junoy –y que compartimos-, acerca de una externalidad intrínseca de que adolece la solución: puede haber un uso “torticero” de la causal de inhabilidad, al presentar de mala fe prueba ilícita con tal de entorpecer o trabar la sustanciación del procedimiento, e incluso sustituir al juez que actualmente conoce del caso<sup>213</sup>.

En Chile, esta solución sería improcedente en los procesos extra penales, debido a que las causales de implicancia y recusación existentes en el Código Orgánico de Tribunales no la contemplan. Algo rozan el sentido de la institución la causal de implicancia del N° 8 del mismo artículo (haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia) y 196 N° 10 (haber manifestado de cualquier modo su dictamen sobre el asunto pendiente), al tratar de casos en que se emite una opinión previa acerca del asunto de fondo. Pero resultan ser insuficientes para regular el caso de un dictamen parcial o incidental como sería la resolución acerca de la ilicitud. Si se deja de lado la recusación amistosa, el panorama para implementar la solución propugnada en doctrina no es favorable. Para ello sería necesaria una reforma legal. Sin embargo, estimamos no sería necesaria, desde que los procedimientos que han incorporado la prueba ilícita, lo han hecho implementando la exclusión.

B.2.b) La adecuada motivación de la sentencia.

---

<sup>213</sup> *La Prueba Ilícita y su Control ...*, punto 3.3 B).

La segunda solución que se entrega por la doctrina es el control de la decisión judicial, especialmente de la adecuada motivación de la sentencia. De ese modo, se estima, las partes podrán fiscalizar el razonamiento del tribunal, para tener la certeza de que la prueba ilícita no fue considerada por el juez. Partidario de esta posibilidad se manifiesta el mismo Picó I Junoy<sup>214</sup>, para quien una mayor exigibilidad de la motivación de la prueba usada en la sentencia permite soslayar la excesiva valoración que se le podría dar a pruebas que, de otra manera, serían insuficientes para lograr una persuasión acabada del sentenciador.

Contrario a esta postura se manifiesta Miranda Estrampes, quien estima que “no es suficiente con las exigencias que derivan de la necesaria motivación fáctica de las sentencias [...]. La motivación de las sentencias y su ulterior control no aporta, en nuestra opinión, una solución definitiva al problema de los efectos psicológicos de la prueba ilícita”<sup>215</sup>.

El riesgo de la valoración camuflada o parasitaria (el cinismo intrínseco) es inherente a la labor jurisdiccional, y no se encuentra únicamente en la prueba ilícita, sino también en otros ámbitos, que determinan lo que se ha denominado los factores ad hoc, que inciden en la decisión judicial, junto con los factores axiológicos y políticos<sup>216</sup>. Se trata de elementos fundamentales en la decisión, pero cuyo control es tremendamente difícil, por no decir imposible, especialmente en el caso en que existan varias pruebas.

---

<sup>214</sup> *El Derecho a la Prueba* ... p. 349 y 350. También en *La Prueba Ilícita y su Control Judicial en el Proceso Civil*, Ed. V. Lex. 3.3 C).

<sup>215</sup> “Si la prueba prohibida fuere la única relevante podría aceptarse esta solución, pero lo normal será la concurrencia de varias pruebas y las prohibidas pueden influir en la fuerza de convicción de las demás. La fuerza de persuasión de un determinado elemento probatorio puede “sobrevalorarse” por la influencia de otra prueba que haya sido obtenida ilícitamente, sin que dicho influjo pueda constatarse mediante el control del razonamiento probatorio plasmado en la sentencia”. Obra citada, pp. 104 y 105.

<sup>216</sup> Wroblewsky, Jerzy, “Theoretical and ideological problems of judicial independence”, *Los jueces en una sociedad democrática*, coord. Juan Igartua Salaverría, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1987, p. 32.

Sin embargo, la poca fe que despierta la no valoración no debe ser un argumento para descartarla como una de las soluciones para implementar la inutilizabilidad de la prueba ilícita. Por el contrario, es uno más de los filtros que el ordenamiento jurídico debe establecer, no el único. De hecho, en Chile, los primeros fallos en sede laboral que acogieron la tesis de la prueba ilícita lo hicieron dentro de un procedimiento en el que sólo puede implementarse la no valoración como salida, y ello a costa de un voluntarismo ejemplar, puesto que el ordenamiento vigente de esa época ni siquiera la contemplaba como solución. Igualmente es posible encontrar casos en que el tribunal oral en lo penal decide no valorar determinada prueba por estar manchada de ilicitud y que trascendió el filtro de la audiencia de preparación de juicio oral.

Además, existe otra buena razón para respetar la no valoración: se debe considerar que los nuevos procedimientos de familia, laboral, y el Proyecto procesal civil, establecen la exclusión de la prueba como fase previa de admisión, en la etapa intermedia. Pues bien, la información que se entrega respecto del origen de la prueba al momento de su ofrecimiento no es completa. Con ello, la parte contraria no siempre decide informadamente si solicitar o no la exclusión del medio probatorio, y menos informadamente podrá resolver esa incidencia el tribunal. Sin embargo, el panorama es distinto cuando la prueba ofrecida se rinde, ya que toda la información respecto del origen del medio probatorio puede ventilarse, con lo cual la parte podrá evaluar en mejores condiciones si hay un origen ilícito en el mismo o no.

En ese sentido, el argentino Carlos Alberto Carbone nos informa que “la jurisprudencia y doctrina españolas tienen pacíficamente aceptado que la sede esencial para analizar la licitud de esta prueba es el juicio oral, ya que de ordinario, como las grabaciones provienen de las intervenciones telefónicas”, esas diligencias en cuestión han gozado en la instrucción de un mínimo de cobertura

formal de las normas procesales<sup>217</sup>. Ratifica, además, que es precisamente en la fase probatoria cuando puede quedar en mayor evidencia el origen ilícito de la prueba, ya que la información que se tendrá a disposición de las partes en ese entonces será mayor. Salvo que sea de tal entidad el vicio que sea posible apreciarlo ab initio<sup>218</sup>.

Con lo anterior, estimamos que la no valoración no resulta ser el sistema ideal, dadas las evidentes e innegables dificultades de prescindencia psicológica que tiene, que resultan salvables sólo por la inhabilidad del juez. Sin embargo, esa inhabilidad resulta difícil de implementar o cara. En Chile, por ejemplo, piénsese en aquellas comunas que cuentan con un solo juez de familia, como Casablanca.

Por otro lado, se debe reconocer, según veremos, que muchos casos jurisprudenciales han sorteado con éxito dicho escollo, y han fallado a favor de aquella parte contra la que se hace valer la prueba ilícita no valorada.

Por ello, el dilema no es si confiar en la no valoración como solución a la ilicitud, sino evitar que el ordenamiento descansa en ella como el único medio destinado a combatir la ilicitud, dado que las posibilidades de influencia sobre los otros medios de prueba se ven aumentadas. Si existe un doble control, a nivel de inadmisión en la etapa intermedia y de no valoración en el juicio, sin duda que aumenta la protección. Por ello, coincidimos con Miranda Estrampes en que “[l]a declaración legal de ineficacia de las pruebas ilícitas debe ir acompañada de los adecuados mecanismos que aseguren su efectividad en la práctica”<sup>219</sup>.

### B.3) La nulidad del juicio

---

<sup>217</sup> *Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como Medios de Prueba*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 82.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>219</sup> Obra citada, p. 104. Midón aconseja “abordar la cuestión en forma previa, arbitrando mecanismos procesales que procuren impedir la incorporación al proceso de las pruebas así obtenidas. O bien, que una vez incorporadas, traten de evitar tempranamente las implicancias perturbadoras que ocasionaría su admisión”. Obra citada pp. 211 y ss.

La tercera consecuencia de la ilicitud es la nulidad de la sentencia y del juicio en el que se ventiló la prueba ilícita. El escenario en el cual es posible plantear esta hipótesis viene dado por una prueba cuestionada que fue recolectada, ofrecida y rendida en el juicio respectivo, y finalmente valorada en la sentencia definitiva. La solución, entonces, sólo puede venir dada por un medio de impugnación, que es el recurso, que deje sin efecto la sentencia y el procedimiento en su fase probatoria, en aquellos procedimientos en que existe oralidad e inmediación, como son el procedimiento penal, de familia y laboral; o sólo la sentencia en aquellos procedimientos escritos, como es el civil actual.

Resulta curioso, en todo caso, entrar a hablar de la nulidad cuando se ha dado por establecido que esta sanción procesal y la prueba ilícita son dos conceptos distintos, y que el perjuicio, que va ínsito en la nulidad, no es exigible cuando se trata de establecer la ilicitud probatoria y sus consecuencias. Una buena demostración de esta diferencia es artículo 276 inc. 3° del Código Procesal Penal, en que se distingue la exclusión que ordena el juez de garantía en razón de “las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Evidentemente, los requisitos de uno y otro criterio de inadmisibilidad son diferentes.

Etimológicamente, recurso quiere decir regreso al punto de partida, recorrer el camino. Jurídicamente, significa tanto el recorrido que se hace mediante otra instancia, como el medio de impugnación en virtud del cual se re-corre el proceso. Couture lo definió como un medio de impugnación de los actos procesales, por la parte agraviada por él, que tiene el poder de promover la revisión del acto y su eventual modificación<sup>220</sup>. Para Devis Echandía, es la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo

---

<sup>220</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, tercera edición (póstuma), p. 340.

juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (in indicando o in procedendo) que en ella se hayan cometido. La impugnación es el género, y el recurso es la especie. La revocabilidad es el remedio de la injusticia, y la anulabilidad es el de la invalidez<sup>221</sup>. En fin, para Lino Palacio es el acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquélla, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule. La entidad o dimensión del agravio son indiferentes<sup>222</sup>.

No cualquier recurso puede cumplir con el cometido. Primeramente, será indispensable que tenga la aptitud suficiente de dejar sin vigor la sentencia, es decir, de revisión plena. Pero, además, si se trata de un procedimiento con oralidad e inmediación, se debe invalidar el juicio en el que esa sentencia se dictó, puesto que será necesario rendir y apreciar nuevamente los medios de prueba, para que el tribunal pueda adquirir su convicción antes de dictarse la sentencia.

Entonces, de partida se debe pensar en un recurso jerárquico, descartando que puedan utilizarse recursos horizontales como la reposición, que no alcanza para producir la plena revisión de la controversia. Asimismo, será necesario que el recurso admita como agravio la existencia de la prueba ilícita, y que conlleve la ineficacia del juicio y de la sentencia.

Hoy en día el ordenamiento reconoce expresamente un medio procesal específico para esa finalidad, como es el recurso de nulidad del proceso penal. Este medio de impugnación ha sido definido como “un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva [...] ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última,

---

<sup>221</sup> *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, tercera edición, p. 505.

<sup>222</sup> *Los Recursos en el Proceso Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 11.

**cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución** o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo”<sup>223</sup>.

Por el contrario, el ordenamiento no contempla en aquellos procedimientos escritos, recursos extraordinarios destinados a la nulidad del juicio y de la sentencia en estos casos. En vista de esta situación, nos parece interesante destinar algunos párrafos al recurso de nulidad desde la perspectiva de la prueba ilícita, pues los otros no conllevan la ineficacia del juicio previo.

Como se desprende de la definición, dentro de la descripción del agravio debe entenderse incluida la concepción de ilicitud de la prueba, desde que en su obtención se han pasado a llevar derechos fundamentales. Por ello, es posible afirmar que el recurso de nulidad es el camino ideal para obtener la anulación del juicio oral y la sentencia definitiva, cuando la prueba ilícita no haya sido excluida en la audiencia de preparación del juicio oral y ha sido valorada en la sentencia por el tribunal, ya que se produce una infracción al debido proceso<sup>224</sup>.

No obstante la claridad de lo anterior, en un comienzo la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema siguió un camino equivocado, al sostener que las infracciones cometidas con anterioridad al juicio (como son la recolección de pruebas antes del juicio oral con infracción de garantías procesales) no podían servir de base para pedir su nulidad. Esto por cuanto, se argumentaba, en caso de declararse la nulidad del juicio o de la sentencia, conforme establece el artículo 372, esa sanción de ineficacia no podría alcanzar las infracciones cometidas de manera previa. En otras palabras, para anular la sentencia o el juicio oral,

---

<sup>223</sup> Horvitz y López, obra citada, T II, p. 402.

<sup>224</sup> En el mismo sentido, Horvitz y López, obra citada, T II, p. 413.

estimaba la Corte, las infracciones debían ser cometidas en el juicio oral o en la sentencia definitiva, no en la etapa de investigación o recolección de pruebas<sup>225</sup>.

El grave problema que esta interpretación acarrea es que en el proceso penal la prueba de cargo debe ser obtenida en la fase de investigación previa, de manera de poder ofrecerla en la audiencia de preparación de juicio oral, es decir, mucho antes del juicio oral. Por ello, lo que hacía la Corte Suprema con esta doctrina era reducir la posibilidad de alegar la prueba ilícita a vulneraciones de derechos fundamentales cometidas en la rendición de la prueba, disminuyendo considerablemente su ámbito de vigor, por cuanto es palmario que en la recogida y no en la rendición de las pruebas es que se configura mayoritariamente la vulneración de derechos fundamentales<sup>226</sup>. Sin duda, no guardaba armonía esta postura con el espíritu del artículo 276 y con su carácter de prohibición general que hemos visto.

Posteriormente, esta interpretación cambió, acogiendo la Corte Suprema el recurso de nulidad por la causal del artículo 373 a), en casos de prueba ilícita. Así, estableció en un caso por tenencia ilegal de arma de fuego: “[...] de una actuación policial ilegítima se obtuvo un elemento material que ha sostenido la formalización, acusación y condena de un imputado, es decir, ha sido el fundamento de todo un

---

<sup>225</sup> Véase los autos rol N° 2044-2006, con resolución de inadmisibilidad del recurso de nulidad de fecha 1 de junio de 2006. Se transcribe el considerando correspondiente: “Que las infracciones que hubieren podido cometerse con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para pedir su nulidad, desde que ésta, incluso en caso de declararse, no podría alcanzar a tales actuaciones, volviendo a realizarse un nuevo juicio con las mismas objeciones que por esta vía reprocha; tal como lo ha reiterado en diversos veredictos este mismo tribunal, nuestra legislación concede el recurso de nulidad para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando las deficiencias denunciadas se cometen dentro del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia, como se desprende con particular claridad de los artículos 372, 373 y 374 del cuerpo procesal penal por lo que, por ende, deben excluirse los hechos y eventuales acciones ocurridos en la etapa previa de la investigación o en algún acto de procedimiento anterior al juicio oral propiamente tal, de suerte tal que por esta sola consideración, este arbitrio no puede prosperar”. En ese caso se alegaba por el recurrente que se había obtenido prueba con vulneración del secreto bancario.

<sup>226</sup> “En el proceso penal la ilicitud probatoria tiene lugar, habitualmente, en el procedimiento preliminar [por] actuaciones que se desarrollan [...] tendentes a obtener o a asegurar fuentes de prueba [...] Procedimiento preliminar que puede tener naturaleza procesal o no, ya que puede tratarse de la policía o del Ministerio Fiscal antes de que se incoe el proceso [...] La mayoría de los derechos afectados se lesionan extraprocesalmente”. Díaz y Martín, obra citada, pp. 22 y 23.



juicio criminal, en circunstancias que aquello -la conducta inicial de la policía- constituye violación de una garantía constitucional específica, la inviolabilidad del hogar del imputado, por lo que el proceso penal que se derivó no puede conformarse a las reglas constitucionales pertinentes del debido proceso y así, de ese modo, es claro que en el presente caso se han vulnerado ambas garantías, las que protegen expresamente tanto nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 5° y 3°, respectivamente- como los Tratados Internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes, como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del llamado Pacto de San José de Costa Rica”<sup>227</sup>.

