



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**REGLAS APLICABLES EN MATERIA PROBATORIA AL JUICIO DE
DIVORCIO POR CULPA, QUE ASEGURAN LA EFICACIA DEL CORREO
ELECTRÓNICO PARA ACREDITAR LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN
LA LEY Y EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

AUTOR: CAROLINA ALEJANDRA PINCHEIRA SEPÚLVEDA

PROFESORA GUÍA: LORENA DONOSO ABARCA

Santiago de Chile, 2014

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO PRIMERO: EL MATRIMONIO Y LAS CAUSALES DE DIVORCIO POR CULPA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	22
1. ASPECTOS RELEVANTES Y PERTINENCIA DE ESTE ANÁLISIS.	22
2. EL MATRIMONIO.	23
I. Concepto de matrimonio: doctrina nacional y legislación comparada.	23
II. Aspectos relevantes de la definición de matrimonio entregada por el Código Civil chileno.	31
3. TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.....	36
I. Aspectos generales de la terminación y relación con la separación y nulidad.....	36
II. La nulidad y la separación.	37
4. EL DIVORCIO.....	41
I. Concepto en Derecho Nacional.	41
II. Concepto en Derecho comparado.	42
III. Divorcio de común acuerdo.	45
IV. Divorcio unilateral.	46
V. Divorcio sanción.	46
VI. El divorcio por culpa: historia de la ley.	47

VII. Análisis de las causales.	59
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU	
APLICACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO POR CULPA.....	68
1. LA PRUEBA EN JUICIO EN GENERAL.	68
I. La prueba.....	68
II. Normas generales.	69
III. Elementos de la prueba.....	70
IV. Sistemas de valoración de la prueba.....	74
V. Otros medios de prueba no regulados.....	79
VI. Los modernos medios de prueba.	80
2. LA PRUEBA EN SOPORTE ELECTRÓNICO.....	82
I. El documento.....	82
3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.	88
I. Concepto de documento electrónico.	88
II. Referencias al soporte papel.	91
III. Etapas de creación del documento electrónico.	93
IV. Características del documento electrónico.....	94
V. Posibles problemas del documento electrónico.....	95
VI. El derecho comparado.	96
VII. La firma electrónica y la equivalencia de soportes.	105
VIII. Forma de presentación en juicio.....	107
IX. Valor probatorio y eficacia en juicio.....	107
4. EL CORREO ELECTRÓNICO.	108
I. Concepto.	108

II.	Naturaleza jurídica del correo electrónico.....	110
III.	Reconocimiento en la legislación. Regulación constitucional y legal. 113	
IV.	Analogía con la violación de correspondencia.....	119
V.	Proyecto de Protección Civil de la vida privada. Historia de la Ley 19.628.	121
VI.	Derecho comparado: violación de correspondencia.....	127
VI.	Inviolabilidad de la correspondencia del cónyuge.	158
VII.	Breve referencia a los aportes del Derecho del Trabajo.....	158
5. EL USO DE LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA Y SU APLICACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO.160		
CAPÍTULO TERCERO: EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PROBATORIA Y SU APLICACIÓN A LA PRUEBA DEL DIVORCIO POR CULPA A TRAVÉS DE CORREOS ELECTRONICOS Y MEDIOS AFINES.....		
		171
1.	EL DEBIDO PROCESO.	171
I.	Concepto.	171
2.	EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.	172
I.	Concepto.	172
II.	Derecho comparado.	172
III.	Teorías sobre prueba ilícita.	182
IV.	Formas en que puede presentarse la prueba ilícita.....	185
V.	La excepción a la exclusión de prueba ilícita.....	186
VI.	Momento de la exclusión.	193
VII.	Efecto psicológico de la inclusión de la prueba ilícita.	194
VIII.	Cuestionamientos finales.....	195

3. REGLAS APLICABLES EN MATERIA PROBATORIA AL JUICIO DE DIVORCIO POR CULPA QUE ASEGURAN LA EFICACIA DEL CORREO ELECTRÓNICO PARA ACREDITAR LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN LA LEY Y EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO.....	197
I. El correo electrónico como moderno medio probatorio.....	198
II. La prueba del divorcio por culpa por medio del correo electrónico personal.....	203
III. Aplicación de los modernos medios en las causales establecidas en la ley para el divorcio culposo y la prueba eficaz.	204
IV. El carácter excepcional del divorcio y las restricciones probatorias. 210	
V. Forma de obtención de los correos electrónicos para estos fines: momento en que se entiende violada una comunicación privada.	213
VI. La obtención de medios de prueba por parte del cónyuge y su eficacia en juicio.	218
VII. La aceptación de los medios tecnológicos de prueba y la eficacia real en juicio.	220
VIII. Jurisprudencia comparada.	223
1. CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES RESPECTO DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO.	228
I. La hipótesis.....	228
II. Medios de prueba para la respectiva causal.....	232
III. Propuestas para la eficacia del correo electrónico como medio de prueba.	240
IV. ¿Es posible acompañar un correo electrónico de forma eficaz en el juicio de divorcio por culpa?.	249
CONSIDERACIONES FINALES	252

ANEXO 1: JURISPRUDENCIA RELEVANTE PARA EL DESARROLLO DE ESTA INVESTIGACIÓN	253
I. DIVORCIO.	253
II. DEBIDO PROCESO E INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.	259
ANEXO 2: LEGISLACIÓN	273
BIBLIOGRAFÍA.....	275

RESUMEN.

La investigación desarrollada, es presentada en el contexto de los medios de prueba tecnológicos aceptados por la ley para ser acompañados en juicio, con relevancia en la prueba de las causales taxativas determinadas para el juicio de divorcio sanción, cuyos elementos diferenciadores como la existencia de una demanda entre cónyuges y la dificultad en la existencia de prueba preconstituida, involucran circunstancias relevantes en el ámbito de las nuevas tecnologías, los derechos fundamentales y la prueba ilícita.

En concreto se analizan las condiciones de legitimidad del uso de correos electrónicos como medio de prueba para acreditar la culpa del cónyuge infractor de los deberes conyugales, con una visión de derecho nacional y comparado. Para ilustrar al lector, al final de esta investigación se agrega una selección de fallos analizados en el curso de la investigación.

INTRODUCCIÓN.

El 5 de Noviembre de 1997 y en el contexto de la modernización de los sistemas jurídicos chilenos, se presenta el primer antecedente para la creación de los Tribunales de Familia , proyecto de ley ingresado como mensaje y que contempla la libertad de prueba y la sana crítica como método de apreciación, en contraposición al sistema de prueba legal o tasada establecido para el procedimiento ordinario aplicable al juicio de familia con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.968, basando el cambio de paradigma en la legitimación de las decisiones mediante un procedimiento especializado en la resolución de estos conflictos de naturaleza específica.

En este contexto, la institución del divorcio establecida en la Ley 19.947 de 2004, que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil señala las causales para que se configure el divorcio por culpa, entre las que se contempla entre otras la trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio y la conducta homosexual, las cuales en atención a la ley 19.968 pueden ser probadas con cualquier medio producido en conformidad a la ley, con exclusión de la prueba ilícita y con resolución basada en las reglas de la sana crítica.

La naturaleza del conflicto que se suscita en materia de familia en general y del divorcio en lo particular, permiten que el procedimiento se base en prueba que

no se configura dentro de ningún medio probatorio otorgado expresamente por la ley, por lo que se generan dudas con respecto a la pertinencia en su inclusión, licitud y valoración. En lo que concierne a estos medios de prueba, son relevantes las videograbaciones, los correos electrónicos, las conversaciones telefónicas, los mensajes de texto, las redes sociales, entre otras similares generalmente en soporte electrónico.

De acuerdo a lo anterior, es manifiesto que existe un problema en desarrollo basado en las tecnologías emergentes no contempladas originariamente por el legislador cuyo eje es el juicio de divorcio por culpa, la forma de obtención de la prueba para sostener la pretensión y la validez real de esta en conformidad a la barrera de la ilicitud eventual de la misma, siendo oportuno el tratamiento de este tema por encontrarse en auge principalmente por su utilización y legitimación por parte de los afectados para resolver conflictos, siendo en muchos casos única fuente probatoria en la cual podrían basarse atendidas las características del conflicto.

El divorcio sanción o divorcio por culpa, tal como lo señala el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, requiere para que se configure, la existencia de una demanda por parte de uno de los cónyuges por falta imputable al otro, ya sea por considerarse que existe una violación grave de los derechos y obligaciones que impone el matrimonio establecidos en los artículos 131 y siguientes del Código Civil o de los derechos y obligaciones para con los hijos, establecidos

en los artículos 222 y siguientes del mismo ordenamiento, que en suma tornen intolerable la vida en común, considerándose en lo sustancial como un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada convincente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal¹. El inciso segundo enumera una serie de transgresiones, conductas u omisiones que constituyen severas faltas al vínculo conyugal, sin ser taxativas o excluyentes de otras hipótesis que encuadren en la causal general², entre ellos atentar contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica, transgresión a los deberes de convivencia, socorro y fidelidad, conducta homosexual, alcoholismo o drogadicción como impedimento grave para la convivencia.

Para acreditar alguna causal de las establecidas para la configuración de la situación a probar, la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia permite la prueba mediante cualquier medio producido en conformidad a la ley y establece la sana crítica como forma de valoración de la misma, lo que significa según su artículo 54 que para la fundamentación de las sentencias no podrán contradecir

¹ Canales, Patricia. Lioseau, Virginia. "El divorcio en la legislación comparada". Año III N° 71, Septiembre de 1993, p.1. (citado por Illanes Valdés, Alejandra. 2006. "El divorcio (I). Sistema adoptado por la legislación chilena. divorcio sanción. En: "El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)". Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

² Corte de Apelaciones de San Miguel. Recurso de apelación. "Reyes Gutiérrez, Juan C. c/ Galvez Ahumada, Brisa del C". [En línea]. 15 de Octubre de 2010. ROL: 456-2010.

[http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25278&links=\[DIVORC,%20CULP](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25278&links=[DIVORC,%20CULP)]. (consulta: 27.04.2013)

los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Entre los documentos aptos para acreditar la causal, encontramos el documento electrónico, en cual es definido por la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, como toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior. Es relevante lo relativo a la equivalencia de soportes, en cuanto es reconocido por el artículo 1° de la misma ley, lo cual supone reconocer iguales efectos al acto o contrato que consta en medios electrónicos a los que tendría si constara en otros medios tradicionales³, lo que tiene injerencia en el reconocimiento como medio de prueba por el Código Civil. En este sentido, el correo electrónico entendido como instrumento privado, debe ser reconocido o mandarse a tener por reconocido para tener pleno valor en juicio, esto significa que la parte que lo presenta tiene la carga de probar su

³ Donoso, Lorena. 2003. "Firma electrónica: análisis del estatuto jurídico en Chile", en "Tópicos esenciales de derecho informático". Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Página 47. (Original no consultado, citado por: Arrieta, Rodrigo. Canelo, Carola. Moya, Rodrigo. Romo, Rodrigo. 2004. "El documento electrónico, aspectos procesales". [en línea]. En Revista chilena de derecho informático. Página 88. <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10674/10952> Página 102 (consulta: 27.04.2013)

autenticidad y de obtener el reconocimiento del documento en conformidad a la ley⁴.

Ahora bien, estos documentos contendrán, necesariamente, información personal relativa a la persona del cónyuge y/o de terceros. A este respecto es importante analizar la historia de la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada, que regula el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, señalando que toda intromisión en dicho ámbito es ilegítima, salvo las excepciones que en cada caso particular se establezcan en los respectivos ordenamientos jurídicos⁵. Esta ley tiene su fundamento en el carácter inviolable de la vida privada como regla general reflejada en otros derechos derivados tales como la imagen y la honra, lo cual impide cualquier vulneración de la misma, coherente con un espíritu que resta mérito y declara la inadmisibilidad en juicio de los medios de prueba obtenidos mediante intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, salvo los casos expresamente exceptuados por las leyes⁶. Así, según las consideraciones anteriores se presenta con fecha 5 de Enero de 1993 un proyecto de ley en el que se reflejan los lineamientos anteriores, así, son relevantes los siguientes artículos: Artículo 1º.- La vida

⁴ Arrieta, Rodrigo. Canelo, Carola. Moya, Rodrigo. Romo, Rodrigo. 2004. "El documento electrónico, aspectos procesales". [en línea]. Revista chilena de Derecho Informático, Universidad de Chile, núm. 4, pp. 191 – 202. <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10674/10952> Página 102. (consulta: 27.04.2013)

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 1999. "Historia de la ley 19.628 Protección de la vida privada". [en línea]. página 5. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19628/HL19628.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

⁶ *Ibíd.* página 6.

privada de las personas es inviolable. Su protección frente a cualquier género de intromisiones ilegítimas se sujetará a las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que se establezca en otras leyes especiales; Artículo 2º.- La vida privada de las personas comprende, entre otros aspectos, el derecho a la propia imagen; a la intimidad personal y familiar; al anonimato y reserva; a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas; Artículo 3º.- Sin perjuicio de las excepciones expresamente contempladas en la ley, ninguna decisión judicial podrá estar fundada en hechos o antecedentes obtenidos por medio de intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona; Artículo 5º.- Salvo los casos expresamente exceptuados en la ley, se presume ilegítima toda intromisión en la vida privada en una persona; Artículo 6º.- El derecho a la vida privada es irrenunciable e imprescriptible, sin perjuicio de los casos de autorización previstos en la ley o de consentimiento del titular del derecho; Artículo 14º.- En general, constituyen intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona los siguientes casos: b) la utilización de cualquier medio o aparato para el conocimiento de la vida íntima de la personas o de sus conversaciones o correspondencia no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción; c) la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona que causaren o pudieren causar daño moral a ella o a su familia así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. i)

en general, todo acto u omisión arbitrario o ilegal que moleste, perturbe amenace o prive a una persona del ejercicio legítimo del derecho a su vida privada.

La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, como garantía explícita derivada del respeto y la protección de la vida privada, se encuentra establecida en varios cuerpos legales que garantizan su derecho, así el artículo 19 n° 5 de la Constitución Política de la República entrega los lineamientos para su protección, entregando a una ley los casos y formas en que esta puede ser interceptada, abierta o registrada. De forma similar, pero de regulación más limitada en lo literal, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 11 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protegen la vida privada y la correspondencia.

El Código Penal en el libro II, título III “de los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución” establece en el 161-A la pena de reclusión menor en cualquier grado y multa de 50 a 500 UTM a quien por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado o a quién difunda las mismas. Así mismo, consagra en el artículo 146 bajo la categoría de “crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares”, la pena aplicable para quien abriere o registrare la correspondencia o papeles de otro sin su voluntad, excluyendo en su inciso segundo a quien tenga la calidad de cónyuge.

La Ley General de Telecomunicaciones (Ley 18.168) en el artículo 36-B califica como delito la interferencia e interceptación de un servicio de comunicaciones.

Todo lo anteriormente consignado, debe ser entendido en el marco del debido proceso, en virtud del cual se sustentan reglas como la exclusión de prueba, donde en materia procesal penal, el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal establece que se excluirán todas aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. La Ley que Crea Los Tribunales de Familia establece en los artículos 28 y siguientes la libertad de prueba y la valoración mediante el sistema de sana crítica, permitiendo la exclusión por parte del juez de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Tiene relevancia en este sentido la expresa mención a “otros medios de prueba” donde se contemplan películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe, cuya forma de incorporación será determinada por el juez adecuándola al medio de prueba más análogo.

Pese a lo anterior, hay posiciones que se manifiestan a favor de la existencia de excepciones a la exclusión de prueba, entre las más relevantes se encuentran aquellas que superponen la verdad material y el carácter metajurídico de la prueba por sobre cualquier garantía que pueda ser vulnerada, considerando la

misma como una actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tiene por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad, sino de verosimilitud⁷. Otras teorías que sustentan esta afirmación se basan en la fundamentación de las sentencias como característica de la libertad de prueba y la sana crítica, la aplicación de sanciones distintas por la obtención de prueba mediante medios ilícitos, el derecho a la prueba como parte fundamental del debido proceso, la remisión a principios del derecho como la buena fe en el descubrimiento de la prueba, la necesidad de este y la fuente independiente, además de múltiples teorías que la atenuación de la prueba en relación a su vulneración y presentación.

Entendido lo anterior, es posible relacionar la multiplicidad de temas de la siguiente forma: la acreditación de una causal de divorcio sanción establecido en la legislación es de difícil prueba, por el ámbito de intimidad o privacidad en el que las pruebas útiles se encuentran contenidas, así, generalmente la prueba se encuentra en soportes no explicitados en la legislación, tales como el correo electrónico, el cual pese a ser aceptado como plena prueba una vez reconocido o mandado a tener por reconocido, o en cuanto se utiliza la firma electrónica de la forma establecida por la ley, en materias como el derecho de familia colisionan al momento de su presentación con garantías fundamentales que

⁷ Zapata García, María Francisca. 2004. "La prueba ilícita". Editorial Lexisnexis. 247 páginas. Página 25.

podieran ser vulneradas, tales como las contenidas en el artículo 19 N° 2, 4 y 5 de la Constitución Política en relación al debido proceso y la vida privada. La prueba considerada ilícita en este sentido, y en estos casos considerada como prueba útil, pudiera perder su rigidez procesal en cuanto existen excepciones que permiten su utilización en juicio basado en supuestos que equiparan la garantía vulnerada en el proceso de obtención de la prueba con el derecho en sí mismo a la prueba, la búsqueda de la verdad material y la consideración a principios generales del derecho. Por lo anterior, es importante determinar en qué casos es posible utilizar la prueba obtenida por la parte afectada para acreditar una causal de divorcio por culpa y bajo el cumplimiento de qué reglas procesales, sin afectar el debido proceso y las garantías constitucionales, con el objetivo de culminar con éxito un juicio con las características señaladas.

La ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, establece en el artículo 2° letra d) el concepto de documento electrónico, señalando que es toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior. Es relevante lo relativo a la equivalencia de soportes, en cuanto es reconocido por el artículo 1° de la misma ley, lo cual supone reconocer iguales efectos al acto o contrato que consta en medios electrónicos a los que tendría si constara en otros medios tradicionales, lo que tiene injerencia en el reconocimiento como medio de prueba por el Código Civil.

La utilización en juicio de este tipo de soportes presenta problemas al momento de la obtención de la prueba por parte del llamado “cónyuge inocente” (por ejemplo, un correo electrónico obtenido de la casilla de correo del “cónyuge culpable”, pudiendo considerarse en la mayoría de los casos como prueba que debe ser excluida del procedimiento por ser obtenida con vulneración de las garantías fundamentales establecidas en la Constitución. La historia de la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada caracteriza este derecho como derecho humano, señalando que toda intromisión en dicho ámbito es ilegítima, salvo las excepciones que en cada caso particular se establezcan en los respectivos ordenamientos jurídicos. Esta ley, que busca establecer un primer capítulo que otorgue una protección especialísima y desarrollada del artículo 19 n° 4 de la Constitución, tiene su fundamento en el carácter inviolable de la vida privada como regla general reflejada en otros derechos derivados tales como la imagen y la honra, lo cual impide cualquier vulneración de la misma, coherente con un espíritu que resta mérito y declara la inadmisibilidad en juicio de los medios de prueba obtenidos mediante intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, salvo los casos expresamente exceptuados por las leyes .

Hasta la fecha, lo que se ha escrito a este respecto varía entre el desarrollo de la institución del divorcio por culpa, cuyo eje central más tratado se centra en la compensación económica con un amplio espectro de publicaciones y de manera muy superflua los aspectos procesales. Por otro lado, en materia de

modernos medios de prueba, es desarrollado el uso de la firma electrónica y los soportes electrónicos en general, sin mayor desarrollo de la prueba tecnológica cotidiana o producida por las partes, solo encontrando indicios en lo desarrollado sobre el correo electrónico laboral.

En este contexto el objetivo general de la investigación fue: “Determinar las reglas ajustadas al debido proceso que aseguran la eficacia del correo electrónico como medio probatorio en la acreditación de las causales de divorcio”.

Los objetivos específicos, a su vez, fueron los siguientes: a) Los Estudiar el divorcio por culpa y la configuración de las causales; b) Investigar la aplicación del debido proceso en materia probatoria con énfasis en la prueba ilícita; c) Revisar la regulación constitucional y legal del derecho a la intimidad y otras garantías que podrían ser vulneradas en la prueba del divorcio por culpa; d) Determinar los medios de prueba que tienen eficacia para la configuración de las causales de divorcio; e) Determinar la naturaleza jurídica, valor probatorio y apreciación del correo electrónico en el juicio de divorcio; e) Revisar la aplicación de los modernos medios de prueba en otras áreas del derecho; f) Investigar la doctrina y jurisprudencia comparada en materia de prueba ilícita, prueba tecnológica en Chile, con énfasis en la aceptación del correo electrónico en juicios en que se requiera prueba entre cónyuges; g) Determinar la aplicación real de la prueba tecnológica en el juicio de divorcio por culpa.

Consecuentemente con lo anterior, las preguntas que buscó responder nuestra investigación fueron las siguientes: a) ¿Cuáles son las causales para que se configure el divorcio por culpa?; b) ¿Qué medios de prueba tienen eficacia para la acreditación de la causal?; c) ¿Se afecta el debido proceso legal por la utilización de correos electrónicos en juicio para acreditar el divorcio por culpa?; d) ¿Qué valor probatorio tiene el correo electrónico en el juicio de divorcio?; e) ¿Qué reglas debieran respetarse en el divorcio por culpa para asegurar la eficacia del correo electrónico como medio probatorio para la acreditación de una causal de divorcio por culpa, con pleno respeto al debido proceso legal?.

Para responderlas se siguieron los siguientes enfoques metodológicos: a) Análisis de casos relevantes que permitirán identificar las tendencias jurisprudenciales nacionales y comparadas; b) Análisis doctrinario: doctrina nacional y comparada; c) Análisis de legislación nacional y comparada para identificar la existencia o no de regulación especial de la utilización del correo como medio de prueba entre cónyuges. Siendo así, la metodología de trabajo contempló una primera etapa de recopilación de bibliografía, mediante la cual se delimitarán los temas a tratar y la bibliografía pertinente para guiar el trabajo. Una segunda etapa de escrituración en base a textos leídos con anterioridad, y trabajo en terreno en busca de sentencias útiles a las cuales no exista acceso por los medios tradicionales, como es el caso de la jurisprudencia de los tribunales de familia.

La hipótesis de trabajo es la siguiente: “La prueba electrónica presentada ante los Tribunales de familia en el contexto del juicio de divorcio por culpa, no puede ser considerada como prueba ilícita con carácter excluible, ya que la garantía constitucional del artículo 19 N° 5 no se vulnera si se cumplen ciertos requisitos copulativos que atienden a la naturaleza jurídica del contrato de matrimonio”. Esta hipótesis se elabora partir de la premisa según la cual las “Reglas para asegurar la eficacia del correo electrónico como medio probatorio para la acreditación de una causal de divorcio por culpa, con pleno respeto al debido proceso legal”.

CAPÍTULO PRIMERO: EL MATRIMONIO Y LAS CAUSALES DE DIVORCIO
POR CULPA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

1. ASPECTOS RELEVANTES Y PERTINENCIA DE ESTE ANÁLISIS.

Para realizar un estudio profundizado de los medios de prueba tecnológicos aceptados por la legislación en materia de divorcio por culpa, es necesaria una revisión del Derecho de Familia en los aspectos que sean relevantes para contextualizar esta forma de terminación del matrimonio en la legislación nacional y en el derecho comparado, con particular énfasis en las causales que son requeridas para el ejercicio de la acción correspondiente por el legitimado activo, por lo que no es baladí tratar en sus aspectos conceptuales el matrimonio, la separación y nulidad como puntos de importancia, previos al tratamiento del divorcio.

El matrimonio, será estudiado en sus aspectos más básicos, de forma que puedan ser relacionados su definición legal y legislación en la que se contiene, los aspectos relevantes del derecho comparado y una síntesis de los elementos que son trascendentes a la terminación del mismo. La separación y la nulidad, serán tratadas como “alternativas” al divorcio, y su tratamiento será especialmente basado en lo expresado en la Ley 19.947 en cuanto a sus

requisitos, efectos y sus relaciones con el divorcio como forma de terminación del vínculo.

Finalmente, el divorcio será tratado de forma íntegra, es decir, será expuesta su caracterización general y sus aspectos particulares dependiendo de las formas que ha dispuesto la ley, si es de común acuerdo, unilateral o por culpa, precisando que, si bien serán desarrollados los aspectos establecidos en texto expreso, es de suma importancia la presentación de la Historia de la Ley y de la relevancia del derecho comparado en esta materia, lo cual permitirá un análisis más preciso de los temas centrales a exponer en los capítulos siguientes.

2. EL MATRIMONIO.

I. Concepto de matrimonio: doctrina nacional y legislación comparada.

En Chile, el matrimonio se encuentra regulado en el Libro I “De las personas” del Código Civil, cuyo título IV trata en general “Del matrimonio”, donde el artículo 102 establece que “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. Esta institución

se rige también por la ley 19.974, derogatoria de la existente desde 1884, que en el año 2004 establece la “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, además de sus modificaciones de 2008 contenidas en la Ley 20.286⁸ y el decreto número 673⁹, que promulga el reglamento respectivo de la ley.

El matrimonio es caracterizado por la doctrina en términos similares a los entregados por el cuerpo normativo que contiene su definición, la cual al encontrarse expresa se limita a un análisis del concepto legal, discutiendo a través de teorías la naturaleza jurídica del matrimonio¹⁰, las cuales en Chile tienen poca aplicación práctica atendida la definición del 102 del CC y porque la LMC¹¹ exige el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes y regula

⁸ CHILE. Ministerio de Justicia. 2008. Ley 20.286: “Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley n° 19.968, que crea los tribunales de familia”. [en línea]. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775&idParte=0&idVersion=2008-09-15>. (consulta: 27.04.2013)

⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Decreto 673: “Aprueba normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores”. [en línea]. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=232033>. (consulta: 27.04.2013)

¹⁰ Ramos Pazos, René. “Derecho de Familia”. volumen II. 7ª edición actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. página 30 a 33: Sistematiza tres teorías defendidas por la doctrina, siendo aquellas el matrimonio como contrato sui generis argumentando el acuerdo de voluntades entre los esposos como fundamento del vínculo y creador de la relación jurídica; el matrimonio como acto de Estado, donde este a través del Oficial Civil une a las partes en matrimonio, siendo la voluntad sólo un presupuesto indispensable para que el Estado pueda unir a los contrayentes en matrimonio; por último, el matrimonio como institución, contraria al divorcio, plantea la voluntad de las partes como acto fundacional que le da origen, la cual una vez manifestada cobra existencia propia y su estatuto, no puede ser alterado por la voluntad de los fundadores.

¹¹ El autor se refiere con esta abreviación a la Ley 19.974, o “Nueva Ley de Matrimonio Civil”

los vicios del consentimiento en el matrimonio¹², pese a la opinión de la doctrina en el derecho comparado que lo trata como institución, en atención a las características particulares que presenta en caso de ser considerado un contrato, ya que este se caracteriza porque las partes pueden reglamentar sus efectos y por la vida efímera del mismo; cuestión que no sucedería con el matrimonio, ya que es un “contrato para toda la vida” (en principio) y las partes no pueden regular generalmente sus efectos¹³.

También son tratadas las solemnidades especiales requeridas para considerarse un contrato solemne; las finalidades del matrimonio caracterizadas en lo más esencial por la vida en común, la procreación y el auxilio mutuo. Adicionalmente en nuestro derecho la diferencia de sexo es un elemento de la esencia del matrimonio, lo mismo que la monogamia, impidiéndose la poligamia, poliandria, o cualquier forma que suponga pluralidad de sujetos en el vínculo. Luego, la unión actual e indisoluble, rechaza las modalidades suspensivas y resolutorias en el matrimonio, persistiendo en la letra de la ley, de lo que se desprende el carácter excepcional del divorcio vincular introducido por la Ley 19.947.

¹² Court Murasso, Eduardo. 2009. “Curso de derecho de familia: matrimonio, regímenes matrimoniales, uniones de hecho”. Santiago de Chile. Editorial LegalPublishing. Página 14.

¹³ *Ibíd.* Página 13.

En estos aspectos se aleja del tratamiento del matrimonio en derecho comparado, como vemos a continuación:

a) Argentina.

En Argentina, no existe una definición consolidada y expresa del mismo, pero el Código Civil¹⁴ en la sección segunda del libro “De las personas” a partir del artículo 159, y sometido a las modificaciones de la Ley 26.618 sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁵, se encarga de la regulación de la validez basada en el lugar de celebración del mismo, tratando en su desarrollo los impedimentos, las formalidades para la celebración, la prueba, los derechos y deberes de los cónyuges¹⁶, la separación personal, la disolución del vínculo matrimonial en la que se contempla el divorcio vincular y la relevancia del

¹⁴ ARGENTINA. 1869. Ley 340: Código Civil. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=CCI%2520C%2520000340%25201869%252009%252025 . [en línea]. (consulta: 27.04.2013)

¹⁵ ARGENTINA. 2010. Ley 26.618: Matrimonio entre personas del mismo sexo, modificación al Código Civil. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires. [en línea]. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520026618%25202010%252007%252015 .. (consulta: 27.04.2013).