En este mismo caso, contradiciendo la interpretación inicialmente sostenida, se reconoció que en la voz “cualquier etapa del procedimiento” que emplea el artículo 373 a) “ha de comprenderse conforme a la extensión que a ello da el artículo 7 inciso 2° del Código Procesal Penal, que dispone entender como primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

Idéntico criterio fue sostenido posteriormente, en un caso por el delito de abuso sexual, en que se acogió el recurso de nulidad por la causal del art. 373 a), por haberse iniciado la investigación mediante actos que importaron una vulneración a las garantías del 19 N° 3 y 5 de la Constitución: “Por tanto, para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar [refiriéndose a la investigación],

---

<sup>227</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 6 de junio de 2007, autos rol N° 678-2007, en que se recurrió de nulidad por la causal del artículo 373 a), invocando la vulneración al derecho a la inviolabilidad del hogar y al debido proceso. En este caso 3 funcionarios de la Policía de Investigaciones detuvieron a una persona fuera del domicilio de su madre, en virtud de una orden de aprehensión emanada de un tribunal por quebrantamiento de condena. Luego de su detención, se le trasladó hasta su domicilio particular, donde los funcionarios ingresaron y encontraron un arma de fuego, la que fue incautada. Esa evidencia permitió la condena del imputado por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego. No obstante que la orden de aprehensión facultaba a la policía para allanar el domicilio particular del imputado, se estimó que se había cumplido y agotado previamente al ser habido en las afueras del domicilio de su madre. Por tanto, la incautación del arma de fuego fue ilegal.

desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían. Así las cosas, las piezas signadas con las letras C.- y D.- del fundamento tercero, en cuanto sirvieron a los jueces de medios probatorios para dar por acreditado en autos la comisión del delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil como también la participación de autor del mismo del recurrente (considerando decimoprimer), en circunstancias que debieron ser excluidas por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como lo declara el artículo 276 en su inciso 3° del Código Procesal Penal, transformándola en prueba ilícita. En este caso, y en otro sentido, al negar los sentenciadores lugar a la incidencia que al respecto promovió en el juicio oral la defensa (fundamento decimosexto), infringieron también el principio del debido proceso contemplado en el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que al permitir la incorporación y ponderación de prueba ilícita en el proceso lo despojaron de legitimidad<sup>228</sup>.

Hoy en día, entonces, pese a las vacilaciones iniciales, es pacíficamente aceptado por la jurisprudencia que en el evento de haberse valorado en la sentencia prueba ilícita recogida previamente, es viable la nulidad de la sentencia y del juicio.

La pregunta que surge es en qué pie queda la exigencia de trascendencia que hace el artículo 375 del Código Procesal Penal, en el evento que sea aplicable: “Defectos no esenciales. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte

---

<sup>228</sup> Sentencia del 11 de junio de 2007, en autos rol N° 1836-2007. En este caso, la madre a de la víctima accedió a dependencias reservadas de la oficina del imputado y a su computador, sin su consentimiento, y copió material pornográfico que posteriormente fue fundamental para obtener autorización del juez de garantía para allanar el domicilio del imputado, en el que se recogió abundante prueba incriminatoria. Se estimó vulnerada la garantía de la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, y la garantía del debido proceso, 19 N° 3 y 5 de la Constitución. Por último, véase el fallo de la Corte Suprema de fecha 20 de octubre de 2008, recaído en los autos rol N° 4905-2008.

podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso”. Esta declaración no es más que una aplicación del principio *pás de nullité sans grief*.

Una primera aproximación podría indicar, siguiendo la norma, que si la sentencia ha considerado la prueba ilícita, no basta esa valoración para entender que procede el recurso de nulidad, sino que es necesario que haya tenido una influencia sustancial en lo dispositivo, en otras palabras, que se haya adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de la existencia del hecho punible y de la participación del imputado, con influencia directa de esa prueba.

De seguir esta postura, no cualquier prueba ilícita valorada en la sentencia daría pie para incurrir en la causal de nulidad, pues sólo aquella que resulte vital para sostener la condena podría ser incluida en esa categoría. Sin duda la determinación de la influencia sustancial será relativamente simple cuando sólo exista un medio de prueba de cargo. Empero, el asunto se complicaría cuando se trate de varias pruebas de cargo, y una de ellas tenga el carácter de ilícito. En este caso, de exigir la necesidad de trascendencia, las pruebas que se mantienen no debieran resultar de la misma entidad o envergadura para acreditar el hecho o la participación como aquella cuestionada en razón de su ilicitud. De contrario, si las pruebas subsistentes resultan de igual o mayor entidad que la prueba ilícita, el vicio no adolecería de perjuicio y, por supuesto, no debiera prosperar el recurso de nulidad.

En apoyo de la exigencia de la influencia en lo dispositivo aparece Tavolari, para quien la trascendencia se debe exigir independiente de la naturaleza material o procesal de la causal, basado en un argumento de historia de la ley<sup>229</sup>. Sin embargo, esta postura no es compartida de manera unánime<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> “La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos”, en *Revista Actualidad Jurídica N° 19 enero 2009* T I, Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 133.

<sup>230</sup> Para una postura contraria a la aplicación del artículo 375 a la causal del artículo 373 a), véase Horvitz y López, obra citada, T II, p. 415.

Creemos que en el caso de la ilicitud, la trascendencia, al menos de concebir ésta en los términos anotados, no debe ser exigida. Ya la propia norma del artículo 373 a) exige una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionalmente reconocidos. Con ello, si la trasgresión no cumple con esos requisitos, no será posible que prospere la causal.

Adicionalmente, las causales del artículo 374 parecieran reafirmar lo anterior. ¿De qué manera es posible alegar que hay una influencia en lo dispositivo en estos casos? ¿Cómo determinar, por ejemplo, que la incompetencia influyó en lo dispositivo? Sabemos que, por la historia de la ley, se estimó que las causales del artículo 374 conllevan un perjuicio en sí mismas<sup>231</sup>, son en sí mismas antijurídicas, es decir, el perjuicio se subentiende.

Exigir la influencia de este modo pasaría por que la Corte Suprema efectúe una valoración individual o compartimentación de las pruebas existentes, para ver si es posible adquirir la convicción con las pruebas subsistentes más allá de toda duda razonable, actividad que estimamos difícil de exigir y casi imposible de cumplir en todos los casos, especialmente cuando existe una multiplicidad de pruebas. Tal vez la única posibilidad de hacer la separación de las distintas pruebas, para efectos de determinar que no hay influencia sea que la prueba impugnada sea fácilmente catalogable de convergente<sup>232</sup>, decisoria o irrelevante (que fue rendida a pesar de ser impertinente, dado que no se pudo prever su escaso aporte).

Pese a que una correcta motivación del fallo resultaría fundamental para esta actividad, creemos que se trata de una labor más propia de un tribunal de instancia que de la Corte Suprema para determinar si prospera o no un recurso, en que lo que debe analizarse es si se verificó la causal invocada. Adicionalmente, no se puede pretender hacer aplicable la exigencia de trascendencia en el recurso

---

<sup>231</sup> Ibid., p. 416.

<sup>232</sup> Cuando se dispone de distintas pruebas para acreditar la misma hipótesis de hecho. Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, p. 282.

de nulidad cuando nos enfrentamos a la categoría anteriormente referida, y no exigirla cuando las pruebas son uniformes. Ello significaría el caos dentro del recurso de nulidad por esta causal. Por ello, preferimos mantener la negativa a exigir trascendencia en este caso.

Contrariamente a nuestra postura, de manera reciente, a propósito de la trascendencia, la Corte Suprema ha afirmado que la causal del recurso de nulidad contemplada en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal debe regirse por los principios generales de la nulidad procesal, de manera que le es exigible el principio de trascendencia del vicio para poder sancionar con la ineficacia los actos procesales<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> Sentencia del 23 de junio de 2009, autos rol N° 2044-2009: “**QUINTO:** Que, la doctrina explica que la infracción de los derechos o garantías debe haber sido sustancial, lo que implica que no toda infracción conduce a la nulidad del juicio oral y de la sentencia. El carácter sustancial de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. La contravención constitucional alegada debe afectar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o que carezca de importancia alguna para él. (Horvitz-López, Derecho Procesal Penal Chileno T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 414 - 415). **SEXTO:** Que, esta Corte ha declarado que, al requerir la ley que la infracción sea sustancial, está exigiendo que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso. (Rol N° 3.319-02, Revista Procesal Penal N° 4, diciembre 2002, p. 41) Sobre esta misma exigencia se ha precisado que “El referido arbitrio de impugnación debe entenderse regido por los mismos preceptos y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre los cuales se encuentra el llamado principio de trascendencia que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal. En virtud de lo anterior, para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte a la causal de nulidad que se invoca, debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficiencia, en otras palabras, se exige que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrase, limite o elimine al derecho preterido. (SCS, Rol Nro. 5960-05). En tal virtud y como lo menciona la doctrina, se incorpora el artículo 375 como depositario del *principio de trascendencia*, por lo que es exigible no sólo que la infracción de garantías sea efectivamente verificable, sino que además tal infracción cause un perjuicio constatable que permita establecer que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su eficacia jurídico constitucional. (Andrés Rieutord Alvarado, El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Edit. Jurídica, 2007, pp. 43 -44). Frente a una eventual discusión acerca de si es o no aplicable el artículo 375 a la hipótesis del artículo 373 letra a), los autores señalan que “nos parece que la exigencia de *influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia* le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad”. Entonces, la infracción sustancial de derechos o garantías puede servir de fundamento suficiente al recurso de nulidad, cuando ha ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, que existirá cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las

La única manera en que se podrá entender, con más cuidado, que la trascendencia del artículo 375 es concurrente a la causal del artículo 373 a), es que ésta no signifique más que una resolución desfavorable para el afectado con la vulneración de garantías. En otros términos que la prueba ilícita haya sido valorada y que el imputado haya sido condenado, con prescindencia del rol que haya tenido el medio impugnado. Entonces, para que pueda prosperar el recurso, además de la infracción sustancial, debería existir una resolución desfavorable para el que recurre, en virtud del artículo 375. Si esto es correcto, no queda más camino que afirmar que la norma es reiterativa, pues hace similar declaración que el artículo 352, que faculta a recurrir sólo al agraviado por la resolución. En otras palabras, se confundiría la trascendencia de la nulidad con el agravio del recurrente.

En conclusión, la trascendencia no es exigible, por cuanto el sistema no exige una influencia sustancial. Basta que se haya valorado la prueba cuestionada y que en virtud de ella se haya dado por probado un hecho y circunstancia, de conformidad al artículo 342 c) del Código Procesal Penal, con independencia de si coadyuvaron a esa convicción otros medios concurrentes o no. O bien, sólo es requerida desde la perspectiva de exigir una resolución desfavorable para el que recurre alegando la ilicitud.

Estimamos que no existe un contraste, en este punto, con la audiencia de preparación de juicio oral, por cuanto para determinar la exclusión no debiera, en principio al menos, importar si hay otros elementos de convicción y la trascendencia de la misma en la destrucción del principio de inocencia. Lo mismo cuando se aplica en la sentencia la no valoración. Es decir, no se considera el perjuicio.

---

posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento, conforme a lo previsto por el artículo 159 del Código del Ramo. (Horvitz-López, op. cit., pág. 415),”

La postura que sostenemos es plenamente consecuente con el problema que genera la no valoración como sanción, en relación a la influencia que pueda tener la prueba ilícita en los otros medios de prueba que no fueren tachados u objetados en razón de su ilicitud.

En resumen, no está demás decirlo, la anulación de la sentencia y eventualmente del juicio (en aquellos procedimientos provistos de oralidad e inmediatez), emerge como una solución adecuada cuando se ha filtrado la prueba ilícita, traspasando las barreras de contención previas (exclusión y no valoración).

## **CAPÍTULO VI**

### **SOLUCIÓN ANTE EL SILENCIO DE LOS ESTATUTOS**

Hemos visto, hasta aquí, las consecuencias que se producen frente a la prueba ilícita, las que constituyen tres modos de reacción. Se retira el material antes que se conozca en plenitud la información que contiene, no se valora si se rinde la prueba, o se anula la sentencia que la valora y el juicio previo. Estas son hipótesis reconocidas por la doctrina y que con mayor o menor regulación han sido incorporadas por los distintos ordenamientos, incluido el nuestro.

Sin embargo, los cuerpos normativos antiguos, menos sofisticados en ese aspecto, como el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, no la regulan, lo que es explicable en su origen, pero no justificable como omisión hasta hoy en día, especialmente considerando que ya en España desde 1984 la idea toma fuerza en el ámbito procesal laboral, y que el esfuerzo legislativo debe ser parejo en todos los ámbitos adjetivos, a fin de instaurar instituciones esenciales que permitan ir modernizando procedimientos anticuados.

Este silencio deja a la deriva las expectativas de los litigantes que pretendan evitar que el tribunal tome cualquier clase de contacto con la prueba ilícita, no entregando herramientas para paliar sus efectos ni antes ni después de la sentencia. Ante este escenario, es válido situarse en el lugar del litigante contra el que pretende rendirse la prueba, y preguntarse si hay un camino que se pueda seguir para evitar los efectos, implementando la exclusión o la no valoración, y permitiendo echar mano a un recurso procesal idóneo. Entonces, trataremos a continuación de esbozar una solución ante el silencio, que podría ser implementada en el procedimiento de nuestro Código adjetivo civil, que, como es sabido, tiene aplicación supletoria en los vacíos que presenten los otros procedimientos.



Antes de examinar los posibles caminos, debemos preguntarnos acerca del papel del juez frente a un caso de prueba ilícita. ¿De qué modo o con qué actitud debe actuar? Entendemos, junto con Morello, que “sobresale el emplazamiento protagónico del juez como director activo coimplicado en el resultado y sentido trascendente de su obrar en el proceso. Se ha puesto distancia, de manera definitiva, con el esquema neutralista y de simple espectador y ajeno ingrediente del drama litigioso”<sup>234</sup>. Así como esta afirmación vale para resguardar el derecho a la prueba, con mayor razón se debe exigir un juez activo si los derechos fundamentales de las partes se encuentran en juego. Entre nosotros, un connotado magistrado y catedrático ha señalado que “[s]i al legislador corresponde “siempre” establecer las garantías de un procedimiento racional, a contrario sensu, un juez nunca podrá dar a una norma adjetiva o procedimental una interpretación, alcance o sentido que la haga irracional por pugnar contra los propósitos insitos en el proceso jurisdiccional, esto es, por conducir a una negación consciente de lo que considera verdadero y justo. Tal conducta importaría aceptar que, al menos en esa ocasión, el legislador violó el mandato de los artículos 6 y 19 N° 3 inciso 5º, lo que a ningún juez está permitido”<sup>235</sup>.

Entonces, no nos interesa un juez neutralmente pasivo, sino más bien activo cuando están en juego los derechos fundamentales de las partes, especialmente si estos se han vulnerado en virtud de la obtención o rendición de prueba.

#### A) La vía incidental

Para empezar, la actividad probatoria que tiene lugar desde la notificación de la demanda (con los instrumentos que se pueden acompañar al libelo) hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, tiene como telón de fondo

---

<sup>234</sup> Obra citada, p. 34.

<sup>235</sup> Cerda Fernández, Carlos, *Iuris Dictio*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, pp. 230 y 231.

un procedimiento escrito con tiempos o etapas predeterminados por la ley. Durante este período, la vía a la que necesariamente debe recurrir el litigante que pretende evitar que la prueba ilícita produzca sus efectos es la incidental.

Siguiendo la definición de un conocido autor nacional, incidente es “toda cuestión distinta y accesoria del asunto principal de un juicio, que presentándose durante el curso del proceso, puede en ciertos casos suspenderlo, y sobre el cual debe recaer una resolución especial del tribunal”<sup>236</sup>. Se trata de una cuestión accesoria al juicio que requiere un pronunciamiento especial del tribunal previa audiencia de las partes, acogiendo la definición del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la clase de incidente, nos inclinamos por sostener que se trata de uno ordinario, que no es de previo y especial pronunciamiento, y conexo. En lo relativo a su tramitación, no debe fallarse de plano, sino que conferirse traslado a la parte que presentó la prueba, en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia.

La declaración que se pide en el incidente dependerá de si es viable la implementación de la exclusión y/o la no valoración. En cuanto a la exclusión, la posibilidad de devolver a las partes los instrumentos acompañados sólo tiene lugar si son presentados después del vencimiento del probatorio en primera instancia, o después de la vista de la causa en segunda instancia (artículo 348 en relación al 433). La posibilidad de no recibir un testimonio sólo se da cuando la tacha se acoge por el tribunal antes de la declaración o respecto de testigos manifiestamente inhábiles (artículo 375). No hay norma respecto de la confesión, del informe pericial y de la inspección personal. Todo indica que, salvo muy contadas excepciones, el régimen del Código de Procedimiento Civil establece que el juez se encuentra obligado a recibir toda la prueba, dándole escasas facultades de control previo en razón, por ejemplo, de la pertinencia.

---

<sup>236</sup> Salas Vivaldi, Julio, *Los Incidentes*, Editorial Jurídica, Santiago, sexta edición, 1997, p. 26.

En consecuencia, en un principio el camino más fácil es pedir la no valoración de la prueba ilícita.

Sin embargo, es posible explorar una opción distinta. En efecto, si consideramos que el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil en relación con el 34 del mismo Código, facultan al tribunal para retirar piezas del expediente previa resolución y a reservar fuera de él determinadas piezas por motivos fundados, y hacemos lectura de estas normas en conjunto con el artículo 531 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales, que autoriza al tribunal a devolver escritos a una de las partes, tenemos que existe un estatuto dirigido al juez del procedimiento civil que lo habilita para extraer documentos que deben ir dentro del expediente, y mantenerlos fuera de él.

Por ende, es viable pensar que la pieza del expediente que contenga la prueba ilícita, desde el instrumento a la declaración de los testigos, puede ser retirada del expediente y entregada a la custodia del secretario del tribunal, de conformidad al artículo 379 inc. 1° del Código Orgánico de Tribunales. Con ello, haciendo un esfuerzo interpretativo, tenemos que es posible, al menos sin necesidad de una reforma legal, implementar la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento civil actual. A fin de cuentas, *quod non est in actum non est in mundo*. Es evidente que entre esta opción y la no valoración, nos inclinamos por implementar la exclusión.

Como no hay una fase previa de discusión acerca de la admisibilidad claramente definida como etapa procesal, probablemente se deba esperar a que la prueba se rinda, y luego deberá tener lugar el incidente de exclusión.

El fundamento para promover el incidente de no valoración o exclusión debe venir dado por el atentado a la igualdad ante la ley que significaría considerar o ponderar el medio de prueba impugnado en la sentencia. La

desigualdad de armas que se produce entre los litigantes no es tolerada por el debido proceso. Concretamente, se debe invocar el artículo 19 N° 3 y el derecho que ha sido vulnerado en la obtención o rendición de la prueba, según hemos venido hablando. En este sentido, la Corte Suprema ha declarado que con la prueba ilícita se produce un “quebrantamiento constitucional”<sup>237</sup>, debido a la garantía o derecho fundamental que se ha vulnerado en la obtención del medio de prueba, por ejemplo el derecho a la intimidad. En consecuencia, el juez no puede permanecer indiferente ante las dos vulneraciones que se presentarían de admitirse el medio contaminado, debiendo actuar en dirección a privarlo de efectos al interior del proceso.

El plazo para promover el incidente viene dado por el artículo 85, esto es, debe hacerse tan pronto como llegue al conocimiento de la parte en contra de la cual se pretende hacer valer la prueba que se cuestiona. De manera inequívoca se debe entender que cuando el Código habla en esta norma de un “hecho que acontezca durante el juicio”, debe aplicarse no al momento en que la prueba ilícita es recogida, sino más bien al momento en que se pretende hacer valer la prueba ilícita en sede procesal. En estricto rigor, la vulneración de garantías es indiferente, en relación a la prueba ilícita, cuando ocurre en sede extrajudicial en la recogida de pruebas. Sabemos que lo que enciende las alarmas y hace operativa la institución es que pretenda utilizarse esa prueba en el proceso. A modo de ejemplo, no es extemporáneo el incidente si la carta la obtuvo una de las partes antes de iniciado el juicio, pero pretende hacerla valer durante el término probatorio.

En cambio, si la ilicitud consiste en el modo como se ha rendido la prueba, entonces el incidente deberá promoverse tan pronto como la práctica o rendición de esa prueba se verifique.

---

<sup>237</sup> Fallo de 6 de junio de 2007, rol N° 678-2007, considerando séptimo.

En lo relativo al estudio que debe hacer el tribunal, dejando de lado el cumplimiento de las formalidades inherentes al incidente, debe consistir únicamente en determinar si en la obtención del medio de prueba se han vulnerado derechos fundamentales. Si es del caso, se deberá recibir el incidente a prueba respecto de este punto. En el evento que la ilicitud provenga de la rendición o práctica de la diligencia de prueba, estimamos que el tribunal se encuentra facultado para resolver de plano el incidente, conforme al artículo 89, puesto que se tratará de hechos que debieran constar en el proceso.

Hasta aquí, hemos evitado hablar de nulidad procesal, que también es una sanción de ineficacia, pero prevista para aquellos casos en que el acto procesal incurre en un alejamiento de la forma prevista en la ley, que implica que no puede cumplir con la finalidad prevista por aquélla, ocasionando un perjuicio al litigante. Por la misma cuerda, a la hora de determinar si se acoge o no la incidencia, la trascendencia no debe ser considerada. Entenderíamos por trascendencia la influencia o relevancia del medio de prueba en la decisión final, en perjuicio del litigante que promueve el incidente. Como se comprenderá, es preferible evitar obligar al juez a efectuar semejante esfuerzo especulativo en la etapa probatoria, que puede resultar extremadamente engorroso, precisamente con la finalidad de no perder el norte, que viene dado por evitar que la prueba ilícita produzca efectos al interior del proceso, cualesquiera que éstos sean en su dimensión. En otras palabras, la influencia en lo dispositivo no debe importar a la hora de resolver la incidencia.

Distinta es la opinión de Taruffo, para quien lo primero que debe preguntarse el juez es si la prueba es o no trascendente, ya que “si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no admisible”<sup>238</sup>, fundado en razones evidentes de economía procesal. Por el contrario, si la prueba es relevante, recién ahí se debe estudiar si es admisible o no. Ello implica aplicar las

---

<sup>238</sup> *La Prueba Jurídica ...*, p. 364. Y será relevante, dice el autor, en la medida que la prueba verse sobre un hecho jurídico o principal, o bien sobre un hecho secundario, esto es, la denominada prueba indirecta.

“reglas jurídicas de admisibilidad de las pruebas”, que son aquellas que “establecen criterios jurídicos de selección de las pruebas en vista de su posible incorporación al proceso”<sup>239</sup>. En otras palabras, las reglas de admisibilidad, siguiendo al mismo autor, pasan a ser reglas de exclusión de la misma.

Sin embargo, ese criterio no es aplicable en nuestro actual régimen de procedimiento civil, por cuanto la admisibilidad previa, según se ha visto, existe sólo para dos medios de prueba, por lo que no es un acto procesal definido con entidad propia dentro de la etapa de la prueba, de manera que es posible que se plantee la incidencia junto con la rendición de la prueba. Además, el autor italiano plantea una postura que tiene un problema teórico, consistente en la dificultad de determinar a ciencia cierta o con un margen de razonable seguridad que el medio de prueba es relevante o irrelevante, cuando la etapa de sentencia se encuentra lejana, en un procedimiento que no tiene intermediación.

Si resulta ser que el medio de prueba es inocuo en cuanto a su potencial persuasión, desde la perspectiva del litigante al que supuestamente afecta, entonces probablemente no va a tener poderosos incentivos para intentar que se desconozcan sus efectos. Por lo anterior, la relevancia o falta de la misma, más que una pregunta que deba hacerse el juez al momento de intentar privar los efectos probatorios, resulta ser más bien un ejercicio racional que corresponde al litigante, en razón del mérito que, estima, pueda tener la prueba que tiene origen ilícito.

La opción de implementar la no valoración o la exclusión como sanción manera única no es compartida por Jequier, para quien el juez debiera rechazar la rendición de prueba y asimismo considerarla nula<sup>240</sup>. En lo que respecta al

---

<sup>239</sup> *La Prueba Jurídica...*, ob. cit., p. 373.

<sup>240</sup> Obra citada, p. 491. “Por lo anterior, entonces, en el proceso civil el juez no solo tendrá que admitir, recibir y ponderar la prueba proporcionada por las partes; antes que eso y si así se acredita en el juicio por vía incidental, estará además obligado a rechazar y considerar como nula toda aquella que se haya obtenido con infracción de derechos fundamentales. Más aún, deberá rechazar incluso su práctica misma, de manera de evitar toda posible contaminación o injerencia

rechazo, sin duda lo compartimos, cuando la incidencia se ha planteado antes de la rendición de la prueba. Pero creemos que ello sólo es posible cuando se trata de la prueba de testigos, ya que se “ofrece y anuncia” con la presentación de la lista. En las pruebas que se ofrecen y practican al mismo tiempo, como los instrumentos que se acompañan al juicio, no nos parece posible rechazar la rendición.

Nos gustaría enfatizar, además, en cuanto a la nulidad, que no es la vía idónea para dar solución al problema que genera la prueba ilícita, especialmente considerando que la obtención de prueba en sí no es un acto procesal, y la nulidad sólo tiene cabida respecto de aquéllos. Asimismo, con la prueba ilícita no es posible afirmar que hay un alejamiento de la forma del acto, pues en tanto no se rinde la prueba obtenida no hay acto procesal alguno, y cuando es rendida, puede serlo con estricto apego a las formas procesales, independiente de su origen lícito o ilícito. Por ello, la sanción de nulidad no cabe.

B) ¿Puede el tribunal declarar la ilicitud de oficio?

Hemos dicho precedentemente que nos interesa un juez activo, director del proceso, y no un mero espectador en él. En materia de nulidades procesales, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 83, otorga la potestad al tribunal para efectuar la declaración de oficio. Esto es entendible desde que el juez debe velar por el correcto arribo de un procedimiento a su fin, la cosa juzgada, exento de vicios que puedan anularlo. ¿Tiene el juez la misma potestad en materia de prueba ilícita? ¿Puede, de oficio, declarar que no va a valorar determinado material probatorio, aunque la parte afectada no lo haya solicitado?

---

de esa prueba ilícita en el proceso de formación del convencimiento jurisdiccional respecto el fondo de la cuestión controvertida”.

Es un tema relativo a los poderes del juez dentro del procedimiento civil. A diferencia de la nulidad procesal, que compromete la existencia y eficacia del procedimiento, los efectos procesales de la acreditación de un hecho mediante prueba ilícita se circunscriben al ámbito probatorio, y en perjuicio de aquel respecto de quién se va a dar por probado el respectivo supuesto fáctico.

Las partes tienen un catálogo de facultades que pueden ejercer en legítima defensa de sus intereses en el proceso. Si la parte a la que la ilicitud afecta no reclama la no valoración de la prueba ilícita, no puede el juez hacerlo por ella. Implicaría una confusión de roles que deben estar diferenciados: el juez tiene sus funciones y las partes las suyas. Éstas no deben confundirse, so riesgo de destruir la concepción del tercero imparcial que dirime la controversia. Es similar a la introducción de hechos nuevos en el debate por parte del juez, actividad que está prohibida<sup>241</sup> en el ámbito del principio dispositivo, en el cual las partes fijan los puntos de debate.

Adicionalmente, se plantea un argumento estratégico: algunas veces la prueba rendida por una parte introduce información que le es útil a la otra, y que es aprovechable en virtud del principio de adquisición procesal. Si el juez interviniera de oficio, estaría en este caso perjudicando a la parte que desea usar esa información. Entonces, no obstante sus rectas intenciones, estaría causando un daño superior que con la exclusión.

### C) Los recursos

En lo que respecta a los recursos procesales, corresponde que nos preguntemos cuáles, de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil,

---

<sup>241</sup> Véase Tavorari Oliveros, Raúl, *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 33.



resultan ser idóneos para intentar dejar sin efecto la nulidad del juicio o de la sentencia.

### C.1) La apelación

En primer término, el recurso de apelación es uno de los caminos existentes. Ha sido definido como aquel medio de impugnación “concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior”<sup>242</sup>. El agravio, que ha sido definido como la diferencia entre lo pedido por una parte y lo concedido por el tribunal, ha sido delimitado por Devis Echandía, para quien el “perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en el proceso, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la ley”<sup>243</sup>.

Dentro de las facultades del tribunal ad quem, el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil habilita a la Corte respectiva, dentro de los límites del agravio, para pronunciarse sobre todas las cuestiones ventiladas en primera instancia, se hayan fallado o no por el tribunal a quo.

Si bien la causal que hace procedente el recurso, el agravio, es genérica, estimamos que la Corte sí puede, en la medida que haya sido solicitado, acoger el recurso y revocar la sentencia definitiva, haciendo a un lado la valoración de la prueba ilícita. En todo caso, resulta indispensable que la prueba haya sido valorada por el sentenciador, y ésta sea contraria a los intereses del recurrente. Sin duda, éste puede discutir el mérito de lo resuelto en el fondo por la sentencia impugnada, pero por un argumento fáctico o de mérito probatorio. En otras palabras, el recurrente debe sostener que la sentencia es agravante, porque

---

<sup>242</sup> Couture, *Fundamentos* ..., p. 351.

<sup>243</sup> Obra citada, p. 507.

resuelve la contienda en sentido contrario a su postura en el litigio, y para dar por establecido un hecho que fue base para adoptar esa solución se utilizó prueba ilícita.

Dentro de las dificultades que plantea esta vía, es la imposibilidad de llegar a la Corte Suprema si la apelación no es acogida o la valoración de la ilicitud se efectúa en segunda instancia por el tribunal ad quem. Quedan tres caminos, entonces: casación forma, casación fondo, recurso de queja y revisión.

## C.2) La casación en la forma

La casación se define como “el recurso encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia [...] o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios”<sup>244</sup>. Casar, ya se sabe, quiere decir anular, dejar sin efecto una sentencia. No obstante que hemos sostenido que la materia de nuestro estudio es ajena al concepto de nulidad, que es más propio de una desviación en los medios de proceder, ya nos sorprendimos cuando revisamos el recurso de nulidad en sede procesal penal y su procedencia en caso de prueba ilícita.

El recurso de casación en la forma, que persigue la nulidad formal de las del juicio y/o de la sentencia, pareciera ser, en principio, el recurso apropiado desde el punto de vista estratégico de los litigantes, considerando que puede ser conocido por las Corte de Apelaciones y Suprema. El problema se presenta al momento de dilucidar cuál de las causales es posible invocar frente un caso de ilicitud probatoria.

El artículo 768 N° 9 hace procedente el recurso por haberse faltado un trámite o diligencia que según la ley es esencial, o a cualquier otro requisito por el

---

<sup>244</sup> Palacio, obra citada, p. 73.

cual se prevenga expresamente la nulidad. Respecto de la primera causal, el artículo 795 N° 4 establece como trámite esencial la práctica de diligencias cuya omisión produciría indefensión. La Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto que, atendida “la redacción del precepto, basta para que se cumpla la exigencia, que la omisión pudiere producir indefensión, aun cuando de hecho ello no aconteciere. En otros términos, es la mera posibilidad de la no defensa, lo que hace estimar al legislador como causa válida para interponer un recurso de casación”<sup>245</sup>.

Indefensión, según la RAE, es “falta de defensa, situación de las personas o cosas que están indefensas”. O bien “situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”. Pareciera que el trámite que el legislador estima esencial y por ello resguarda, resulta tener una connotación negativa, no practicar prueba. Sin embargo, el problema de la ilicitud es precisamente el contrario, esto es, la práctica de prueba. Asimismo, no es la indefensión lo que se pretende evitar con la proscripción de la prueba ilícita, sino más bien un atentado a la igualdad de armas en el proceso civil, al permitir que una parte se valga de medios obtenidos mediante un atentado a los derechos fundamentales. La prueba ilícita tiene una connotación positiva. En cambio la causal en comento conlleva la idea de inejecución, una actividad que dejó de realizarse en perjuicio de un litigante.

Respecto del segundo supuesto del artículo 768 N° 9, esto es, anulación por haberse faltado a cualquier otro requisito por el cual se prevenga expresamente la nulidad, en principio no resulta ser procedente en la especie, desde que evidentemente no se sanciona expresamente la nulidad en el Código de Procedimiento Civil en caso de ilicitud probatoria. De hecho, el único caso de especificidad que establece el Código es en el artículo 61 inc. final: “La autorización del funcionario a quien corresponda dar fe o certificado del acto es

---

<sup>245</sup> Sentencia del 24 de agosto de 2000, librada en los autos rol 27-2000.

esencial para la validez de la actuación”. Adicionalmente, presenta el problema de de justificar porqué el admitir y valorar la prueba ilícita es “faltar un requisito”.

Yendo más allá de la exégesis del Código, es posible sostener, siguiendo a Carocca<sup>246</sup>, que si constitucionalmente un acto que vulnera garantías fundamentales adolece de nulidad de derecho público, por vulneración de la garantía específica del artículo 19 y por así disponerlo los artículos 6 y 7 de la Carta, se podría configurar la causal del artículo 768 N° 9, siendo procedente la nulidad formal en caso de haber sido valorada la prueba ilícita en la sentencia definitiva. Ello por cuanto los órganos del Estado están obligados a respetar los derechos fundamentales, y no escapa a esa obligación el juez en su sentencia.

En otras palabras, al obtenerse la prueba ilícita, se vulnera el derecho o garantía establecido en el artículo 19 de la Constitución. Pero si esa prueba se valora en la sentencia, además se vulneran por el juez los artículos 6 y 7, generando en consecuencia nulidad, según texto expreso de la Carta Fundamental. Es esa nulidad la que puede servir de base para el recurso de casación en la forma, por la causal señalada, esto es, anulación porque la propia Constitución así lo dispone.

Sin embargo, la segunda problemática resulta más difícil de sortear: ¿por qué admitir y valorar la prueba ilícita es “faltar un requisito sancionado con nulidad”? La explicación que nos atrevemos a esbozar es que existe un deber del tribunal, en tanto órgano del Estado, de respetar los derechos fundamentales. El producto de la actividad jurisdiccional, la sentencia, debe ser dado con apego a aquéllos. Si la sentencia valora la prueba ilícita, ayuda a consumar las consecuencias perniciosas de una vulneración de esos derechos. Con ello, falta a un requisito para el ejercicio válido de la jurisdicción, desde la perspectiva de los artículos 6 y 7 de la Constitución.