¹⁶ El Código Civil Argentino contempla a partir del artículo 198 los derechos y deberes del matrimonio, entre los cuales se contempla la fidelidad, asistencia y alimentos que los esposos se deben mutuamente, además del deber de convivencia y fijación de la residencia de forma común, en una misma casa, salvo circunstancias excepcionales que lo impidan transitoriamente o con autorización judicial si este deber significa un peligro cierto a la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de los cónyuges, de uno de ellos o de los hijos.

consentimiento libre, pleno y personal ante la autoridad como requisito indispensable de existencia y con independencia del sexo de los contrayentes, el cual puede ser el mismo o diferente, entre otros aspectos.

b) España.

El Código Civil Español¹⁷, regula el matrimonio en el libro I “De las personas”, título IV “Del matrimonio”, en los artículos 42 y siguientes, sujeto a las modificaciones de la Ley 13/2005¹⁸, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, tampoco expresa una definición expresa de matrimonio, sino que a través de su regulación es posible extraer aspectos fundamentales que lo caracterizan, considerando en la regulación aspectos como el consentimiento no sujeto a condición, las inhabilidades para contraer matrimonio, los requisitos, los derechos y deberes de los cónyuges¹⁹, la nulidad, separación y disolución del matrimonio por muerte o divorcio, todo lo anterior

¹⁷ España. 1889. Real Decreto por el que se publica el Código Civil. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [en línea]. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> .. (consulta: 27.04.2013)

¹⁸ ESPAÑA. 2005. Ley 13/2005. Modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Valencia. [en línea]. <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> . (consulta: 27.04.2013)

¹⁹ Los artículo 66 y siguientes del Código Civil español establecen los derechos y deberes de los cónyuges, entre los que se cuentan la igualdad en derechos y deberes, el respeto y ayuda mutua, el actuar en interés de la familia, la vida en común, fidelidad, socorro mutuo, la necesidad de la determinación de roles compartidos tanto en materia doméstica como en el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y otros a su cargo.

tratado como un derecho para quienes requieren contraer el vínculo con los mismos requisitos y efectos con indiferencia de si el sexo es el mismo o diferente.

c) Francia.

En Francia²⁰, el Código Civil en el título V del libro de “Las personas”, sin dar un concepto determinado, establece entre las cualidades y requisitos para contraer matrimonio, a partir del artículo 144, la existencia de un hombre y una mujer mayores de 18 años como regla general²¹, el consentimiento y la presencia física necesaria. Regula también las formalidades necesarias para la celebración, las oposiciones al matrimonio, la nulidad, las obligaciones, los

²⁰ Código Civil. Legifrance.gouv.fr, le service public de la diffusion du droit. Ley promulgada 05/03/1803, publicada el 15 de marzo 1803. [en línea]. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721..> (consulta: 27.04.2013)

²¹ Con fecha 4 de Abril de 2013, ingresa al Senado Francés el proyecto de ley “a la apertura del matrimonio a personas del mismo sexo y la programación de las necesidades de la paternidad”, de fecha 27 de Agosto de 2012 para su discusión, luego de haber sido aprobada por la Cámara de Diputados, el cual entre otros aspectos, busca modificar el artículo 144 del Código Civil, a la siguiente propuesta: "El matrimonio es celebrado por un registrador entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente, tanto con dieciocho años de edad". [en línea]. <http://www.senat.fr/leg/pp11-745.html> .. Consulta: 4 de Abril de 2013. El día 12 de Abril de 2013 el Senado Francés aprueba el proyecto de ley. [en línea]. <http://www.senat.fr/cra/s20130412/s20130412.pdf> .. Consulta: 12 de Abril de 2013.

derechos y deberes entre los cónyuges²², la disolución por muerte y por divorcio.

d) Alemania.

En Alemania, el Código Civil²³ enmarca las “Bodas civiles” en el libro IV, que trata el derecho de familia en su totalidad o “Familienrecht”, que incluye tanto el derecho de los cónyuges y de los hijos en materia de alimentos, al cuidado personal y la relación con los mismos, como parte de la unidad familiar. Si bien el Código no define “matrimonio”, trata de forma sistémica los impedimentos, la nulidad, las segundas nupcias después de la declaración de muerte, los efectos del matrimonio y el divorcio.

²² Los artículos 212 y siguientes, establecen los deberes y derechos de los cónyuges, entre los que se cuentan el respeto, fidelidad, socorro, asistencia, responsabilidad solidaria de la dirección moral y material de la familia y la educación de los hijos, la comunidad de vida, entre otros. Con fecha 23 de Abril de 2013 Francia aprueba el matrimonio homosexual, siendo el 14º país en legislar.

²³ ALEMANIA. Ministerio Federal de Justicia. 1896. Código Civil. [en línea]. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. (consulta: 27.04.2013)

e) Países de Centro América.

Entre los países que contemplan un concepto claro y expreso con respecto a lo que el matrimonio significa, se encuentra Ecuador²⁴, país en el cual el artículo 81 del Código Civil, entrega una definición de matrimonio similar a la que entrega la codificación chilena, caracterizándolo como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Por su parte, el Código Civil de Nicaragua²⁵ en el artículo 94, trata el matrimonio como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio”.

²⁴ NICARAGUA. 1993. Código Civil de la República de Nicaragua. [en línea]. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigonicaragua.pdf>.. (consulta: 27.04.2013)

²⁵ ECUADOR. 1970. Código Civil Ecuador. [en línea]. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigocivilecuador.html>.. (consulta: 27.04.2013)

II. Aspectos relevantes de la definición de matrimonio entregada por el Código Civil chileno.

Más allá del análisis de los supuestos que entrega la definición para que proceda el matrimonio, tratados en el apartado anterior, es importante puntualizar dos aspectos relevantes en relación a los temas que son tratados en esta investigación:

i. Indisolubilidad.

Si bien la indisolubilidad del matrimonio parece superada por las formas de terminación del matrimonio establecidas por la Ley 19.947, el legislador no ha derogado de forma expresa esta expresión, argumentando tres “razones”: a) la indisolubilidad se relacionaría con “la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del matrimonio”; y b) nada obstaría a que un acto válido, y con ciertos caracteres, pudiese terminarse por una causa superviniente; y c) la indisolubilidad sería la regla general en el matrimonio y la excepción la disolubilidad²⁶. Este último aspecto que otorga al divorcio un carácter

²⁶ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu. 2006. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Santiago de Chile. Editorial LexisNexis. 472 páginas. Página 163.

excepcional, se ve reflejado en la historia de la ley, donde se expone en la discusión en sala, lo siguiente:

Diputado Ignacio Walker Prieto: “Queremos dar al divorcio un carácter excepcional. El matrimonio no es un mero contrato desahuciable por voluntad de las partes, pues da origen a relaciones que lo trascienden. Según nuestra visión, el matrimonio, más que un contrato, es una verdadera institución. De hecho, el proyecto no contempla la posibilidad del divorcio vincular por mero o solo mutuo consentimiento, que no basta. Por eso existen los plazos y las instancias de mediación y conciliación. Tampoco es la única forma de acceder al divorcio”²⁷.

Diputado José Luis González: “La realidad es que nos enfrentamos a un alto número de matrimonios quebrados y no podemos seguir eludiendo el legislar al respecto. Pero la tarea para adelante es procurar que ése sea realmente un problema de excepción a través de un cuestionamiento serio, ético, moral y social del modelo socioeconómico vigente”²⁸.

Presidente de la Cámara de Diputados, Gutenberg Martínez O.: “Esta figura jurídica, similar a la que hoy se propone, se construye en los siguientes

²⁷ Discusión sala. Historia de la Ley, artículo 54 de la ley 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. [en línea]. Página 15. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>. (para encontrar la historia de la ley en línea es necesario ingresar a la sección pertinente en el enlace precedente). (consulta: 27.04.2013)

²⁸ *Ibíd.* P. 29

postulados: divorcio, medida de excepción, no pretende desestabilizar el matrimonio y busca una solución a los que han fracasado irremediabilmente”²⁹.

Juan Hamilton Depassier, ex Senador: “constituye una situación de excepción, provocada por la conveniencia de proteger realidades familiares, y, aunque es irregular el origen del nuevo grupo familiar, es, sin duda, un efecto social legítimo, por constituir un mal menor, consolidar el grupo familiar surgido al cabo de los años, en especial si se considera que hay fundamentales derechos humanos comprometidos en relación con los hijos”³⁰.

ii. Los deberes de matrimonio: el deber de fidelidad.

Los deberes del matrimonio son importantes en relación a su terminación, en cuanto constituyen causales para la procedencia de la nulidad matrimonial, la separación judicial de bienes y el divorcio, con especial consideración al deber de fidelidad del artículo 132 del Código Civil, donde se encuentra reflejado el concepto de adulterio, en cuanto señala que “constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la

²⁹ *Ibíd.* p. 188

³⁰ Primer informe Comisión Constitución y Familia unidas. Historia de la Ley, artículo 54 de la ley 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. [en línea]. Página 233. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128> . (para encontrar la historia de la ley en línea es necesario ingresar a la sección pertinente en el enlace precedente). (consulta: 27.04.2013)

ley prevé. Cometten adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”. Se entiende que la infracción se traduce en sanción en caso de violación grave del deber en el caso del divorcio y la separación judicial, y en el caso de la separación de bienes en atención al inciso segundo del artículo 155 del Código Civil, donde se decretará la separación de bienes si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que imponen los artículo 131 y 134, correspondiendo la primera al deber de fidelidad.

La acreditación o fundamentación de las infracciones y la gravedad como requisito son trascendentales para que proceda la transgresión del deber, así lo ha entendido la jurisprudencia, señalando para el primer caso en sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de 3 de Mayo de 2012, sobre divorcio por culpa que:

“La segunda causal de divorcio culposo impetrada por el actor, esto es la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, el actor no fundamentó en que consistirían dichas infracciones, limitándose a señalar que "la conducta impropia, desviada y agresiva de la demandada, grave y reiterada, no se aviene con los fines del matrimonio, esto es, auxiliarse mutuamente y guardarse fidelidad", de suerte que no se puede establecer cuáles serían estas conductas impropias, desviadas y agresivas, sino dentro del contexto de los supuestos de agresión

sicológica que ha denunciado, los cuales, como se ha señalado en la sentencia a quo, así como en los considerandos precedentes, no han sido acreditados”³¹.

La gravedad como requisito ha sido desarrollado en la jurisprudencia nacional como requisito fundamental, generalmente a propósito de problemas suscitados por las separaciones de hecho, señalando en sentencia de la Cuarta sala de la Corte Suprema de 22 de Octubre de 2012, que si bien la separación de hecho no pone fin a los deberes que emanan del matrimonio, especialmente el de fidelidad, ya que solo se interrumpe este deber con la separación declarada en sentencia firme, no es menos cierto que tal transgresión carece del requisito de gravedad que exige la ley, por cuanto ocurrió estando separados de hecho los cónyuges³².

³¹ Corte de Apelaciones de Arica. Segunda Sala. “Bruna con Morales”. [en línea]. 3 de Mayo de 2012. ROL: 47-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31906&links=\[FIDEL,%20DIVORC\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31906&links=[FIDEL,%20DIVORC]). (consulta: 27.04.2013)

³² Corte Suprema. Cuarta Sala. “Silva con Urzúa”. [en línea]. 22 de Octubre de 2012. ROL: 4757-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33512&links=\[DEB,%20FIDEL\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33512&links=[DEB,%20FIDEL]). (consulta: 27.04.2013)

3. TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.

I. Aspectos generales de la terminación y relación con la separación y nulidad.

La terminación del matrimonio, tiene aspectos particulares en la separación, que no es calificada como forma de terminación propiamente tal por el Código y en la nulidad, tanto en la situación jurídica que mantienen los cónyuges en el primer caso, y en la validez originaria del matrimonio en la segunda, ya que al considerarse como una categoría diferente se entiende que la existencia de un matrimonio válido que ha producido sus efectos normales y característicos, pero que por alguna causal posterior llega a su término³³.

En Chile, las formas de terminación del matrimonio están enumeradas en el artículo 42 de la Ley 19.947, ellas son:

- a. Por la muerte de uno de los cónyuges.
- b. Por la muerte presunta, cumplidos los plazos del artículo 43 de la misma ley.
- c. Por sentencia firme de nulidad.
- d. Por sentencia firme de divorcio.

³³ Barrientos. Op.Cit. P. 295

II. La nulidad y la separación.

La Ley 19.947, que establece la regulación para el matrimonio civil desde el año 2004, trata la separación de los cónyuges en el capítulo III del mismo nombre y la nulidad del matrimonio en el capítulo IV. La separación puede ser caracterizada como la manifestación más clara de la expresión “indisolubilidad” del matrimonio, ya que el vínculo matrimonial no se rompe, sino que la ineficacia que produce no es definitiva, por lo que los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio ³⁴, pudiendo ser de hecho o determinada judicialmente.

La separación declarada judicialmente, llamada “divorcio no vincular” perpetuo o temporal, estuvo regulada amplia y minuciosamente por la derogada Ley de Matrimonio Civil de 1884, donde se suspende la vida en común de los cónyuges, autorizando legalmente la suspensión del deber de la vida en común, pero sin disolver el vínculo, tras cumplir con causales que debían ser acreditadas en el correspondiente procedimiento judicial y una sentencia judicial firme que lo declarara³⁵. La Ley 19.947 trata la separación judicial como aquella que procede por sentencia, decretada por el juez a petición de ambos cónyuges o unilateralmente por uno de ellos, siempre que concurra alguna de las

³⁴ Picó Rubio, Jorge, del. 2010. “Derecho matrimonial chileno”. Santiago. Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing. Página 377.

³⁵ Court Murasso. Op.Cit. P. 43

causales establecidas por ley, siendo estas la causal genérica del artículo 26, consistente en la falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común, concedida al cónyuge que no haya dado lugar a la causal y una segunda causal procedente si hubiere cesado la convivencia.

La separación de hecho como alternativa, fue regulada por la Ley 19.947, se produce por la voluntad convencional de ambos cónyuges, o no convencional de uno solo que expresa su voluntad, sin sentencia judicial que lo acredite y tras la regulación de las relaciones mutuas de común acuerdo sin exigir la ley solemnidad especial alguna para la validez o supletoriamente por el juez.

La separación no es una forma de terminación del matrimonio, a diferencia de la nulidad, la cual es una resolución judicial que constituye una forma de terminación del matrimonio basada en la inexistencia del mismo desde el momento de su celebración, ya que se considera que existe una causal legal o impedimento no respetado en el momento de la celebración del matrimonio, ya sea por los propios contrayentes o por la autoridad habilitada para celebrar matrimonio³⁶. Previo a la existencia del divorcio vincular, la nulidad se utilizaba reiteradamente para cometer fraude a la ley, vulnerando la indisolubilidad del matrimonio, lo que se ve reflejado en que para lograr la nulidad, divorcio

³⁶ Picó Rubio, Jorge, del. Op.Cit. Página 400

encubierto, se utilizan en los juicios, con plena aceptación de jueces y ministros, testigos que faltan con todo desenfado a la verdad³⁷, generalmente utilizando la “incompetencia del Oficial del Registro Civil”, como forma de omisión de una solemnidad del matrimonio, la cual ya no existe, porque de conformidad con la nueva LMC, el matrimonio puede celebrarse ante cualquier Oficial del Registro Civil³⁸, expresado en el artículo noveno de la ley señalada.

Esta nulidad en materia matrimonial presenta diferencia con la nulidad de actos y contratos³⁹, ya que la primera tiene causales precisas y expresas, mientras que la segunda existen algunas causales genéricas como la del 1682 inciso primero del Código Civil que trata la nulidad absoluta. Además de esto, en materia matrimonial no hay diferencia entre nulidad absoluta y relativa y, en principio, no hay plazo de prescripción.

Los efectos que produce la nulidad dependen si este es simplemente nulo o putativo. El matrimonio simplemente nulo, permite que las partes vuelvan al momento en que el vínculo fue contraído, retrotrayéndose las partes a el estado en que se encontraban en ese momento, una vez que la sentencia se encuentra

³⁷ Moción. Boletín 254-07. Modifica el Código Civil y la ley de matrimonio civil, a fin de introducir la figura del fraude civil y modificar las causales de nulidad del matrimonio. (archivado, por haber perdido su oportunidad)

³⁸ Court Murasso. Op.Cit. P. 53

³⁹ Estas diferencias las sistematiza Court Murasso. Op.Cit. P.52.

ejecutoriada, operando igual que la nulidad de los actos y contratos patrimoniales⁴⁰.

El matrimonio putativo es creado para solucionar los problemas que supone la retroactividad de la nulidad como tal, como aceptar que habrían convivido en concubinato, y que los hijos que en este estado hubieren concebido tendrían filiación no matrimonial⁴¹, situaciones de suma importancia en la época de mayor auge de estas instituciones. Lo trata la Ley 19.947 en el artículo 51 y requiere un matrimonio nulo, la celebración o ratificación ante un Oficial de Registro Civil, Buena fe por parte de al menos uno de los cónyuges y justa causa de error.

Tratándose del matrimonio putativo, la ley prevé que respecto de los cónyuges se producen los mismos efectos civiles que uno válido, principalmente los derechos y deberes inherentes al matrimonio y el derecho de alimentos. Sobre los bienes, si ambos estaban de buena fe no se extingue la sociedad conyugal como lo establece el 1764 N° 4 del Código Civil, suponiendo que no existe pacto de otro régimen patrimonial. Con respecto a los hijos el principal efecto ya no presenta aplicación práctica, por haberse derogado la ley que establecía diferencias entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.

A continuación, la modalidad más relevante de terminación para nuestra investigación, el divorcio.

⁴⁰ Court Murasso. Op.Cit. p.57

⁴¹ Ramos pazos. Op.Cit. 92.

4. EL DIVORCIO.

I. Concepto en Derecho Nacional.

El divorcio es una resolución judicial, dictada en un procedimiento iniciado por voluntad unilateral de uno de los cónyuges o la voluntad de ambos en acuerdo. Una de las causales invocada puede ser la culpa del cónyuge demandado. La titularidad de la acción es personal, extrapatrimonial, intransferible, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible. Es legitimado activo cualquiera de los cónyuges si se trata de divorcio remedio, o a aquel que no hubiere dado lugar a la causal en el caso del divorcio sanción. El efecto más notorio es la posibilidad de volver a celebrar un nuevo matrimonio, con los mismos efectos que aquel que ha sido terminado.

En Chile, los efectos del divorcio están establecidos tanto en la Ley 19.947 como en el Código Civil. El artículo 53 de la citada Ley señala el efecto más importante: poner fin al matrimonio sin afectar la filiación determinada, tampoco los derechos y obligaciones que existan con ellos. En materia patrimonial, se extinguen aquellos derechos y obligaciones que procedan, sin perjuicio de la compensación económica que sea correspondiente, siempre que se obtenga en juicio.

Si uno de los cónyuges ha dado motivo para la separación judicial o es quien motivó la solicitud por el cónyuge "inocente" del divorcio sanción, podrán ser revocadas las donaciones que por causa del matrimonio se hayan hecho al cónyuge, como se establece en el 1790 del Código Civil.

II. Concepto en Derecho comparado.

a) Alemania.

En Alemania, se considera que un matrimonio ha fracasado si no existe cohabitación entre los cónyuges y no se puede esperar para que esta sea reanudada, o si aun no cumpliendo el tiempo de 1 año contemplado como regla general, existe alguna causal que permita se inicie el procedimiento, aunque estas no se encuentran taxativas en la ley. Una segunda modalidad es el divorcio de común acuerdo o unilateral, cuando se ha cumplido, según proceda, de 1 año y 3 años de separación.

b) Francia.

El Código Civil Francés, trata el divorcio en cuatro casos. El primero es aquel que procede por mutuo acuerdo, solicitado en conjunto por los cónyuges tras manifestar acuerdo sobre la ruptura del matrimonio y la presentación de un acuerdo al juez, quien debe aprobarlo si regula sus relaciones consecuenciales al divorcio; un segundo supuesto es el divorcio “aceptado”, solicitado por ambos cónyuges o unilateralmente, independiente de los hechos o circunstancias que lo motivan y tras aceptar la ruptura del matrimonio; Otra forma de terminación es la “alteración permanente del vínculo”, solicitándose por uno de los cónyuges; y, por último, se contempla la violación grave y reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable la vida en común, la cual puede ser solicitada por uno de los cónyuges.

c) Argentina.

Argentina establece como causas de divorcio vincular las mismas que contempla para la separación personal, siendo estas el adulterio; la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; La instigación de uno de los

cónyuges al otro a cometer delitos; Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; y, el abandono voluntario y malicioso e incluyendo la separación de hecho de los cónyuges sin la voluntad de unirse por un tiempo mayor a un año. Además somete sus efectos a los propios de la separación personal, como la fijación libre de su domicilio o residencia, el cuidado de los hijos, la contribución económica del cónyuge que tuvo culpa en la separación al “inocente” para que mantenga en nivel de vida en la convivencia, la revocación de donaciones, entre otras.

d) España.

En España, procede el divorcio por sentencia judicial por petición unilateral, unilateral con el consentimiento del otro cónyuge y de común acuerdo, en atención a las circunstancias determinadas para la separación judicial, esto es, en el segundo y tercer caso una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio acompañando un convenio regulador como propuesta que incluya entre otros el cuidado de los hijos y los alimentos; y, en el primer caso, en el supuesto de petición unilateral, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, con excepción de este plazo si se logra acreditar la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad,

la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, tal como lo señala el artículo 91 del Código Civil.

III. Divorcio de común acuerdo.

El divorcio consensual por cese de la convivencia se encuentra establecido en el artículo 55 de la Ley 19.947 en cuanto establece que sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a un año, por lo que se requiere que haya cesado la convivencia por un año al menos acreditado según las reglas de la separación de hecho de los artículos 22 y 25 de la Ley, y que sea solicitado ante los tribunales por ambos cónyuges para que proceda. Conjuntamente con lo anterior, se exige acompañar un acuerdo que "regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos".

IV. Divorcio unilateral.

El inciso tercero del artículo 55 regula la situación de aquellos cónyuges que sin incurrir ninguna causal para solicitar una sentencia de divorcio, han cesado la vida en común durante un mínimo de tres años sin interrupción por la reanudación de la vida en común y han cumplido en lo pertinente la obligación de alimentos tanto con el cónyuge como con los hijos. Así, el artículo establece que habrá lugar al también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

V. Divorcio sanción.

El artículo 54 de la Ley 19.947 habilita al cónyuge “inocente” para impetrar la declaración judicial para impetrar la declaración judicial del divorcio ⁴², estableciendo causales genéricas para que se configure la causal, reuniendo características propias como la titularidad anteriormente señalada y la no

⁴² Barrientos. Op.Cit. p. 361

exigencia de un plazo de separación previa a la demanda⁴³. Así, el referido artículo establece que el divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave a los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común, entendiendo la “falta imputable al otro”, aquella que debe existir y acreditarse judicialmente, por los medios de prueba legales⁴⁴.

VI. El divorcio por culpa: historia de la ley.

El 28 de Noviembre de 1995, fue presentado por moción de los diputados Isabel Allende Bussi, Mariana Aylwin Oyarzún, Carlos Cantero Ojeda, Sergio Elgueta Barrientos, Víctor Jeame Barrueto, Eugenio Munizaga Rodríguez, María Antonieta Saa, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Ignacio Walker Prieto el proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil.

Sobre el apartado que trata la discusión sobre la incorporación del divorcio sanción a la legislación chilena, estudiaremos los aspectos más relevantes de la Historia de la Ley.

⁴³ Corte de Apelaciones de Coyhaique. Primera Sala. “Tenorio con Colombo”. [en línea]. 9 de Julio de 2012. ROL 38-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ32455&links=\[DIVORC,%20SANCION..](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ32455&links=[DIVORC,%20SANCION..) (consulta: 27.04.2013)

⁴⁴ Picó Rubio, Jorge, del. Op.Cit. p.418

a) Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados.

- Primer informe comisión Constitución y Familia unidas⁴⁵.

En lo que respecta al divorcio por culpa, la Comisión de Constitución y Familia unidas, rechazan la idea de legislar la moción parlamentaria. La moción incluye los artículos a continuación señalados.

Artículo 49. Por el divorcio decretado en conformidad a las reglas de este título, se disuelve el matrimonio, sin afectar, por ello, la filiación y el ejercicio de las obligaciones y derechos que de ella emanan.

Artículo 54. Será motivo de divorcio, hallarse uno de los cónyuges permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite para alcanzarlos de una manera compatible con la naturaleza del vínculo. En especial, se considerará verificada la antedicha situación:

1. Si uno de los cónyuges hubiere sido condenado por atentar contra la vida o el honor del otro, sus ascendientes o descendientes;

⁴⁵ Historia de la Ley, artículo 54 de la ley 19.947. Página 6. Op.Cit. 14 de Abril de 2013

2. Si uno de los cónyuges padeciere una enfermedad grave, incurable y contagiosa que pone al otro en la disyuntiva inevitable de evitar la cohabitación o padecer un grave peligro de contagio;

3. Si uno cualquiera de los cónyuges lleva a cabo conductas homosexuales.

Artículo 55. Habrá lugar al divorcio si uno de los cónyuges acredita que el otro ha ejecutado actos o incurrido en omisiones que constituyen una violación grave y reiterada de los deberes matrimoniales que haga intolerable el mantenimiento de la vida en común.

- **Primera discusión sala**⁴⁶.

En esta etapa se aprueba la idea de legislar, y se puntualizan varios aspectos por los parlamentarios, entre ellos la admisión excepcional y regularización jurídica del vínculo que se ha “roto irremediamente”, la naturaleza de la “indisolubilidad” en la sociedad chilena y la influencia de la iglesia católica, la exclusión de la categoría de los contratos y consideración como una institución jurídica, por no ser disponible de forma pura y simple por la voluntad de las partes en atención a los efectos que produce su celebración, críticas al numeral

⁴⁶ ibíd. Página 11

2° que contempla como causal el padecimiento de una enfermedad “grave, incurable y contagiosa”, la creación como beneficio al “sancionado” (que generalmente es quien abandona la casa) y el castigo al “abandonado” (que correspondería en su mayoría a mujeres), retroceso a la paternidad responsable en la cual se ha avanzado, la convivencia y de los hijos fuera del matrimonio como realidad en la sociedad chilena, la necesidad de terminar con la nulidad civil como mecanismo para la disolución del vínculo de forma fraudulenta, la acogida en el derecho comparado.

- **Segundo informe Comisión de Constitución y Familia unidas⁴⁷.**

En este informe se resuelve la eliminación de la causal segunda del proyecto original que contempla como causal de divorcio que uno de los cónyuges padeciere una enfermedad grave, incurable y contagiosa que pone al otro en la disyuntiva inevitable de evitar la cohabitación o padecer un grave peligro de contagio.

⁴⁷ ibíd. Página 17

b) Segundo trámite constitucional: Senado.

- Primer Informe Comisión Constitución⁴⁸.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, propone modificaciones al proyecto original, contemplando el siguiente artículo:

Artículo 55. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

⁴⁸ ibíd. Página 22

3º.- condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- conducta homosexual;

5º.- alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos; y,

6º.- tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

- **Consideraciones del Ejecutivo.**

En la oportunidad del Ejecutivo de plantear indicaciones, puntualiza en las alternativas de divorcio que plantea la nueva legislación, por una parte como sanción y por otra como resultado del mutuo acuerdo entre los cónyuges, ambos en el supuesto de un quiebre irremediable.

Se considera el siguiente artículo:

Artículo 31. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave y reiterada

de los deberes y obligaciones del matrimonio y torne intolerable el mantenimiento de la vida en común.

Entre otras situaciones, se entenderá que existe dicha falta en los siguientes casos:

1º Cuando uno de los cónyuges hubiere atentado contra la vida o la integridad física, psíquica o sexual, los bienes o la honra del otro, sus ascendientes o descendientes, y ello constare en resolución judicial ejecutoriada;

2º Cuando uno de los cónyuges hubiere cometido adulterio;

3º Cuando uno de los cónyuges hubiere abandonado el hogar común de modo indefinido;

4º Cuando uno de los cónyuges hubiere infringido los deberes de auxilio y protección que emanan del matrimonio, ya sea entre sí o respecto de los hijos;
y,

5º Cuando uno de los cónyuges hubiere adoptado una conducta que contradiga los deberes sexuales del matrimonio.

- **Indicación sustitutiva total**⁴⁹.

Esta indicación presentada por los Senadores Chadwick, Díez y Romero, pretende el agotamiento de todas las instancias posibles para solucionar un conflicto, entregando facultades al juez para el análisis de las causales expresadas a continuación, cuyo objetivo es el límite a los efectos negativos que la ruptura y declaración de la disolución del vínculo pueden traer aparejados a la familia.

Se contemplan los siguientes artículos contemplados en un capítulo sobre medidas reguladoras urgentes de los conflictos matrimoniales y de la separación legal de los cónyuges.

Artículo 55. La separación legal procederá cuando uno o ambos cónyuges acrediten que la convivencia matrimonial presenta dificultades serias y permanentes que no les son superables. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que existen dichas dificultades cuando los cónyuges han vivido separados de hecho por más de un año.

Artículo 56. El juez decretará la separación cuando uno de los cónyuges probare que el otro ha cometido adulterio, ha incurrido en actos de violencia

⁴⁹ *Ibíd.* Página 36.

intrafamiliar, negación de sustento económico, abandono de hogar, embriaguez o drogadicción, o se ha hecho culpable de cualquiera otra violación grave o reiterada de alguna de las obligaciones que impone el matrimonio, sea respecto de su marido o mujer sea en relación con sus hijos. No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges o impuesta unilateralmente por el cónyuge que la alega.