---

<sup>246</sup> Obra citada, p. 319.

Debe destacarse, en cuanto a la tramitación, que en razón del artículo 768 inc. penúltimo, la valoración debió influir en lo dispositivo de la sentencia, sea para fallar en contra del que alega la ilicitud, sea para hacer más gravoso el contenido de lo resuelto para esta parte.

En lo relativo al estado del proceso después de acogida la casación, recordemos que en virtud del artículo 786, la sentencia que la declara debe determinar el estado en que queda el proceso, pero inhibiéndose el tribunal de casación de dictar la sentencia de reemplazo. A nuestro entender, ese estado debe ser necesariamente el momento previo a la dictación de la sentencia casada, esto es, después de citadas las partes a oír sentencia. No habría razón alguna para dar a las partes un nuevo término probatorio, dejando sin efecto las pruebas que ya fueron rendidas en el juicio, puesto que no hay un problema de indefensión, y además atentaría contra el principio de adquisición procesal. Y no se puede olvidar que el efecto de la ilicitud es la no valoración, y el momento de la ponderación de la prueba es en la sentencia definitiva. Por último, conforme al inc. 2° de esa misma norma, no pueden participar en el nuevo fallo el o los jueces que pronunciaron el fallo anulado, pues se consideran inhabilitados.

### C.3) La casación en el fondo

Este recurso se concede para aquellos casos en que la sentencia se ha pronunciado con infracción de ley, la que ha influido en lo dispositivo de lo resuelto. Se sostiene que la clase de norma que debe resultar infringida es decisoria litis. En cuanto a los hechos, la regla básica es que vienen fijados por los tribunales de instancia. Se reduce entonces el ámbito de la discusión a un juicio de derecho. Por ejemplo, no se va a discutir con el recurso de casación en el fondo si los perjuicios existen o no, sino que vamos a discutir si se aplicó correctamente, por ejemplo, la norma del artículo 1558 del Código Civil, que sólo autoriza a

indemnizar los perjuicios directos, ya que la sentencia ordenó indemnizar además los indirectos.

Sin embargo, hay ocasiones en que el error de derecho se produce precisamente en el establecimiento de los hechos, caso en el cual se dirá que se han infringido las denominadas leyes reguladoras de la prueba, “que constituyen normas básicas del juzgamiento e imponen al juez limitaciones, deberes y prohibiciones en relación a la admisibilidad y ponderación de la prueba, traduciéndose en aceptar un medio que la ley rechaza, proscribir uno que la ley admita, alterar la carga de la prueba, o desconocer el valor probatorio asignado por ley”<sup>247</sup>. En estos casos, de existir una vulneración a las normas, se autoriza al tribunal de casación para anular la sentencia y en la de reemplazo que se dicte, entrar a establecer nuevamente los hechos del juicio, efectuando la correcta aplicación de la norma vulnerada.

Por ejemplo, una sentencia que hace recaer la carga de la prueba sobre el demandado, quien no probó, y asume que son efectivos los hechos invocados por el demandante, que tampoco probó. En este caso se infringe el artículo 1698 del Código Civil. Lo mismo que si se asigna al instrumento público un mérito probatorio distinto en cuanto a la fecha estampada en él, se vulnera el artículo 1700 del Código Civil.

Es posible sostener que al dar por probado un hecho mediante un medio contaminado, se infringen las leyes reguladoras de la prueba, debido a que se trata de una vía vedada por la Constitución, por cuanto pugna con el debido proceso y con el derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba. Se trata de un medio ilegítimo desde la perspectiva constitucional, que incluso se sanciona con nulidad en su actuar, por los artículos 6 y 7. Es comparable a la

---

<sup>247</sup> Tavorari Oliveros, Raúl, *Nuevo Régimen de los Recursos de Casación y Queja*, Conosur, Santiago, 1996, p. 53.

infracción que se produce si se vulnera la regla del artículo 1708 del Código Civil, que prohíbe probar mediante testigos una obligación que debió constar por escrito.

Más aún, es procedente el recurso si se considera que la casación en el fondo vela por la igualdad ante la ley, que es precisamente uno de los fundamentos de la prueba ilícita en sede civil. Por eso, no cabe más que sostener la procedencia del recurso de casación en el fondo por la causal de prueba ilícita.

La única limitante es que se exige que la infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que ocurre cuando la corrección del vicio cometido en la sentencia recurrida importa la modificación total o parcial de su parte resolutive. Es decir, el sentenciador debió fundar su resolución considerando dicha prueba ilícita, habiendo dado por establecido el supuesto fáctico en base a ella.

De acogerse el recurso, la propia Corte Suprema debe dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, de conformidad al artículo 785 del Código de Procedimiento Civil. Evidentemente, lo hará sin valorar el medio cuestionado, de acuerdo a la misma norma.

Nos parece que la denuncia por esta vía se ampara en una causal que desde el punto de vista teórico se encuentra mucho mejor edificada que en el caso de la casación en la forma. Con ello, de paso, se resuelve la antinomia de que un mismo vicio no puede ser constitutivo de una causal de casación en la forma y en el fondo.

#### C.4) La revisión

El recurso de revisión, establecido en el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, permite atacar la cosa juzgada de una sentencia firme. Es

conocido por la Corte Suprema de manera exclusiva, y permite anular el juicio y/o la sentencia. Es procedente, entre otras causales, cuando “se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término” (N° 3 del artículo 810). Hay consenso en estimar que no es un recurso propiamente tal, sino más bien un medio de impugnación que ataca la cosa juzgada. Sin embargo, como conlleva la ineficacia de la sentencia y del juicio, merece ser abordado en esta parte.

Por fuerza o violencia se entiende “la coacción dirigida sobre la voluntad de una persona, con actos materiales o por medio de amenazas, para determinarla a consentir un acto jurídico”<sup>248</sup>. En nuestra opinión, son susceptibles de ser víctimas de estas conductas ilícitas no sólo el juez, sino también las partes, los testigos, o peritos. Desde este punto de vista, estimamos que podría llegar a configurar una causal que permita alegar la ilicitud de la prueba.

En efecto, si la violencia física o moral se ejerce sobre la parte, testigo o perito para obligarlos a declarar en un determinado sentido, es una prueba en cuya obtención o bien rendición se ha vulnerado el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, cuando no el derecho a la vida. En el caso de los testigos, no habría una reconducción a la causal del artículo 810 N° 2, desde que la violencia ejercida en su contra no configura el delito de falso testimonio. Se da por descontado de que es necesaria una influencia substancial de la prueba ilícita, ya que el juicio debió ganarse” en virtud de la “violencia” ejercida en su obtención.

Si bien entonces es una vía idónea, el gran obstáculo de este camino es que la violencia debe ser declarada por sentencia de término. Es evidente el

---

<sup>248</sup> Espinosa Mardones, Miliciades Enrique, “El recurso de revisión en nuestro Código de Procedimiento Civil”. Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (1923), pp. 41 y 42. Se acota además que “naturalmente, la violencia puede actuar en un juicio de diversas maneras: ejerciéndose sobre el Juez directamente para obligarlo a fallar en determinado sentido; o sobre personas o funcionarios que puedan tener influencia determinante en el juicio; ya sea privando al Juez del debido conocimiento del asunto o presentándose en un aspecto diferente del que realmente tiene. Es claro que en estos casos resultará una sentencia injusta y la revisión se impone como una sanción de aquellos vicios.”



desincentivo que genera en el litigante que perdió un juicio en virtud de la prueba ilícita. Tal vez el escenario más favorable es que la misma sentencia que se trata de impugnar haya dado fe de la existencia de un origen ilícito en la prueba que posteriormente es valorada por la misma sentencia.

#### C.5) El recurso de queja

El recurso de queja, establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, tiene lugar en caso de falta o abuso grave cometido en la dictación de una sentencia definitiva que no sea susceptible de recursos ordinarios y extraordinarios. Para hacerlo procedente, se debiera entender que la valoración de la prueba ilícita y la consecuente violación del debido proceso y de la garantía o derecho trasgredido en la obtención de la prueba constituyen falta o abuso grave.

Sin duda es un buen camino, ya que la causal podría configurarse y permite llegar a la Corte Suprema con el planteamiento. Pero resulta algo estrecho, desde que la gran mayoría de los procedimientos tienen la posibilidad de recurrir de casación, lo que hace improcedente el recurso de queja en contra del juez o jueces que hubieren dictado un fallo fundado en una prueba ilícita.

#### D) Conclusión

En nuestro ordenamiento procesal civil, y en todos aquellos que lo apliquen de modo supletorio, se puede recoger la institución de la prueba ilícita, por la vía de excluirla o no valorarla previa solicitud de parte efectuada por la vía incidental ordinaria. Asimismo, existen recursos procesales que permiten revertir o anular un fallo e incluso el procedimiento, en el que la prueba ilícita fue valorada. Nos parece que los más adecuados son los de apelación y de casación en el fondo. Esto

significa que, pese a la antigüedad de las normas, el actualizarlas constituye un problema de voluntad y de interpretación.

## CAPÍTULO VII

### ACTUAL REGULACIÓN POSITIVA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE

Como ya hemos referido, los nuevos cuerpos normativos adjetivos han evolucionado, incorporando no sólo la oralidad e intermediación en los procedimientos que antes se caracterizaban por ser escritos y con notable ausencia del juez, sino además se han ido poniendo al día en instituciones que atañen directamente con el debido proceso. Es un camino que se inició con el Código Procesal Penal, y que ha sido secundado por los nuevos estatutos de familia y laboral. Asimismo, el Proyecto de Código Procesal Civil ha seguido en el mismo cauce.

El propósito de las siguientes líneas es estudiar, principalmente desde la perspectiva de los planteamientos ya formulados, aquellas regulaciones.

#### A) Regulación en sede familia

Existe una realidad inobjetable dada por las materias ventiladas en los procedimientos de familia: los litigantes tienen relaciones afectivas y de parentesco, que involucran aspectos patrimoniales, viven o vivían en el mismo hogar, etc. Con ello, es fácil advertir que existe un escenario favorable a obtener medios de prueba principalmente mediante la violación al derecho a la intimidad o la inviolabilidad de las comunicaciones, como sería el caso de un litigante que se hace de cartas, diarios de vida, fotografías, etc., que pertenecen al cónyuge<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> De muestra, en El Salvador, una sentencia dictada por la Cámara de la Familia en San Salvador, el 15 de Febrero de 2006, causa 187-A, resolvió una apelación contra una sentencia definitiva que decretó el divorcio y confirió el cuidado del hijo a la madre pero fijando visitas al padre. Además condenó al marido al pago de una suma de dinero por indemnización por daño moral. Alegó el apelante que al establecer la indemnización se valoró toda la prueba sin considerar su origen ilegal, ya que las respuestas de los peritos violentaron su derecho a la intimidad al exponer información sobre su salud, violando el secreto médico. Por ello dicha prueba debió ser

Podría estimarse la concurrencia de una legitimación en el actuar antijurídico e intrusivo en la esfera de la intimidad, debido a la proximidad en la relación. De hecho, así ha sido discutido en la historia de la ley. Véase al efecto la intervención del Senador Chadwick más adelante. Sin embargo, no hay norma alguna que lo autorice. Por el contrario, el artículo 6° inc. 2° de la Constitución es claro en el sentido que sus preceptos obligan a toda persona o grupo. Además, debemos considerar que la garantía de igualdad ante la ley, que consagra el artículo 19 N° 2, prohíbe que haya personas o grupos privilegiados. Entonces, aunque exista relación de parentesco cercana, se debe descartar que ello autorice la violación de derechos fundamentales al obtener prueba, puesto que nadie está legitimado para vulnerar derechos fundamentales. Por los mismos argumentos, no sería procedente estimar que el juez deba relajar el criterio o exigir una vulneración de mayor entidad del derecho o garantía fundamental, para disponer la exclusión de la prueba, en razón del parentesco.

La nueva Ley de tribunales de familia, N° 19.968 del 30 de agosto del año 2004, estableció un procedimiento dotado de oralidad e intermediación. La tramitación se divide en dos etapas. Primeramente tiene lugar la audiencia preparatoria, a la que se cita a las partes una vez que se presenta la demanda. Uno de sus objetivos viene dado por el artículo 61 N° 8, y consiste en establecer qué pruebas ofrecidas por las partes deberán rendirse en la audiencia de juicio. Con posterioridad, se desarrollará la audiencia de juicio.

El artículo 31 de la Ley dispone que el juez, en la audiencia preparatoria, “[...] luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido [...], ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos

---

desechada por el tribunal a quo en razón de su ilicitud. Finalmente, el tribunal ad quem rechazó la alegación.

públicos y notorios, resulten sobreabundantes o **hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales**".

En cuanto a su historia, el Proyecto presentado a la Cámara de Diputados en 1997<sup>250</sup> contenía una regulación que podríamos calificar de indirecta. En efecto, el artículo 31 original prescribía: "Constituirán medios de prueba en los juicios de que trata esta ley, los instrumentos, la confesión, los testigos, el informe de peritos, la inspección personal del tribunal, las presunciones, y todo otro medio que, **lícitamente obtenido**, sirva para formar la convicción del juez"<sup>251</sup>. Sin embargo, no se indicaba en qué oportunidad se podía revisar la ilicitud y bajo qué procedimiento.

Posteriormente, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se estableció el artículo 25 bis A que regula la exclusión de prueba<sup>252</sup>. Dentro de la discusión el senador Chadwick dejó constancia que **la apreciación** de que las pruebas hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales será determinada por el juez caso a caso, considerando las particularidades de la relación que haya existido entre los cónyuges o, en general, de las partes del juicio. Luego, se aprobó con los votos de los senadores Aburto, Chadwick, Moreno y Silva, quedando ubicada la regulación en el **artículo 31**. Durante la tramitación intermedia, no hubo comentarios específicos de la Corte Suprema respecto a la prueba ilícita.

---

<sup>250</sup> Boletín N 2118-18.

<sup>251</sup> En la misma línea de regulación indirecta, el 30 de mayo del 2001 el Ejecutivo formuló observaciones al Proyecto, entre ellas al art. 20, actual 28, que fue modificado: "Medios de prueba. Constituirán medios de prueba todos aquellos que, obtenidos lícitamente, sirvan para formar la convicción del Juez".

<sup>252</sup> "El juez de familia, luego de examinar las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieran comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente **que se excluyan** de ser rendidas en el juicio aquellas que fueran manifiestamente impertinentes, tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resultaren sobreabundantes o **hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales**. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva".

Hasta aquí, entonces, la sede para intentar excluir la prueba ilícita es la audiencia preparatoria. En ésta, las partes anuncian de qué medios de prueba se van a valer, ofrecen su prueba, y el tribunal debe abrir el debate en relación a posibles solicitudes de exclusión. El tenor del artículo 31 es claro en el sentido que debe haber un debate en relación a la ilicitud. Es el sentido de la frase “escuchar a las partes”. En consecuencia, la decisión del tribunal no puede ser adoptada de oficio.

Concluido el debate, el tribunal determinará si efectivamente hay infracción de garantías en la obtención de pruebas. De estimarse por el juez que dicha circunstancia concurre, se debe ordenar la exclusión, que es la sanción establecida en la norma. El encabezado del artículo 31 es “Exclusión de Prueba”, y el verbo rector de la acción es “ordenar que se excluyan”. En consecuencia, el medio de prueba no podrá ser rendido en la audiencia de juicio, y por ello no podrá desplegar ningún efecto probatorio, en otras palabras, la información que él contiene no será introducida al juicio.

Sin embargo, la total ausencia del efecto probatorio debe ser revisada en este procedimiento. En efecto, la duda que queda es si la exclusión opera como tal cuando el debate acerca de la ilicitud tiene lugar ante el mismo juez de familia que posteriormente presidirá la audiencia de juicio. Imaginemos que en la audiencia de preparación, uno de los litigantes ofrece como medio de prueba una carta escrita por un tercero, dirigida al otro litigante, y que acredita el vínculo afectivo que configura la infidelidad. El litigante afectado, seguramente solicitará la exclusión, por que afecta el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 19 N° 5 de la Constitución). El juez de familia fundadamente ordenará la exclusión. Sin embargo, si es ese mismo juez de familia posteriormente dirige la audiencia de juicio, ¿apreciará con la misma óptica los otros medios de prueba que confirmarían la infidelidad? Es evidente que no. Aunque no haya tenido acceso a la carta y a su contenido, es evidente que sabe que existe una carta remitida por un tercero al cónyuge denunciado. Creemos que ese conocimiento influirá en la

apreciación que se haga del resto de los medios de prueba en que se apoye la pretensión, pues, como hemos dicho previamente en este trabajo, algo de su información alcanza a desplegar la fuente de prueba y a llegar al juez. Existe al menos un principio de contaminación.