Artículo 57. Se decretará también la separación legal cuando alguno de los cónyuges presente patologías mentales de carácter permanente o sufra otra enfermedad de carácter grave, siempre que esas afecciones sean de tal naturaleza que pongan en riesgo la integridad física o psicológica del otro cónyuge y de los demás miembros de la familia. En estos casos, si el demandado se encuentra imposibilitado para asumir su defensa y carece de representante legal, el juez le dará un curador para la litis.

- **Proyecto aprobado por la cámara revisora⁵⁰.**

El proyecto aprobado por la cámara revisora contempla el siguiente artículo:

Artículo 54. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

3º.- condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 79

personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- conducta homosexual;

5º.- alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6º.- tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

c) Tercer trámite Constitucional: Cámara de Diputados.

- Discusión en sala⁵¹.

En esta etapa de la discusión se mantienen puntos importantes que se han ido consolidando a lo largo del proceso, tratando puntos como la protección de la familia, la tramitación del divorcio y su complejidad necesaria en cuanto a etapas como la conciliación y la mediación, el divorcio unilateral con causales calificadas y plazos para que sea llevado a cabo. Se plantea también la importancia de la diferencia entre los conflictos existentes, y a la vez de las soluciones que la ley entrega, tanto en consideración al divorcio y sus formas como tal, y a la separación y nulidad.

⁵¹ *Ibíd.* Página 81

- **Proyecto aprobado por el Congreso Nacional y oficiado al Ejecutivo⁵².**

El proyecto aprobado por el Congreso Nacional se presenta de la siguiente forma:

Artículo 54. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º.- Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

⁵² *Ibíd.* Página 88

3º.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- Conducta homosexual;

5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y,

6º.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

VII. Análisis de las causales.

El inciso segundo del artículo 54 señala seis causales para configurar el divorcio sanción, que sin ser taxativas abarcan la mayoría de los casos posibles, sin excluir otros que eventualmente pudieran considerarse incluidos para ejercer la titularidad de la solicitud.

a) El Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

Este tipo de violencia o agresión puede ser entendida ampliamente, desde agresiones de cualquier tipo, incluyendo aquellas propiciadas de forma verbal, hasta la comisión de un delito contra alguno de los miembros de la familia establecidos por la causal, ya que no se realiza distingo, aun cuando en este último caso será posible en caso de condena proceder por la causal tercera de este artículo.

Si bien puede pensarse en relación a otras causales, y en un ejercicio de analogía de las mismas, que esta práctica se configurará cuando sea reiterada en el tiempo, se considera que si los malos tratamientos, vías de hecho o tratos crueles inferidos en un determinado momento, de carácter grave, son por si solos constitutivos de la causal legal, por lo que obviamente no se debe exigir la reiteración de dichos actos⁵³, configurando la causal la sola realización del acto.

La Corte de Apelaciones de Concepción, determina en sentencia de 2011⁵⁴, la importancia de la gravedad en la infracción de los deberes que configuran la causal, manifestando que cuando se afectan tales deberes y obligaciones al

⁵³ Picó Rubio, Jorge, del. OpCit. página 420.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Concepción. Quinta Sala. Ferrera con Buchholz. [en línea] .23 de Mayo de 2011. ROL 163-2011. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ27885&links=\[VID,%20MAL,%20TRATAMIENT,%20GRAV,%20ATENT\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ27885&links=[VID,%20MAL,%20TRATAMIENT,%20GRAV,%20ATENT]). 14 de Abril de 2013.

punto de trastornar la vida en común, socavar los afectos o bien alterar la vida normal de la pareja o hijos, o sea, cuando la falta implique un grado de trastorno difícilmente recuperable, podemos afirmar que la falta es grave.

b) Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.

Para la configuración de esta causal se exige el elemento de gravedad y reiteración de los deberes de guardarse fe, socorro y fidelidad establecidos en el artículo 131 del Código Civil. En el caso particular de la infidelidad, el adulterio como supuesto no debe ser tan rígido en cuanto a la prueba de su procedencia, ya que el deber de mutua fidelidad de los cónyuges, no se viola únicamente con el adulterio, sino también con cualquier otra relación de intimidad o afectuosidad excesiva con personas de otro sexo, susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge⁵⁵.

Así, en pronunciamiento de la Corte Suprema se consagra esta calificación amplia del deber de fidelidad que excede al adulterio, en cuanto plantea que lo

⁵⁵ Picó Rubio, Jorge del. Op.Cit. citando a Sambrizzi en "Separación personal y divorcio", I. buenos aires 2004. 2ª ed la ley. P 181. Página 421

que se sanciona con esta causal es la grave y reiterada infracción al deber recíproco de guardarse fe, en el que sin duda se comprende esa conducta, pero también otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación que importen un severo atentado al vínculo matrimonial⁵⁶.

En cuanto al abandono del hogar, este puede ser continuo o reiterado, importante distinción en la medida que si solo se hubiese exigido que fuera un abandono reiterado, la prueba de la causal estaría dificultada por la necesidad de repetición, que eventualmente no se producirá. Distinto es el requisito de “continuidad”, lo cual significa que se prolonga en el tiempo⁵⁷.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique⁵⁸, sobre divorcio con causal “abandono del hogar común”, se manifiesta la gravedad, continuidad y la prescindencia de un plazo para impetrar la acción, señalando que a los pocos meses de haberse contraído matrimonio el demandado dejó el hogar común, esto es la casa de la demandante donde vivía con esta última, no habiendo regresado a la misma desde entonces, teniendo actualmente otra convivencia con persona que no es su cónyuge legítima, hechos realizados sin motivos que

⁵⁶ Corte Suprema. Cuarta Sala. “Milategua Ugalde, Gabriel con Baeza Muñoz, Cristina”. [en línea]. Recurso de Casación en el Fondo. 14 de Marzo de 2011. ROL 9529 – 2010. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26547&links=\[DIVORC,%20SANCION..](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26547&links=[DIVORC,%20SANCION..) (consulta: 27.04.2013)

⁵⁷ Barrientos. Op.Cit. página 370.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Coyhaique. Primera Sala. “Tenorio con Colombo”. [en línea]. 9 de Julio de 2012. ROL 38-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ32455&links=\[DIVORC,%20SANCION..](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ32455&links=[DIVORC,%20SANCION..) (consulta: 27.04.2013)

los justifiquen y que causó en la actora problemas de salud y anímicos, donde hubo incluso agresiones verbales.

En los mismos términos, en sentencia de 2011 la Corte de Apelaciones de Santiago⁵⁹ se establece que para que se configure la causal antes referida no basta con la sola vulneración del deber de cohabitar, es preciso que junto a ello se produzca una situación de desamparo, de desatención, de falta de protección - de "abandono" - del otro cónyuge, en términos que, aparte de infringirse el deber de convivencia, se vulnere también otros deberes del matrimonio, no siendo procedente el abandono es su manifestación externa pura.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. Novena Sala. Tur con Cabrera. [en línea]. Fecha 17 de Junio de 2011. ROL 1462-2010. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31798&links=\[DIVORC,%20SANCION](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31798&links=[DIVORC,%20SANCION) . (consulta: 27.04.2013)

c) Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.

Entre los delitos que contempla el legislador para que proceda esta causal es posible encontrar el aborto, el abandono de niños y personas desvalidas, crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas, raptos, violación, estupro y otros delitos sexuales, celebración de matrimonios ilegales, homicidio, infanticidio, lesiones corporales, injurias, calumnias, ultrajes públicos a las buenas costumbres, entre otros, con precisión de que estas tres últimas requieren que se pruebe la grave ruptura de la armonía conyugal⁶⁰, a diferencia de los otros delitos en los que se exime este requisito atendida su gravedad, bastando solamente la participación en el hecho punible.

⁶⁰ Picó Rubio, Jorge del. Op.Cit. página 423

d) Conducta homosexual.

Esta causal es restrictiva solo a la conducta como causal, y no requiere la prueba de la orientación sexual, ni esta es suficiente para la configuración. Así, puede entenderse que es necesaria la participación de una persona en actividades sexuales predominantes o exclusivamente con miembros de su mismo sexo⁶¹, no bastando el mero hecho de inclinación homosexual sin que sea claramente realizado por parte del “infractor” un comportamiento externo objetivo⁶², es decir, un hecho concreto comprobable mediante algún medio de prueba tangible para formar la convicción del tribunal sobre la gravedad y el efecto de volver intolerable la vida en común producida por el acto.

⁶¹ Ídem.

⁶² Barrientos. Op.Cit. p. 372

e) Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

En este punto la doctrina enfrenta un aspecto complejo a resolver, en cuanto debe resolver el alcoholismo o drogadicción cuando es entendido como una patología frente a la ayuda y socorro como deber del matrimonio. Aun en atención a esto, el matrimonio no puede suponer una carga excesiva para uno de los cónyuges, lo cual se ve reflejado en la necesidad de que por esto se vea alterada la convivencia, la cual alude a una convivencia tranquila, no alterada habitualmente por discusiones o conductas exaltadas, que sean una consecuencia o efecto de la ingesta de alcohol o drogas por parte de un cónyuge⁶³.

Para la configuración de esta causal, es necesario que las características de alcoholismo o drogadicción sean considerables como “vicio”, y no como una situación aislada, como queda de manifiesto en sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel⁶⁴, donde se plantea que el vicio de la embriaguez debe ser arraigado, es decir, muy firme y difícil de extinguir o extirpar lo que no

⁶³ Picó Rubio, Jorge del. Op.Cit. página 425.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel. “Pressac Poblete, Micheline con Quezada Gamboa, Gonzalo”. [en línea]. 22 de Diciembre de 1989.[http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ4704&links=\[DIVORC,%20ALCOHOL..](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ4704&links=[DIVORC,%20ALCOHOL..) (consulta: 27.04.2013)

aparece en las probanzas que se estudian, pues las testigos aludidas sólo se refieren a ocasiones en que aseguran haber visto al demandado embriagado, pero ello no significa necesariamente la existencia del vicio, o sea de un hábito o de un gusto especial o demasiado apetito de una cosa, que incita a usar de ella frecuentemente y con exceso.

f) Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

En este punto, el cónyuge infractor vulnera tanto el interés superior del niño, como el deber del matrimonio en cuanto vulnera el respeto y protección recíproca que constituye un deber de amparo dentro de la relación conyugal.

**CAPÍTULO SEGUNDO: LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU
APLICACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO POR CULPA.**

1. LA PRUEBA EN JUICIO EN GENERAL.

I. La prueba.

El ofrecimiento o presentación de la prueba es una etapa común a cualquier juicio que supone como elemento la controversia, ya que a través de ella es posible suministrar al juez la información relevante y necesaria para sustentar la posición que se busca acreditar, es decir, enfrentar los hechos esgrimidos por las partes con el respectivo sustento probatorio cargado de un estándar suficientemente alto para formar convencimiento. Jurídicamente, la prueba se entiende como la demostración, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende⁶⁵.

Más allá de un ejercicio lógico entre un hecho y una prueba, se requiere un análisis completo y comparativo de aquellos medios que servirán de fundamento y que son los más aptos para formar la convicción del juez, siendo

⁶⁵ Casarino Viterbo, Mario. "Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)". Tomo IV. Sexta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007. página 45.

necesario identificar aquellos realmente idóneos para acreditar los hechos y evaluar de qué modo la otra parte podrá controvertirlos, y así el tribunal evaluará la prueba producida, a la luz de las leyes y principios aplicables⁶⁶.

II. Normas generales.

Sin perjuicio de la incorporación de normas reguladoras de la prueba en cada procedimiento específico, las reglas generales usadas como base y de forma subsidiaria se encuentran contenidas en el Código Civil en su Libro IV, Título XXI, en que trata en específico “La prueba de las obligaciones”, apartado en que se contemplan los instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez. El Código de Procedimiento Civil, trata la prueba en el contexto del juicio ordinario, que contempla en el título XI “De los medios de prueba en particular”, donde realiza un estudio detallado de aquellos que puede hacerse uso en juicio, considerando como tales los instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informe de peritos; y presunciones.

⁶⁶ Tawil, Guido Santiago. “La valoración de pruebas”. Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Página 2.

III. Elementos de la prueba.

La prueba como tal, puede ser caracterizada mediante la conformación de cuatro elementos desarrollados a continuación.

i. El objeto.

El objeto de la prueba corresponde a la controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, como señala el artículo 328 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, corresponde analizar si la materia que es objeto de prueba es substancial, pertinente y controvertida para determinar si corresponde la prueba de la misma en juicio, como sucede en el caso del derecho extranjero, el cual excepcionalmente requiere prueba pericial en los términos del numeral segundo del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil y del capítulo II sobre “Reglas especiales sobre la prueba de leyes” del Código de Derecho Internacional Privado.

ii. Los sujetos.

Los sujetos de la prueba son aquellos llamados por la ley a proporcionarla mediante la forma determinada en ella. Así, el artículo 1698 del Código Civil entrega la carga de la prueba de las obligaciones o la extinción de las mismas a quién las alega.

iii. Los medios de prueba.

Los medios de prueba pueden caracterizarse como los mecanismos que entrega la ley para que las partes puedan acreditar una pretensión. El Código de Procedimiento Civil contiene el tratamiento más extensivo sobre los medios de prueba y los trata en el Libro I, título XI “de los medios de prueba en particular”, donde el artículo 341 señala que Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de peritos; y presunciones.

Sin perjuicio de lo anterior, otros cuerpos legales como el Código Procesal Penal en su artículo 323 y la ley 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia en los términos del artículo 54, regulan la posibilidad de admisión de “otros medios de prueba”, señalando en el mismo sentido que podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros

sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

iv. El valor de la prueba.

El valor de la prueba corresponde a la eficacia que cada medio de prueba tiene en un juicio determinado. Será distinto en atención a cada medio particularmente tratado y en cada juicio en que sea presentado constituyendo en algunos casos plena prueba o prueba semi plena que requerirá siempre de otros antecedentes para sustentar la pretensión. Por ejemplo, en materia testimonial el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil establece la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, señalando en su numeral primero que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial. En cuanto a los instrumentos públicos el Código Civil en el inciso primero del artículo 1700 señala que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.

Existen casos en que la ley acepta exclusivamente un medio de prueba, como sucede con los instrumentos públicos en el caso de ser la solemnidad requerida por la ley, conforme dispone el artículo 1701 del Código Civil. Por el contrario, no podrán probarse por un determinado medio ciertos hechos que la ley prevé, encontrando en este supuesto la prueba de testigos para obligaciones que deban constar por escrito, como lo señala el 1709 del Código Civil.

Entrega el Código de Procedimiento Civil solución para el juez que se enfrente a pruebas contradictorias, señalando en el artículo 428 la apreciación comparativa de los medios de prueba, según la cual los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad.

Sin perjuicio de esto, la opción del legislador por dejar atrás el sistema de prueba legal o tasada, ha restado mérito a la valoración absoluta mediante el sistema ofrecido por el Código de Procedimiento Civil, incluyendo la “libertad de prueba” y la apreciación de la misma mediante el sistema de la “sana crítica”, permitiendo a los jueces fallar de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

IV. Sistemas de valoración de la prueba.

Valorar como concepto jurídico supone la realización de una actividad intelectual, donde el juez da su personal alcance a cada prueba, atendiendo a la eficacia natural y legal que cada prueba tiene per se dentro del proceso⁶⁷, realizando este ejercicio tanto en la admisibilidad como al momento de emitir su resolución. La clasificación generalmente aceptada para determinar los sistemas de valoración de la prueba que proceden en nuestro ordenamiento se clasifican en tres, la prueba legal o tasada, la libre apreciación y un intermedio correspondiente a la sana crítica, y aunque es difícil encontrar alguno de estos sistemas en su estado más puro, los ordenamientos jurídicos contemporáneos establecen como regla general el régimen de libre apreciación o sana crítica, con ciertas excepciones en las cuales disponen medios exclusivos o principales de prueba para determinados hechos⁶⁸.

La razón que fundamenta la importancia de este ejercicio supone la gran cantidad de pruebas que se presentan en el proceso por las partes, las cuales son contradictorias entre sí, por lo que el juez tendrá la misión de valorarlas una tras otra, sopesando cuales de ellas poseen para él más valor, y cuales menos⁶⁹.

⁶⁷ Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. Op.Cit. Página 91.

⁶⁸ Tawil Op.Cit. p. 8

⁶⁹ Riofrío. Op.Cit. p.92

i. La prueba legal o tasada.

Este sistema contempla la existencia de una ley con reglas previas y específicas, destinadas a ser seguidas de forma obligatoria por el juez para la valoración de la prueba ofrecida en juicio, así, la convicción de juez no se forma espontáneamente por la apreciación de la prueba practicada en el proceso, sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio⁷⁰, regulando todos los aspectos de la materia, referidos fundamentalmente y además de la valoración, a aquellos propios de su naturaleza, admisibilidad, oportunidad y forma de rendición⁷¹.

ii. La libre apreciación.

En Chile, existen normas como el artículo 724 del Código de Procedimiento Civil que trata la prueba en el juicio de mínima cuantía, donde se determina que la prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos

⁷⁰ de Pina, Rafael. 1936. "Manual de Derecho Procesal Civil". Editorial Reus. 200 páginas. Página 36. Citado por: Díaz Uribe, Hugo. 1965. "De la prueba documental en los procesos civil y penal chileno". Santiago de Chile. Editorial Librotec. 228 páginas.

⁷¹Castro Jofré, Javier. 2005. "Los Principios Fundamentales Del Sistema Acusatorio". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, Semestre I. páginas 343 – 349.

calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él, entendiendo como libre apreciación aquella en que el juez no tiene ningún vínculo legal para establecer la credibilidad de las resultancias probatorias⁷².

Aún con esta norma expresa, se ha entendido por parte de la doctrina que la literalidad de la norma debe ser superada por un entendimiento integral de la ley, considerando los requisitos de las sentencias establecidos en el Código de Procedimiento Civil, entendiendo la expresión “en conciencia” como equivalente a la forma de valoración correspondiente a la sana crítica, por lo que es necesario consignar en la sentencia los antecedentes o razonamientos que lo han conducido a establecer los hechos según valoración en conciencia⁷³, lo que no puede traducirse en un sistema puro de valoración existente en nuestro sistema jurídico.

⁷² Calamandrei, Piero. 1973. “Estudios sobre el Proceso Civil”. Volumen III. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. P. 381

⁷³ Lepín Molina, Cristián. 2007. “Breve estudio de la sana crítica”. [en línea]. Gaceta Jurídica. N° 319. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 13 páginas. Página 9. http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/15690/6/breve_estudio_sobre_la_sana_cr%C3%ADtica.pdf. (consulta: 27.04.2013)

iii. La sana crítica.

El sistema de valoración de la prueba conocido como sana crítica, configura un sistema intermedio entre la prueba legal o tasada y la libre apreciación de la prueba, con más cercanía a esta última, siendo considerada por parte de la doctrina como una diferencia meramente semántica y perteneciente a la categoría de “libertad limitada”, señalando que las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema autónomo de valoración probatoria, sino que modulan y guían la tarea del juez en la apreciación libre de las pruebas⁷⁴. Aún con esto, es posible considerarla como parte de la división tripartita de la valoración, en cuanto determina por el legislador como un sistema característico parte de las reformas a la legislación de forma expresa, ya que es evidente que se están confiriendo a los tribunales la facultad de apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica⁷⁵, el cual se manifiesta como un sistema diferenciado en el cual el juez no está constreñido por reglas rígidas que le dicen cuál es el valor que debe dar a esta, pero tampoco decide únicamente en base a los dictámenes de su fuero interno⁷⁶.

⁷⁴ Tawil. Op.Cit. P. 7.

⁷⁵ González Catillo, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°1. 2006. pp. 93 – 107. Página 93

⁷⁶ Laso Cordero, Jaime. 2009. “Lógica y sana crítica”. [en línea]. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 1, pp. 143 – 164. P 144. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n1/art07.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

Para la jurisprudencia “sana crítica” significa en general que el juez además de llegar a una íntima convicción, debe expresar la forma cómo ha llegado a ese convencimiento, pero de manera tal que el hombre de una cultura media pueda llegar a la misma conclusión⁷⁷, incluyendo elementos propios del concepto que entre la ley, estableciendo una norma imperativa para el tribunal, quien debe expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime, debiendo tomar en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador⁷⁸.

Lo anterior, en concordancia con la definición legal que se ha entregado de forma equivalente en los cuerpos que la contienen, esto es, el imperativo de no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, además de la fundamentación de la sentencia en base a la prueba rendida, incluyendo la que ha sido desestimada, nos permite establecer que la sana crítica permite ampliar el rango de valoración de la prueba a aquella no determinada expresamente por el

⁷⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Quinta Sala. “Becerra con Express de Santiago Uno”. [en línea]. 20 de Agosto de 2012. ROL 327-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33124&links=\[SAN,%20CRITIC\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33124&links=[SAN,%20CRITIC]) .. (consulta: 27.04.2013)

⁷⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sala Verano. “Valdivia Vega, Ricardo con Jumbo Administradora Norte S.A”. [en línea]. 29 de febrero de 2012. ROL 15-2012. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31270&links=\[SAN,%20CRITIC\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31270&links=[SAN,%20CRITIC]).. (consulta: 27.04.2013)

legislador, en la medida que el juez se base en los principios entregados por la ley y delimite aquella la prueba rendida entre aquella que será útil y pertinente para el procedimiento y aquella que debe ser desestimada, ya sea por ser superflua, impertinente, o por vulnerar los derechos y garantías fundamentales, en especial del debido proceso, sumando como requisito vinculante la fundamentación de la sentencia en todas sus partes, ya que solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados⁷⁹.

V. Otros medios de prueba no regulados.

Como ya se ha señalado, cuerpos legales distintos al Código de Procedimiento Civil, tal como el Código Procesal Penal y la Ley 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia, establecen en los mismos términos la admisibilidad de medios de prueba no regulados expresamente, estableciendo que podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

⁷⁹ González Castillo, Joel. Op.Cit. p. 1003. cita a Montero Aroca, Juan (1996): La Prueba en el Proceso Civil (Madrid, Editorial Civitas S.A.) p. 353.

VI. Los modernos medios de prueba.

Esta categoría de medios de prueba, está caracterizada por no formar parte de aquellos establecidos por la ley en los apartados tradicionales dedicados a señalarlos y describirlos, siendo definidos doctrinariamente como aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento y que son propiciados por los avances científicos y tecnológicos⁸⁰. Esta categoría ha sido objeto de múltiples intentos por lograr su enumeración total, tarea difícil, por situarse estos en una etapa naciente, aunque creciente en índices exponenciales. Aun así, es posible entregar una lista más o menos general, con el objetivo de que sean incluidos todos aquellos que sean necesarios para formar el convencimiento del tribunal, intentando un criterio más o menos uniforme para su tratamiento.

Por lo anterior, la forma más eficiente de clasificar los modernos medios de prueba es a través de grupos⁸¹. Los grupos que han podido ser determinados son:

- a. Instrumentos de captación y reproducción de sonidos.
- b. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen.

⁸⁰ Gómez del Castillo y Gómez. "Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil". [en línea]. Derecho y conocimiento, vol. 1, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. pags. 77-90. Página 13. <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A05.pdf>.. (consulta: 27.04.2013)

⁸¹ Esta clasificación es propuesta en el contexto de la legislación española por Gómez del Castillo y Gómez. *Ibidem*.

- c. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido.
- d. Instrumentos telemáticos.
- e. Instrumentos informáticos.
- f. Instrumentos derivados de la utilización de aparatos de control o medición.
- g. Instrumentos derivados de la utilización de aparatos registradores.

En España la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, establece con respecto a los actos de comunicación, donde se incluye el correo electrónico, en los artículos 162 y siguientes, los primeros indicios de aceptación de esta categoría de medios, determinando los “actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares”, señalando el artículo referido lo siguiente:

1. Cuando los juzgados y tribunales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el acuse de recibo que proceda.

Las partes y los profesionales que intervengan en el proceso deberán comunicar al tribunal el hecho de disponer de los medios antes indicados y su

dirección. Asimismo se constituirá en el Ministerio de Justicia un Registro accesible electrónicamente de los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos.

2. Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, aquéllos habrán de aportarse o transmitirse a las partes e interesados de modo adecuado a dichos procedimientos o en la forma prevista en los artículos anteriores, con observancia de los requisitos de tiempo y lugar que la ley señale para cada caso.

2. LA PRUEBA EN SOPORTE ELECTRÓNICO.

I. El documento.

El documento propiamente tal, constituye una cosa material, mueble, que lleva incorporado un código, un tipo de lenguaje. Es susceptible de aprehensión física y por lo tanto de ser llevado, si ello fuera necesario, a presencia judicial⁸².

⁸² Sanchís Crespo, Carolina. 2002. "La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000: (doctrina, jurisprudencia y formularios)". Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. p.52

Si bien el Código de Procedimiento Civil utiliza indistintamente la expresión instrumento y documento, hay en la doctrina discusión sobre la relevancia de la distinción, otorgando a la expresión “instrumento”, un carácter más amplio o más restringido que la de “documento”⁸³.

En un sentido amplio puede caracterizarse como toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible por los sentidos de la vista y el tacto que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera⁸⁴, donde es aceptada cualquier representación para graficar un hecho que se quiere guardar para efectos posteriores, como un juicio.

En un sentido restringido, es limitado el concepto a la escritura y a cuyo objetivo sea netamente probatorio, excluyendo todo tipo de representación ajena a esta forma de expresión, como lo son las representaciones monumentales, heráldicas, numismáticas, esculturales, pinturas, escapan de toda posibilidad

⁸³ DÍAZ, Hugo. Op.Cit. Página 72 A 75, destaca las siguientes precisiones según autor: Anabalón Sanderson, Carlos, estima que el instrumento es más restringido que el documento, puesto que este es cualquier objeto, escrito o grabado que sirve para comprobar un hecho. Otros como Mittermaier Pottstock y Diaz hugo creen que la expresión instrumento es más amplia que la que documento, ya que con ella refiere a los relatos hechos por las partes o terceros cuyo soporte material es el papel, en cambio por el primero se comprenderían cualquier objeto material destinado a preservar la memoria de un hecho como monumentos, tumbas, lápidas funerarias o cualquier otro signo idóneo para recordar un hecho.

⁸⁴ RIOFRÍO cita a Hernando Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 2ª ed, t I, Buenos Aires, Zavalia, 1972. pág. 33

monumental⁸⁵, limitando el ámbito de aplicación del concepto a aquellos que están escritos en soporte papel y rubricados o firmados manualmente⁸⁶.

El Código de Procedimiento Civil divide los instrumentos públicos de los privados, el instrumento público es aquel que es autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario⁸⁷, es decir, aquel empleado del Estado que da validez y nacimiento al documento público⁸⁸, mientras está en posesión de su cargo, contemplando expresamente el artículo 342 del Código los documentos originales y las copias de los documentos originales en los siguientes términos:

- I. Los documentos originales;
- II. Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer;
- III. Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;

⁸⁵ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio. "Instrumento público electrónico". 2a. ed. revisada y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Bosch. 2002. Página 86.

⁸⁶ JIJENA LEIVA, Renato Javier. 1998. "Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico. El caso de la declaración de importación electrónica o mensaje cusdec". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso, Chile.

⁸⁷ CASARINO. Op.Cit. P.62.

⁸⁸ DÍAZ URIBE. Op.Cit. p. 85

- IV. Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria;
- V. Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior;
- VI. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.

Los instrumentos públicos se acompañan con citación, lo que en atención al artículo 69 del Código de Procedimiento Civil supone que no puede llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria, la cual tendrá derecho a oponerse o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente, situación que si bien no se encuentra expresamente considerada en el título XI que contiene los medios de prueba es posible inferirlo de la lectura de los artículos 795 y 800 en sus numerales 5 y 2 respectivamente que tratan en el contexto de las disposiciones especiales de los recursos de casación, las diligencias especiales de los juicios, ya sea en única, primera o segunda instancia, donde se contempla la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan.

El valor de los instrumentos públicos está determinado por el 1700 inciso 1° y el 1706 del Código Civil, los que determinan dos situaciones relevantes en torno a la “plena prueba”. La primera situación es la plena prueba respecto de quienes presentan el documento o lo declaran y los terceros que proceden en el caso de que el instrumento ha sido realmente otorgado y la fecha de emisión u otorgamiento del documento. Por el contrario, la plena prueba se produce solo respecto de quienes han declarado el documento en juicio en lo que supone haber efectuado las declaraciones que aparecen expresas en el instrumento.

La impugnación de los documentos supone por vía principal o incidental, el empleo de los procedimientos o medios que la ley señala para privar a un instrumento público de la fuerza probatoria⁸⁹, contemplando para estos efectos la nulidad, la falsedad o falta de autenticidad y la insinceridad o falta de verdad en las declaraciones.

Los instrumentos privados están constituidos por todo escrito que da constancia de un hecho y que ha sido otorgado sin formalidad o solemnidad alguna⁹⁰, señalando el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil que se tienen por reconocidos, es decir, se tiene por auténtico y se le asigna fecha cierta, cuando se encuentra en alguno de los siguientes supuestos:

- I. Cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer;

⁸⁹ CASARINO. Op.Cit. p. 66

⁹⁰CASARINO. Op.Cit. p.69

- II. Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso;
- III. Cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo; y 4° Cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

La forma de acompañar los instrumentos privados va a depender si emana de la parte contra la que se presenta o si emana el instrumento de un tercero. En el primer caso se acompaña bajo el apercibimiento del 346 número 3, esto es, que si al ser puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, esta arriesga el reconocimiento tácito. En el segundo caso se acompaña con citación, que supone un plazo de 3 días para impugnar.

La impugnación que trata el párrafo anterior se plantea como incidente, y son aceptados para desestimar los instrumentos acompañados el cotejo de letras, procedente según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil siempre que se niegue por la parte a quien perjudique o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado o de cualquier documento público que carezca de matriz,

y aquellos medios de prueba procedentes para la prueba del fraude, apreciadas conforme a las reglas generales.

El valor probatorio de estos instrumentos, si han sido reconocidos de forma expresa, tácita o judicial se rigen por las reglas del artículo 1702 del Código Civil que le otorga el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de estos, es decir, tienen la característica de hacer plena fe sobre su fecha, su otorgamiento y la veracidad de lo que en él se declara. Por el contrario, si no ha sido el instrumento reconocido en juicio, consecuentemente no tendrá valor en juicio.

3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

I. Concepto de documento electrónico.

La conceptualización que entrega el legislador en la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, en la letra d) del artículo 2 caracteriza el documento electrónico como toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo

idóneo para permitir su uso posterior, observando las siguientes características aptas para comprender su diferenciación del documento convencional:

i. Representación de un hecho, imagen o idea.

Hasta este punto de la definición legal, no es posible distinguir entre un documento en su sentido más puro, que representa en nuestro derecho la llamada “prueba instrumental”, tratados ambos por la doctrina indistintamente, siendo definidos como todo escrito en que se consigna un hecho⁹¹, o en su sentido aún más amplio que considera además otros documentos de carácter no instrumental como son las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías. Electrocardiogramas, planos, cuadros, dibujos, etc.⁹², con la idea de documento electrónico que considera la misma representación en su sentido más amplio.

En la conceptualización amplia de documento que hemos entregado, es posible determinar que el documento electrónico es compatible con el documento corriente, pero esto no es posible en un ámbito restringido de la prueba, por lo que debe ser incluido en cuanto la definición prescinda del elemento

⁹¹ CASARINO. Op.Cit. p.59

⁹² MATURANA MIQUEL, Cristián. “Los medios de prueba”. Separata. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2003. P.9. Citado por: Arrieta, Raúl. Canelo, Carola. Moya, Rodrigo. Romo, Rodrigo. Op.Cit. P.9.

“estabilidad”, ya que cualquier documento electrónico o informático posee una escasa corporabilidad, en exceso volátil y fácil de arruinar⁹³.

ii. Creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos.

Una segunda característica limita la conceptualización de representación amplia del documento electrónico a determinados medios, descartando de plano que comprenda una representación material como la que corresponde a la prueba instrumental, generalmente en papel, que corresponde a una representación impresa del documento electrónico⁹⁴, sino que requiere un soporte específico manifestados en soportes binarios, en soportes magnéticos, ópticos, óptico-magnéticos, electrostáticos, etc., y requieren para su reproducción una pantalla, impresora, altavoces, etc., y para su transmisión redes de comunicación digital defibra óptica, red telefónica básica, telefonía móvil, etc.⁹⁵.

⁹³ RIOFRIO, Juan Carlos. Op.Cit. P. 34

⁹⁴ARRIETA. Op.Cit. P.86

⁹⁵BARRIUSO RUIZ, Carlos. “La contratación electrónica”. Editorial Dykinson, Madrid. 1998. P. 233. Citado por; Arrieta. Op.Cit. p.85.

iii. Almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

En relación a los aspectos anteriores, el documento electrónico es un documento producido por medios automatizados, escrito en lenguaje binario –el de los bits- en un soporte –cinta o disco- que reúne estas características: legible, inalterable y reconocible o identificable⁹⁶, por lo cual se requiere necesariamente la concurrencia de una máquina para acceder a una información relevante. Carece de trascendencia que el contenido de esa información sean, bien palabras, imágenes y sonidos, o bien palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas⁹⁷. La referencia al “uso posterior” corresponde a la utilización del documento electrónico como prueba en juicio.

II. Referencias al soporte papel.

A pesar de existir un concepto expreso de la ley con respecto al documento electrónico, la complejidad y tecnicismo del tema requieren interpretaciones y aclaraciones de la doctrina desde la comparación con aquellos en soporte papel. Así, es posible asimilar ambos documentos siempre que sean transmitidos de un computador a otro computador, por regla general con firma

⁹⁶ URBANO CATRILLO, Eduardo de. Op.Cit. P. 42

⁹⁷ SANCHIS. Op.Cit. p. 100

electrónica, es decir, sean transmitidos telemáticamente, en los siguientes aspectos:

- i. Constan en un soporte material.
- ii. Contienen un mensaje, el que está escrito usando el lenguaje convencional de los dígitos binarios o «bits», entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir.
- iii. Están escritos en un idioma o código determinado.
- iv. Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica⁹⁸.

Una segunda comparación con el documento convencional es realizada con aquel documento que fue creado electrónicamente, pero que para efectos prácticos es impreso, en este caso la firma digital desaparece, al no intervenir el hombre carecerá de firma manuscrita, y será difícil determinar su autoría⁹⁹, lo cual dependiendo del caso o documento particular significan una complicación mayor o menor para la legislación.

Igualmente en España, los documentos electrónicos regulados por la Ley de Firma Electrónica (LFE) 59/2003, presentan una comparación con el documento en formato tradicional, ya que son considerados como verdaderos documentos que presentan una serie de características técnicas que los separan de los documentos cartáceos y que desde la propia regulación que ofrece la LFE ha

⁹⁸ JIJENA LEIVA. Op.Cit. P. 460.

⁹⁹ Íd anterior

de tratarse de documentos electrónicos que estén firmados con firma simple, con firma avanzada o con firma reconocida, dejando, en consecuencia, fuera de su ámbito de actuación a los documentos electrónicos no firmados¹⁰⁰.

III. Etapas de creación del documento electrónico.

El proceso que debe seguir el documento electrónico para que tenga las características de tal, son generalmente distinguidas en tres etapas relacionadas entre sí: la creación, el almacenamiento y la lectura.

La creación del documento supone la existencia de un computador para almacenar información y un programa informático para traducir el lenguaje binario que supone una combinación de dos dígitos (unos y ceros) que unidos representan caracteres del lenguaje humano para el manejo de datos e información. La existencia de ambos supondrá la existencia de un documento electrónico, pudiendo ser electrónico en su origen o no, lo que significa en el primer caso que será el documento que haya sido creado por primera vez como documento a través de la informática, y en el caso siguiente, esto es, derivativo,

¹⁰⁰ BERROCAL LANZAROT, Ana. 2006. "La firma electrónica y su relación en la Ley 59/2003". Foro, Nueva época, núm. 3/2006: 397-465. Pág 447.

aquellos que no nacen en formato electrónico pero se crea una versión electrónica de los mismos¹⁰¹.

El almacenamiento consiste en “guardar” el documento que ha sido creado con los requisitos de los párrafos anteriores mediante algún sistema interno o externo que permita realizar el respaldo de lo que ha sido producido, para posteriormente ser usado en juicio.

La lectura supone entender que hasta el momento del almacenamiento, lo que ha sido producido se encuentra aún en el lenguaje propio de la informática, esto es, el lenguaje binario que fue tratado anteriormente, por lo que debe ser traducido al idioma propio de quién efectuará el acto de lectura o ante quién deba ser presentado.

IV. Características del documento electrónico.

Las características del documento electrónico, que lo diferencian de los documentos convencionales son generalmente relevantes en sus aspectos formales, así, son diferenciadores el registro y uso de símbolos que en el documento electrónico es recogido en un medio y a través de símbolos que

¹⁰¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto. 2002. “El documento electrónico y la prueba literal”. [en línea]. *Ius et Praxis* v.8 n.2 Talca. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012.. 14 de Abril de 2013.

deben ser decodificados para hacerlo accesible al ser humano¹⁰²; en cuanto a la conexión entre el medio productor y de almacenamiento y el contenido producido, la separación es posible solo en el caso electrónico, donde es susceptible de ser transferido a otro u otros soportes¹⁰³.

V. Posibles problemas del documento electrónico.

Existen dificultades para determinar cuál es el original y cuáles son las copias del documento, a causa del almacenamiento de datos permitido por los sistemas informáticos, por lo que la capacidad de reproducir estos archivos es ilimitada, por lo que se hace difícil o extraño hablar de copias¹⁰⁴.

Otras desventajas que pueden ser mencionadas, sobre el documento en soporte electrónico en comparación al soporte tradicional papel, tienen relación con la forma de reconocimiento de las alteraciones y enmiendas, las cuales pueden ser detectadas a simple vista cuando se encuentren papel, pero en el soporte electrónico la detección requiere procedimientos técnicos capaces de localizarlos.

¹⁰² CRUZ MUNDET. JOSÉ Ramón. "La gestión de los documentos electrónicos como función archivística". [en línea]. P. 5 http://aabadom.files.wordpress.com/2009/10/75_0.pdf . (consulta: 27.04.2013)

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ DIAZ URIBE. Op.Cit. P. 174

La firma como forma de vincular la declaración de voluntad documental con una persona determinada¹⁰⁵, no presenta mayores inconvenientes en ninguno de los soportes que han sido tratados, ya que como será revisado, la existencia de la firma electrónica con las formalidades exigidas por la ley, permite que las lagunas que pudieran existir con respecto a esta materia, sean disipadas y ambos soportes sean en la práctica equivalentes.

Por último, la dificultad más importante y de mayor relevancia probatoria, consiste en demostrar la integridad del contenido del documento y el origen de los datos¹⁰⁶, lo cual requiere para la óptima seguridad el uso de la firma electrónica con mecanismos que garanticen que el documento presentado para la firma sea el mismo que finalmente va a ser firmado. Esto es, la necesidad de que la aplicación de clave privada sobre un mensaje a efectos de firma no altere su contenido y que el firmante pueda conocer efectivamente lo que va a firmar¹⁰⁷.

VI. El derecho comparado.

Las disposiciones más relevantes del derecho comparado en materia de documentos electrónicos, desarrollan la firma electrónica como sustento para la

¹⁰⁵ PINOCHET. Op.Cit.

¹⁰⁶ PINOCHET. Op.Cit

¹⁰⁷ Berrocal Lanzarot. Op.Cit. P. 430

validez de este, cuyo objetivo es igualar el soporte tradicional a este instrumento cotidiano, con miras a la plena prueba en juicio.

i. Europa.

En Europa, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999¹⁰⁸, estableció un marco comunitario para la firma electrónica, cuyo objetivo central es facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, definiéndola en su forma más pura como el conjunto de datos en forma electrónica anexos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación, y la firma electrónica avanzada, caracterizada por ser aquella firma que cumple con los requisitos de estar vinculada al firmante de manera única; permitir la identificación del firmante; haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.

¹⁰⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas. DIRECTIVA 1999/93/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. [en línea]. 19.1.2000. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:013:0012:0020:ES:PDF> .. (consulta: 27.04.2013)

Son relevantes en las directrices como efectos jurídicos de la firma, el imperativo de procurar por parte de los Estados miembros, que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, cumpla con satisfacer el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel y copulativamente, sea admisible como prueba en juicio con la eficacia jurídica correspondiente por el ordenamiento jurídico interno, sin restarle mérito porque esta se presente en forma electrónica, no se base en un certificado reconocido, no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

Agrega además, disposiciones que sirven como guía a las legislaciones de cada país en cuanto a los datos y dispositivos de creación de firma, la verificación, certificado de servicios, proveedores de servicio y acreditación voluntaria, e inclusive un tópico referente a la protección de datos.

Los destinatarios de estas directrices son los Estados miembros a la fecha, entre los cuales se encuentran Alemania, España, Italia, Francia, Portugal, Reino Unido y Suecia, parte del Parlamento Europeo, los cuales han tenido que modificar sus legislaciones internas o crear nuevas normas, con el objeto de no

contrariar las disposiciones del parlamento. Como está de manifiesto en el caso de Alemania e Italia¹⁰⁹.

¹⁰⁹ BERROCAL. Op.Cit. Trata los cambios en la legislación Europea, donde se modifican varios cuerpos normativos para adaptarse a la Directiva comunitaria: En Alemania, la “Verordnung zur elektronischen Signatur” de 24 de Octubre de 2001 y publicada el 16 de Noviembre de 2001, viene a sustituir a la “Verordnung zur digitalen Signatur (SigV)” (Reglamento de firma electrónica), de 22 de octubre de 1997, y la “Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften (Signaturgesetz)”, de 16 de mayo de 2001, reemplaza a su homóloga de 1997. En Italia, el Decreto italiano de 28 de diciembre de 2000, núm. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa– Testo A), que, igualmente reemplaza a la regulación existente en el Reglamento de 1997, modificado parcialmente por Decreto Legislativo de 23 de enero de 2002, núm. 10, «Attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche», publicado en la Gazzetta Ufficiale, núm. 39, de 15 de febrero de 2002, que ha introducido, asimismo, nuevos artículos sobre la materia. Y modificado, nuevamente, este Decreto de 28 de diciembre de 2000, por Decreto de 7 de abril de 2003, núm. 137, publicado en la GU, núm. 138, 17 de junio de 2003.

Señala que “asimismo, con posterioridad a la aprobación de la Ley de Firma Electrónica, en Alemania se ha dictado la importante Ley de 13 de julio de 2001, de adaptación de las formalidades del Derecho privado y de otras disposiciones al moderno tráfico de actos jurídicos, en virtud de la cual se intenta introducir el concepto y la terminología de la firma electrónica a determinados textos legales de carácter sustantivo. Se produce, así, modificaciones esenciales en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto al primero, se añade un nuevo apartado 3 al párrafo 126, en el que se dispone expresamente que la forma escrita puede ser sustituida por la forma electrónica, y se crean dos nuevos párrafos, el párrafo 126.a), en donde se regula la forma electrónica, y el párrafo 126.b) referido al Text form (art. 1 de la Ley), y con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil que se pretende su adaptación a las nuevas tecnologías, y, en concreto, se constata la existencia del documento electrónico como prueba, se habla de documentos electrónico en el párrafo 130.a) y se regula la prueba de apariencia en caso de firma electrónica cualificada en el párrafo 292.a) (art. 2 de la Ley)”.

La autora trata también la legislación en Francia, Portugal y Estados Unidos, estableciendo los siguientes puntos:

Francia representada por la Ley núm. 2000-230, de 13 de marzo de 2000, sobre adaptación del derecho de prueba a las nuevas tecnologías de la información y relativas a la firma electrónica (publicada en el Boletín Oficial, JO, núm. 62, de 14 marzo de 2000, p. 3968) en la que se introduce una modificación al Capítulo VI, «De la prueba de las obligaciones y del pago», concretamente a los arts. 1315, inciso 1, y

ii. España.

En España ¹¹⁰, la ley 59/2003 de firma electrónica ¹¹¹, no es el primer antecedente en aquel país sobre este tema, ya que en el año 1999, comenzó la vigencia del Real Decreto ley 14/1999¹¹² que trataba de manera más general la firma propiamente tal, los certificados electrónicos y prestadores de servicios.

1316, incisos 1 al 4, del Code, y el Decreto núm. 2001-272, de 30 de marzo de 2001, para la aplicación del art. 1316.4 del Code y relativo a la firma electrónica, modificado a su vez por Decreto 2002-535, de 18 de abril de 2002. En Bélgica, con la Ley belga de 9 de julio de 2001 (Moniteur Belgue du 29 de septiembre 2001) en la que se fijan ciertas reglas relativas al régimen jurídico de las firmas electrónicas y de servicios de certificación y, asimismo, en Luxemburgo, con el Reglamento de 1 de junio de 2001 relativo a las firmas electrónicas, al pago electrónico y a la creación del Comité de Comercio electrónico. Sobre Portugal, menciona el Decreto-ley portugués 290-D/99, de 2 de agosto, que aprueba el régimen jurídico de los documentos electrónicos y de firma digital, y que aún no ha adaptado su contenido a la normativa comunitaria. Para terminar, trata Estados Unidos considerando la primera Ley de firma digital (la Utah Digital Signature Act, publicada en mayo de 1995), y la «Federal Electronic Signatures in Global and National Commerce Act» (E-Sign Act).

¹¹⁰ Todas las leyes que tratan el tema Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regula la eficacia del documento electrónico en el proceso civil; en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abreviadamente Ley de Acompañamiento, por la que se disipan todas las dudas sobre la validez y eficacia del «documentos público electrónico», al permitir la plena operatividad de la firma electrónica y del documento público electrónico y su uso por Notarios y Registradores 13, recientemente modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad 14; y, en sede de comercio electrónico, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (en adelante, LSSI), y la Directiva 2000/31/CEE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aspectos jurídicos de los servicios de sociedad de la información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico). Lo anterior, se encuentra en Berrocal. Op.Cit.

¹¹¹ Ley 59/2003. Firma Electrónica. [en línea]. 19 de diciembre de 2003. Boletín Oficial de Estado número 304. <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/20/pdfs/A45329-45343.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

¹¹² ESPAÑA. 1999. Real Decreto Ley: 14/1999. Firma Electrónica. [en línea]. Boletín Oficial de Estado. Número 224. <http://www.boe.es/boe/dias/1999/09/18/pdfs/A33593-33601.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

Es importante destacar que España adhiere al marco comunitario para la firma electrónica antes expuesto, el cual es uno de los fundamentos del mejoramiento de la legislación existente y la aprobación de la ley que será comentada a continuación.

En la exposición de motivos para la creación de la referida ley, plantea como objetivo central la creación de un marco jurídico para el fomento a la incorporación de nuevas tecnologías en las actividades cotidianas, como aquellas que realizan las empresas, las administraciones públicas y los ciudadanos en general, para potenciar el crecimiento y competitividad de la economía española. El desarrollo de esta ley consta de disposiciones generales que tratan tanto el objeto de la ley, los prestadores de servicios y la firma electrónica como tal, que en lo relevante conceptualiza lo que esta significa, distinguiendo la firma propiamente tal de la firma electrónica avanzada, donde la primera es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, y la segunda como aquella que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. De manera amplia, es posible señalar que se trata de un conjunto de datos y no un símbolo, sello o grafía electrónica que sirve para identificar al

firmante de un mensaje y para acreditar la identificación del mismo, como la integridad del contenido del mensaje¹¹³.

Parte importante de esta ley, es el tratamiento que se otorga a los documentos electrónicos en cuanto a su concepto y al soporte que representan. El documento electrónico es definido como aquel redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente, y pueden ser soporte de documentos públicos firmados por funcionarios competentes para dar fe pública, judicial, notarial o administrativa; documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas; y, los documentos privados.

En cuanto a la forma de la prueba en juicio, se establece expresamente la admisibilidad de los documentos electrónicos con la firma correspondiente, pero con la relevancia de igualarla a la prueba documental tradicional, ya que la legislación anterior¹¹⁴, en la que esta prueba era admisible, pero no existía una referencia al medio probatorio al que se asimilaban o pertenecían, considerándose como medios distintos de los documentos públicos y privados. Se enumeran y regulan de forma separada y con criterios diferentes respecto de estos últimos¹¹⁵, no sólo en lo que se refiere al modo de su producción en juicio (art. 384.1 y 2), sino respecto a su fuerza probatoria, puesto que los

¹¹³ Berrocal. Op.Cit. P. 407

¹¹⁴ Real Decreto Ley 14/1999. Op.Cit.

¹¹⁵ Respecto de los instrumentos públicos y privados tradicionales

documentos públicos y privados tienen eficacia de prueba legal (arts. 319 y 326), mientras que los documentos electrónicos se valorarán por el tribunal «conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza»¹¹⁶. En cuanto a la impugnación de la autenticidad de la firma reconocida, requiere la comprobación de los requisitos legales por el prestador de servicios de certificación, con énfasis en la identidad de los firmantes y las obligaciones de confidencialidad, autenticidad, conservación e integridad de la información.

iii. Argentina.

En Argentina, la ley 25.506 sobre firma digital¹¹⁷ trata el documento digital como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, estableciendo tres presunciones a este respecto. La primera presunción tiene relación con la firma digital, también desarrollada en la ley, y entendida como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que

¹¹⁶ BERROCAL LANZAROT. Op.Cit. P. 453

¹¹⁷ LEY 25.506. Ley De Firma Digital. Buenos Aires. [en línea]. 14 de Noviembre de 2001. (BOLETIN OFICIAL, 14 de Diciembre de 2001.

http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520025506%25202001%252011%252014.. (consulta: 27.04.2013)

carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital, en cuanto se presume que pertenece al titular del certificado digital correspondiente. Una segunda presunción es la de integridad de los documentos electrónicos, en los cuales se señala que si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma. La tercera presunción asociada a este documento, se refiere al remitente en el supuesto de envío automático por un dispositivo programado, donde se presume que el documento que ha sido firmado proviene del remitente.

La señalada ley, también trata la validez, la cual es procedente si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 9º, detallados a continuación:

- a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;
- c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 de la presente, por un certificador licenciado.

Otros temas relevantes en la ley argentina, son el tratamiento del documento original “de primera generación”, considerados originales como tales y con el correspondiente valor probatorio, y la conservación para cumplir la exigencia legal de conservar registros o datos, cuando conste la firma digital y los procedimientos, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.

VII. La firma electrónica y la equivalencia de soportes.

La ley 19.977 reconoce entre sus principios la equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel, en cuanto validez y efectos, siempre que se encuentren reglados en los términos del artículo 3º, esto es, estar suscritos mediante el sistema que proporciona la misma ley: la firma electrónica. Lo anterior se ve excepcionado cuando la ley exige una solemnidad, o la misma no es susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, en los casos que se requiera concurrencia personal de parte y los que pertenezcan al ámbito del derecho de familia, señalando el inciso final que la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

La firma electrónica, determinante para la equivalencia de soportes, ha sido definida por la ley 19.799 en la letra f) del artículo segundo, como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, por su parte, la firma electrónica avanzada, establecida en la letra g) del mismo artículo, se caracteriza por ser aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

Lo anterior, permite inferir que si bien existe por el legislador el interés de crear una reglamentación precisa de los documentos y la firma en formato electrónico, no es de su interés determinarlo como un medio de prueba diferente de aquellos señalados en la ley, sino que el objetivo fundamental es darle el carácter de equivalentes a aquellos que se presentan en el formato tradicional papel.

VIII. Forma de presentación en juicio.

La forma de acompañar los documentos electrónicos en juicio no tiene reglamentación especial en la Ley 19.799, por lo que son aplicables las normas del CPC en materia de instrumentos, a los que ya nos hemos referido anteriormente en el apartado sobre los documentos en general. Igual situación ocurre con la impugnación de estos documentos. En todo caso, debemos tener presente que a raíz de la aprobación de la ley 19799 el CPC fue modificado por la ley 19.217, que estableció la audiencia de percepción documental para el caso que se presenten documentos electrónicos en juicio.

IX. Valor probatorio y eficacia en juicio.

La Ley 19.799, clasifica los documentos electrónicos en públicos y privados, al igual que el Código de Procedimiento Civil al tratar los instrumentos, incorporando reglas especiales para su aplicación.

Los documentos electrónicos públicos deben cumplir el requisito de ser suscritos mediante firma electrónica avanzada, con el valor en juicio correspondiente a la plena prueba.

El documento electrónico privado si es suscritos con firma electrónica avanzada tiene el mismo valor que los instrumentos públicos, es decir, plena prueba, con la excepción de su fecha, la cual para adquirir esta eficacia debe constar en un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado, en los términos del artículo 4° de la referida ley. Aún con lo anterior, si la firma no es avanzada en el caso de los instrumentos privados, la ley se remite a las reglas generales.

4. EL CORREO ELECTRÓNICO.

I. Concepto.

El correo electrónico es una forma de comunicación que constituye un servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un emisor y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y redes de telecomunicaciones¹¹⁸.

¹¹⁸ ARRIETA CORTÉS, Raúl. "Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas" [en línea]. p.150. <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10726/11014>.
. Consulta: 22 de Enero de 2013 citando a corripio Gil- Delgado, María de los Reyes. "Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet". Agenda de Protección de Datos. Madrid. 2000. P. 68

Entre las características relevantes y distintivas de este medio de comunicación¹¹⁹ se encuentran la virtualidad y la ubicuidad, que se traducen respectivamente en la falta de presencia física entre los sujetos como requisito, y la posibilidad de acceso desde cualquier computadora con conexión a internet, sin tener relación directa entre la cuenta y un computador determinado, por lo que lo relevante, a efectos de su protección constitucional, es el proceso comunicativo en sí mismo, con independencia del tipo de computadora a través de la cual se acceda a la cuenta o quién sea el propietario del ordenador, cuestiones meramente accidentales¹²⁰, siendo el mensaje enviado a un “servidor” encargado de guardar los respectivos códigos hasta el momento de ser leídos por el usuario que cuente con la clave de seguridad.

Otras características son la instantaneidad que significa que la transmisión presenta una velocidad tal que permite la recepción de mensajes en tiempo real; la multidireccionalidad tiene que ver con los sujetos de la relación, que pueden ser uno o varios; y, la capacidad multimedia que permite la transmisión de datos, imágenes y sonidos.

¹¹⁹ Estas características son desarrolladas por (Lambeck Rueda, Ana; El correo electrónico; en Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre 2002, p. 936-963; y Rodríguez S., Eduardo. El correo electrónico. [en línea] en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 3). en sentencia del Tribunal Constitucional. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>. (consulta: 27.04.2013)

¹²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Ciudad de México. [en línea] 15 de Junio de 2011. <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23020&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, (consulta: 27.04.2013)

Los elementos de este servicio son la existencia de un servidor donde los mensajes son guardados, un nombre de usuario o dirección de correo y la respectiva contraseña secreta y personal, que le entrega la característica al contenido de los mensajes como privado y garantías constitucionales y legales aseguradas para las comunicaciones privadas.

A grandes rasgos, podemos ubicar al correo electrónico dentro de los medios de comunicación con características digitales, y cuya transmisión se realiza por un canal cerrado, lo que en conjunto significa que existen dos sujetos en la relación, caracterizados por un emisor y uno o varios receptores de un mensaje determinado, mediante la intervención de medios idóneos para su intermediación y transmisión (aparatos, redes, infraestructuras, operadores de redes, programas informáticos, protocolos de transferencia en la Internet, soporte técnico, etcétera), luego de haber sido convertido a números binarios. La característica de transmisión por canal cerrado significa que solo tienen acceso los sujetos determinados de la relación.

II. Naturaleza jurídica del correo electrónico.

El correo electrónico como forma de comunicación, presenta características que permiten sea asimilado al instrumento, como medio de prueba más idóneo. Sin

embargo, las particulares características que presenta, especifican aún más su naturaleza, caracterizándolo como documento electrónico.

La práctica judicial en materia de familia no presenta dificultades en la aceptación de correos electrónicos recibidos por quien los presenta, siempre que quede bien establecido tanto el emisor como el receptor, caracterizándolos como “prueba documental”, aceptable incluso en formato papel, fijando en esos términos su naturaleza jurídica. Por otra parte, los correos electrónicos que no pertenecen a la parte que los presenta, tendrán la naturaleza de documento electrónico y seguirán su regulación legal.

La ley 19.799, no trata particularmente el correo electrónico, pero si entrega conceptos que permiten incluirla en la regulación. Así, en primer término define “electrónico”, considerándolo como aquella característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares; también, es relevante la definición que ya hemos entregado en apartados anteriores, sobre “documento electrónico”, que supone toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

En este sentido, es importante exponer brevemente la relevancia de la firma electrónica para determinar el verdadero valor del correo electrónico como prueba en juicio en un análisis posterior, donde aquella consta en su sentido

más puro de cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor y con la característica de “avanzada”, cuando se encuentra certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría. La firma en cuestión, debe estar sujeta a los requisitos y procedimientos establecidos por la ley, que derivan en un “certificado de firma electrónica”, que consiste naturalmente en una certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica.

La ley 18168, que establece la Ley General de Telecomunicaciones, entrega otras directrices sobre este tema, definiendo “telecomunicación” como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, pero en general consiste en una ley que busca regular los servicios de telecomunicaciones, ya sean de libre recepción, de telecomunicaciones, ilimitados, aficionados o intermedios, es decir, a nivel más macro que lo sugerido por nuestro estudio, ya que constituye al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones como ente regulador y cuya misión es fijar claramente las

reglas del juego en que se desenvuelve quien desee operar en el sector, de manera que exista plena igualdad para todos, ya sean estatales o privadas, y que además no existan normas que estén sujetas a decisiones discrecionales¹²¹.

III. Reconocimiento en la legislación. Regulación constitucional y legal.

En Chile, además de la regulación constitucional del 19 n° 4 y 5 que establece el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, donde el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley, existen otros artículos dentro de leyes específicas que reafirman lo tratado con respecto a las comunicaciones privadas, las cuales en lo relevante serán reproducidas a continuación:

En este punto, son relevantes las excepciones a la inviolabilidad¹²², las cuales son claras en la ley y son caracterizadas por la necesidad de una autorización legal, cuyo propósito es hacer previsible para los eventuales afectados una

¹²¹ Historia de la Ley General de Telecomunicaciones. [en línea]. Página 8. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29591>. (consulta: 27.04.2013)

¹²² Estas excepciones son tratadas en la sentencia del TC. [en línea]. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>.. (consulta: 27.04.2013)

apertura de dichas comunicaciones; luego, por ley deben ser definidos los casos en que procede la autorización señalada como primer requisito, ya que toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones; junto con lo anterior, la ley debe establecer las formas o procedimientos a seguirse y las formalidades de la autorización; y, por último, los casos y formas deben estar determinados de modo preciso, no genéricamente.

La Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos¹²³ del año 1960, trata la inviolabilidad de la correspondencia postal y telegráfica, estableciendo en los artículo 30 y siguientes que:

La inviolabilidad del secreto postal importa la prohibición de abrir o permitir que se abra ningún objeto o comunicación confiado al Servicio, o de divulgar las noticias que ellos contengan, a excepción de los depositados con carácter de objetos de porte reducido y, como tales, sometidos a inspección.

El secreto postal comprende, asimismo, la prohibición de intentar, por cualquier medio, descubrir la naturaleza del contenido de los objetos postales clasificados como cartas, a excepción de las piezas sometidas a tratamientos especiales en conformidad con las convenciones, arreglos y leyes; de suministrar a cualquiera

¹²³ CHILE. 1960. Decreto Supremo N° 5037/1960, Ministerio del Interior. [en línea]. http://www.correos.cl/SitePages/descargas/marco_normativo/5307.pdf. (consulta: 27.04.2013)

que no sea el propio interesado o su apoderado, noticias relativas a relaciones postales de las personas, así como de la llegada o de la existencia de cualquiera especie de correspondencia destinada a otra persona que la que formule la consulta o a su representante acreditado por medio de poder suficiente.

El secreto telegráfico importa la reserva absoluta del contenido de las comunicaciones, salvo en los casos contemplados en las leyes.

La Ley General de Telecomunicaciones, número 18.168¹²⁴, establece en su artículo 24 H que trata en general el funcionamiento del servicio de telecomunicaciones, señala la obligación de los concesionarios y los proveedores de procurar preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red.

En el mismo sentido, el artículo 36 B, califica como delito la interferencia, interceptación e interrupción del servicio de comunicaciones realizada de forma maliciosa, señalando las penas correspondientes.

El Código Penal¹²⁵, en el título III del Libro II, que trata en específico los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución señala que Se castigará con la pena de reclusión menor en

¹²⁴ CHILE. 1982. Ley 18.168. Ley General de Telecomunicaciones. [en línea]. Chile. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29591>. (consulta: 27.04.2013)

¹²⁵ CHILE. 1874. Código Penal. [en línea]. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>. (consulta: 27.04.2013)

cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

El artículo 146, establece una norma para aquel que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, e incluye en la regulación las penas correspondientes que consisten en reclusión menor en su

grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo.

Este Código, también trata en el artículo 369 ter la autorización del tribunal a petición del Ministerio Público, para la interceptación o grabación de las telecomunicaciones, cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos establecidos en la ley. En el mismo sentido, el artículo 411 octies establece la autorización para la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de la persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones.

La Ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, trata dos aspectos relevantes para nuestro estudio, el primero es la interceptación, interferencia y acceso al documento y la segunda la difusión del contenido, en los siguientes términos:

Artículo 2: El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio.

Artículo 4: El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado".

La Ley 18.314¹²⁶, sobre conductas terroristas y su penalidad, fija para el caso de aquellos delitos calificados como tales la posibilidad de interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica, a petición del Ministerio Público al Juez de Garantía.

El Código Procesal Penal, es relevante en los artículos 218 y 222, en cuanto señala con respecto a la retención e incautación de correspondencia, lo siguiente:

Artículo 218: A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presumiere que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

¹²⁶ CHILE. 1984. Ley 18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. [en línea]. Chile. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731..> (consulta: 27.04.2013)

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente.

La norma del artículo 222, trata igualmente la interceptación de comunicaciones, pero específicamente aquellas telefónicas, las cuales si bien tienen importancia en nuestro estudio, no serán tratadas en profundidad.

IV. Analogía con la violación de correspondencia.

La legislación en general, nos permite realizar analogías entre normas, instrumentos, formas de valoración, entre otros, lo cual entrega la posibilidad intentar una aplicación similar a normas proliferantes, frente a aquellas que ya están consolidadas, o más precisamente tratar la ley de forma íntegra, como principio fundamental de interpretación aplicable al caso.

Lo anterior es el reflejo de lo que el correo electrónico significa para la legislación, ya que constantemente es comparado con la correspondencia en soporte tradicional, en especial en lo que significa la violación de la misma, que en este tema particular se ha señalado que no es necesario crear nuevas leyes, sino que es necesario hacer cumplir las actuales¹²⁷, lo cual hace clara referencia a aquellas que versan sobre las comunicaciones electrónicas y las garantías del artículo 19 de la Constitución en los numerales 4° y 5°, sobre el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y especialmente la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, donde las comunicaciones y documentos privados solo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Sobre esta última garantía, es posible conceptualizarla como aquel derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada¹²⁸, existiendo diferencias en terminología existente en la legislación nacional y en la internacional, donde en la primera se trata la “inviolabilidad de las comunicaciones y toda forma de comunicación privada”, y en la segunda,

¹²⁷ Arrieta. Op.Cit. p. 148

¹²⁸ Alvarez Valenzuela, Daniel. (2004). “Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Informático n° 5.. P. 192. <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10736/11004>. (consulta: 27.04.2013)

representada por el pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11 referido a la “protección de la honra y de la dignidad”, en su numeral segundo, donde en un primer examen parece reducir el ámbito de aplicación de la norma a la correspondencia de forma restringida, al señalar que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

V. Proyecto de Protección Civil de la vida privada. Historia de la Ley

19.628¹²⁹.

El 5 de Enero de 1993, el Senador Eugenio Cantuarias Larrondo, presenta un proyecto de ley sobre protección civil de la vida privada, cuyo objetivo principal es llenar el vacío legal existente en la materia, y entregar adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas en el ámbito del Derecho Civil, ante a eventuales intromisiones ilegítimas, contemplando en sus orígenes referencias a la protección de la vida privada en general como aspecto a observar, los cuales serán reproducidos a continuación, para comprender las necesidades sociales pretendidas por el legislador.

El proyecto presentado por el Senador Cantuarias señaló lo siguiente:

¹²⁹ Historia de la ley 19.628. Op.Cit.

Artículo 1º. La vida privada de las personas es inviolable. Su protección frente a cualquier género de intromisiones ilegítimas se sujetará a las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que se establezca en otras leyes especiales.

Artículo 2º. La vida privada de las personas comprende, entre otros aspectos, el derecho a la propia imagen; a la intimidad personal y familiar; al anonimato y reserva; a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas.

Artículo 3º. Sin perjuicio de las excepciones expresamente contempladas en la ley, ninguna decisión judicial podrá estar fundada en hechos o antecedentes obtenidos por medio de intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona.

Artículo 14º. En general, constituyen intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona los siguientes casos:

a) la utilización de cualquier medio o aparato para el conocimiento de la vida íntima de la personas o de sus conversaciones o correspondencia no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción;

b) la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona que causaren o pudieren causar daño moral a ella o a su familia así como la

revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

c) la captación, reproducción o publicación por fotografías, filmes o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en episodios de su vida privada.

d) en general, todo acto u omisión arbitrario o ilegal que moleste, perturbe amenace o prive a una persona del ejercicio legítimo del derecho a su vida privada.

Sin perjuicio de la propuesta original, tendiente a la creación de una ley general sobre privacidad, en el año 1999, finalmente el trabajo legislativo deriva en la promulgación la ley 19.628, sobre protección de datos personales, cuyo objetivo principal es el amparo de estos. Los ámbitos tratados por esta ley son los siguientes: el consentimiento para el tratamiento de datos; la regulación de datos que requieren de especial protección; la calidad de los datos y su seguridad; el deber de secreto; y, la cesión de los datos. Lo anterior, acotando el contenido de la ley y eliminando regulación general aplicable a todas las áreas del derecho en materia de privacidad, prescindiendo de esta hasta hoy.

Podemos realizar un ejercicio comparativo entre la ley 19.628 (promulgada en 1999) y el proyecto original propuesto en el Congreso Nacional (que data

de1993), donde las diferencias existentes entre ambas normativas, pueden establecerse en cuanto a su organización como cuerpo legal, según se señala a continuación.

- i. En cuanto al Título Preliminar, el proyecto original no lo contemplaba; mientras que la ley 19.628, establece un desarrollo de disposiciones de carácter general en materia de datos personales, con definiciones de conceptos que serán relevantes para el desarrollo de la misma.
- ii. Sobre el Título Primero, en el proyecto original se contemplaban las denominadas disposiciones de carácter general, haciendo referencia a la protección frente a cualquier intromisión ilegítima a la vida privada, incluyendo la imagen, la “vida tranquila” y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. También se establecen las características de la vida privada, determinándola como irrenunciable e imprescriptible, extendiéndola a la memoria de la persona fallecida. Finalmente, presume la ilegitimidad de cualquier intromisión a la vida privada; En la ley 19.628, su título primero, se denomina “De la utilización de datos personales”, en el mismo se contempla el desarrollo del tratamiento de datos personales, los procedimientos automatizados y la utilización de datos, incluyendo regulación sobre los datos sensibles.

- iii. Con respecto al Título Segundo, en el proyecto original se regula la protección de datos personales, donde se determinan temas como el consentimiento y los derechos de los usuarios, entre los cuales podemos destacar, el derecho a rectificar, completar, aclarar o actualizar datos, y la indemnización en el caso de sufrir alguna clase de perjuicio; a su vez, en la denominada ley sobre protección de datos, se contemplan los derechos de los titulares, consagrando los derechos de los usuarios, estos son, información, modificación, cancelación o bloqueo.

- iv. En lo que se refiere al Título Tercero, el proyecto original de 1993, se denomina “De las intromisiones ilegítimas a la vida privada” y en el mismo, se clasifican las situaciones de legitimidad e ilegitimidad de las intromisiones, donde las situaciones ilegítimas se encuentran configuradas, entre otras, por las escuchas, filmación, u otro medio apto para reproducir la vida íntima o para el conocimiento de esta y la divulgación de información; la ley 19.628 contempla, en su Título Tercero, denominado “De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero. Bancario o comercial”, donde se determinan los casos en que los bancos u otras instituciones financieras pueden dar a conocer los datos de sus usuarios.

- v. En lo referido al Título Cuarto, en el proyecto original presentado en la instancia legislativa, se denominaba “De las acciones a que dan lugar las intromisiones ilegítimas en la vida privada”, se protege la privacidad mediante la acción civil, regulando la indemnización de perjuicios; en la normativa sobre protección de datos, el Título Cuarto se denomina “Del tratamiento de datos por los organismos públicos”, entidades a las que se les permite el tratamiento solamente en casos expresamente contemplados en la ley.

- vi. En el Título Quinto, en el proyecto originalmente presentado y discutido en la instancia legislativa, se contiene la regulación relativa a la competencia del tribunal y del procedimiento aplicable, donde se determina como tribunal competente para conocer de las infracciones a la privacidad, al Juez de Letras del domicilio del demandante; en la ley 19.628 se establece la responsabilidad por las infracciones a esta ley, donde se considera la indemnización del daño patrimonial y moral en el tratamiento indebido de datos personales.

- vii. En cuanto al Título Final, no es contemplado por el proyecto original; mientras que la ley sobre protección de datos personales, en su título final modifica el Código Sanitario, en lo referido a la reserva de las

recetas médicas y el análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud.

VI. Derecho comparado: violación de correspondencia.

i. Chile.

En Chile, la mayor cantidad de jurisprudencia sobre inviolabilidad de las comunicaciones y sus alcances, está centrada en materia laboral, donde no hay dudas sobre la protección extensiva e incluyente de la protección al derecho en cuestión. El Consejo para la Transparencia en respuesta a amparo rol C406-11¹³⁰ del año 2012, consigna lo anterior señalando que la doctrina y la jurisprudencia especializada han considerado que el artículo 19, N° 5, también entrega protección a los correos electrónicos. Así, José Luis Cea, en el Tomo II de Derecho Constitucional Chileno, sostiene que «la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos», agregando que «hoy las

¹³⁰ Consejo para la Transparencia. Decisión Amparo Rol C406-11. [en línea]. http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/C406-11/C406-11_decision_web.pdf. (consulta: 27.04.2013)

comunicaciones son muchas: epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el télex, fax, correo electrónico, video conferencia, etc. Por supuesto—concluye— esas y otras especies de comunicación, siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio».

Por su parte, la Dirección del Trabajo señala en Ordenanza n° 2210/035¹³¹ que aplicada al ámbito laboral, la jurisprudencia de este Servicio, con relación a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ha sostenido que, "de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores". Conciliando la vigencia de tal derecho fundamental, con las facultades empresariales, se ha dispuesto que será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta -como se ha dicho- que "el delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva".

¹³¹ Dirección del Trabajo. ORD. N°2210/035. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-96717.html>.. (consulta: 27.04.2013)

Sobre los correos electrónicos, recientemente fue interpuesta una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285¹³², sobre Acceso a la Información Pública, con énfasis en el texto que señala que “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, considerando que los mensajes enviados a través de correos electrónicos no son información pública, sino información reservada que se encuentra protegida por las garantías del artículo 19 N°s 4° y 5° de nuestra Constitución, rescatando los siguientes puntos relevantes en los considerandos:

- a. Para que un informe o dictamen se entienda comprendido dentro del derecho de acceso a la información, debe cumplir dos condiciones. En primer lugar, debe ser genuinamente un informe. Los informes se dictan en el marco de un procedimiento al cual acceden. En segundo lugar, debe tratarse de un acto propiamente tal o de un documento que sirva de complemento directo o complemento esencial del acto administrativo respectivo, tal como lo señala el inciso primero del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285. De este modo, si un documento no se

¹³² Sentencia Tribunal Constitucional. Rol: 2153-11. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011. [en línea]. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> . (consulta: 27.04.2013)

encuentra en alguno de estos supuestos, no está dentro de aquellos que pueden ser conocidos vía derecho de acceso a la información pública¹³³.

- b. Que, finalmente, no se nos escapa que debemos resolver un asunto donde están involucradas nuevas tecnologías, con normas constitucionales que no las tuvieron en cuenta, porque no existían cuando fueron formuladas. Por lo mismo, debemos realizar un proceso hermenéutico para interpretar dichos textos en el contexto de la sociedad tecnológica. Ello implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra Constitución recoge no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino también la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas.
- c. Que para resolver adecuadamente la controversia, es necesario analizar el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Lo primero que cabe señalar es que, desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia (artículos XVI, 1812; 5°, 1822; 147, 1833; 10 N° 13, 1925). Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de “papeles” (1812, 1818) o de “correspondencia” (1833, 1925), la de 1980 habla de “toda forma de

¹³³ Lo señalado se enmarca en el contexto sobre si toda la información que emana de un correo institucional es pública o no.

comunicación privada”. Con la expresión “toda” no se quiso excluir ninguna; las comprende, justamente, a todas. El vocablo “forma” subraya el hecho de que da lo mismo su formato.

- d. Que, sin embargo, la Constitución también garantiza con la inviolabilidad “los documentos” que se empleen en el proceso comunicativo. En el derecho comparado se garantiza “el secreto de las comunicaciones” (artículo 18, Constitución española); “el secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones” (artículo 10, Constitución alemana); el “secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación” (artículo 15, Constitución italiana); la inviolabilidad de “los papeles” (Enmienda 4, Constitución norteamericana). Sólo Perú (que garantiza, en su artículo 2° N° 10, “el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados”); y Argentina (que protege, en su artículo 18, “la correspondencia epistolar y los papeles privados”) tienen una protección semejante a la nacional. Estos “documentos” son todos aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. El hecho de que la Constitución los califique como “documentos privados” no está en relación con que no sean instrumentos públicos. El término es utilizado como documento que ha sido empleado en una comunicación privada y que, por lo mismo, no es revelado ni accesible ni conocido por todos.

- e. Debe tratarse de comunicaciones privadas. Éstas son aquellas en que el emisor singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban.

- f. El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33).

- g. Los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero

desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.

- h. No hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.
- i. También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de 17 de Febrero de 2011¹³⁴, referente a la admisibilidad de prueba obtenida con infracción de garantías en juicio de divorcio, es en el contexto relevante lo siguiente:

- a. Los correos electrónicos incorporados a juicio por la parte demandante, bajo soporte documental, no fueron obtenidos en forma lícita por dicho litigante, al menos no demostró, correspondiéndole, que haya tenido autorización de su titular para acceder a la información privada en ellos contenida. Por lo mismo, el efecto procesal propio de una situación como la señalada precedentemente es la inutilización de la evidencia obtenida con vulneración de garantías fundamentales, en la especie la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

- b. Argumentando para ello la ilicitud de la prueba incorporada en juicio, sendos correos electrónicos entre ésta y un varón que no es su cónyuge en los que explícitamente reconoce haber mantenido relaciones sexuales en más de una oportunidad, por la afcción de su derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, prevista en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, además de atropellar normas dispuestas en el Pacto Internacional de Derechos

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Arica. “Palominos Altamirano, Javier Alejandro con Horstmeier Paredes, Carolina”. [en línea]. 17 de Febrero de 2011. ROL 8 – 11. [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26206&links=\[PALOMIN,%20ALTAMIR,%20JAV,%20ALEJ,%20C,%20HORSTM,%20PARED,%20CAROLIN\]..](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26206&links=[PALOMIN,%20ALTAMIR,%20JAV,%20ALEJ,%20C,%20HORSTM,%20PARED,%20CAROLIN]..) (consulta: 27.04.2013)

Civiles y Políticos y Convención Americana Sobre Derechos Humanos, puesto que resulta indudable que todos los correos electrónicos leídos en la audiencia son prueba ilícita que no pudieron ser considerados ni ponderados, amén de no haberse acreditado la veracidad y autenticidad de los mismos, no constando de ninguna manera que correspondan a comunicaciones reales entre la demandada y un tercero.

ii. Argentina.

En Argentina, la Constitución trata la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar y papeles privados como regla general, y como excepción el allanamiento y la ocupación en los casos y justificativos establecidos por ley. Frente a este escenario, que en apariencia se infiere es limitado a que las comunicaciones se encuentren en la forma de correspondencia epistolar, es necesario señalar que es pacífica la jurisprudencia en considerar que las misma se extiende a cualquier forma de comunicación con prescindencia del soporte utilizado¹³⁵, apoyándose por la

¹³⁵ Iglesias, Gonzalo. "Inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones electrónicas en el derecho argentino". [en línea]. Artículo publicado en la Edición Nº 10 de Diciembre de 2011 -de la Revista Digital: EIDerechoInformatico.com. <http://www.elderechoinformatico.com/index.php?view=article&catid=85%3Aarticulos&id=1041%3Ainviolabilidad-de-la-correspondencia-y-comunicaciones-electronicas-en-el->

jurisprudencia que asimila el correo electrónico a la correspondencia que trata este artículo¹³⁶ y considera que los términos “correo electrónico”, “correo”, “e-mail”, “mail”, “correspondencia electrónica”, constituyen distintas maneras de designar mediante el uso común del lenguaje una forma de correspondencia. En este sentido, restringir el término correspondencia, al alcance que pretende el recurrente -en soporte papel-, implicaría una desnaturalización irrazonable tanto del tipo legal, como del axioma no hay delito ni pena sin ley previa¹³⁷.

En este mismo sentido, la Cámara Nacional de Casación, en sentencia de 7 de Abril de 2008¹³⁸, revoca resolución que desestima acción de inexistencia de delito respecto a la violación de correspondencia por no ser asimilable a la correspondencia epistolar que señala la ley, señalando que en este sentido el correo electrónico comparte las características propias de las cuales goza el correo tradicional, pues sus elementos requieren un prestador del servicio, el nombre de usuario y clave de acceso, a los efectos de impedir que terceros

derecho-argentino-por-dr-gonzalo-

iglesias&format=pdf&option=com_content&Itemid=107.. (consulta: 27.04.2013)

¹³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional. Caso Lanata, Jorge. [en línea]. Sala 6. 4 de Marzo de 1999. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=SUMARIOS&doc_id=G0011801. (consulta: 27.04.2013)

¹³⁷ Cámara Nacional de Casación Penal. Sala I. 7 de noviembre 2008. Causa n°8949. “Ventura, Luis” [en línea]. <http://www.iestudiospenales.com.ar/parte-especial/delitos-contra-la-propiedad/jurisprudencia-nacional/589-la-difusion-del-contenido-de-un-email-configura-el-tipo-penal-de-la-violacion-de-correspondencia-art-155-cp.html>.. 14 de Abril de 2013.

¹³⁸ Cámara Nacional de Casación Penal. Sala 07. Falik, Flavia. [en línea]. Sentencia del 7 de Abril de 2008. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=SUMARIOS&doc_id=33012702 .Sala 07. (consulta: 27.04.2013)

extraños se entrometan en los datos; todo lo cual y sumado a la intención del legislador introducida en el propio texto del art. 153 del Código Penal respecto a la frase "o de otra naturaleza", es que debe ser protegido con los alcances de la propia correspondencia privada.

Tiene especial relevancia el artículo 19°, el cual regula de forma general y confusa las acciones privadas de los hombres, con aspecto más cercano a una norma moral que a una norma propia del ordenamiento positivo, pero que en la eventualidad podría ser aplicada como guía por los jueces, señalando que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El Código Penal Argentino, determina como delito a la propiedad por violación de secretos y de la privacidad, en el artículo 153, y señala las penas para quien abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica u otro medio de comunicación señalado expresamente en el artículo, si no le está dirigido, se apoderare indebidamente de esta aunque no esté cerrado o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida, norma con carácter restringido a aquellos mensajes destinados al público general, aun en los casos que los mismos

emanen de un particular, como pueden ser los publicados en redes sociales como facebook o twitter¹³⁹.

El desarrollo de la jurisprudencia ha demostrado la eficacia del correo electrónico como prueba, señalando los siguientes aspectos importantes:

- I. La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, en sentencia de fecha 30 de Mayo de 2012¹⁴⁰, establece que los mensajes del correo electrónico, son considerados instrumentos privados, y se presume la autoría e integridad del mensaje, cuando llevan la firma digital (ley 25506). Cuando carecen de ésta no se le puede otorgar un valor de convicción; su autenticidad se acredita sólo con un dictamen pericial. Esta sentencia se refiere también a aquellos documentos impresos con apariencia de correo electrónico, señalando que un correo electrónico presentado en papel no ofrece ninguna garantía desde el punto de vista de prueba. Es fácilmente "construible" un documento con apariencia de correo electrónico. La alteración/manipulación digital de un correo es relativamente sencilla. Más sencillo de "manipular" que un fax (p.ej.). Por todo lo visto, un correo electrónico es susceptible de ser impugnado en un proceso judicial. Para

¹³⁹ Iglesias. Op.Cit.

¹⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial y minería. San Juan. Sala 03. Sentencia de 30 de Mayo de 2012. [en línea]. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=SUMARIOS&docid=50008317.. (consulta: 27.04.2013)

poder probar su "autenticidad" es necesario realizar un análisis pericial del correo electrónico. Para ello se debe contar siempre con acceso al correo "original".

- II. En materia de divorcio propiamente tal, en especial a aquel originado por la culpa de uno de los cónyuges, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma dispar. En sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 12 de Abril de 2012¹⁴¹ señala que si bien para la configuración de adulterio como causal de divorcio, no se precisa la prueba directa de la vinculación carnal, los indicios sobre los cuales se funde han de ser suficientes como para crear presunciones graves que lleven al ánimo del juzgador una certeza que excluya toda duda y han de sustentarse en hechos y no en meras interpretaciones subjetivas. En consecuencia, y más allá de la posibilidad cierta de alteración de los correos electrónicos y del eventual acceso de la esposa a la casilla de su consorte, si los e-mails dan cuenta de un vínculo afectivo del demandado con otra mujer pero por su contenido no alcanzan para tener por configurada la causal de adulterio, sino que demuestran la existencia de relaciones incompatibles con la exclusividad del matrimonio, corresponde incluirlas en el inc.4 del art. 202 del Código Civil.

¹⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala G. "M.L con L.JH". [en línea]. SENTENCIA del 12 de Abril de 2012 http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=SUMARIOS&doc_id=C0409447.. (consulta: 27.04.2013)

Por otra parte, en sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 13 de Marzo de 2012¹⁴², se señala que es inadmisibile la prueba pericial informática ofrecida por el cónyuge a fin de demostrar el adulterio del otro, en tanto la apertura de correos electrónicos ajenos constituye una evidente violación al derecho a la intimidad, a la esfera de reserva y secreto de las comunicaciones.

La ley 19.798 que regula el Servicio de Telecomunicaciones, establece en sus artículo 18 y 19 la inviolabilidad de las telecomunicaciones y su interceptación solo a requerimiento del juez, precisa además que la inviolabilidad de la correspondencia significa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea su destinatario conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación confiada a los prestadores del servicio y la de dar ocasión de cometer tales acto.

¹⁴² . Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. “L con V”. [en línea]. Sentencia del 13 de Marzo de 2012. http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=SUMARIOS&docid=B2960755. (consulta: 27.04.2013)

iii. Uruguay.

En Uruguay, la Constitución establece regulación para las acciones privadas que no ataquen al orden público de forma similar al ordenamiento argentino, exceptuándolas de la autoridad de los magistrados, señalando además que los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general, estableciendo una norma que no es restrictiva y no da lugar a interpretaciones con respecto a la amplitud del precepto, al consignar incluyentemente “cualquier otra especie” de documentos.

iv. España.

España por su parte, contempla en la Constitución¹⁴³ la garantía al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

¹⁴³ ESPAÑA. 1978. Constitución Política de la República. [en línea]. BOE núm. 311. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229..> (consulta: 27.04.2013)

En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴⁴, los “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, y más específicamente el descubrimiento y revelación de secretos, donde establece penas para el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

Se refiere esta ley también a aquellos funcionarios que interceptaren cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

La jurisprudencia española ha establecido en sentencia de 2 de Julio de 2012 del Tribunal Constitucional de España, ha señalado que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto —aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento

¹⁴⁴ ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica, del Código Penal. [en línea]. 23 de Noviembre. BOE núm. 281. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.. (consulta: 27.04.2013)

o no del mismo, o captación del proceso de comunicación— como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado —apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo—. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil¹⁴⁵.

v. México.

La Constitución de México¹⁴⁶ en su artículo 16 establece una norma amplia con respecto a la inviolabilidad de la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, y se refiere especialmente a las comunicaciones privadas, la aplicación de sanciones penales en caso de que cualquier acto atente contra la libertad y privacidad de las mismas, y las excepciones que permiten la

¹⁴⁵ Recurso de amparo 2908-2010.. SENTENCIA 142/2012, [en línea]. Sala Primera. 02/07/2012 de julio de 2012. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22997..> (consulta: 27.04.2013)

¹⁴⁶ MEXICO. 1917. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [en línea]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

intervención de cualquier comunicación privada con los correspondientes requisitos referentes a formato, causas, tipo de intervención, sujetos, duración y valor probatorio, señalando sobre este último punto que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La jurisprudencia mexicana se ha referido al correo electrónico en relación con la inviolabilidad de las comunicaciones en el siguiente sentido:

- a. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que el carácter de privado del correo electrónico se lo otorga la existencia de la clave de seguridad determinada por el usuario, lo cual inviste a aquel de todas las garantías derivadas de las comunicaciones privadas y la intimidad, estableciendo sobre el momento de la interceptación que se entenderá que un correo electrónico ha sido interceptado cuando -sin autorización judicial o del titular de la cuenta-, se ha violado el password o clave de seguridad. Es en ese momento, y sin necesidad de analizar el contenido de los correos electrónicos, cuando se consuma la violación al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. No sobra señalar, que si bien es cierto que un individuo puede autorizar a otras personas para acceder a su cuenta -a través del otorgamiento de la respectiva clave de seguridad-, dicha autorización es revocable en cualquier momento y no requiere formalidad alguna. Asimismo, salvo prueba en contrario, toda

realizada por el notario público 116 del Estado de México, en la que se da cuenta de cómo se obtuvieron varios de ellos¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Se reproduce parte relevante de la sentencia: Siendo las trece horas con veintiocho minutos del día 17 diecisiete de septiembre de 2007 dos mil siete, me constituí en el inmueble ubicado en *****, Municipio de Lerma, Estado de México, en donde ya me esperaba el solicitante el señor *****, con el propósito de dar fe de hechos de que en una habitación de la misma existe un equipo de cómputo en el cual se accedería al navegador de hotmail.com, encontrándose varios correos electrónicos a nombre de la señora *****, mismos que serían impresos; acto seguido, cerciorada de que efectivamente se trata del domicilio por así señalarlo la denominación de la calle y el número exterior del inmueble, el solicitante y la suscrita entramos al inmueble, subiendo por el lado izquierdo unas escaleras, llegando a la planta alta, posteriormente hacia la derecha se aprecia un pasillo, por el cual entramos a una habitación que se encontraba del lado izquierdo del mismo pasillo. Acto seguido, me percaté de la existencia de un despacho, argumentando el solicitante, que es en donde en ocasiones trabaja. Acto continuo, caminando del lado derecho existe un pasillo pequeño, en donde del lado izquierdo se encuentra un área de cómputo y dos libreros, como se comprueba con las fotografías que se dejan agregadas a la presente diligencia. Acto seguido, el solicitante señor *****, sentado frente a la computadora, enciende el equipo y accesa al navegador de hotmail.com en la página de la señora *****, quien argumenta el solicitante que es su esposa. Acto seguido, el solicitante *****, sentado frente a la computadora, enciende el equipo y accesa al navegador de hotmail.com, en la página de la señora *****, quien argumenta el solicitante que es su esposa. Acto seguido, ya en la página de hotmail.com, se aprecia que el buzón está identificado como la señora ***** y percatándome que aparece la fecha en que se levanta la presente diligencia; acto continuo al darle click al buzón, se despliegan varios correos, los cuales el solicitante empieza a ir abriendo algunos de ellos, y mandando a impresión. Posteriormente el solicitante me hace entrega de los correos como los iba abriendo e imprimiendo, mismos que se dejan agregados a la presente acta. Por no haber otro asunto que tratar a solicitud del interesado se dio por terminada la diligencia, previo el levantamiento del acta correspondiente, siendo las trece horas con cincuenta minutos del día de la fecha Doy fe.'. El solicitante me manifestó bajo protesta de decir verdad, y previo apercibimiento que le formulé de las penas en que incurrirían quienes declaran falsamente, estado lo dispuesto por el artículo 79 setenta y nueve, fracción VIII octava de la Ley del Notariado del Estado de México.