El problema radica entonces en que este procedimiento establece dos audiencias, es cierto, pero ante el mismo tribunal. Pensemos la situación que se puede dar en Casablanca, comuna en que existe un solo juez de familia. O en aquellas comunas en que sólo se ha nombrado a la fecha un solo juez de familia de la totalidad de los cupos que deben ser llenados. En esos casos el juez que “excluya” la prueba va a participar después en el pronunciamiento de la sentencia.

Más aún, es esperable, y así ha sido comprobado<sup>253</sup>, que en comunas como Santiago, con 42 jueces de familia, se intente que el mismo juez que presidió la audiencia preparatoria posteriormente tome la audiencia de juicio, y ello en razón de la intermediación y del conocimiento que adquirió de las pretensiones de las partes, que no sólo pueden reducirse a aspectos patrimoniales, derivado de las especiales características del conflicto de familia<sup>254</sup>.

Este problema viene solucionado por el nuevo procedimiento penal, en que se estructura el debate en dos audiencias distintas, la de preparación de juicio oral y la audiencia de juicio oral, pero ante dos tribunales distintos, el juez de garantía y

---

<sup>253</sup> Como prueba de campo, se entrevistó al administrador de un juzgado de familia, quien confirmó que se intentaba, en la medida de lo posible, mantener siempre al mismo juez de familia a cargo de las dos audiencias.

<sup>254</sup> “El conflicto familiar se caracteriza por la posición en que se encuentran las partes durante su desarrollo y una vez concluido. El que las partes tengan alguna relación jurídica previa al surgimiento de la controversia, no tiene nada de particular, desde que esta característica constituye, por ejemplo, la base de la responsabilidad contractual. El conflicto entre arrendatario y arrendador por la época de restitución del inmueble supone el nexo del contrato de arrendamiento entre ellos. Sin embargo, durante el transcurso de la contienda judicial, ninguno de ellos está obligado a prestar protección personal al otro, ni a proveerlo de alimentos, ni a compartir un hogar común. Asimismo, si se declara la terminación del contrato de arriendo, desaparece, al menos para el futuro, el nexo primitivo que unía a las partes del conflicto y, por lo tanto, arrendador y arrendatario dejan de ser tales. Parece innecesario agregar, a continuación, que un padre o una madre, no pierden tal condición por la dictación de una sentencia”. Turner Saelzer, Susan, “Los Tribunales de Familia”, *Ius et Praxis*, 2002, vol.8, no.2, p. 417.

el tribunal de juicio oral en lo penal. Incluso, como anotamos precedentemente, es causal de implicancia el haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento, según el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, la operativa de esa causal en esta sede no tiene lugar.

Reconocemos que las motivaciones para mantener al mismo juez de familia a cargo de ambas audiencias -el mejor conocimiento de los litigantes y su problemática- son poderosas. Sin embargo, se debe destacar que ello va en desmedro de una exclusión pura, ya que, al tener lugar la audiencia de juicio ante un juez que ordenó excluir prueba en razón de su ilicitud, existirá cierto grado de contaminación en su fuero interno, con lo cual nos acercaremos un poco a la no valoración como sanción.

En cuanto al incidente de exclusión, estimamos que debe comprender la denuncia y prueba del origen ilícito. Y deben efectuarse ambas actividades en la propia audiencia de preparación. Ello se colige del análisis del artículo 26, que ordena tramitar y resolver en la misma audiencia los incidentes formulados en ésta. Siguiendo la misma norma, como se trata de prueba que el litigante pudo prever con anterioridad que la debería rendir a fin de acreditar el origen ilícito, debe ser ventilada la prueba en esa misma audiencia. El artículo 61 N° 9, faculta a recibir la prueba en la audiencia preparatoria, siempre y cuando sea posible rendir en ese momento. Aunque se refiere a la actividad probatoria principal, destinada a acreditar las pretensiones de fondo de las partes, implica aceptar que no es ajena esa actividad a la audiencia preparatoria.

En lo relativo a los recursos procesales, la Ley 19.968, en su artículo 67, se limitó a la remisión al Código de Procedimiento Civil, con algunas modificaciones particulares, que en nada alteran lo ya escrito en relación a los recursos viables para denunciar la ilicitud en ese Código. No hay, en consecuencia, un recurso expresamente establecido para perseguir la nulidad procesal en razón de la



ilicitud, a diferencia de la sede procesal penal. Pese a esta omisión, resulta posible afirmar la procedencia clara del recurso de apelación y de casación en el fondo, según el estudio que hicimos en el capítulo anterior.

La aplicación práctica que ha tenido esta norma se desconoce. Sólo se ha tenido acceso a algunos recursos de protección. El primero se fundó en la infracción al artículo 31 por un juez de familia, que admitió como prueba en un juicio de divorcio por culpa, una serie de correos electrónicos que acreditaban la infidelidad de la demandada. La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso, fundado en que “la presentación futura en juicio de divorcio de copias impresas de comunicaciones electrónicas propias de la recurrente doña Paula Andrea Anguita Ramírez, obtenidas sin su autorización, constituye un acto ilegal que atenta en contra del ejercicio legítimo de los derechos que la Constitución Política le reconoce y garantiza, consagrados en los números 4º y 5º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que el recurso de protección deberá ser acogido”. Lamentablemente, la Corte Suprema con posterioridad revocó la sentencia de primera instancia, en atención a la improcedencia de acciones constitucionales de carácter cautelar en sede judicial<sup>255</sup>.

Esta jurisprudencia se aparta de la sostenida previamente por la misma Corte Suprema, también en un juicio de divorcio, en que el cónyuge demandante presentó en juicio una copia del diario de vida de la mujer. En esa oportunidad se acogió el recurso de protección, fundado en la vulneración del artículo 19 N° 4 de la Constitución, de manera que se ordenó al recurrido devolver el diario de vida a la recurrente, vedándole utilizarlo como prueba en el juicio respectivo<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 208-2008, sentencia del 20 de junio de 2008; Corte Suprema, Rol 4.135 2008, sentencia del 11 de septiembre de 2008.

<sup>256</sup> Corte Suprema, autos rol 6491-2005, sentencia del 4 de enero de 2006. Se transcriben los considerandos pertinentes: “3º) Que toda persona posee como derecho básico fundamental el respeto de un ámbito íntimo, el cual no es posible traspasar por terceros, ya que esta vedada toda ingerencia, sin la autorización de su titular; derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas y en este caso de la cónyuge recurrente, que puede preservar de su marido aspectos que considere constituyen sus vivencias personales y que estima de carácter privado. Esta protección dada por el constituyente en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que no hace distinciones, impide que otra persona, cualquiera sea su condición contractual o de

La crítica que podemos formular a este estatuto viene dada por la omisión de una regla general de prohibición de uso de la prueba ilícita. Sólo se nos habla acá de exclusión. Sería conveniente que se introdujera mediante reforma legislativa una norma como la del artículo 334 inc. 2° del Código Procesal Penal. Pese a esta omisión, creemos que la prohibición tiene un alcance general en nuestro ordenamiento, en atención al debido proceso.

## B) Regulación en sede laboral

En este ámbito, las relaciones materiales se verifican entre dos particulares, lo que podría llevar a pensar que, a diferencia del proceso penal, no existe el desequilibrio o desigualdad material entre partes en la fase previa al proceso y en el proceso mismo. Sin embargo, sabemos que el empleador ostenta y ejerce la potestad empresarial o el poder de dirección, por lo que es la parte fuerte del contrato de trabajo.

No estamos hablando de una desigualdad tan intensa como la que se da en el proceso penal, en que el Estado es uno de los intervinientes en el conflicto, representado por el Ministerio Público, lo que conlleva a un evidente desequilibrio. Pero sí se debe reconocer que, en los hechos, esta relación se desenvuelve en el domicilio del empleador, lugar en que el trabajador desempeña sus funciones, y bajo las órdenes de aquél. Entonces, como el lugar en que tiene lugar la prestación de servicios (inmueble) es controlado por el empleador, puede

---

familia, posea antecedentes que importen transgredir este derecho. En todo caso, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental de igual forma se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico constitucional. 4°) Que con mayor fundamento la divulgación o difusión de los antecedentes privados, que se encuentran en la esfera de resguardo íntimo de una persona transgrede la garantía antes expresada, como también, por representar en esencia una manifestación que se plasma por escrito en un diario de vida, que se custodia en un domicilio, afecta además, la garantía de la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada. 5°) Que como ya se dijo, la conducta del recurrido es ilegal, excede de sus facultades pues no le corresponde divulgar los pensamientos y vivencias íntimas de la recurrente y, por ende, el recurso de protección intentado deberá ser acogido”.

establecer sistemas de vigilancia electrónicos; si hay un casillero, éste es de propiedad del empleador aunque el trabajador lo ocupe, etc. En general, el grado de privacidad o intimidad del trabajador es menor que cuando éste se encuentra en otros lugares. O, más bien, su esfera de intimidad es más permeable.

Como se vislumbra, la relación laboral concede posibilidades de conculcar los derechos del trabajador, especialmente aquellos que revisten el carácter de fundamentales. No en vano el artículo 5º del Código del Trabajo establece que “[e]l ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. En otras palabras, pese a que el trabajador se encuentra bajo la tutela del empleador, ello no implica que deje de ser un sujeto de derecho, sino por el contrario, más fuerte debe ser el reconocimiento y tutela de sus intereses<sup>257</sup>. Se debe hacer notar que las intromisiones en la esfera de intimidad o resguardo del trabajador suelen ser las fuentes más comunes de producción de prueba ilícita. Ello no es de extrañar, desde que el mayor poder empresarial conlleva otorgar mayores facilidades para que se produzca la violación de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente el derecho a la intimidad, vida privada u honra.

Es considerable que la Dirección del Trabajo ha evacuado una serie de dictámenes, que tienen por finalidad regular ciertas prácticas en la empresa, que van desde el proceso de selección del trabajador hasta en su desempeño diario en el lugar de trabajo, haciendo énfasis en los límites que debe tener el empleador para ejercer sus atribuciones<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> Idea que se conoce como “ciudadanía en la empresa”.

<sup>258</sup> A modo de ejemplo, el ORD. N° 2328/130, de fecha 19 de julio de 2002, señala: “El reconocimiento del carácter de límites infranqueables que los derechos fundamentales, en particular del derecho a la intimidad, vida privada u honra de los trabajadores, poseen respecto de los poderes empresariales (inciso primero, del artículo 5 del Código del Trabajo), así como la prevalencia que la dignidad de los trabajadores tiene respecto de los mecanismos de control empresarial (inciso final, del artículo 154 del Código del Trabajo), lleva necesariamente a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual (grabaciones por videocámaras) en los vehículos de la locomoción colectiva urbana, sólo resulta lícita cuando ellos objetivamente se justifican por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de

Si el poder de dirección ha sido limitado normativamente con la introducción del respeto absoluto a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, parece ser un corolario lógico que trascienda ese respeto el ámbito de la empresa y llegue al tribunal, desconociendo el valor de las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Esto viene recogido desde el Mensaje del Ejecutivo por la Ley N° 20.087, publicada el 3 de enero de 2006, que estableció el nuevo procedimiento laboral. En todo caso, como veremos, esta afirmación no significa que la inadmisión de prueba sólo pueda beneficiar al trabajador<sup>259</sup>.

En este estudio no analizaremos el antiguo procedimiento aún vigente en el Código del Trabajo, que nada aporta, ya que lo que podríamos haber dicho lo fue con ocasión del ejercicio relativo al Código de Procedimiento Civil. Más bien revisaremos el nuevo estatuto que estableció la referida ley. Este cuerpo normativo tuvo su origen en el denominado Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, formado en 2000, y que en mayo de 2002 concluyó la

---

seguridad de los conductores o de los pasajeros, debiendo ser el control de la actividad del trabajador sólo un resultado secundario o accidental del mismo”. Asimismo, el ORD. N° 2875/72, del 22 de julio de 2003, prescribe que el sistema de videocámaras implementadas por la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A., al interior de sus instalaciones, según lo explicitado por el propio empleador y por lo constatado en la fiscalización realizada, en la práctica ha constituido una forma de control ilícito, en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines reales perseguidos, no cumpliéndose a su respecto los requisitos generales contemplados por nuestra legislación para su implementación.

<sup>259</sup> El Mensaje N° 4-350 el 23 de septiembre de 2003 establece: “Sin embargo, esos esfuerzos requieren complementarse con que todos los trabajadores tengan acceso a una justicia laboral eficiente y expedita. La plena vigencia de los derechos laborales requiere como conditio sine qua non, no sólo un reconocimiento normativo sino que también, y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces. Es en el marco democrático donde se van construyendo garantías efectivas de una mejor protección de los derechos laborales. En la actualidad existe consenso a nivel de los ciudadanos y de los operadores del derecho laboral, de las falencias de nuestra justicia del trabajo. En efecto, la percepción de la comunidad jurídica laboral es que el acceso a la justicia laboral y previsional y su funcionamiento, plantean serios problemas de equidad y de efectiva vigencia del derecho, en razón de las insuficiencias que presenta, afectando principalmente a quienes recurren ante el órgano jurisdiccional, normalmente trabajadores que han perdido su empleo y que carecen de los medios necesarios para el sustento familiar. El sistema vigente, caracterizado por la excesiva tardanza en la tramitación de los procesos laborales, producto tanto de la insuficiente cobertura de los tribunales como por la propia conformación del procedimiento, plantean serias dificultades en relación con el debido acceso a la justicia por parte de los trabajadores, produciendo con ello sentimientos de frustración y desencanto y la sensación de que aquellos derechos que les son reconocidos en la práctica se transforman en letra muerta”.

elaboración del documento denominado Propuesta de Bases para la Reforma Procesal Laboral y Previsional. A partir de este documento, posteriormente se remitió el Mensaje N° 4-350 el 23 de septiembre de 2003.

#### B.1) La norma que trata la inutilizabilidad

Al igual que el procedimiento de familia, son principios formativos básicos del nuevo procedimiento laboral la oralidad y la intermediación. Existen, asimismo, dos audiencias, preparatoria y de juicio, citándose a la primera tan pronto el demandante deduce su libelo. En esta audiencia preparatoria las partes deben ofrecer prueba y el juez resolver acerca de su admisibilidad, al menos desde la perspectiva de la pertinencia. Así lo dispone el artículo 453 N° 4: “El juez resolverá en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Posteriormente, la misma norma prescribe: “Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.

Entonces, vemos que la prueba ilícita se recoge en tanto institución, en el nuevo procedimiento laboral. No obstante, debemos recordar que fue el antiguo procedimiento, pese a la ausencia de herramientas específicas, el que dio lugar a las primeras sentencias que acogieron la inutilizabilidad de la prueba ilícita, por ello habríamos esperado un homenaje mejor logrado en esta sede, lo que, según veremos, no ha sido así.

En cuanto a la historia del precepto, la Propuesta de Bases para la Reforma Procesal Laboral y Provisional, elaborada por el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Provisional, en el capítulo III “La etapa de la Prueba”, en su apartado 2.1 letra e), sostiene que “[e]n materia de medios de prueba, debe

autorizarse a las partes para valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, **mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales y libertades públicas**".

En consonancia con lo anterior, el propio Mensaje del Proyecto anuncia: "Con todo, de manera novedosa, se incorpora en el proyecto una regla dirigida a **privar de valor probatorio a las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales**". Así, entonces, se propuso en el Proyecto el artículo 458 inc. 4º, que contenía un texto similar al que finalmente se convirtió en ley.

Como dato anecdótico, la Corte Suprema, mediante oficio 2346 del 4 de noviembre de 2003, dio su parecer respecto de esta norma: "Todas estas facultades entregadas al juez importan, en cierta forma, obligarlo a anticipar pronunciamientos que son inherentes a su función jurisdiccional, propia e imparcial, restándole la objetividad necesaria, lo que nada tiene que ver con el carácter protector que suele reconocerse al Derecho del Trabajo"<sup>260</sup>. Resulta curioso comprobar el compromiso de la Corte Suprema con la imparcialidad, en desmedro de las garantías fundamentales y de la igualdad entre litigantes. Más extraño resulta luego de comprobar que poco tiempo antes, manifestaba su férreo compromiso con las bondades del antiguo procedimiento penal, y con la figura del Director del Servicio de Impuestos Internos como jefe superior del servicio y juez tributario<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Sin embargo, precisamente en virtud del carácter protector del Derecho del Trabajo fue necesario incorporar la institución de la prueba ilícita.

<sup>261</sup> Véase al efecto del mismo autor, "La Imparcialidad del Juez en el Procedimiento Penal Común y en el Procedimiento Penal Militar", memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1997.