Otros aspectos relevantes de esta sentencia se basan en las siguientes conclusiones:

- a. En cuanto a su objeto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se configura como una garantía formal, esto es, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido. En este sentido, no se necesita en modo alguno analizar el contenido de la comunicación o de sus circunstancias, para determinar su protección por el derecho fundamental.
- b. Lo que se encuentra prohibido por el párrafo decimosegundo del artículo 16 de la Constitución es la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena. La violación de este derecho se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra -sin el consentimiento de los interlocutores-, una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la conversación interceptada.
- c. La interceptación de las comunicaciones privadas requiere de la intención del tercero ajeno a la misma. Esto es, se debe intervenir conscientemente en el proceso comunicativo y no como consecuencia de un error o casualidad. En este último caso, no se produciría

consecuencia jurídica alguna, si aquel que interviene fortuitamente en una comunicación ajena no difunde el contenido de la misma o afecta otro derecho.

- d. La Constitución no limita los medios a través de los cuales se puede producir la comunicación objeto de protección del derecho fundamental en estudio. Esto resulta acorde con la finalidad de la norma, que no es otra que la libertad de las comunicaciones, siendo que ésta puede ser conculcada por cualquier medio o artificio técnico desarrollado a la luz de las nuevas tecnologías.
- e. no es posible afirmar que el señor ***** se encontraba legitimado para intervenir las comunicaciones privadas de su esposa, al ser de su propiedad la computadora desde la que se accedió a la cuenta de correos.
- f. tampoco sería constitucionalmente válido afirmar que el señor ***** se encontraba legitimado para interceptar los correos, ya que al ser una cuestión de índole "familiar", la secrecía de las comunicaciones se desvanece.

g. En el ámbito familiar, el derecho de los menores de edad a la inviolabilidad de sus comunicaciones puede verse limitado por el deber de los padres de proteger y educar a sus hijos, derivado del interés superior del niño, previsto en el artículo 4o. constitucional. Sin embargo, es necesario advertir que el derecho del menor de edad sólo debe ceder cuando la intervención de sus comunicaciones resulte imprescindible para la protección de sus propios intereses, cuando exista riesgo fundado de que pueda verse afectada su integridad física, o bien, que pudiera estarse en presencia de un delito flagrante. Esto exige del intérprete un cuidadoso análisis, por un lado, de las circunstancias de cada caso concreto y, por el otro, de la edad y el grado de madurez del menor. En cualquier caso, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad desaparece toda posibilidad de control e intervención en las comunicaciones privadas.

h. Sin embargo, estas limitaciones no se configuran, de ningún modo, en las relaciones conyugales. El desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ha alcanzado un punto en el que resultan del todo rechazables aquellas posiciones que colocan a la mujer en una posición de subordinación respecto al marido. Ni el "cuidado de la familia", ni la supervisión "de la conducta moral" de uno de los cónyuges, habilita al otro para violentar sus derechos fundamentales. La decisión de dos individuos de unir su

vida en matrimonio, no les implica renuncia alguna en sus derechos fundamentales ni en su dignidad, por lo que la protección del secreto a las comunicaciones privadas se mantiene incólume aun en este escenario.

- i. En un momento dado, al reseñar los hechos origen de la demanda, el señor ***** señala que los correos electrónicos exhibidos como prueba fueron encontrados impresos en una carpeta en el domicilio conyugal, por lo que jamás hubo una acción para obtenerlos o conseguirlos o interceptarlos. A pesar de que este hecho no fue declarado como cierto en el juicio ordinario, ni es reseñado en la sentencia objeto de nuestro estudio, consideramos conveniente aclarar lo siguiente: Si bien es cierto que hemos señalado que la intervención de las comunicaciones privadas debe ser consciente por parte del tercero ajeno a la conversación y que en caso de un descubrimiento fortuito no se configura una violación al derecho previsto en los párrafos decimosegundo y decimotercero del artículo 16 constitucional, lo anterior no es óbice para que una conducta como la anteriormente reseñada quede exenta de reproche constitucional.

vi. Colombia.

Colombia por su parte, manifiesta la inviolabilidad de la correspondencia en el inciso tercero del artículo 15 de la Constitución ¹⁵⁰, señalando que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Así mismo, la Ley 1142 de 2007¹⁵¹, que modifica en su artículo 15 el artículo 235 de Código de Procedimiento Penal, determina las siguientes normas relativas a la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares:

El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados o indiciados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de

¹⁵⁰ COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia. [en línea]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.htm l. (consulta: 27.04.2013)

¹⁵¹ COLOMBIA. 2007. LEY 1142 DE 2007. Diario Oficial No. 46.673 : Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. [en línea]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1142_2007.html.. (consulta: 27.04.2013)

la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La Ley 527 de 1999¹⁵², Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, define lo que se entiende por mensaje de datos, caracterizándolo en el artículo segundo como la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. En lo que respecta a su reconocimiento jurídico el artículo quinto establece que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

¹⁵² COLOMBIA. 1999. LEY 527 DE 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. [en línea]. Diario Oficial No. 43.673. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0527_1999.html. (consulta: 27.04.2013)

Con respecto a su admisibilidad y criterios de valoración, los artículos 10 y 11, los mensajes de datos son admisibles como documentos, con la fuerza probatoria correspondiente, señalada en el Código de Procedimiento Civil¹⁵³ en los artículos 251 y siguientes. Sobre la valoración, se establece que deben seguirse las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

La jurisprudencia de este país, se encuentra ampliamente desarrollada con respecto a este tema, estableciendo en sentencia de la Corte Constitucional T-916 de 2008¹⁵⁴, los siguientes puntos relevantes:

- a. Sobre el artículo 15 de la Constitución tratado en los párrafos anteriores, señala que tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la

¹⁵³ COLOMBIA. 1970. Código de Procedimiento Civil. [en línea]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil_pr008.html. (consulta: 27.04.2013)

¹⁵⁴ Sentencia T-916/08. 2008. Acción de tutela contra providencias judiciales. [en línea]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-916-08.htm>.. (consulta: 27.04.2013)

ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca.

- b. La Corte Constitucional ha distinguido entre el concepto de “interceptar” y el de “registrar”, indicando que interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene.
- c. La interferencia en las comunicaciones privadas puede realizarse entre personas que forman parte de un mismo núcleo familiar y puede vulnerarse el derecho a la intimidad cuando se realiza sin el consentimiento de la persona afectada, para su divulgación con diversos fines, entre ellos los judiciales, y no sólo en el ámbito penal sino aún para asuntos de naturaleza civil o de familia.
- d. Una cosa es compartir una cuenta de correo electrónico y otra muy distinta registrar el correo del otro, sustraerlo, y presentarlo como prueba en proceso judicial, todo ello sin el consentimiento de la parte a quien se encontraba dirigido el mismo.

- e. El derecho a la intimidad reserva, por ejemplo para los cónyuges o compañeros permanentes, un espacio vital de autonomía que garantiza a su vez su derecho a la libertad, el cual no puede soportar injerencias arbitrarias al ser invadido por el otro cónyuge o compañero permanente, sin su consentimiento. Lo anterior, bajo el reconocimiento implícito de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de los deberes que corresponden en razón del compromiso de convivencia bajo el mismo techo, y la ayuda y socorro mutuos.
- f. Maneras de vulneración del derecho a la intimidad que fueron explicadas por la Corte de la siguiente manera: (i) La intromisión en la intimidad de la persona, sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto meramente material, físico, objetivo, independiente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración antes señalada. (ii) En la divulgación de hechos privados incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su

titular, bien de autoridad competente. En esta forma de vulneración, a contrario sensu, es necesario el estudio del producto obtenido con la intrusión en la intimidad del afectado, para compararlo con su realidad familiar, social, laboral, etc. y, (iii) Por oposición a la anterior, la presentación falsa de aparentes hechos íntimos no corresponde con la realidad y, en esa medida, puede atribuir a la persona afectada cualidades que no tiene o, en el peor de los casos, puede ser difamatoria, con lo cual, se repite, la vulneración del derecho a la intimidad podría traer consigo la violación de otros derechos también fundamentales, como la honra y el buen nombre.

- g. El correo electrónico es uno de los más destacados avances de la era de la sociedad de la información que ha originado algunas de las nuevas formas de agresión a la intimidad (...). Un fenómeno tan antiguo como la propia especie humana, el de la comunicación, se lleva a cabo a través de un soporte desconocido hasta hace muy poco: el mensaje se digitaliza para enviarse al destinatario a velocidad luz por la Red. De esta forma, se conectan dos equipos informáticos a través de un servidor. El correo electrónico origina necesidades de tratamiento jurídico igualmente novedosas, que poco a poco habrá que ir construyendo y sedimentando.

vii. Derecho internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁵, en el artículo 12 establece parámetros generales sobre las intervenciones a la vida privada, con énfasis en la correspondencia en los siguientes términos:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, regula de forma similar a la Declaración los aspectos generales de la protección de la vida privada, señalando más ampliamente en el artículo 17 que:

1. Será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁵⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. [en línea]. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CKCZ89yY-rQCFU-d4AodKmMAGA..> (consulta: 27.04.2013)

VI. Inviolabilidad de la correspondencia del cónyuge.

La norma del artículo 146 del Código Penal, que establece penas para el que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, presenta una limitación que es preciso señalar, pues es de suma importancia para el estudio y conclusiones posteriores, ya que el inciso segundo del mismo artículo señala que esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia, lo cual debe ser analizado a los ojos de lo resuelto por la jurisprudencia, para establecer si la prueba obtenida con inobservancia de garantías, con independencia de si es calificado como delito o no, es válida y eficaz para la prueba del divorcio por culpa.

VII. Breve referencia a los aportes del Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia en materia laboral, por parte de la Dirección del Trabajo, se encuentra conteste con respecto a las facultades del empleador en el uso general del correo electrónico de los trabajadores en el contexto de aquellas casillas entregadas por la empresa o el empleador para uso exclusivo de materias laborales. La postura general y más aceptada se refleja en la postura

de la Ordenanza N° 260/19¹⁵⁶ que señala que de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, existen dos posturas que pugnan al momento de existir un nuevo caso sobre intervenciones al correo electrónico laboral, las que se traducen en los siguientes aspectos¹⁵⁷:

- a. La primera postura supone que el correo laboral tiene características netamente laborales que excluyen todo ámbito privado del trabajador, por lo que el empleador tiene facultades amplias sobre esta “herramienta de trabajo” proporcionado por el mismo, que incluyen la revisión de aquel.
- b. Una segunda teoría le entrega el carácter privado al correo electrónico laboral, no distinguiendo entre un correo con carácter privado como tal y el proporcionado por el empleador, siendo reconocido un derecho a la “comunicación social extra laboral”, que incluye la extensión de la vida personal a aspectos del trabajo, siendo ambas indivisibles, por lo que el

¹⁵⁶ Dirección del Trabajo. ORD. N° 260/19. [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-63171.html>.. (consulta: 27.04.2013)

¹⁵⁷ En relación a lo señalado en Saparrat, María Emilia. “En el e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs. Poder de dirección y organización empresarial” T° LIII, F° 231 CALP. Página 5

correo mantiene sus características de uso social y no puramente a aspectos asignados por el empleador.

En Chile, actualmente existe el procedimiento de tutela laboral, mediante el cual se protegen derechos fundamentales que pudieran ser vulnerados por el empleador, entre los que se cuentan el derecho a la intimidad, siendo contemplados en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.

5. EL USO DE LOS MODERNOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA Y SU APLICACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO.

El 17 de Noviembre de 2004, seis meses después de su publicación, y tal como indica el artículo final de la Ley 19.947, entra en vigencia la “Nueva Ley de Matrimonio Civil” que incluye al divorcio como forma de terminación del matrimonio, caracterizado en el artículo 53 como aquel que “pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella”, con tres modalidades aplicables basadas en las características del término y el cumplimiento de requisitos específicos y temporales que consten en instrumento que otorgue fecha cierta

al cese de la convivencia¹⁵⁸. Así, procede el divorcio si hay “común acuerdo” por parte de los cónyuges, acreditando que ha cesado la convivencia al menos por un año ininterrumpidamente y han regulado sus relaciones derivadas de alimentos, régimen de bienes del matrimonio, cuidado personal y relación directa y regular en el caso que estas procedan. Paralelo a esta modalidad, la ley prevé el caso de no existir acuerdo entre los cónyuges y entrega la posibilidad de solicitar el divorcio de forma unilateral, caso en que debe verificarse el cese efectivo de la convivencia por un lapso de tres años cuya constancia se encuentre determinada en instrumento idóneo para tales efectos. La tercera hipótesis en que procede el divorcio, contempla la existencia de un “cónyuge inocente” y un “cónyuge culpable o infractor”, que es aquel que ha cometido actos que pueden considerarse como una violación grave de los deberes y obligaciones del matrimonio o respecto de los hijos, que torne intolerable la vida en común en los términos del artículo 54 de la Ley 19.947,

¹⁵⁸ Los artículos 22 y 25 de la Ley 19.947 que tratan la separación de hecho, son aplicables en cuanto contienen los instrumentos idóneos para dar cumplimiento al requisito temporal mínimo que establecen las modalidades de divorcio, en los siguiente términos:

Artículo 22: El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia: a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público; b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o c) transacción aprobada judicialmente.

Artículo 25: El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23. Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales.

señalando de forma genérica la forma de incurrir en aquella falta contemplando como tales el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos, la trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio, la condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, conducta homosexual, alcoholismo o drogadicción, y la tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos. Esta categoría se conoce como divorcio sanción o divorcio por culpa.

Luego de la incorporación de la figura del divorcio y en específico del divorcio por culpa en la legislación, han sido afectadas considerablemente la separación judicial como forma de separación propiamente tal que deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tal como establece el artículo 33 de la Ley, y la nulidad como forma de terminación del matrimonio basado en la existencia coetánea a la celebración de dirimientes absolutos señalados en el artículo 5 de la Ley, tales como ser menor de dieciséis años o la existencia de vínculo matrimonial no resuelto, o dirimientes relativos establecidos en los artículos 6 y 7, en atención a aspectos como vínculos sanguíneos, la formalización o condena de la persona del nuevo cónyuge por delito de homicidio contra el marido o mujer del cónyuge sobreviviente. También es procedente para declarar la nulidad la falta de

consentimiento libre y espontáneo del artículo 8 de la Ley, en cuanto error en la persona, cualidades personales o fuerza.

Las estadísticas de divorcio demuestran un alza sistemática desde la vigencia de la ley, reflejándose en la siguiente tabla que resume el incremento desde el año 2005 al 30 de Noviembre de 2012, en los siguientes términos¹⁵⁹:

MES / AÑO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Enero	3	500	1.417	960	4.348	3.378	3.936	4.818	19.360
Febrero	4	369	652	1.441	2.878	2.543	3.108	2.555	13.550
Marzo	2	418	1.043	1.977	2.929	4.464	3.823	5.000	19.656
Abril	5	622	1.510	2.136	3.952	6.164	3.784	4.677	22.850
Mayo	15	879	1.537	1.972	4.748	5.399	4.495	4.233	23.278
Junio	28	855	1.062	1.901	4.997	3.642	4.083	3.409	19.977
Julio	45	933	1.288	1.001	4.823	4.023	3.659	2.934	18.706
Agosto	102	1.118	1.616	2.115	5.375	4.068	3.879	4.594	22.867
Septiembre	149	963	1.212	1.176	6.394	5.534	5.079	4.003	24.510
Octubre	207	1.172	1.898	982	5.663	4.930	3.446	4.668	22.966
Noviembre	285	1.104	1.693	2.812	4.148	3.916	4.189	3.834	21.981
Diciembre	346	1.186	1.121	3.968	3.300	3.470	3.741		17.132
Total Anual	1.191	10.119	16.049	22.441	53.555	51.531	47.222	44.725	246.833

¹⁵⁹ Requerimiento Ley de Transparencia.
http://transparencia.srcei.cl/docs/Anexo_respuesta_AK002W0002538.xls[en línea].
 (consulta: 27.04.2013)

El divorcio sanción presenta la característica principal de ser una infracción a los deberes y obligaciones del matrimonio, lo cual es complejo en varios aspectos, principalmente en materia probatoria, ya que en atención a las causales que es posible esgrimir, los medios de prueba tradicionales determinados por el Código de Procedimiento Civil tienen difícil aplicación por no encontrarse en su estado más puro, o por la dificultad de pre-constituir la prueba como en el caso de los instrumentos como tal, ya que no es posible celebrar un contrato o dejar constancia en acta de hechos como la violación de los derechos y deberes del matrimonio o de la conducta homosexual. Presentan problemas similares la inspección personal del tribunal, las presunciones, la confesión de parte y los testigos, tanto por la oportunidad de llevarse a cabo, como por el valor probatorio que tienen en juicio.

Ante este panorama desalentador, la Ley 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia contempla en el artículo 54 la posibilidad de utilización de “otros medios de prueba”, los cuales no se encuentran regulados expresamente en la ley y que serán incorporadas al procedimiento adecuándola al medio de prueba más análogo aceptado en la legislación. Así, es posible admitir películas, fotografías, videograbaciones, entre otras que sean aptas para producir fe. Esto nos lleva a preguntarnos qué medios son los más aptos para producir y eficaces para producir fe en un juicio de divorcio por culpa, pudiendo señalar lógicamente entre ellos las videograbaciones y correos electrónicos, en especial este último,

por considerarse como un instrumento cotidiano, reflejo de las relaciones interpersonales y de fácil acceso.

El correo electrónico en el ámbito privado y familiar, generalmente constituye un documento electrónico como aquel en que se transforma su corporalidad, sus elementos materiales cambian, de tal manera, que su soporte será un sistema de conformación electrónica, expresado a través de un lenguaje binario¹⁶⁰, sin firma electrónica, la cual es definida en el artículo 2º de la Ley 19.799 como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor, logrando equivalencia con aquellos actos y contratos celebrados por escrito y en papel, lo cual no es posible en atención al contexto en que se constituye la señalada prueba, restando evidente y lógico valor a aquella.

Con lo anterior, ante la necesidad de encontrar el valor y la forma de presentar la prueba tecnológica en juicio procedente al caso estudiado, es necesario determinar al menos su naturaleza y la contraposición en concordancia con los derechos fundamentales en juego. Así, hay quienes señalan que si bien es imposible entregarles el valor de plena prueba, concuerdan en que es posible extraer relevantes indicios, muchos o pocos según los permita la naturaleza del documento¹⁶¹, pero aún para llegar a esos indicios es necesario al menos, una

¹⁶⁰ Gaete González, Eugenio. 2002. "Instrumento público electrónico". 2a. ed. revisada y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Bosch. Página 196.

¹⁶¹ Gaete González, Eugenio. "Instrumento público electrónico". 2a. ed. revisada y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Bosch. Citado por: Riofrio Martínez-Villalba,

labor pericial completa y cuidadosa, que permita entregar certezas con respecto a lo que se busca probar en juicio, así, es preciso complementar al menos dos medios de prueba para recopilar de manera lícita información influyente para formar el convencimiento del juez, quien podrá determinar tras el peritaje si se halla ante un documento falso, creado para el juicio, o, si por el contrario, es un documento auténtico, íntegro y válido. Sin embargo, para que un perito llegue a conclusiones certeras, muchas veces será necesario proporcionarle el acceso a computadores donde fue copiado o elaborado el documento¹⁶², lo cual debe estar en armonía perfecta, al menos, con la garantía del debido proceso.

Las características señaladas con anterioridad, si bien permitirán formar el convencimiento del juez de forma más óptima que instrumentos expresamente aceptados por la legislación, si no son el resultado de un tratamiento determinado para su obtención, que no se contraponga con el respeto a los derechos fundamentales, en especial al debido proceso legal, no tendrán eficacia en juicio por constituir “prueba ilícita”, y por ende inadmisibles en el procedimiento o que deba ser excluida del mismo, no pudiendo formar parte del convencimiento del juez.

Juan Carlos. 2004. “La prueba electrónica: estudio de derecho comparado, concordado con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de Colombia, México, Venezuela, Perú, Ecuador, Argentina, Chile, Uruguay y Brasil”. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 213 páginas. página164.

¹⁶² Riofrío. Martínez-Villalba, Juan Carlos. 2004. “La prueba electrónica: estudio de derecho comparado, concordado con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de Colombia, México, Venezuela, Perú, Ecuador, Argentina, Chile, Uruguay y Brasil”. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. página164.

Ahora bien, debemos tener presente que, en algunos casos se prevé la posibilidad de que una prueba, pese a estar viciada en su origen es admitida en juicio, normalmente cuando un interés superlativo así lo exige. Sin embargo para que ello suceda debe verificarse un carácter atenuado frente a una eventual vulneración de garantías. Entre los intereses que se invocan en estos casos destacan la relevancia de llegar a la “la verdad”, la relevancia de la fundamentación de las sentencias en el contexto de la sana crítica, las sanciones alternativas, el derecho a la prueba, entre otras. Ahora bien, si bien estas consideraciones son generalmente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, no se ha generado un estándar al efecto, sino que habrá de analizarse los hechos que concurren en cada caso concreto.

En las páginas siguientes será presentado el matrimonio en sus aspectos relevantes para ser entendido como antecedente necesario del divorcio, revisando su conceptualización en la legislación y doctrina nacional, así como en el derecho comparado, con énfasis en el concepto de indisolubilidad y los deberes del matrimonio. La terminación como concepto genérico es desarrollada desde la separación y desde lo legal en su forma pura, a partir de la nulidad y el divorcio, como antecedentes relevantes para entender la importancia de este último, el cual es estudiado en relación a la conceptualización en el derecho nacional, las modalidades admitidas por la ley para su configuración, su importancia y desarrollo en el derecho comparado, la historia de la ley en relación a los orígenes de los artículos pertinentes y la

versión final del mismo, para finalizar por la enunciación y explicaciones de la doctrina y jurisprudencia con respecto a las causales que conforman el divorcio por culpa.

Los aspectos probatorios a nivel general son estructurados en relación a los puntos más fundamentales de la prueba en términos procesales, tratando el objeto, los sujetos, los medios de prueba determinados por el Código de Procedimiento Civil, el valor de los mismos y los sistemas de valoración de la prueba reconocidos por la doctrina. Específicamente, los modernos medios de prueba, serán estudiados con base en los documentos electrónicos, en cuanto su caracterización, dificultades del soporte, requisitos para su aceptación y validez en la legislación nacional y comparada, la firma electrónica, el valor específico y su impugnación.

El correo electrónico como medio de prueba es investigado con base al estudio de la prueba y los medios tecnológicos, tratando desde lo más esencial las dificultades para la conceptualización, la naturaleza jurídica, el reconocimiento en los cuerpos normativos nacionales en general para entender su paulatina incorporación al ordenamiento, la analogía con la violación de correspondencia para el reconocimiento sin necesidad de inclusión de normas al ordenamiento jurídico, la inviolabilidad del cónyuge y una breve analogía en lo pertinente a lo ocurrido en el Derecho del Trabajo.

En el ámbito guía de lo anteriormente señalado, se encuentra el debido proceso y los derechos humanos, los cuales serán en específico desarrollados con miras a la prueba ilícita y su regulación comparada, contemplando las teorías para su exclusión y para su consideración excepcional, además de su influencia en la decisión del juez una vez que han sido conocidas por él, pese a su eliminación del expediente de forma posterior.

El capítulo nuclear, es creado a partir del estudio detallado de legislación, doctrina y jurisprudencia de los apartados anteriores, la cual nos llevará a la conclusión sobre si es posible en Chile acompañar al juicio de divorcio por culpa y cuáles son las reglas procedentes para la eficacia, por lo siguientes aspectos relevantes:

- i. Ser prueba caracterizada como “tecnológica”, o perteneciente a la categoría de los modernos medios de prueba.
- ii. Su obtención es realizada con violación al debido proceso en atención a lo entendido comúnmente como tal, o es parte de aquellas excepciones permitidas por la doctrina, por presentar el sujeto características que atenúan su responsabilidad y permiten la presentación.
- iii. La presentación puede ser válida y eficaz, pero la forma de obtención no permite al juez formarse un convencimiento pleno, en atención a lo señalado en el punto anterior.

- iv. Estas pruebas son muchas veces las únicas aptas para realizar la prueba, y sin el correspondiente valor, ni la claridad real sobre su valor, la norma que presenta las causales de divorcio por culpa son ineficaces y la trasforman en “letra muerta”.

Todo lo anteriormente señalado, nos lleva necesariamente a vincular dos grandes áreas del derecho, por una parte, el derecho civil en los aspectos propios del matrimonio, y el derecho procesal, en cuanto a la prueba admisible para formar el convencimiento del juez, en un aspecto de prueba no convencional, pero aceptada por la ley y los tribunales bajo ciertos supuestos de aplicación necesaria para lograr su inclusión y consideración. Es por esto, que se plantea la necesidad de establecer en algunos apartados la pertinencia y extensión, por ser considerados relevantes para contextualizar el tema central de cada uno en su contenido y forma, lo cual será evidenciado mediante la lectura de estos capítulos.

**CAPÍTULO TERCERO: EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PROBATORIA
Y SU APLICACIÓN A LA PRUEBA DEL DIVORCIO POR CULPA A TRAVÉS
DE CORREOS ELECTRONICOS Y MEDIOS AFINES.**

1. EL DEBIDO PROCESO.

I. Concepto.

En su expresión más amplia, el debido proceso debe ser entendido como un conjunto de estándares o requisitos mínimos para que una decisión emanada de los tribunales de justicia tenga validez, con pleno respeto a las garantías fundamentales que con respecto a este punto consagra la Constitución. Los requisitos que deben cumplirse están contemplados en el artículo 19 n° 3 inciso 5, y establecen la existencia de un proceso previo, legalmente tramitado, donde corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Con esto, se obliga a los jueces a realizar un análisis completo, más allá de la normativa procesal, de manera de tener en consideración las garantías que en el proceso pudieran verse afectadas, ya que aparece contrario a la razón

admitir una prueba como fundamento de una sentencia condenatoria, si esta se ha obtenido vulnerando las garantías de la persona sometida a juicio¹⁶³.

2. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.

I. Concepto.

La exclusión de prueba en cualquier procedimiento judicial, tiene su fundamento en el debido proceso legal, en cuanto se busca el pleno respeto a las garantías fundamentales consagradas constitucionalmente, desde el momento de la determinación de la fuente de la prueba, hasta su inclusión en el procedimiento particular a través de los medios establecidos por la ley.

II. Derecho comparado.

El derecho comparado ha manifestado la evolución de este principio que busca la inadmisibilidad de prueba obtenida con inobservancia de garantías o la exclusión de las mismas en caso de haber ingresado al proceso como tal, sin

¹⁶³ Zapata García, María Francisca. "La prueba ilícita". Abril de 2004. Lexisnexis. Página 54

cumplir los estándares mínimos para un procedimiento racional y justo. Lo anterior, ha sido un criterio que se ha ido consagrando por medio del reconocimiento jurisprudencial primeramente, con posterior consagración en normas guías del proceso, ya sea como principio o como norma específica aplicable.

La mayoría de los países del mundo, han asumido una postura garantista en cuanto considerar ya sea jurisprudencialmente o mediante consagración constitucional o legal la exclusión de la prueba ilícita que viole el ordenamiento jurídico tanto en el ámbito procesal como en lo que respecta al sistema de garantías de cada país, especialmente en lo que concierne al respeto del debido proceso legal. Aún con esto, es evidente que si bien se acepta la prueba ilícita, no se le atribuye un significado idéntico.

En este sentido el reconocimiento es relevante en los aspectos que a continuación se señalan:

i. Estados Unidos y la “Exclusionary Rule”.

La jurisprudencia norteamericana ha tratado la ilicitud de la prueba en sede penal fundamentada en la búsqueda de la verdad como eje central, pero limitada en cuanto la obtención de la misma, la cual debe ceñirse rigurosamente

a los cánones establecidos previamente para limitar la conducta de los funcionarios policiales, planteando la dicotomía que versa sobre si para alcanzar una condena vale todo o si por el contrario existen límites que no pueden traspasarse aún al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y el derecho penal¹⁶⁴.