Volviendo a nuestro tema, surge la duda en relación al precepto del artículo 453 N° 4, en orden a si establece la exclusión o la no valoración como sanción a la prueba ilícita. Lo que la norma dice es que “carecerán de valor” probatorio y, por ende, no podrán ser “apreciadas” por el tribunal. Cuando afirmamos que una prueba carece de valor probatorio, necesariamente debemos admitir que esa prueba ha sido rendida, y por ende no se ha excluido de rendir. Al efecto, la Real Academia define valorar como apreciar el valor de algo. Y para que esta actividad pueda tener lugar, resulta necesario que el juez conozca o reciba la información de aquello que en definitiva no podrá considerar. Por ende, a diferencia de los estatutos adjetivos penal y familia, en este caso se ordena al juez “no apreciar”.

La diferencia es abismante. Cuando no se valora implica que se debe conocer y, posteriormente, no considerar o ponderar al momento de tomar la decisión aquello que se conoció, esa información que ya se tiene. Cuando se excluye, no se puede conocer la prueba ilícita, apreciar su contenido, obtener información relevante alguna de ese medio, ni menos aún valorar esa prueba, pero esto como una consecuencia lógica de que la prueba no se ha rendido ante el juez. No se le puede pedir al juez que no valore una prueba que ha sido excluida. No está en condiciones materiales de cumplir con el mandato del legislador, puesto que no conoció el medio de prueba. O, lo que es lo mismo, es imposible de infringir por el juez el mandato de no valorar si la prueba se excluyó.

En síntesis, si el juez tiene el mandato de no valorar o no apreciar la prueba ilícita, es porque se parte de la base que esa prueba la conoció, se rindió ante él, y tomó nota de su contenido, adquirió la información que entregaba la prueba en cuestión.

Existe, lamentablemente, un argumento adicional para sostener que se trata de una no valoración: la redacción del artículo 453 N° 4 señala que “no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes **aporten**”. Según la Real Academia aportar es “contribuir, añadir, dar”. Implica actualizar algo, cumplirlo. En

este caso, estimamos que aportar conlleva la idea de rendir la prueba ofrecida. En nuestra opinión, entonces, se parte de la base que la prueba se rindió. Sin duda que si la norma hablara de la prueba “ofrecida” y no de la “aportada” por las partes, no podríamos llegar a esta conclusión. Es la misma diferencia aristotélica entre potencia y acto.

La Corte Suprema pareciera compartir esta misma opinión, puesto que ha afirmado que en sede laboral “[e]l tribunal no apreciará, por carecer de valor probatorio, la denominada prueba ilícita, esto es aquellos elementos de convicción que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”<sup>262</sup>.

Con lo revisado hasta aquí se podría sacar como conclusión que, en realidad, el procedimiento laboral se ha inclinado por la no valoración como sanción a la prueba ilícita. Sin embargo, creemos posible sostener, con fundamento, una opinión distinta. No podemos olvidar que la regulación se encuentra en el artículo 453, que trata de la audiencia preparatoria (“En la audiencia preparatoria se aplicarán las siguientes reglas”), lo que afecta, sin dudas, la interpretación anterior. En efecto, la regla trata de las normas aplicables a la audiencia preparatoria y no de las reglas que se deben seguir en la audiencia de juicio ni en la dictación de la sentencia. Carece de sentido, entonces, prohibir valorar la prueba en la etapa en que no se debe valorar la prueba. La prohibición pudo haberse recogido en cualquiera de los artículos 454 al 459, que tratan de la audiencia de juicio y de la sentencia definitiva, pero no fue así.

Se debe considerar, además, que el artículo 453 N° 4 establece que “[e]l juez resolverá en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes”. La pertinencia, en tanto criterio de selección de las pruebas conducentes en relación al resultado del pleito, necesariamente es un criterio de admisibilidad, y la

---

<sup>262</sup> Manual de Estudio Juzgado de Letras del Trabajo, de marzo de 2006.



admisibilidad tiene lugar en el ofrecimiento de la prueba, no en su rendición. Sería absurdo que se facultara al juez a no admitir la prueba por impertinente, y esta deba ser rendida para luego no ser valorada por el juez. Lo confirma la segunda parte del artículo 453 N° 4 inc. 1°: “Las partes podrán también **ofrecer** cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente”.

El inc. 2° de la norma, que continúa regulando la pertinencia, vuelve a insistir en que es un criterio de admisibilidad: “Sólo se **admitirán** las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución”.

Lo anterior concuerda plenamente con la necesidad de determinar por parte del tribunal, al final de la audiencia preparatoria, mediante resolución judicial, qué pruebas serán rendidas en la audiencia de juicio. Este deber se consigna, curiosamente y denotando una técnica poco rigurosa, no en el artículo 453 N° 10, sino en el artículo 454, que trata de la audiencia de juicio, en su N° 1: “La audiencia de juicio se iniciará con la rendición de las pruebas **decretadas por el tribunal**, comenzando con la ofrecida por el demandante y luego con la del demandado”.

Entonces, no en vano la regulación de la ilicitud se hace precisamente con ocasión de la admisibilidad de las pruebas, la que tiene lugar después de su ofrecimiento y antes de su rendición. Si se pretende que la regulación de la ilicitud tenga algún efecto en relación a la admisibilidad, entonces, debiéramos sostener que la sanción del legislador es la exclusión y no la prohibición de valoración. De lo contrario, el legislador habría ubicado la regulación de la prueba ilícita en las normas posteriores, no en el artículo 453.

Es la misma postura de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial, que asumió cuando se trató este problema con ocasión de la discusión del proyecto de ley contenido en el Mensaje del Ejecutivo N° 455-354 de fecha 5

de enero de 2007. Éste contiene un intento de reformar el artículo 453 N° 4, pero no el aspecto indicado, sino sus incisos 1° y 4°. En la sesión N° 63 de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se planteó, el 21 de marzo de 2007 la “necesidad de una norma que permita excluir la prueba ilícita por cuanto hoy únicamente se establece que el juez no podrá apreciar o ponderar tal probanza, lo que podría significar o entenderse que la exclusión de tal probanza debería quedar diferida para la sentencia”<sup>263</sup>. Sin embargo, en los distintos trámites tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, la observación planteada por la Asociación de Magistrados no tuvo acogida.

Existe asimismo un argumento en relación al Mensaje, que se basa según sus propias palabras, en el documento elaborado por el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, el cual, conforme ya señalamos, indica expresamente que serán **admitidos** cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, “salvo que” se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>264</sup>. Es evidente con ello que la intención era que la prueba ilícita no pudiera ser admitida, esto es, aplicarle sin más la exclusión, y no dejar a criterio del juez, una vez que hubiera sido rendida, si la valora o no.

Se debe considerar, adicionalmente, desde la perspectiva de la armonía que debe existir en el ordenamiento jurídico, que la regla que aplican los estatutos anteriores (penal y familia) y posteriores (anteproyecto adjetivo civil) es la inadmisión o exclusión y no la no valoración. No hay motivo razonable para establecer dicha diferencia en materia procesal laboral.

---

<sup>263</sup> Intervención de don Álvaro Flores Monardes, juez laboral. “Al respecto, creía que podría establecerse un examen de admisibilidad en la audiencia preparatoria”.

<sup>264</sup> “En materia de medios de prueba, debe autorizarse a las partes para valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, **admitiéndose** como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales y libertades públicas”.

En conclusión, es discutible, por los argumentos expuestos, que se le esté dando como mensaje al juez que tiene a su cargo la audiencia preparatoria “no valore la prueba ilícita”. Más bien el mandato es “exclúyala”. Entre optar por darle una interpretación que no produce efecto real en esa audiencia y no se condice con la unidad del ordenamiento jurídico, y una que sí lo hace, se debe optar por esta última. Entonces, la ilicitud debe ser considerada como un criterio de admisibilidad de la prueba, junto con la pertinencia.

El origen del problema que hay que buscarlo en el Proyecto remitido por el Ejecutivo. Originalmente se contemplaba en el artículo 450 la existencia de una sola audiencia o audiencia única, a la que se citaba una vez que se presentaba la demanda, cumpliendo las funciones de audiencia previa y de juicio<sup>265</sup>. En consonancia, el artículo 458 del Proyecto<sup>266</sup> establecía el deber de las partes de concurrir a la audiencia con todos sus medios de prueba, pudiendo el juez resolver acerca de la admisibilidad y pertinencia de las mismas.

La norma del Proyecto contemplaba la admisión como trámite previo a la rendición de la prueba, y asimismo hablaba ya de que la prueba ilícita “carece de valor” probatorio y no puede ser “apreciada” por el tribunal. La única explicación que estimamos plausible es que no se estableció expresamente la inadmisión de la prueba ilícita por tratarse de un procedimiento concentrado (destinado a tutelar

---

<sup>265</sup> “**Artículo 450.** Admitida la demanda a tramitación, el tribunal deberá, de inmediato y sin más trámites, citar a las partes a una **audiencia única a fin de que tengan lugar los actos de conciliación y juicio**, fijando para tal efecto, dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la resolución, el día y la hora para su celebración, debiendo mediar entre la notificación de la demanda y citación y la celebración de la audiencia, a lo menos, quince días”.

<sup>266</sup> “**Artículo 458.**-Las partes deberán concurrir a la audiencia con todos sus medios de prueba, pudiendo valerse de todos aquéllos regulados en la ley. Pueden también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente.

Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.

El juez resolverá en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida y de las preguntas formuladas por las partes, así como de toda objeción o protesta planteada a este respecto, de la que se dejará constancia en el acta a solicitud de la parte interesada.

**Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal, las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.**

los derechos del trabajador en la relación laboral). Aparentemente el legislador estimó que era mejor sólo dejar fuera de la rendición aquella prueba impertinente, acotando el debate de admisibilidad a este punto, y no a la posible ilicitud, con miras a no alargar el debate previo y entrar al fondo.

El error se terminó de consumir cuando en la discusión parlamentaria se dividió la audiencia única en la preparatoria y de juicio, olvidándose de introducir las precisiones en la regulación de la prueba ilícita. Si antes no se entendía por qué no hablar de exclusión, ya que se establecía el trámite previo de admisibilidad con ocasión de la pertinencia, ¿por qué no hacerlo ahora, en que existe una audiencia especial en que el trámite de admisibilidad tiene lugar?

Para arreglarlo habría bastado que la norma quedará así: “Serán también inadmisibles las pruebas que se hubieren obtenido directa o indirectamente **por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales**”. Sin duda se dejó pasar una buena oportunidad de haber aclarado la norma e incorporado expresamente la exclusión como sanción a la ilicitud. No obstante, nos inclinamos por sostener que se debe interpretar como exclusión y no valoración, por los argumentos expuestos.

## B.2) El titular

En cuanto al titular de la solicitud de inutilizabilidad, no vemos inconveniente para sostener que cualquiera de las partes a quien la prueba afecte, o contra la que se pretenda probar con el medio ilícito, pueda reclamar de la ilicitud. Si bien el artículo 5° del Código del Trabajo limita el poder del empleador en la determinación y ejercicio de los derechos y obligaciones del contrato de trabajo, ello no significa que en las esferas prejudicial y procesal, el trabajador se encuentre autorizado o legitimado para violar los derechos fundamentales del empleador o de terceros en la obtención de prueba. Ello importaría socavar la

igualdad de las partes en litigio, conculcando el debido proceso, y dejar impune desde el punto de vista procesal la vulneración del derecho fundamental específico.

Apoya este aserto el artículo 425, que establece como principio formativo del procedimiento la bilateralidad de la audiencia y la buena fe, aplicable a todos los litigantes. En la misma línea, el artículo 430 faculta al tribunal para prevenir, sin importar su origen o el litigante de quien provenga, el fraude y el abuso del derecho.

No es la misma situación que se produce en el proceso penal, en que la doctrina mayoritaria se inclina por la admisibilidad de la prueba de descargo, ya que en el procedimiento laboral están en juego intereses patrimoniales, no la vida ni la libertad de la persona. Además, generalmente la prueba que rinde el trabajador se encuentra destinada a acreditar los hechos en que se funda su pretensión o demanda, esto es, busca que se declare a su favor un derecho, condenando al empleador a una determinada prestación económica. Ello a diferencia del proceso penal en que la prueba de descargo tiene por finalidad la absolución del imputado, impidiendo que se vea afectado por la imposición de una pena, que producirá efectos en su esfera de libertad y patrimonial.

Anticipamos que esta opinión sin duda colisiona con la posibilidad de recolectar prueba en procedimientos en que se persiga la responsabilidad del empleador en casos de acoso sexual en el trabajo. Pero ello no obsta a intentar producir un proceso limpio, en el que la igualdad de armas impere entre los litigantes.

### B.3) El amparo laboral

Antes de pasar a los recursos procesales, es necesario revisar el procedimiento de tutela laboral del artículo 485 del Código del Trabajo, que establece un mecanismo de amparo frente a “las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales” que conculquen derechos fundamentales, entre éstos los del artículo 19 N° 4 y 5, que establecen el respeto y protección de la vida privada y la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones. La denuncia debe interponerse ante el juez de letras del Trabajo respectivo. El artículo 492 establece una medida cautelar: el juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad”.

La sentencia, junto con declarar la existencia de la infracción, debe ordenar el cese inmediato de la conducta antijurídica, bajo apercibimiento de multa, y aplicar la que correspondiente, velando porque la situación de hecho se retrotraiga al estado anterior de los hechos que hubieren dado pie a la denuncia.

En nuestra opinión, se trata de una vía efectiva para hacer frente a la ilicitud probatoria cuando estamos en sede extrajudicial, en la etapa previa al juicio, cuando las pruebas están recolectándose, pero antes de que se rindan en juicio. Si el empleador infringe en esa actuación derechos fundamentales del trabajador, bien puede, con un efecto preventivo en la prueba ilícita, emplearse este medio.

De prosperar el amparo, ciertamente el material recolectado no podrá ser empleado, ya que se encuentra declarada su antijuridicidad, siendo posible incluso en este caso hablar de cosa juzgada en relación a la prueba ilícita. En efecto, no podría admitirse en la audiencia preparatoria el ofrecimiento del medio de prueba cuestionado, desde que entraría en colisión con lo resuelto en la sentencia definitiva que acogió el amparo, por cuanto, en virtud del artículo 495, las cosas deben retrotraerse al estado inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la vulneración.

#### B.4) Los recursos

La Ley 20.260 modificó el Código del Trabajo, estableciendo la impugnación de la sentencia definitiva de manera exclusiva mediante el recurso de nulidad. Dispone el artículo 477: “Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Con ello, este recurso contiene un agravio específico que lo hace plenamente procedente en caso de prueba ilícita, al igual que en sede procesal penal. Puede tener lugar el recurso de nulidad en caso que la prueba ilícita sea valorada en la sentencia definitiva, y el juez resuelva darle mérito para formar su convencimiento en perjuicio del recurrente. En este caso hay infracción de derechos fundamentales en su dictación. Esas garantías son el debido proceso en relación a la igualdad de armas entre los litigantes, y el derecho fundamental específico que se haya vulnerado con la recogida o rendición de las pruebas.

Para prosperar, el artículo 478 inc. 9° exige que el defecto tenga una influencia en lo dispositivo, punto en el cual nos remitimos a lo afirmado en relación al recurso de nulidad en sede procesal penal. De acogerse el recurso, traerá como consecuencia, en consideración al artículo 478 inc. 8°, que se anule la sentencia y el procedimiento, debiendo remitirse al tribunal correspondiente. Estimamos que, en caso de fundarse el recurso de nulidad en la ilicitud, corresponde se retrotraiga la causa al estado de celebrarse la audiencia preparatoria.

Con ello, tenemos un resguardo efectivo de la prueba ilícita en los medios de impugnación, a diferencia de la sede de familia.

El recurso de unificación de jurisprudencia no será analizado, por estimar no es relevante para efectos de nuestro estudio.

### C. Regulación en el Proyecto de Código Procesal Civil

Pese a no constituir ley vigente, se debe analizar la situación de la prueba ilícita en el Proyecto de Código Procesal Civil<sup>267</sup>, por cuanto constituye el más reciente de los esfuerzos por dotar a la justicia de una modalidad con oralidad e inmediación. Además, desde la perspectiva doctrinal resulta ser interesante puesto que es el que más generosamente se hace cargo de nuestro tema.

Ello no es de extrañar, desde que ya la Propuesta de Bases para Redactar un Nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile, afirma que “[t]ambién en materia civil se debe reconocer la eficacia de la institución de la prueba ilícita. Se debe reconocer que en materia de juicios civil también es posible excluir elementos de prueba si han sido obtenidos con violación de garantías constitucionales”<sup>268</sup>.

El denominado Foro Procesal Civil, elaboró un Anteproyecto de Código Procesal Civil, que acogió en varias disposiciones el instituto de la prueba ilícita. El tratamiento que se le dispensaba se podía dividir en 3 secciones: la etapa preliminar, la etapa de juicio y el recurso de nulidad. Esta última parte fue eliminada por el redactor del Proyecto, al modificar el régimen de recursos. Revisaremos a continuación los aspectos más relevantes del Proyecto.

---

<sup>267</sup> Ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 16 de junio de 2009, Boletín N° 6567-2007.