Así, la “exclusionary rule” se conceptualiza como un remedio judicial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos (SCEU), que imposibilita que la fiscalía introduzca en un juicio material probatorio que haya sido obtenido por agentes de policía u otros agentes gubernamentales sin atender a las normas procesales constitucionales¹⁶⁵. La caracterización anterior es limitada al actuar policial, en resguardo de la disparidad eventual entre la autoridad y el particular, y no es posible extenderla cuando son estos últimos quienes aportan la prueba en procedimientos en principio equitativos en oportunidad y forma de la prueba.

Este “derecho” pertenece a la sociedad toda y no es exclusivo del titular que la invoca, ya que el objetivo originario contemplaba una necesidad preventiva-disuasiva para regir el actuar de las fuerzas policiales, restando el incentivo que

¹⁶⁴ Armenta Deu, Teresa. 2009. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”. Revista de Estudios de la Justicia. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile. Santiago de Chile. N° 11, p. 81-110. Página 81.

¹⁶⁵ Mijangos y González, Javier. “La doctrina de la exclusionary rule en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”. [en línea]. Revista del instituto de la judicatura federal. Página 214. <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/11%20Javier%20Mijangos%20y%20Gonz%C3%A1lez%20Pag%20213-223.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

eventualmente pudieran tener en la ejecución de sus encargos. Aún con la importancia de esto, la aplicación de esta regla no es inmediata, y requiere un ejercicio de ponderación entre la importancia social que tiene excluir una prueba del procedimiento, obtenida con vulneración de normas procesales constitucionales de la “Cuarta enmienda”, con la finalidad de disuadir el actuar de la policía, con la búsqueda por parte del juez de la verdad material, como objetivo fundamental del procedimiento.

En este sentido, tiene plena aplicación la doctrina llamada “fruit of the poisonous tree” o teoría de “los frutos del árbol envenenado”, según la cual la prueba que deriva de actuaciones “contaminadas”, por ser contrarias a derecho, no pueden ser admitidas por el tribunal, a menos que no haya relación causa-efecto entre ellas.

Aplica también como excepción a esta regla la buena fe, el descubrimiento inevitable, la doctrina del rompimiento causal (purged taint), la fuente independiente, la doctrina de la evidencia a la vista (plain view), el registro fortuito y el consentimiento¹⁶⁶, temas que estudiaremos más adelante, con ocasión de las reglas de aplicación en Chile.

¹⁶⁶ Ibid. Página 217.

ii. Derecho Español.

En materia de prueba ilícita, el derecho español establece dos normas complementarias de importancia para sustentar la regla de exclusión. En primer término, la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985 en su artículo 11.1, señala que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, norma que debe entenderse con carácter rector para todas aquellas normas que regulen la materia¹⁶⁷, en particular con aquella establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 287, que trata explícita y extensivamente la ilicitud de la prueba, señalando en lo pertinente que “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con

¹⁶⁷ En este sentido, Eduardo Jequier Lehedé, 2007 en “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno”. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N0 3, pp. 457 – 494. Página 463, señala las siguientes normas relevantes: El artículo 44 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, en cuanto señala que “los Jueces de Primera Instancia rechazarán fundadamente la práctica de pruebas contrarias a las leyes...”; El art. 90. 1 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995, que dispone que “las partes podrán valerse de 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 o libertades públicas”; y el art. 36 de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado señala que “...al personarse las partes podrán...b) alegar la vulneración de algún derecho fundamental”.

traslado, en su caso, a las demás partes”, entendiéndose como prueba ilícita lo citado en el artículo supra.

iii. Colombia.

Entre los países que consagran lo anterior, encontramos el caso de Colombia, país donde la doctrina constitucional, ha distinguido en materia de exclusión probatoria entre la prueba como unidad, independiente del proceso, en cuanto no tiene injerencia sustancial en la decisión del juez y no vulnera el debido proceso legal en la medida relevante y suficientemente grave para producir la nulidad del juicio completo, y aquella que si cumple con estos parámetros. Así, se ha entendido que (i) no toda irregularidad en el decreto, práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del debido proceso; (ii) la existencia de una prueba con violación del debido proceso, no conlleva la nulidad de todo el proceso judicial, sino que la consecuencia procesal es limitada, en tanto la prueba deberá ser excluida y (iii) en caso de que la prueba ilícita que reposa en el proceso sea determinante para la decisión del juez, no queda más remedio que declarar la nulidad de todo el proceso¹⁶⁸. En cuanto a la normativa aplicable, es destacable el artículo 29 inciso final de la Constitución que trata el debido proceso, en cuanto señala que “es nula, de pleno derecho,

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-916/08. Op.Cit.

la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Por su parte, el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal establece una cláusula de exclusión, señalando que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

iv. Italia.

Italia por su parte ha respondido a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular en sentencia STC 34/1973 sobre intervenciones telefónicas, plantea la inutilizabilidad en el proceso de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados con desprecio o vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, acuñando el término “prove incostituzionali”¹⁶⁹. Los anterior, con fundamento legal en el artículo 191 del Código de Procedimiento Penal

¹⁶⁹ Miranda Estrampes, Manuel. 2010. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. [en línea]. Revista Catalana de Seguretat pública. Página 131. <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389>. (consulta: 27.04.2013)

Italiano¹⁷⁰, que trata la prueba ilícita obtenida con violación de normas en cualquier nivel de las actuaciones que se realicen.

v. Portugal.

En el mismo sentido, la Constitución de Portugal, legisla bajo el fundamento de la “dignidad humana” como bien protegido, englobando en el todas las garantías protegidas constitucionalmente, así, el principio de la verdad real no autoriza al juez ni a las partes a ultrapasar los límites éticos y legales colocados por un proceso legal sensible a los valores de la dignidad humana. La prueba ilícita es inutilizable en el proceso, aunque se trata de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada judicialmente¹⁷¹, establece norma expresa en el artículo 32 numeral 8, en el contexto de las “garantías del procedimiento penal” señalando que “son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o

¹⁷⁰ Codice di Procedura Italiano. Artículo 191: “Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.”

¹⁷¹ Burgoa, Elena. “La prueba ilícita en el proceso penal portugués”. [en línea]. Biblioteca jurídica virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Página 298. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/19.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

en las telecomunicaciones”, complementando dicha disposición el Código de Processo Penal¹⁷², en cuanto establece los métodos prohibidos de prueba.

vi. Alemania.

En el caso de Alemania, el Código de Procedimiento Criminal establece en el artículo 244, sobre la “toma de pruebas” en el numeral tercero que “La solicitud para la obtención de pruebas será rechazada si la práctica de la prueba tal es inadmisibles”.

Se distinguen dos supuestos, el caso de instrucción fiscal, si la ilicitud se detecta por aquél y estima que puede perjudicar la acusación podrá optar por no acusar; en tanto, tratándose de instrucción judicial, la Cámara de acusación puede depurar la investigación eliminando actuaciones o documentos nulos por

¹⁷² Código de Processo Penale. Artículo 126. “Métodos proibidos de prova. 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

obtención ilícita¹⁷³. En esta línea, ante la colisión entre la prohibición de prueba y la investigación en el marco del sistema penal que se produce durante el tratamiento de una prueba que se considera ilícita, trae aparejada como consecuencia el carácter excepcional de la exclusión, generalmente basado en un criterio de proporcionalidad, con fundamento en el temor del exceso de rasgos ficticios, incompletos y alejados de la realidad, pero con el objetivo fijo en que la verdad no debe ser investigada "a cualquier precio", sino que debe considerar los intereses individuales previamente indicados¹⁷⁴, entregando la institución una doble protección, tanto para quien es vulnerado con la obtención, como quién es favorecido, ya que las pruebas indirectas o distorsionadas pueden guiar el curso del juicio a ámbitos alejados de la verdad, como objetivo del procedimiento, pudiendo perjudicar a cualquiera de las partes como consecuencia de las características de la información utilizada.

¹⁷³ Armenta. Op.Cit. Página 368.

¹⁷⁴ Ambos, Kai. 2009. "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, fundamentación teórica y sistematización". [en línea]. Política criminal. vol.4. n° 7 Santiago. Páginas 1-56 http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000100001&script=sci_arttext. (consulta: 27.04.2013)

III. Teorías sobre prueba ilícita.

i. Teoría de los frutos del árbol envenenado.

Una vez que se ha determinado por el juez que una prueba vulnera garantías fundamentales del proceso y se resuelve su exclusión, la doctrina se hace cargo de aquella prueba que si bien tiene el carácter de independiente, ha sido obtenida con ocasión del procedimiento ilícito. La teoría de los “frutos del árbol envenenado” consagra como premisa que no es posible valorar a los efectos de dictar una sentencia condenatoria una prueba que, aun procediendo de un medio legítimamente obtenido, tenga su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales. Si el árbol está envenenado, también lo estarán los frutos nacidos o provenientes del mismo¹⁷⁵.

Según lo anterior, una prueba vinculada de modo directo y obtenida a partir de otra que tenga el carácter de prueba ilícita, adquiere este mismo carácter, es decir, es inadmisibles como prueba el juicio para su valoración por el juez. Si la prueba es independiente, la prueba no adquiere las características de la prueba originaria.

¹⁷⁵ Giner Alegría, Cesar Augusto. “Prueba Prohibida y prueba ilícita”. [en línea]. Anales de Derecho Universidad de Murcia. Número 26. Año 2008. Páginas 479-590. Página 585. <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/113751/107781>. (consulta: 27.04.2013)

ii. Exclusión de prueba en el proceso civil chileno.

El proceso civil se diferencia entre otros aspectos del proceso penal, por ser las partes del proceso las que ejercen el “derecho a la prueba”, sin considerarse como una carga propiamente tal, sino como una forma de aportar a la verdad que cada una quiere determinar en su beneficio, donde por regla general no participan activamente entes ajenos como instituciones policiales en el proceso penal, y cuyo objetivo es el convencimiento del juez. Atendida esta situación de igualdad en la oportunidad y forma de agregar la prueba al proceso particular, 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 personas¹⁷⁶, considerándose como los más vulnerados los contemplados en los numerales 4 y 5 de la carta fundamental, en cuanto derecho a la intimidad y la protección al domicilio y las comunicaciones.

La normativa chilena constitucional, no ha reconocido en el explícitamente la exclusión de la prueba ilícita del proceso como tal, sino que es contemplada

¹⁷⁶ Eduardo Jequier Lehuedé. “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno”. [en línea]. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N0 3, pp. 457 – 494. 2007. Página 480. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000300006&script=sci_arttext. (consulta: 27.04.2013)

como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos¹⁷⁷.

Lo anterior, se establece en varios artículos mayoritariamente incluidos en el procedimiento penal, donde se consagra la libertad de prueba en el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil, y la exclusión de la misma en el caso del inciso 3 del artículo 276, en cuanto se faculta al juez para excluir aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

En materia de familia, la ley 19.968 establece las mismas premisas que en materia penal, otorgando expresa consagración a los medios de prueba no regulados expresamente, en el artículo 54.

Como normas rectoras generales y útiles en cualquier proceso, podemos señalar el artículo 6° de la Constitución en cuanto los órganos del Estado deben someter sus actuaciones a la Constitución y a las leyes, y el 19 n° 3 referido al debido proceso y en particular al derecho a la prueba.

¹⁷⁷ TC español en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, en su Fundamento Segundo. Citado por Eduardo Jequier Lehedé. Ibid. Página 484.

IV. Formas en que puede presentarse la prueba ilícita.

La prueba ilícita puede tomar diversas formas, que permitirán su detección y exclusión de forma más simple o más dificultosa dependiendo de la categoría en la que se encuentren. Así existen pruebas que se encuentran prohibidas por ley o que su exclusión obedece a principios generales indudables, como las limitaciones a la prueba de testigos en materia civil¹⁷⁸. También es posible considerar una categoría de pruebas irregulares, que se caracterizan como las que han infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹⁷⁹, este sentido el Código Procesal Penal establece criterios garantistas como la autorización judicial previa¹⁸⁰ y en general las que corresponden dentro de las facultades del Juez de Garantía, como el procedimiento de registro del 212, copias de comunicaciones del 219, interceptación de comunicaciones del 222, todos procedimientos contemplados en mismo cuerpo legal. Por último, encontramos aquellas inconstitucionales, que vulneran derechos fundamentales establecidos en la misma y que en

¹⁷⁸ El artículo 1708 del Código Civil establece que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

¹⁷⁹ Giner Alegría, Cesar Augusto. 2008. “Prueba Prohibida y prueba Ilícita”. Anales de Derecho Universidad de Murcia. Número 26. Páginas 579-590. Página 587.

¹⁸⁰ Artículo 9.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

general serán determinadas mediante la observancia de vulneración de garantías.

V. La excepción a la exclusión de prueba ilícita.

La prueba ilícita como regla general admite excepciones propuestas por la doctrina, las cuales en atención a los fundamentos propuestos para su aplicación podrían ser considerados como argumentos válidos en los juicios interpuestos ante los tribunales de familia.

Uno de los supuestos que plantean la posibilidad de que la prueba obtenida con vulneración de garantías sea aplicada se basan en la búsqueda de la “verdad material”, la cual ha sido definida como ontológica, carente de límites y alcanzable más allá de rígidas reglas procedimentales. La verdad se obtiene mediante la investigación inquisitiva sin constreñimientos garantistas y abarca todos los aspectos de la persona y los hechos investigados¹⁸¹ y que tiene relevancia especialmente en el proceso penal por los bienes jurídicos que hay en juego y que se han vulnerado¹⁸².

¹⁸¹ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. p. 41. Citado por Horvitz, María Inés y López, Julián. “Derecho procesal penal chileno”. Santiago, 2004. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Pagina 26.

¹⁸² Ferrada Culaciati, Francisco. “La prueba ilícita en el sistema procesal civil”. Santiago de Chile. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. Junio 2011. 214 p. página 59.

La teoría de la verdad material, puede ser complementada con aquella que otorga carácter metajurídico a la prueba, la cual la considera como una actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tiene por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad, sino de verosimilitud¹⁸³.

En este sentido proyecto de Código de Procedimiento Civil¹⁸⁴ del año 2012 establece en su mensaje, la importancia del esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes, señalando que se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez.

El sistema utilizado para la valoración de la prueba por los tribunales de familia, esto es, según el artículo 32 de la Ley 19.968 la libertad de prueba y la sana crítica, caracterizada por el mismo como el actuar de los jueces de acuerdo los principios de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de los cuales emana una sentencia fundada, que contiene el razonamiento utilizado y los medios de prueba que acreditan los hechos controvertidos. En este mismo sentido, Eduardo Couture define esta

¹⁸³ Zapata García, María Francisca. Op.Cit. Página 25.

¹⁸⁴ CHILE. Proyecto de Ley. Código de Procedimiento Civil. Boletín 8197-07. [en línea]. Ingreso: 13 de Marzo de 2012. http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBL=8197-07. (consulta: 27.04.2013)

forma de valoración como las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia¹⁸⁵. La jurisprudencia chilena ha entendido como sana crítica como un sistema que conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio. Las reglas que la constituyen no están establecidas en la ley, por ende, se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza. Es una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo¹⁸⁶. Los jueces, al tener esta posibilidad, podrían admitir la prueba obtenida con vulneración de garantías, ya que posteriormente esta será objeto de valoración, pudiendo el mismo ponderar los derechos que colisionan y determinar la gravedad de la vulneración, algunos principios como el interés general del niño y la relevancia en la decisión, con la debida fundamentación que es exigida, a diferencia de otros sistemas como el de la libre convicción, donde basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar

¹⁸⁵ Couture, Eduardo. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1979. tomo II. Página 195.

¹⁸⁶ Corte de Apelaciones de Concepción. "Henríquez c/ Muñoz". [en línea]. 3 de Septiembre de 2012. ROL: 3153-12, [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33002&links=\[SAN,%20CRITIC\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ33002&links=[SAN,%20CRITIC]). (consulta: 27.04.2013)

lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida¹⁸⁷, mediante la cual, las partes podrán examinar las razones del tribunal para llegar a una sentencia y tener la seguridad que la prueba no fue considerada.

Relacionado con el tema de la verdad material, antes tratada, se encuentra el supuesto de no comprometer la situación estimada como correcta, pero generando mecanismos de castigo o amonestación al que obtuvo la prueba de manera ilegal¹⁸⁸, lo que en la práctica significa aceptar la prueba ilícita aplicando otras sanciones a quién la presenta pero en una sede distinta al proceso en el que se presenta, ya sean penales, civiles o administrativas.

El derecho a la prueba encuentra reconocimiento implícito en el artículo 19 N° 3 inciso 2 de la Constitución Política de la República que en el contexto de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa jurídica, entiende este último en términos amplios dado que no solo 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 protección¹⁸⁹. Como contraposición a este derecho, se presenta la prueba ilícita, la cual una vez excluida del proceso puede ser considerada como una vulneración al derecho a producir toda la prueba que prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras

¹⁸⁷ Couture, Eduardo. Loc. Cit.

¹⁸⁸ Ferrada Culaciat, Francisco. Op.Cit. página 60

¹⁸⁹ Sentencia fecha 13 de noviembre de 2007. Autos rol 3419-2007. Citado por Ferrada Culaciat, Francisco. Op. Cit. página 95

partes o de terceros, y que toda esa prueba sea considerada por el tribunal¹⁹⁰, estando en este aspecto la doctrina dividida entre quienes plantean como inapropiada la predominancia del derecho a la prueba como garantía fundamental frente a otras con ámbito de aplicación mayor al simplemente procesal, señalando que parece tolerable cierto margen de indefensión al desconocerse el derecho a la prueba, en pos de resguardar el debido proceso y los derechos fundamentales vulnerados en la recogida y rendición de prueba¹⁹¹. Por otro lado, hay quienes plantean que debe realizarse una ponderación de las garantías en cuestión, siendo estas el derecho a la presentación de prueba en juicio y las vulneradas en el proceso de recabar la misma, entendiendo que la 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 prueba¹⁹². Esta última postura llamada de la “proporcionalidad”, es la predominante en la jurisprudencia alemana como mecanismo especial, toda vez que busca un punto de equilibrio entre dos garantías constitucionales que resultan afectadas¹⁹³, fundamentando la obtención ilícita de la prueba en la legítima defensa, excluyendo así la antijuridicidad.

¹⁹⁰ Taruffo, Michelle. “La prueba jurídica”. Editorial trota, Madrid, 2002. Citado por Ferrada Culaciati, Francisco. Op. Cit. página 91.

¹⁹¹ Ferrada Culaciati, Francisco. Op.Cit. página 105

¹⁹² Gonzalez Montes. Citado por Miranda entrampes, obra citada. P 22. El artículo se encuentra en revista de derecho procesal n° 1 1990 p 31. Ferrada Culaciati, Francisco. Op.Cit. página 214

¹⁹³ Ariztía, Fernando Santelices. “Valoración del artículo 26 de la ley 20.084. procedencia de una sanción de internación en régimen cerrado sin existir

Cercano a los principios generales del derecho, ha sido considerado como excepción a la exclusión de prueba ilícita en juicio la existencia de “buena fe” en el proceso de descubrimiento de la prueba, fundamentado en admitir la prueba obtenida en procedimiento policiales ilícitos y la derivada de la misma, si en ellos la policía ha actuado “in good faith”¹⁹⁴. Así, el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de 15 de marzo de 2011¹⁹⁵, establece en el contexto de la presentación como prueba de un video por parte de la víctima, el cual fue “encontrado en la pieza de la pareja de su madre, mientras buscaba un video de las vacaciones”, en el cual se da cuenta del delito de producción de material pornográfico y en apariencia abuso sexual que no existe violación a las garantías del artículo 19 N° 3° y 4°, ya que “fue la propia víctima quién encontró la cinta y lo hizo en un lugar que era abierto para ella donde el mismo acusado le permitía entrar. Asimismo el hallazgo fue accidental y de buena fe”.

El descubrimiento inminente supone como teoría, la posibilidad cierta de haberse encontrado la prueba de forma independiente a la que fue obtenida, sin violación de garantías fundamentales a causa de diligencias necesarias para dar curso progresivo al procedimiento, aunque en un tiempo posterior, pero aún pertinente para ser adjuntadas al procedimiento.

modificadoras”. En Unidad especializada de delitos sexuales y violentos. Página 211 a 221. pp 216.

¹⁹⁴ Zapata García, María Francisca. Op.Cit. Página 54

¹⁹⁵ Ariztía, Fernando Santelices. Loc.Cit.

Otro supuesto, plantea el conocimiento del hecho de cuestionada legalidad mediante una fuente independiente a aquella considerada como objeto de exclusión, es decir, no hay nexo causal que vincule a la prueba con la actuación vulneratoria. Así, cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluir la prueba obtenida, ya que ésta no es un fruto de la ilicitud. En este evento no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir¹⁹⁶.

En materia laboral, con ocasión de la audiencia preparatoria, el numeral cuarto del artículo 453, resta valor a la prueba obtenida con violación de derechos, señalando que “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”.

Por último, es aplicable como norma general y extensiva, aquella contemplada en el artículo 19 n° 26 de la Constitución, en cuanto tolera cualquier limitación a las garantías del mismo artículo, mientras no se vulnere la esencia de estos.

¹⁹⁶ Marcazzolo Awad, Ximena. “Comentario al fallo dictado por la Corte Suprema en el cual se analiza la teoría de la ilicitud de la prueba y la actuación de agentes encubiertos en el marco de la ley 20.000”. En Unidad especializada de delitos sexuales y violentos. Página 211 a 221. pp 216..

VI. Momento de la exclusión.

La “exclusión” de prueba puede presentarse en distintos momentos dentro del proceso, donde de acuerdo a él tomará nombres diversos que la identifiquen. Así, la obtención de la prueba puede ser ilícita “extraprocesal”, afectando la obtención de la prueba, previo al inicio de procedimiento como tal, por ejemplo, en el proceso de investigación del Ministerio Público en el proceso penal chileno y el caso de prueba obtenida como fundamento para sustentar el inicio de un juicio en cualquier materia y que ha vulnerado garantías. Paralelamente, una prueba ilícita “dentro del proceso”, será aquella que ha vulnerado actuaciones que se realizan en este contexto, como por ejemplo una declaración de testigo no obtenida en forma o un documento presentado al tribunal en extemporáneamente. También se puede presentar esta vulneración en lo ya expuesto con relación a las actuaciones que requieren autorización del Juez de Garantía establecidas en el Código Procesal Penal.

En materia de familia, la exclusión de prueba en específico se realiza según el artículo 31 de la ley 19.968, en la audiencia preparatoria, momento en que las partes deben ofrecer la prueba y el juez estimar su procedencia o improcedencia de acuerdo a diversos criterios, entre los que se cuentan la pertinencia y la ilicitud de la prueba.

VII. Efecto psicológico de la inclusión de la prueba ilícita.

En un sistema basado en la sana crítica, como manifiesta la tendencia del legislador en Chile, donde muchos textos legales nuevos, sin perjuicio de algunos antiguos, están confiriendo a los tribunales la facultad de apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica¹⁹⁷, que si bien ve subsanada la subjetividad eventual que pudiere traer aparejado el razonamiento del juzgador con la fundamentación de las sentencias¹⁹⁸ y el límite de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados del juzgador, pueden incidir en mayor o menor medida en la conciencia del juez, de tal manera que aunque se excluyan, seguirían influyendo en la decisión de igual forma como estuvieran incluidas en el proceso.

¹⁹⁷ González Castillo, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N0 1, pp. 93 – 107. 2006. Página 93.

¹⁹⁸ En este sentido, el Artículo 297 del Código Procesal Penal establece en cuanto a la valoración de la prueba que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia; En este mismo sentido, el artículo 32 de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, establece que los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La resolución de este asunto no es baladí, ya que la especialización de la legislación en el último tiempo ha entregado la oportunidad al legislador de establecer como sistema idóneo para la valoración de la prueba la sana crítica, así encontramos adheridos a este sistema además de los ya señalados, la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, la Ley 19.496 sobre Derechos del Consumidor, la Ley 19.039 de Propiedad Industrial y la los procedimientos ante los Juzgados de Policía Local, entre otros.

La forma de tratar el tema puede ser extrema en cuanto soluciones, ya que mientras podríase solucionado con los requisitos de la sana crítica y la fundamentación de la sentencia para producir un “efecto descontaminador” de los jueces, podría no ser suficiente y llegar a límites tales como la incompetencia del tribunal o del juez que ha estado en contacto con la prueba o el procedimiento ilícito.

VIII. Cuestionamientos finales.

La institución de la prueba ilícita, entrega en su evolución en el derecho comparado aspectos claros sobre su origen, fundamento y limitaciones. Así, es posible establecer de forma cierta que es una institución creada como mecanismo para limitar el actuar policial, basado en la relación vertical, jerarquizada y desigual de la autoridad con el particular en materia de

actuaciones y particularmente aspectos probatorios, donde es aquella quien guía esta etapa motivada con un criterio de eficiencia, que no puede ser absoluto e ilimitado, razón por la que se establecen límites garantistas de protección a la parte más débil.

La situación expuesta no presenta problemas, ya que los supuestos referidos entre “Estado – Particular” parecen ser lo suficientemente claros para justificar la exclusión. Las dudas aparecen cuando se trata de procesos llevados adelante entre “particular-particular”, donde el juez es pasivo en cuanto a la producción de la prueba y son las partes quienes deben sustentar su posición en base a pruebas que ellos mismos presentan. El conflicto se suscita por ser parte de un criterio extensivo de la exclusión originaria en materia penal, por la condición de igualdad, y en general porque la posibilidad de vulneración de un derecho fundamental por parte de una parte a otra, eventualmente no tendrá la misma repercusión que una producida por la autoridad policial en el ejercicio de sus funciones.

Dicho esto, es posible cuestionar ¿qué hacemos con la prueba ilícita en materia de familia?, y más específicamente en materia de divorcio sanción, donde la prueba producida por una parte en la mayoría de los casos es fundamental para determinar una causal contemplada en el ordenamiento jurídico, pero a la vez, ha sido obtenida vulnerando garantías constitucionales, que podrían ser atenuadas por una relación de confianza evidente en las relaciones conyugales.

En los capítulos siguientes intentaremos responder cual es la aplicación práctica de la prueba considerada como ilícita y su exclusión o consideración por parte de los Tribunales en esta materia.

3. REGLAS APLICABLES EN MATERIA PROBATORIA AL JUICIO DE DIVORCIO POR CULPA QUE ASEGURAN LA EFICACIA DEL CORREO ELECTRÓNICO PARA ACREDITAR LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN LA LEY Y EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO.

Es relevante el desarrollo de este capítulo, por sintetizar los aspectos útiles y determinantes en el análisis final, sobre la posibilidad de aplicación de reglas sobre la prueba en soporte electrónico, con especial énfasis en el correo electrónico, considerando que la obtención de este tipo medio no cumple con la normativa general en materias cuya equivalencia es comprobada y que actúan como regla general y que sin perjuicio de esto, es en atención al contexto y tipo de procedimiento, una importante posibilidad de acreditar las causales taxativas legalmente determinadas para lo referido al divorcio por culpa. Los puntos siguientes contienen precisiones y referencias a los capítulos anteriores, resultantes de un proceso de elección de los aspectos más necesarios de revisar y complementar para las conclusiones finales de esta investigación.

I. El correo electrónico como moderno medio probatorio.

Como tema preliminar, debemos dar por establecido que no existen dudas prácticas en cuanto al correo electrónico perteneciente a la parte que los presenta, ya que como receptor, no hay dificultades en considerar que corresponde a prueba documental, incluso aceptada en formato papel en los juicios de familia, siempre que estén debidamente individualizados.

En cuanto al correo electrónico perteneciente a la parte que no los presenta, esto es, principalmente al demandado, sus particularidades permiten que sea tratado como equivalente al documento electrónico, sin presentar problemas en la medida que cumplan los requisitos establecidos por la ley para la seguridad y correcta aplicación de aquellos. Estos requisitos contemplan una cadena de equivalencias que permiten tratar el correo electrónico como documento y como comunicación privada, siendo necesario precisar los siguientes puntos, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias:

- a. Un correo electrónico presenta características propias del documento electrónico, lo cual permite sea asimilado a este, ya que supone toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

- b. El documento electrónico es equivalente al documento en soporte papel, en cuanto conste la suscripción del documento mediante firma, manual o electrónica, dependiendo del soporte, la cual permite la posibilidad de identificación y autenticación, y por tanto, la determinación de la identidad de los autores del documento y la conexión indubitada con la voluntad declarada¹⁹⁹, regulada en la Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, en dos conceptos. El primero es la firma electrónica como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor; y, en términos más técnicos, conceptualiza la firma electrónica avanzada como aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.
- c. La equivalencia de soportes del artículo 3° de la ley 19.799, supone que los documentos suscritos con firma electrónica serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y

¹⁹⁹ Pinochet Olave, Ruperto. Op.Cit.

en soporte de papel. Pero en inciso siguiente resta este efecto a los actos o contratos relativos al derecho de familia, por lo que se presentan dificultades para la prueba en juicio, en el caso de presentar esta solemnidad el correo electrónico a presentar.

- d. Con lo anterior, se establecen dudas sobre el valor de un correo electrónico presentado en juicio, ya que no existe la posibilidad de entregarle las características del documento presentado en la ley, pese a ser certificada mediante firma electrónica, lo cual le resta el valor propio de los instrumentos, esto es, plena prueba en el caso de los instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada y el valor correspondiente a los instrumentos privados en el caso de firma electrónica.