<sup>268</sup> *Revista de Derecho Procesal*, Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile, año 2005, N° 20, p. 460.



## C.1) Libro Primero “Disposiciones Generales”

En el Libro I Disposiciones Generales, Título I Principios Básicos, que constituye el marco regulatorio e interpretativo del proceso civil, podemos encontrar la primera norma que trata el tema en el artículo 1:

**Art. 1. *Autotutela y Autocomposición.*** No es lícito recurrir a la fuerza para la protección de los derechos, salvo en los casos expresamente admitidos por la ley.

Creemos que esta norma es aplicable, desde que al desterrar el uso de la fuerza del procedimiento, deja de lado el reconocimiento de las vías de hecho, y ya hemos visto que caben dentro de esta categoría la vulneración de garantías para obtener o rendir prueba.

Luego, dentro del mismo marco interpretativo, es posible encontrar una necesaria referencia al debido proceso como principio rector del proceso civil, en el artículo 2:

**Art. 2. *Debido proceso de ley y procedimiento.*** La jurisdicción se ejercerá por un tribunal competente, independiente e imparcial, de acuerdo a un debido proceso, el que se desarrollará de conformidad a los procedimientos establecidos en este Código, salvo que exista otro procedimiento establecido en una ley especial.

En la misma dirección, oportuno es resaltar los artículos 5 y 6. El primero pues entra de lleno en un componente del debido proceso, como es la igualdad de armas, y el segundo por la reafirmación de la buena fe procesal.

**Art. 5. *Igualdad de armas.*** El tribunal velará por mantener la igualdad de las partes en el proceso.

**Art. 6. *Buena fe procesal.*** Las partes, los terceros, y general, todos quienes acudan ante los tribunales deberán ajustar su conducta a la

dignidad de la justicia, al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y a la lealtad y buena fe procesal.

El tribunal, de oficio o a petición de parte, adoptará durante el desarrollo del proceso todas las medidas que estime pertinentes para impedir y sancionar toda conducta u omisión que importe un fraude procesal, colusión o cualquiera otra conducta ilícita o dilatoria.

Ya la sola consideración de los principios mencionados constituye una gran ventaja en relación al viejo Código, pues su conjunto crea un verdadero marco teórico del proceso como método de resolución de conflictos, reconociendo la aplicación de esos orientadores de conducta de las partes y del juez en el procedimiento civil. Con ello la regulación específica que se hace de la prueba ilícita se robustece, al desterrarse las vías de hecho, reconocer la vigencia del debido proceso, de la igualdad de armas y de la buena fe procesal.

Adicionalmente existe una mejora en relación a estatutos precedentes, pues el artículo 18, resulta ser la primera norma que entrega derechamente al tribunal la facultad de rechazar las pruebas ilícitas.

**Art. 18. *Facultades del tribunal.*** El tribunal estará facultado para: 6. Rechazar las pruebas ilícitas, las que recaigan sobre hechos de pública notoriedad como las manifiestamente sobreabundantes, inconducentes e impertinentes<sup>269</sup>;

Ello es trascendente puesto que entendemos que el rechazo apunta en este caso al desconocimiento de sus efectos en el procedimiento. En otras palabras, el

---

<sup>269</sup> Esta norma es la que corresponde al artículo 27 del Anteproyecto. En éste, la primera norma que se hacía cargo de la institución era el artículo 6 inc. 3° (Dirección e Impulso Procesal): “El tribunal dirigirá el debate, ordenará la práctica de actuaciones judiciales y admitirá la rendición de las pruebas **lícitas**, útiles y pertinentes ofrecidas ...”. . Resultaba interesante esta norma puesto que desde un principio se incluía dentro de los poderes de dirección del debate y del proceso del tribunal, y sus facultades de ordenación. Sólo posteriormente los artículos 7 y 8 trataban de la igualdad de armas y de la buena fe procesal. Asimismo constituía, estimamos, un compromiso inicial y general con la proscripción de la prueba ilícita, y con la clase de sanción atribuida, ya que, interpretada a contrario sensu, la norma nos decía que la prueba que no es lícita no se rinde, es decir, se anunciaba en un principio que se aplicaba la exclusión. Esa norma no se mantuvo.

juez no sólo está habilitado a excluir la prueba ilícita sino también a no valorarla. Con ello, el Proyecto sobresale en relación a las regulaciones laboral y de familia, y mejora la prescripción del artículo 334 inc. 2º del Código Procesal Penal.

## C.2) El juicio ordinario

En el Libro II (de los procesos declarativos) Título I -que trata del Juicio Ordinario-, se encuentra el Capítulo 4º que regula la audiencia preliminar. El artículo 254 establece su contenido y el número 8 indica como una de sus finalidades “[e]xcluir de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o inidóneas, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, aquellas que resulten sobreabundantes, y las que hayan sido **obtenidas con infracción de garantías fundamentales**. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”<sup>270</sup>.

La definición es similar a las que se han dado a nivel legal antes en Chile. Lo único que llama la atención es que no se haya incluido dentro del concepto la vulneración de derechos fundamentales, limitándose a la transgresión de garantías. Es claro que la vulneración de derechos es precisamente, desde el punto de vista técnico, aquello que primeramente debe considerarse a fin de establecer si hay una vulneración del orden jurídico fundamental, como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Aunque la regulación no lo dice expresamente, al plantearse la inadmisibilidad por ilicitud por parte de uno de los litigantes, el juez, en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia (establecido en el artículo 259 del Proyecto), debe escuchar a la otra parte, y luego resolver. Esto sin perjuicio de

---

<sup>270</sup> Esta norma es similar en su redacción al artículo 267 N° 7 del Anteproyecto. La descripción que hace de la prueba ilícita es casi similar a la que efectúa el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, del año 2000, que establece la ilicitud cuando “en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales”.

que, estimamos, el juez de oficio no puede abrir debate sobre este tópico, en virtud de los principios de igualdad de armas y de buena fe procesal, que consagran los artículos 5 y 6 precitados<sup>271</sup>. Esta postura no descarta que el juez, dentro del devenir de la audiencia preliminar, pregunte a los intervinientes si van a promover debate acerca de las exclusiones probatorias. Lo que creemos el juez no puede hacer, es abrir la discusión de oficio en relación a un medio de prueba determinado, respecto del cual las partes no hicieron cuestionamiento acerca de su origen. Si el tribunal lo hiciera de ese modo, estaría supliendo la actuación de una de las partes, que ha omitido una intervención en su propio interés, tal vez por razones estratégicas.

Con posterioridad al debate y decisión en torno a la exclusión de pruebas, el artículo 255 c) dispone que el tribunal, en la resolución que cita a juicio, debe mencionar “[l]as pruebas que deberán rendirse en el juicio, y aquellas que se hubieren excluido”<sup>272</sup>.

Con lo anterior, sumado a la lectura del artículo 254 N° 8, tenemos que el Proyecto resuelve que se discuta la ilicitud en la etapa intermedia del procedimiento, en el debate de admisibilidad de las pruebas, en la misma oportunidad en que se efectúen los cuestionamientos de impertinencia, sobreabundancia e inocuidad. Y, de estimarse procedente, se le restará efectos al medio contaminado sancionando la ilicitud con la inadmisión o exclusión. Acá no hay lugar para dudas, a diferencia de la regulación laboral, pues derechamente se inclina el Proyecto por la exclusión, sin necesidad de mayores aclaraciones. La prueba excluida sencillamente no será rendida en la audiencia de juicio, de manera que en virtud de los principios de oralidad e inmediatez, el órgano sentenciador no tendrá contacto con la prueba impugnada.

---

<sup>271</sup> El artículo 287.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española faculta al juez a abrir debate de oficio sobre el asunto.

<sup>272</sup> Esta norma corresponde al artículo 268 del Anteproyecto.

Luego, en el Capítulo 5º que trata de la Audiencia de Juicio, encontramos el Párrafo 2º que regula las Disposiciones Generales Acerca de la Prueba. El artículo 263 dispone:

“Exclusión de prueba. El juez, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes, **hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales** o recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que se tratare de cuestiones indisponibles para las partes.

Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva.

Esta norma, que corresponde al artículo 282 del Anteproyecto, pareciera que no es más que una reiteración de la regulación vista precedentemente, a propósito de la audiencia preliminar. En efecto, ampara la exclusión como sanción a la ilicitud de la prueba y fija los criterios de inadmisibilidad, aunque ahonda en ellos (incorporando los hechos no controvertidos).

Sin embargo, deja lugar a algunas dudas. Si ordena la exclusión, pero dentro del capítulo relativo a la audiencia de juicio, ¿significa que el juez de la audiencia de juicio puede ordenar excluir la prueba ilícita? De ser efectivo lo anterior, ¿qué ocurre con la no valoración como sanción? ¿Se le cierra la puerta? Es decir, si el juez no excluye en la audiencia de juicio, ¿debe necesariamente valorar la prueba ilícita?

Primeramente, debemos recordar que el Párrafo 2º está titulado “Disposiciones Generales Acerca de la Prueba”. Si revisamos las otras normas que lo componen, podemos apreciar que el artículo 261 trata del ofrecimiento de prueba, actividad que necesariamente tiene lugar en la audiencia preliminar. Asimismo, el artículo 262 trata de las convenciones probatorias que las partes

pueden celebrar en esa audiencia preliminar. Por último, vemos que el artículo 265 y 266 tratan de la carga y de la valoración de la prueba, respectivamente.

Pareciera entonces que se trata de un catálogo o estatuto general acerca de la prueba, algunas de cuyas normas son aplicables a la audiencia preliminar, y otras a la valoración de la prueba. No autoriza la norma a excluir prueba en la audiencia de juicio, sino que reitera que el juez tiene esa facultad, pero en la audiencia preliminar. No se trata entonces de una instrucción dirigida al juez que conoce de la audiencia de juicio. Esto es lógico, puesto que, salvo ilicitud en el modo en que se rinde la prueba, si la prueba ha sido incorporada en la resolución que cierra la audiencia preliminar, corresponde derechamente que se rinda en la audiencia de juicio.

Pero esa afirmación no implica reconocer que el juez de la audiencia de juicio se encuentre obligado a valorar la prueba ilícita. Por el contrario, nuestra posición consiste en que el juez de esta audiencia no viene atado de manos por la resolución del juez de la audiencia preliminar que cita a juicio. No se puede afirmar que existe un deber de los jueces de emitir su sentencia “con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales”<sup>273</sup>. A fin de cuentas, no es dable obligar a un juez a fallar a sabiendas contra la garantía del debido proceso, de manera que esa prueba no debería ser valorada. Hemos convenido anteriormente que hoy en día en nuestro ordenamiento existe una prohibición general de permitir que la prueba ilícita produzca efectos. Con la regulación de la ilicitud que hacen los artículos 5, 6 y 18 precitados, ubicados en el Libro I bajo el título Principios Básicos, no queda más que confirmar este postulado.

En otro asunto, el Proyecto no indica qué parte, si demandante o demandado, pueden solicitar la exclusión. Creemos, por lo expuesto hasta aquí, que la regulación se inclina por otorgar esa facultad de exclusión a ambos litigantes, puesto que el amparo al debido proceso los protege y obliga sin

---

<sup>273</sup> Hernández, obra citada, p. 90.

distinción. Esto último es especialmente aplicable, desde que se revisa el tenor de los artículos 1, 2, 5 y 6 del Proyecto, que contiene un deber procesal de actuar de buena fe, proscribiendo la fuerza al interior del proceso, y respetando la igualdad de armas y los derechos fundamentales. En el proceso civil no hay ninguna poderosa razón para eximir a uno de los litigantes del cumplimiento de esos deberes. La idea del proceso es precisamente situar en un plano de igualdad a litigantes que fuera del tribunal no lo son.

### C.3) En el procedimiento sumario

Este procedimiento viene establecido en el Título II del Libro II. En su tramitación destaca principalmente la citación inmediata a una audiencia sumaria, previa presentación de la demanda. Cinco días antes de la celebración de la audiencia, el demandado debe contestar por escrito la demanda.

El objetivo de esa audiencia viene fijado por el artículo 317, y se destaca en el número 6: “Determinar las prueba que recibirá el tribunal y aquellas que serán inadmisibles, según lo señalado en el numeral 8° del artículo 254”, norma esta última que, recordemos, permite excluir prueba en razón de su ilicitud<sup>274</sup>. Luego, la prueba admitida debe ser rendida en la misma audiencia sumaria. Entonces, en la misma línea que el procedimiento ordinario, se establece la exclusión, antes de entrar en la rendición de prueba en la misma audiencia.

### C.4) Los recursos

---

<sup>274</sup> Adicionalmente, el artículo 393 del Anteproyecto disponía que “Contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”. Esta norma lo que hacía era aplicar el mecanismo de exclusión en la audiencia única, con posibilidades de ser revisado en segunda instancia, mediante el recurso de apelación

En este ámbito nos referiremos únicamente al recurso de apelación, que regula el Proyecto en los artículos 334 y siguientes. Los recursos de reposición y extraordinario no tienen mayor trascendencia en relación a nuestro tema.

Este recurso de apelación viene dotado de una doble finalidad. Primeramente, se pretende cumplir con un objetivo de enmienda, que se define en razón del agravio del recurrente. Así lo establece el artículo 334 inc. 1: “*Objeto del Recurso*. El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en los fundamentos de las pretensiones formuladas ante el tribunal inferior”.

En segundo lugar, tiene por objeto la invalidación o anulación de la resolución recurrida. De esa manera, el inc. 2 del artículo 334 dispone que “Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas o garantías procesales cometidas en la primera instancia, para obtener la invalidación del juicio oral y de la resolución respectiva, o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título”.

El artículo 336 establece las denominadas causales específicas del recurso:

**Art. 336. Causales Específicas del Recurso.** Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas o garantías procesales cometidas en la primera instancia, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales:

i) Cuando se hubieren rendido diligencias probatorias en una forma no prevista en la ley;

En este caso sólo se establece como causal la rendición de la prueba de modo no previsto en la ley. Nada dice la norma en relación a la obtención del medio de prueba. Ya sabemos que la obtención pudo ser absolutamente cuestionable, como en el caso de la prueba ilícita, pero su rendición puede ser con



absoluto apego a las reglas establecidas, lo que no le resta su carácter de prueba ilícita. En consecuencia, el Proyecto se inclina por establecer una causal específica para la prueba ilícita en razón de su rendición, como es el caso de un interrogatorio que se efectúa coaccionando al testigo o a la parte. Pero ha quedado fuera la ilicitud de origen, u obtención o recogida con infracción de derechos fundamentales. Adicionalmente, esta causal no se distinguiría de la denominada prueba ilegal, cuya rendición no vulnera derechos fundamentales. Ni tampoco se distingue de la prueba anulable procesalmente. Ello constituye sin duda un error.

Creemos que esta omisión no es óbice para intentar el recurso, pero de conformidad a las causales genéricas de agravio que establece el artículo 334 inc. 1. No obstante esta solución parcial, no parece una arquitectura de medios de impugnación muy adecuada. En efecto, ya que al recurso de apelación clásico se le están adicionando en el Proyecto causales propias del recurso de nulidad, creemos que se ha dejado pasar una buena oportunidad de regular una causal centrada en la ilicitud, y haber promovido un nuevo juicio en caso de haberse valorado la prueba ilícita.

A mayor abundamiento, de mantenerse la norma, no es claro qué criterio se seguirá, ya que el artículo 345 c) obliga, en caso de invocarse una infracción de una garantía procesal, a expresar la causal específica en que se funda el recurso. Pero sin duda se genera un problema en el caso de la prueba ilícita, en que no hay causal específica regulada por el Proyecto, pero sí hay una infracción de garantía procesal. Parece que para el Proyecto, no hay infracción al debido proceso o a alguna otra garantía procesal (igualdad de armas) al incorporar prueba ilícita al juicio.

De manera más acertada, el Anteproyecto contemplaba la existencia de un recurso de nulidad, que era procedente en caso de utilización de prueba ilícita, independiente de si la infracción tuvo lugar en la obtención o en la rendición de

prueba. En efecto, dentro de las causales establecidas, el artículo 365 a) lo hacía procedente en contra de la sentencia definitiva: “Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Entendemos para estos efectos, al igual que en el recurso de nulidad de sede procesal penal, que la obtención y aportación de prueba ilícita o la ilicitud en su rendición, importan una infracción tanto al debido proceso, como al derecho fundamental vulnerado con la recogida de prueba.

Con ello es evidente la contradicción en que incurre el Proyecto, que luego de tratar la institución adecuadamente en sus principios generales y en la etapa de juicio, no pone el mismo énfasis en los recursos. Es esperable que la tramitación el Proyecto en el Congreso Nacional mejore la redacción de la norma, y establezca una causal similar a la del recurso de nulidad que no se mantuvo. De lo contrario, la protección de la prueba ilícita sería insuficiente, estando relegada, en materia de medios de impugnación, al recurso de apelación en los mismos términos que hoy lo conocemos, es decir un recurso ordinario, que es procedente por un agravio genérico.

Cuando el recurso se fundamenta en la infracción de normas o garantías procesales, el artículo 346 establece que se puede rechazar el recurso, con posterioridad a la vista de la causa, si los hechos constitutivos de la causal no influyeren en lo dispositivo del fallo (a), o si aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido una indefensión procesal reparable sólo con la invalidación del juicio oral y de la sentencia (b)<sup>275</sup>. A pesar de la ausencia de una causal específica que ampare la ponderación de prueba ilícita en la sentencia, salvo por la letra i) del artículo 336, es enteramente aplicable a este último

---

<sup>275</sup> El artículo 367 del Anteproyecto exigía una influencia en lo dispositivo del fallo, es decir, la prueba ilícita debía ser valorada en la sentencia y ésta dictada con agravio para el recurrente de nulidad. Si esto no ocurría, el inc. 2° facultaba al tribunal a “desestimar el recurso, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.

supuesto lo revisado precedentemente con ocasión de la influencia en lo dispositivo a raíz del recurso de nulidad en sede procesal penal.

En lo relativo a los efectos de prosperar el recurso por la causal específica precitada, se debe anular no sólo la sentencia sino además el juicio oral, en razón de lo prescrito en los artículos 349, 350 y 351 del Proyecto, determinando la sentencia el estado en el que debe quedar el procedimiento.

En cambio si se acoge el recurso sólo en virtud del agravio genérico que establece el artículo 334 inc. 1, procedería la revocación o enmienda de la sentencia por el mismo tribunal que conoce del recurso, quien deberá dictar la de segundo grado, según se desprende del articulado precitado. En este último caso, el camino que debería seguir el tribunal es la no valoración de la prueba ilícita. Esto constituye un segundo error del Proyecto, dado que como se puede vislumbrar, la sanción de exclusión establecida claramente por el Proyecto, deviene en este caso en una sanción más leve y de control más difuso.

## CONCLUSIONES

La prueba ilícita es un fenómeno propio del Siglo XX, que ha tenido una recepción tardía en nuestro ordenamiento, cuyo primer reconocimiento viene de fines de esa centuria. No obstante la demora, el proceso de incorporación en los nuevos estatutos adjetivos ha sido persistente. Esto aunque es meridianamente claro que el ámbito procesal penal es el que presenta más oportunidades de producirse la prueba ilícita. Es destacable, en todo caso, el aporte que la órbita laboral ha hecho por la vía jurisprudencial a la existencia de la institución.

A estas alturas de la evolución del concepto, es sostenible que la ilicitud pueda venir dada no sólo por la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales, sino también por el modo en que la prueba se rinde en el juicio. Con ello se amplía la órbita de acción del concepto.

Es necesario separar la regulación de la ilicitud de la nulidad procesal, ya que son dos institutos diversos. A mayor abundamiento, el acto probatorio puede tener una forma procesal perfecta, apegada en todos sus aspectos al modelo legal, pero con pruebas recolectadas con vulneración de derechos. Ante esto la nulidad procesal no tiene respuestas, pero sí las tiene la teoría de la prueba ilícita.

Asimismo, la jerarquía normativa del derecho vulnerado en la obtención puede provenir tanto de la Constitución como de una ley, especialmente en este último caso tratándose de aquellas normas que establecen prerrogativas al interior del proceso.

En lo que respecta al sujeto activo de la vulneración, no es monopolio exclusivo del Estado incurrir en una vulneración de derechos, conducta en la cual también pueden caer los particulares. Por ende, en el proceso civil la prohibición

afecta a todos los litigantes. Esto se aplica al procedimiento civil, laboral y de familia.

Se debe tener claro que es la igualdad armas de los litigantes el fundamento de la privación de efectos de la prueba ilícita en sede procesal civil, más allá de los aspectos éticos que pueda pretender involucrarse en el asunto. Al interior del proceso las partes deben estar en un plano de igualdad. Ésta se rompe si se le reconoce a uno de los litigantes el derecho a jugar fuera del marco legal, especialmente en materia probatoria. Al no haber igualdad de oportunidades entre los litigantes, se afecta el debido proceso, de manera que es necesario que exista un reestablecimiento del equilibrio por el tribunal, desconociendo los efectos de lo obrado en perjuicio de los derechos fundamentales. En cambio si en el procedimiento la diferencia entre los litigantes resulta ser sustancial, como en el caso del sancionatorio administrativo y del TDLC, nos inclinamos a invocar el fundamento ético.

La misma garantía del debido proceso es la que se debe considerar como fundamento constitucional de la exclusión o no valoración de la prueba ilícita. No existe un derecho autónomo a la prohibición de la prueba contaminada, sino más bien se trata de uno más de los aspectos que abarca el racional y justo procedimiento. Por ello, cuando un litigante pretende hacer valer la prueba ilícita en un procedimiento, busca obtener provecho de la violación de un derecho o garantía fundamental, poniendo en entredicho la garantía del debido proceso. La presunción de inocencia también se puede invocar, pero presenta una limitación al ámbito procesal penal y administrativo sancionatorio.

En cuanto a la relación con el derecho a la prueba, no se debe ver la prueba ilícita como una limitación del mismo, sino más bien como otra garantía procesal que forma parte del derecho a defensa, y que no debe necesariamente colisionar con el primero en su aplicación. Sin duda que una inteligencia extrema del instituto por los jueces llevará a una vulneración del derecho a defensa y del

derecho a la prueba, pero no se trata de una posibilidad o defecto privativo de la prueba ilícita, sino de cualquier criterio de admisibilidad de la prueba, por ejemplo la pertinencia. En términos simples, si los jueces optan por subir los estándares de pertinencia a niveles absurdos, el derecho a defensa y a la prueba se ven afectados también. Por ello, es un problema de equilibrio y aplicación racional de la sanción de prohibición de efectos, no de que constituya la prueba ilícita un límite en sí misma al derecho a la prueba.

Respecto de las consecuencias de la ilicitud, sigue siendo la exclusión o inadmisión la llamada sanción principal. Aunque siempre es necesario que exista una estructura que permita que la exclusión opere como tal, y no se trate de una no valoración encubierta, o de una exclusión desperfilada. Aquellos ordenamientos que asignan al mismo juez la labor de determinar la exclusión y de dictar sentencia para el caso, en realidad aplican una regla de exclusión atenuada, con algunos rasgos de no valoración, por la información preexistente del medio de prueba contaminado. Sería conveniente en esos casos que se inhabilite al juez de la audiencia preparatoria, a fin de que un tribunal no contaminado sea el que tome la audiencia de juicio y valore sólo la prueba que se rindió en ésta, y no otra. Ello podría ser sugerido vía auto acordado, o derechamente impulsado mediante reforma legislativa.

El ensalzamiento de la exclusión no debe entenderse en desmedro o menosprecio de la no valoración, puesto que al momento de la rendición de la prueba cuestionada, las partes y el tribunal contarán con elementos de juicio adicionales para impugnar el medio probatorio. Adicionalmente, el hecho de que se consagre la exclusión no significa que se ordene al juez valorar la prueba ilícita que no se haya podido filtrar en la audiencia intermedia. La inutilizabilidad es una prohibición general de uso.

A fin de paliar los efectos adversos de la no valoración –la valoración encubierta-, se ha intentado dar dos soluciones por la doctrina, la inhabilidad del

juez y la correcta motivación de la sentencia. Si bien la primera podría resultar adecuada, aparte de requerir reforma legal, implicaría reconocer la facultad de aquél que obtiene y hace valer la prueba, para provocar la nulidad del juicio (constituyendo a fin de cuentas una exclusión), de modo que se debe manejar con cautela esta opción. La correcta motivación de la sentencia resulta más bien un deber siempre exigible al juez, no especialmente con la finalidad de precaver que la valoración encubierta. A fin de cuentas, no se debe demonizar la no valoración. Es útil y se ha empleado con éxito por la jurisprudencia.

Por otro lado, la nulidad del juicio y de la sentencia se establece como consecuencia de la ilicitud, pero ello no implica, creemos, exigir trascendencia en este caso, pese a que la doctrina y la jurisprudencia sostienen lo contrario, dado que es una determinación de hecho y de complejidad alta.

Intentando abrir un debate que es de esperar no sea de utilidad mayor por la próxima reforma del proceso civil, se ha propuesto una vía para el orden procesal civil y para aquellos estatutos que guarden silencio en relación a nuestra institución, para intentar la privación de efectos probatorios de manera previa a la sentencia definitiva, cual es el incidente. Este incidente debe ser preferentemente de exclusión, conforme expusimos, aunque la no valoración tiene cabida igualmente. Asimismo, se ha intentado abrir un camino en relación a los recursos procesales aplicables en el mismo ámbito, siendo los más adecuados la apelación y la casación en el fondo.

Del análisis que se ha hecho de la nueva regulación en sede familia, aparecen dos recomendaciones: la necesidad de incorporar una prohibición general de uso de la prueba ilícita, no sólo la exclusión y producir una norma que evite que el mismo juez tome la audiencia preparatoria y la de juicio cuando hay exclusión por ilicitud.

En el Código Laboral es destacable la deuda en que quedó el legislador, al establecer ambiguamente la sanción y los recursos utilizables; es esperable que la normativa se interprete en el sentido que se trata de una exclusión y no de una no valoración, aunque naturalmente es mejor que exista una modificación del estatuto más acorde a la técnica demostrada por los otros ordenamientos adjetivos.

La misma deuda en que quedó el redactor del Proyecto de Código Procesal Civil, en materia de recursos procesales para impugnar la decisión tomada en razón de la ilicitud. Se echa de menos la regulación más precisa del Código Procesal Penal que establece la posibilidad de anular el juicio en el que se dictó la sentencia que valoró prueba ilícita o se rindió de ese modo.

Para terminar, se celebra la innovación legislativa. Quedan deudas pendientes a fin de mejorar la institución. Pero sin duda, quien tiene la palabra por el momento son el juez y las partes, quienes deberán aplicarla en su correcto cauce.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Eduardo Aldunate, El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales, en La Constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
2. Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
3. Adolfo Alvarado Velloso, El Debido Proceso, Gaceta Jurídica N° 110.
4. Adolfo Alvarado Velloso, La Prueba Judicial. Librotecnia, Santiago, 2009.
5. Adolfo Alvarado Velloso, *Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
6. Kai Ambos, “Las Prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en Prueba y Proceso Penal, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
7. Teresa Armenta Deu, “La Verdad en el Filo de la Navaja (Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita)”, *Ius et Praxis*. [online]. 2007, vol.13, no.2 [citado 21 Enero 2009], p.245-377. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.
8. Roland Arazi, Límites a la Verificación de la Verdad Material o Histórica, en Debido Proceso, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.
9. Jack M. Beard, The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations, *American Journal of International Law*, enero 2007, volumen 101 N° 1, pp. 56-73.
10. Alberto Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad Hoc, segunda edición, Buenos Aires, 1999
11. Jorge Bofill Genzsch, Las Prohibiciones de Prueba en el Proceso Penal, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XII, año 1988.
12. Jorge Bofill Genzsch, Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación, consecuencias de su incumplimiento

en las diferentes etapas del procedimiento, Informes en Derecho Doctrina Procesal Penal 2005-2006, Defensoría Penal Pública.

13. Andrés Bordalí Salamanca, El Debido Proceso Civil, en La Constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
14. Carlos Alberto Carbone, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como Medio de Prueba, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.
15. Alex Carocca Pérez, Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile, Revista Ius et Praxis, Año 4 N° 2, Universidad de Talca, 1998.
16. Carlos Cerda Fernández, Iuris Dictio, Editorial Jurídica, Santiago, 1992.
17. Eduardo J. Couture, Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en Estudios de Derecho Procesal en Honor a Hugo Alsina, Ediar editores, Buenos Aires, 1946.
18. Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, tercera edición (póstuma), Buenos Aires, 1958.
19. Mirjan R. Damaska, Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado, Editorial Jurídica, Santiago, 2000.
20. Andrés de la Oliva, Presunción de Inocencia, Prueba de Cargo y Principio de Conformidad, en Prueba y Proceso Penal, coordinador Juan Luis Gómez-Colomer, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
21. Departamento de Derecho Procesal, Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, año 2005, N° 20.
22. Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, tercera edición, Buenos Aires, 2004.
23. José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales, La Garantía Constitucional de Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, 2001.
24. Milcíades Enrique Espinosa Mardones, El recurso de revisión en nuestro Código de Procedimiento Civil, Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 1923.

25. José Manuel Fernández, Secreto Profesional y Derecho a Defensa, en La Semana Jurídica N° 365, 26 de diciembre de 2007.
26. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, quinta edición, Madrid, 2001.
27. Francisco Ferrada Culaciati, “La Imparcialidad del Juez en el Procedimiento Penal Común y en el Procedimiento Penal Militar”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1997.
28. José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
29. Gonzalo García, La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra Administración? Colecciones de Investigaciones Jurídicas, universidad Alberto Hurtado año 2004 N° 5.
30. James Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Editorial Labor, Barcelona, 1936.
31. Jesús María González García, El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita. Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral, dic. 2005, vol.18, no.2, p.187-211.
32. Héctor Hernández Basualto, La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, N° 2, 2004.
33. María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II, Editorial Jurídica, año 2004.
34. Eduardo Jequier Lehuède, “La Obtención Ilícita de la Fuente de la Prueba en el Proceso Civil. Análisis Comparativo del Ordenamiento Jurídico Español y Chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N0 3, año 2007.
35. Jacobo López Barja de Quiroga, Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida, Akal, Madrid, 1989.
36. Julio Maier, Derecho Procesal Penal, II Parte, Editores del Puerto, primera edición, Buenos Aires, 2003.

37. José Ignacio Martínez Estay, “Los Particulares Como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales: la Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos”, en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998.
38. Marcelo Midón, Pruebas Ilícitas, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
39. Manuel Miranda Estrampes, El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal, J. M. Bosch Editor, segunda edición, Barcelona, 2004.
40. Juan Montero Aroca, La Prueba en el Proceso Civil, tercera edición, Civitas, Madrid, 2002.
41. Augusto M. Morello, La Prueba, Tendencias Modernas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001
42. Humberto Nogueira Alcalá, Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, p.221-241.
43. Humberto Nogueira Alcalá, El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano, Librotecnia, Santiago, 2007.
44. Manuel Ortells Ramos, Derecho Procesal Civil, Aranzandi, tercera edición, Navarra, 2002.
45. Enrique Paillás Peña, Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica, Santiago, 1984.
46. Lino Enrique Palacio, Los Recursos en el Proceso Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
47. Joan Picó I Junoy, La Prueba Ilícita y su Control Judicial en el Proceso Civil, Editorial V Lex, enero de 2005, [www.vlex.com](http://www.vlex.com)
48. Joan Picó I Junoy, El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, Bosch Editores, Madrid, 1996.
49. Emilio Pfeffer Urquiaga, Manual de Derecho Constitucional, Ediar Conosur, Santiago, 1991.
50. Hugo Pereira Anabalón, Legitimidad del Ministerio Público para interponer recurso de nulidad en el proceso penal, en *Gaceta Jurídica* N° 306, año 2005, p. 44.
51. Julio Salas Vivaldi, Los Incidentes, Editorial Jurídica, sexta edición, Santiago, 1997

52. Nelson Pozo Silva, Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal, en Gaceta Jurídica N° 313, año 2006.
53. Michele Taruffo, La Prueba Jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
54. Michele Taruffo, Investigación Judicial y Producción de Prueba por las Partes, Revista de Derecho de la Universidad Austral, Vol. XV, diciembre 2003.
55. Raúl Tavolari Oliveros, Tribunales, Jurisdicción y Proceso, Editorial Jurídica, Santiago, 1994.
56. Raúl Tavolari Oliveros, Del Debate sobre la Licitud de la Prueba y su Exclusión por parte del Tribunal de Juicio Oral, Informe en derecho evacuado para el Ministerio Público, disponible en [www.minpublico.cl](http://www.minpublico.cl).
57. Raúl Tavolari Oliveros, “La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos”, en Revista Actualidad Jurídica N° 19 enero 2009 T I, Universidad del Desarrollo, Santiago.
58. Raúl Tavolari Oliveros, Nuevo Régimen de los Recursos de Casación y Queja, Conosur, Santiago, 1996.
59. Raúl Tavolari Oliveros, “Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal”, Actualidad Jurídica N° 20, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009
60. Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García Barzelatto, Manual de Derecho Político, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1988.
61. Susan Turner Saelzer, Los Tribunales de Familia, Ius et Praxis, 2002, vol.8, N° 2, p.413-443.
62. Jerzy Wroblewsky, “Theoretical and ideological problems of judicial independence”, Los jueces en una sociedad democrática, coord. Juan Igartua Salaverría, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1987.
63. Francisca Zapata, La Prueba Ilícita, Lexis Nexis, Santiago, 2004.