- e. El artículo 54 de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia acepta junto a los medios que se encuentran taxativos como medio de prueba en el Código de Procedimiento Civil, los catalogados como “otros medios de prueba”, admitiendo películas, cinematográficas, fotografías, fonografías, video, grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, y cualquier medio apto para producir fe, siendo tarea del juez determinar su forma de

incorporación al procedimiento, siendo sugerida la equivalencia al medio de prueba más análogo.

- f. En el derecho comparado se ha rechazado la admisibilidad del correo electrónico y similares, donde en general los puntos fundamentales son los establecidos en sentencia de Agosto de 2005 en Córdoba²⁰⁰, sobre el acompañamiento al procedimiento de “copia de historiales de conversación de Messenger”.
- El correo electrónico, los e-mails, el chat y los mensajes de texto generados a través de la telefonía celular son los nuevos medios de prueba que la doctrina asimila a la correspondencia privada.
 - En cuanto a su autenticidad, en caso de ser desconocida la misma, o su recepción, deberá estarse a lo que resultare de otros medios de prueba. En efecto la autenticidad del documento puede ser reconocida pero también negada o impugnada y al carecer de firma ológrafa y generalmente de firma digital deberá procurarse su acreditación recurriendo a otros medios probatorios.

²⁰⁰ Cámara de Familia. “S, O D con R, M E”. Sentencia número 555. EXPTE. Nº 214744. 25.08.2011. Córdoba, Argentina.

- Se presentan múltiples interrogantes no sólo en orden a la posibilidad de determinar su autoría y ante su factible adulteración, sino también en cuanto a la forma en la cual se accede a ella. Repárese que su obtención debe ser lícita ya que en caso contrario no sería válida su admisión en el proceso por menoscabar garantías constitucionales y el derecho a la intimidad y privacidad de las personas.

Por expresado en los puntos anteriores, no es posible que la legislación nacional otorgue el valor de documento electrónico a un correo electrónico, aunque se encuentre suscrito mediante firma electrónica, ya que los asuntos que están sometidos al derecho de familia quedan expresamente excluidos por disposición legal, y no puede otorgarse el valor legal correspondiente, ni ser homologados como medio más idóneo, en principio.

Sin perjuicio de esto, la Ley que Crea los Tribunales de Familia manifiesta en su normativa la intención de incluir medios que no están expresamente regulados, por lo que en principio, no existe problema en incluirlo, surgiendo el problema sobre su valor real, consideración por el juez, licitud y eficacia en juicio.

II. La prueba del divorcio por culpa por medio del correo electrónico personal.

La forma más tangible de presentar prueba en juicio de divorcio culposo por el “cónyuge inocente”, es por medio de prueba no contemplada tradicionalmente en la ley nacional, pero sí aceptada de forma difusa, sin una regulación específica y clara con respecto al valor intrínseco de cada una, ya que las causales contempladas en la ley, tales como, los malos tratamientos graves contra la integridad psíquica, la trasgresión grave y reiterada de los deberes de fidelidad del matrimonio, la conducta homosexual, y la tentativa para prostituir al otro cónyuge o entre estos y los hijos, no son de fácil prueba, y en la mayoría de los casos, no existe posibilidad de probarlos de la forma tradicional, mediante instrumentos privados, prueba de testigos o confesión, por sus características propias. Así mismo, la forma de “descubrimiento” de la causal y obtención de la prueba necesaria, en el caso del correo electrónico, se realiza en un ámbito de privacidad, de relaciones cotidianas y familiares, que tornan dificultosa la determinación sobre si se está frente a una situación legítima, que excede el ámbito de la privacidad y la ilicitud, o si por el contrario, deben ser aplicadas las reglas generales y no se admite discusión.

III. Aplicación de los modernos medios en las causales establecidas en la ley para el divorcio culposo y la prueba eficaz.

a. El atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

Para acreditar esta causal, en Chile, han sido presentados por las partes pruebas para la acreditación de esta causal tales como las de sentencia de 29 de Abril de 2011²⁰¹, donde entre otras son relevantes un oficio donde el Juzgado de Garantía informa a Carabineros la suspensión condicional del procedimiento del demandado imponiéndose como condiciones la prohibición absoluta del imputado a la demandante; una denuncia en carabineros donde se indica que la víctima se encontraba en casa de sus patronos cuando llegó el imputado con un cuchillo el cuál amenazó a su patrón y a la víctima de matarlos si no regresaba a su domicilio y al no tener respuesta éste comenzó a quebrar los vidrios de la vivienda; se acompaña también prueba testimonial que da cuenta de los malos tratos cotidianos, el alcoholismo y el abandono del hogar común de la demandante con una data de 5 años.

²⁰¹ Juzgado de Familia de Linares. [en línea]. C-138-2011. 29/04/2011. Chile. http://www.cajmetro.cl/wp-content/uploads/2012/08/FallosFamilia/REPOSITORIO_N10DivorcioCulpa.pdf. (consulta: 27.04.2013)

El tribunal estima que de acuerdo a la sana crítica, los medios de prueba aportados por la parte son insuficientes para acreditar la causal, ya que la denuncia citada no significa un reconocimiento en los hechos en atención a los requisitos de la salida alternativa en el ámbito penal. Es desestimada también la prueba de testigos, por ser la declaración difusa y con falta de claridad sobre la existencia de amenazas y la presencia indirecta de los hechos relatados, traduciéndose en imprecisiones y contradicciones sobre el motivo de la separación y el espacio temporal en que se concretó, y la efectividad del alcoholismo denunciado, temas que no ha podido acreditarse por lo que la demanda se rechaza.

Sobre la prueba testimonial, la jurisprudencia argentina ha determinado que Si bien es cierto que en los juicios de divorcio son admisibles las declaraciones testimoniales de los parientes o personas de amistad íntima, desde que son las personas allegadas quienes se encuentran en mejores condiciones de conocer acontecimientos propios de la intimidad, no lo es menos que tales declaraciones deben ser valoradas con especial cuidado ante la razonable tendencia humana de inclinarse a favorecer o beneficiar a la parte con la que se encuentra más relacionada. Por tanto esos testimonios, para ser admitidos, deben hallar apoyo en los restantes antecedentes de la causa²⁰², así mismo, deben apreciarse de

²⁰² Cámara de Apelaciones en lo civil comercial y minería, San Juan. Sala 03. Argentina. 27 de Abril de 2012.

forma panorámica en conjunto con otros medios de prueba y de forma prudencial.

b. Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.

Para la acreditación de esta causal, en sentencia del Juzgado de Familia de San Vicente de Tagua Tagua²⁰³, ha sido presentada para su acreditación prueba testimonial donde quienes declaran son en primer lugar el hermano de la demandante, relatando que las partes se separaron porque el demandado conoció a otra persona y le fue infiel a su hermana, teniendo de dicha relación dos hijos, el mayor de ellos de 5 años de edad, y un segundo testimonio de una compañera de trabajo de la actora señalando que las partes se separaron porque el demandado tiene otra pareja, y que incluso el hijo que él tuvo con su pareja es mayor que el último hijo. Se acompañan también certificados de nacimiento de los hijos nacidos dentro del matrimonio y aquel que no y que

²⁰³ Juzgado de Familia de San Vicente de Tagua Tagua. 07/03/2012. RIT: C-506-2012. http://www.cajmetro.cl/wp-content/uploads/2012/10/Familia/Divorcio/REPOSITORIO_N22_Divorcio.pdf . [en línea]. (consulta: 27.04.2013)

posee la característica de ser mayor en dos meses que uno de los hijos señalados en primer lugar.

En este caso, la causal es acreditada de forma suficiente por los certificados de nacimiento que constatan la existencia de un hijo fuera del matrimonio menor a aquel nacido dentro del matrimonio que se busca impugnar, de lo cual se infiere el incumplimiento con el deber de fidelidad que impone el matrimonio, y constituyendo su conducta una violación grave a dicha obligación, lo que configura una deslealtad a su cónyuge e implica una pérdida de confianza que hace intolerable la vida en común, acogiendo la demanda.

Para el abandono debe probarse que quien se retira del hogar conyugal, debe probar que lo impulsaron motivos legítimos para tomar esa determinación, pues de lo contrario, se infiere que lo hizo con el ánimo de violar el deber de convivencia²⁰⁴.

Otra sentencia acogida en los mismos términos, la prueba presentada se basa en la acreditación del incumplimiento del deber de fidelidad mediante la existencia de hijos fuera del matrimonio, señalando en el considerando séptimo de sentencia de 15 de Octubre de 2010 de la Corte de Apelaciones de San Miguel²⁰⁵, que de la misma prueba antes referida, que da cuenta de los hechos

²⁰⁴ CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA. Op.Cit

²⁰⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel. "Juan Carlos Reyes Gutiérrez con Brisa del Carmen Gálvez Ahumada". [en línea]. Fecha: 15/10/2010. Rol: 456-2010. https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:nxqs7ZU9EMoJ:centrodela familia.uc.cl/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D401%26

apuntados, es posible presumir que la demandada yació con varón distinto a su marido, relación producto de la cual nació la niña R.R.G. incurriendo así en una falta a su deber de fidelidad lo que sin duda hace imposible la convivencia marital cuando el demandante toma conocimiento del hecho. A tal convicción arriba esta Corte después de apreciar la prueba y los dichos de las partes, y aplicar las invariables reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, considerando como prueba suficiente el acompañamiento del certificado de nacimiento de la hija en cuestión, y considerando superflua la prueba testimonial y otros documentos acompañados.

c. Conducta homosexual.

En sentencia Argentina²⁰⁶, país donde esta causal no existe, se trata el tema a través de la causal “injurias graves”, establecidas en el Código Civil, donde la homosexualidad se utiliza como base de una las injurias, las cuales se entienden probadas al producir el demandado prueba sobre la veracidad de la

Itemid%3D+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESh-
mpUDbrklh4qsAAygVqrelmsGosbJck-
_8O_bFA_J_9PUBCNc_dXpgx_qwLPHqUIX0DSz5Gp9jis6Zpv2e1Yi6K077HTa0SZ2vj
ORGjhA9F7SDhmlggDPjXKASgfJEZpo6lyE&sig=AHIEtbTI_cPUyH6tr7883AKQUuDSk
HRwlg .. (consulta: 27.04.2013)

²⁰⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. SALA "M". "L. DE F., MARÍA C/ F., P.". [en línea]. fecha 04/05/2007. <http://www.casm.org.ar/nuevo/divorcioaduhomo.htm> .. (consulta: 27.04.2013)

homosexualidad a través de testigos, de lo cual se evidencia la divulgación de la orientación sexual con terceras personas.

En Bolivia, la prueba de la homosexualidad de uno de los cónyuges ha sido tratada de acreditar principalmente por testigos, estableciendo en sentencia de 19 de Julio de 2012²⁰⁷, que todas estas declaraciones no prueban que el actor tendría una relación homosexual con quien se menciona en la demanda reconvenzional y conforme a lo que estipula el art. 1330 del Código Civil, el juez tenía la facultad de apreciar las declaraciones testificales conforme a las circunstancias del hecho sin descuidar los casos en que legal o comúnmente se requiere otra clase de prueba, ya que las declaraciones solo manifiestan conductas difusas, como “haberlos visto en lugares públicos”, “tomados de la mano”, y en “actitudes sospechosas”, requiriéndose antecedentes más concretos y medios de prueba más sólidos, considerando la prueba testimonial demasiado débil y apta para contextualizar los hechos y no para acreditar por sí solo y sustentar la posición de la parte demandante.

²⁰⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SALA CIVIL. “Ricardo Rodríguez Arauco c/ María Elena Santiesteban Aguilar”. [en línea]. 19 de Julio de 2012. Sucre, Bolivia. <http://tribunalsupremo.organojudicial.gob.bo/Autos%20Supremos/civil/civil-I/2012/as201221216.htm> .. (consulta: 27.04.2013)

d. Otras causales.

Las otras causales, señaladas por la ley, que suponen la condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; el alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos; y, la tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos, pueden ser probadas de formas similares a las causales anteriores, y es de esta forma y generalmente en supuestos muy restringidos que logran ser aceptadas las pruebas para acreditar de forma óptima y con valor de plena prueba, como analizaremos en los puntos siguientes.

IV. El carácter excepcional del divorcio y las restricciones probatorias.

Ya hemos estudiado, en el capítulo referido al Derecho de Familia, la intención del legislador de entregar un carácter excepcional al divorcio, de lo que se infiere la estrictez de los requisitos, y, en consecuencia, de la prueba admisible y los criterios del juez para calificar su valor y consideración, sumado a la sana crítica que rige el procedimiento y la falta de un criterio uniforme establecido en

la ley, que contempla la entrega de un valor equivalente a aquel que determine el juez, es el más parecido en sus aspectos generales intrínsecos y extrínsecos.

La Historia de la Ley se refiere al divorcio sanción en los siguientes puntos, que contemplan la dificultad de prueba y la excepcionalidad.

- a. Senador Fernández: Evidentemente, el “divorcio sanción”, el divorcio por culpa, es algo que ha ido quedando atrasado en la doctrina -diría que constituye un vestigio de antiguas tradiciones- y, en definitiva, ha ido quedando de lado en las legislaciones más modernas. Porque implica una dificultad enorme de prueba, discusiones interminables entre los cónyuges, ventilando ante los tribunales hechos muy privados. Por eso ha sido descartado en muchas legislaciones modernas²⁰⁸.

- b. Senador Hamilton: Aunque piensa que el matrimonio es indisoluble por su naturaleza, está consciente de que existe una clara mayoría en el Senado como ocurrió ya en la Cámara de Diputados-, para establecer causales amplias que permitan su disolución. En esas circunstancias, y a pesar de no compartir ese criterio, es partidario de contemplar fórmulas que limiten el efecto social negativo de la disolución, restringiéndola a casos excepcionales vinculados a conductas graves, asumidas por uno de los cónyuges en perjuicio del otro cónyuge o de los hijos. Le parece

²⁰⁸ HL 19947 artículo 54. Op.Cit Página 70.

aceptable que, en ese marco de gravedad y excepcionalidad, y si no hay otras posibilidades de solución, el cónyuge afectado pueda recurrir a ese procedimiento extraordinario²⁰⁹.

Por lo anterior, es posible inferir que el juez contemplará una revisión minuciosa, cuya regla general será denegar el divorcio, en principio, por tratarse de un procedimiento excepcional, exigiendo condiciones para una prueba óptima, y denegando aquella que tenga carencias, pese a ser óptima para formar su convicción. Así, un correo electrónico obtenido por el “cónyuge inocente”, no hará plena prueba, por no cumplir las formalidades requeridas, por carecer de solemnidades, y por no entregar seguridad, pese a ser la única forma de probar. Lo señalado, no es presentado con el carácter negativo, ya que las pruebas deben tener el carácter de “perfectas”, para que les sea otorgado valor suficiente para ser determinantes en juicio, siendo el aspecto criticable la posibilidad del “cónyuge inocente” de sustentar su postura y lograr la disolución del vínculo, transformándose la norma en letra muerta, al tener que optar el demandante por cumplir los plazos establecidos en la ley, y optar por otra de las formas de divorcio que no requieren prueba.

²⁰⁹ Ibídem. Página 235

**V. Forma de obtención de los correos electrónicos para estos fines:
momento en que se entiende violada una comunicación privada.**

La forma correcta de acompañar un correo electrónico en juicio, caracterizado como documento electrónico, equivalente al documento en soporte papel, si se han cumplido las reglas y requisitos explicados en los capítulos anteriores, es en el caso de los instrumentos privados emanados de la contraparte, bajo el apercibimiento del artículo 346 número 3, esto es, que si al ser puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, esta arriesga el reconocimiento tácito. Lo que demuestra complejidad en los siguientes supuestos:

- a. El correo electrónico, si lo consideramos un instrumento, no emana de la contraparte de la forma que lo exige la ley, sino que es el resultado de una relación entre la contraparte y un tercero, cuyo contenido ha sido obtenido y divulgado en juicio por la parte demandante en el contexto de una intromisión a las comunicaciones privadas del demandante.
- b. Para realizar una intromisión a un computador como ente contenedor de mensajes, es necesaria una autorización judicial, con la cual se requiere el auxilio de otro medio de prueba contemplado por la ley: el peritaje. En

materia informática, el llamado “volcado de información de ordenadores”, el artículo 577 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española²¹⁰, señala que “si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el Juez, en la forma establecida en el capítulo VII del título V”, requiere la presencia de un perito encargado del registro y aprehensión de los elementos útiles para la investigación, en atención a las características de estos, la necesidad de tecnicismo y precisión requerida ante el tratamiento con derechos fundamentales.

- c. En España, se han establecido “principios elementales de las intervenciones telefónicas”²¹¹, que contemplan el principio de exclusividad jurisdiccional, que supone la competencia del juez como único facultado para dar curso a las intervenciones; la exclusividad probatoria que permite únicamente la búsqueda de que el delito existe y sus respectivos autores; la excepcionalidad y limitación personal, que permiten la utilización de este medio cuando no exista otra forma de

²¹⁰ ESPAÑA. 1882. Real decreto que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [en línea]. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.. (consulta: 27.04.2013)

²¹¹ España, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de junio de 1992, de 25 de junio de 1993, 20 de mayo y 12 de septiembre 1994, 20 diciembre 1996, 2 diciembre 1997, de 4 de julio de 2003 y de 19 y 29 de abril de 2004, respectivamente, entre otras muchas), en Islas Alfredo, “Intervenciones en las comunicaciones telefónicas y derechos fundamentales”. Sistema de Universidad Abierta y Educación a Distancia REVISTA AMICUS CURIAE Facultad de Derecho UNAM AÑO: I NUMERO 10. Página 9.

investigación del delito, que cause un perjuicio menos que la violación a la privacidad de las comunicaciones y el límite de la autorización para promover la especificidad, claridad y la intervención mínima a la vida íntima; Por último, la especialidad del hecho delictivo determina la claridad que debe existir al momento de la solicitud, y las sospechas fundadas del delito, ya que este método no está creado para tratar de descubrir de forma aleatoria y general posibles delitos. La jurisprudencia lo trata en los siguientes puntos.

- i. El 07 de Agosto de 2012, a petición del Ministerio Público, el Juez de Garantía Don Jorge Rivas Álvarez, autorizó la interceptación telefónica del imputado Patricio Ignacio Olivera Jaramillo. Tanto la petición como la resolución fueron verbales. La constancia exigida por el artículo 9 inciso 3° del Código Procesal Penal, revela que el citado Juez tuvo presente que desde el teléfono que se pedía intervenir, el imputado presumiblemente comercializó notebooks robados desde diferentes colegios de Valdivia, según información reunida por la PDI²¹².
- ii. En el juicio oral se reprodujeron conversaciones interceptadas del periodo no habilitado, correspondiente a los días seis, siete y trece de

²¹²Corte de Apelaciones de Valdivia. "Olivera Patricio con Juez Juzgado de Garantía". [en línea]. sala primera. 8 noviembre 2012.: ROL: 671-2012 [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34040&links=\[INTERCEPT,%20ELEFON\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34040&links=[INTERCEPT,%20ELEFON]). (consulta: 27.04.2013)

julio de dos mil cinco, que daban cuenta del uso de correos humanos para el traslado de droga en el interior de calzado con doble fondo. Pone de relieve que los policías se limitan a testificar que lograron información por "aplicación sistemática de técnicas de investigación", que fue lo que llevó al fiscal a solicitar la interceptación telefónica, pero sin revelar que, en realidad, esas supuestas "técnicas" consistieron en la previa interceptación ilegal del mismo teléfono. Así se engañó al Fiscal y al Juez de Garantía al entregar información espuria para obtener una interceptación telefónica, de suerte que, por mediar fraude procesal y engaño, en un intento de validar un vicio ya cometido, la interceptación asentada resultó ser tan ilegal como la realizada antes, sin anuencia alguna. Agrega que no procede sanear la omisión de formas procesales cuya vulneración constituye nulidad absoluta²¹³.

- d. En materia de familia es improbable la autorización requerida por parte del juez para realizar un peritaje, ya que los antecedentes entregados por la parte demandante no revisten la gravedad requerida para dar curso a la intervención, pues en general no se está ante la "comisión de un delito", que parece ser la regla general en materia de intervención de comunicaciones, señalando el Código Procesal Penal en el artículo 222

²¹³ Corte Suprema. Segunda sala. Guerra Bravo, Marina. [en línea]. 29 de Junio de 2011. ROL 3016-2011. http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ28147&links . (consulta: 27.04.2013)

sobre la interceptación de comunicaciones telefónicas, que cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

- e. El momento en que se viola la comunicación de un correo electrónico, corresponde al que se accede al contenido, constanding de posibilidades diversas, donde es posible nombrar la violación de la clave de seguridad personal del usuario deliberadamente para acceder a información con carácter privado, el hallazgo casual en el contexto de las relaciones de confianza y familiares, y la intervención sin previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, con especial énfasis en la autorización judicial.
- f. A aquellas caracterizadas como comunicaciones interceptadas sin orden judicial, no es posible asignarles valor en juicio, ya que han sido obtenidas en un contexto de ilegalidad y deben ser excluidas, sin posibilidad de formar parte del convencimiento del juez. Lo anterior, se

refleja en la jurisprudencia en la siguiente forma, determinada en sentencia sobre teléfonos intervenidos, señalando que es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio²¹⁴.

VI. La obtención de medios de prueba por parte del cónyuge y su eficacia en juicio.

En Chile, la calidad de cónyuge de una persona excluye la posibilidad de ser autor de ciertos delitos y la respectiva responsabilidad penal establecida por ley, así como la posibilidad de ser el único legitimado para cometer otros, contemplándose en la primera de estas categorías la excepción a la sanción impuesta en el artículo 146 del Código Penal, a quien abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, la cual no es aplicable entre cónyuges.

²¹⁴ Islas Alfredo, "Intervenciones en las comunicaciones telefónicas y derechos fundamentales". Sistema de Universidad Abierta y Educación a Distancia REVISTA AMICUS CURIAE Facultad de Derecho UNAM AÑO: I NUMERO 10. Página 9.

Lo determinado en la ley, supone la exclusión de la responsabilidad penal, pero no la licitud de la prueba obtenida, ya que constituye aún “prueba contaminada”, donde si bien no estamos en presencia de un delito, si no cumple los requisitos establecidos en las reglas generales, la prueba no puede ser admitida o debe ser excluida conforme a lo establecido en la ley y determinado en su oportunidad en la justificación de la sentencia.

Existe un teoría, que si bien se contrapone con lo estudiado hasta el momento, es importante considerar y reiterar para efectos teóricos, en la cual importa la verdad material por sobre otros bienes jurídicos, determinando un hecho como correcto o con una gran posibilidad de ser real y plausible en atención a los antecedentes entregados, por lo cual se admite la prueba “ilícita” aportada por el cónyuge, generando un método alternativo de sanción, paralela al procedimiento que se lleva adelante. Esta teoría fue desarrollada como una de las formas excepcionales de admitir la prueba ilícita en el capítulo cuarto, la cual debemos desechar para este caso por sus presupuestos artificiales alejados de la legislación positiva revisada.

VII. La aceptación de los medios tecnológicos de prueba y la eficacia real en juicio.

En España, se ha tratado el tema de la violación de documentos electrónicos de forma específica y muy similar a lo resuelto por la interceptación de las comunicaciones en el ámbito legal, pero desarrollado desde el punto jurisprudencial, donde es claro que estos medios particulares son aceptados como prueba en juicio, pero requieren formalidades sin las cuales no presentan valor alguno y deben ser desestimadas y eliminadas del procedimiento. Se los siguientes puntos para que la interceptación sea válida y eficaz²¹⁵:

- a. La habilitación judicial supone como hemos tratado latamente en las páginas anteriores, la existencia de un juez que otorgue la autorización en base a sospechas fundadas en un hecho plausible sobre la participación de personas de un hecho punible con pena de crimen, y que sea imprescindible para el resultado óptimo de la investigación, lo que supone una ponderación de derechos, en cuanto es más importante el bien social que significa el descubrimiento de un delito, contra la interceptación a la vida privada de las personas implicadas.

²¹⁵ Estos puntos han sido sintetizados por José Manuel Suárez Robledano en "Intervención de comunicaciones electrónicas". Foro, Nueva época, núm. 14/2011: 73-99. página 4

- b. La motivación, exigida para dar garantías a la persona que solicita la medida como aquella que se ve afectada por esta, con miras a realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos que se ha determinado están en juego y que significan una intromisión y violación de garantías constitucionales, considerando todos los elementos exigidos por ley, los que en Chile serán principalmente los del artículo 222 del Código Procesal Penal, con base en verdaderos indicios y no de meras sospechas o conjeturas²¹⁶.

- c. Excepcionalidad y subsidiaridad, significa la existencia de imposibilidad de otro medio de prueba para llegar al resultado óptimo que una intervención a las comunicaciones podría arrojar, así, si no existe otro medio más idóneo o no hay otro medio del cual la investigación pueda valerse, será, en la medida que se encuentre debidamente justificado y se de curso por el juez a la petición, posible la interceptación.

- d. La Imprescindibilidad, trata aspectos subjetivos propios del razonamiento del juez, donde es el quien debe llegar al convencimiento, mediante el ejercicio de ponderación de derechos en base a los antecedentes entregados por la parte solicitante, que consisten en la necesidad y

²¹⁶ Ibid. Página 5

utilidad de persecución del delito determinado en la petición y los derechos fundamentales en juego, en especial los relativos a la intervención de comunicaciones y la vida privada. La proporcionalidad, estrechamente relacionada con este punto, requiere un delito de gravedad suficiente para contrapesar la intervención, la cual debe ser determinada por un tiempo razonable, determinado por el juez, para que la afectación sea mínima, como es la tónica de los requisitos y el objetivo central.

- e. La transcripción bajo fe del secretario judicial, es un requisito exigido en España que requiere sea transcrito u oído y dado fe por el secretario que el contenido del documento o medio electrónico es veraz y corresponde al original.
- f. La naturaleza de la prueba es compleja, ya que el contenido y las declaraciones son hechas en primera persona por quien ha sido intervenido, por lo que podrían asimilarse a la confesión como medio probatorio, lo cual no es procedente, por no presentar los requisitos propios de la confesión en la forma más simple establecida en el Código de Procedimiento Civil, e incluso excediendo el ámbito legal y ubicado en la lógica. La prueba documental parece ser más adecuada para este tipo de prueba, que hemos desarrollado en capítulos anteriores.

- g. La existencia de una “cadena de custodia” es fundamental y distintiva en materia de prueba con carácter de electrónica, cuyo objetivo es el aseguramiento del contenido de la información, considerando que no es suficiente el acompañamiento de “pantallazos”, ni impresiones del contenido digital por quien los presenta, sino que es necesaria la intervención de peritos que procedan a la conservación íntegra, para realizar con posterioridad el volcamiento de la información.

VIII. Jurisprudencia comparada.

- i. **México: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 1621/2010²¹⁷.**

En relación a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la ilicitud de la interceptación de los correos electrónicos por la parte demandante en juicio de divorcio por culpa donde se presentan más de trescientos correos electrónicos que presumiblemente delatan una relación sentimental entre la parte demandada y una persona tercera al juicio, en la cual se revoca la sentencia

²¹⁷ Suprema Corte de Justicia. amparo directo en revisión [en línea]. 1621/2010. 15 de Junio de 2011. <http://www.scjn.gob.mx/Documents/15-Junio-2011.pdf> . (consulta: 27.04.2013)

emanada de un Tribunal Colegiado de Circuito del Estado de México, considerando los siguientes aspectos relevantes por la Corte:

- a. Ciertos derechos fundamentales, dependiendo de su estructura y contenido, constituyen un límite no sólo para las autoridades, sino también para otros particulares, tal y como sucede con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.
- b. Las comunicaciones privadas son inviolables con independencia de su contenido.
- c. La protección de las comunicaciones privadas persevera en el tiempo, tutelando también a los medios que conservan el contenido de las comunicaciones, de modo que, una vez finalizadas aquéllas, los soportes materiales que almacenan dicha comunicación devienen, también, inviolables.
- d. Se entenderá que un correo electrónico ha sido interceptado cuando se ha violado el password o clave de seguridad, sin autorización judicial o del titular de la cuenta o cuando dicha autorización ya ha sido revocada.
- e. La interceptación ocurre independientemente de la impresión e, incluso, la lectura de los correos, al igual que resulta igualmente irrelevante quién

sea propietario de la computadora o aparato en el que se intercepta el correo, siendo solamente trascendente el titular de la cuenta.

- f. La secrecía de las comunicaciones persiste incluso en cuestiones de índole familiar, de modo que dicho derecho subsiste entre cónyuges.
- g. Que la obtención de los correos electrónicos fue contraria al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, razón por la cual el Tribunal Colegiado actuó incorrectamente al reconocerles valor probatorio.
- h. La ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales.

ii. México: primera sala regional familiar de Toluca del tribunal superior de justicia del estado de México, 5 de Junio de 1998²¹⁸.

- a. Si durante la tramitación de un juicio civil una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal prueba debe ser considerada contraria a derecho y rechazarse su admisión por el juzgador que conozca del asunto, pues de lo contrario se convalidaría un hecho que en sí mismo es ilícito.

iii. Colombia: Sentencia T-916/08, Acción de Tutela contra Providencias Judiciales.

Esta sentencia que ya ha sido reproducida en apoyo de capítulos anteriores, presenta puntos relevantes, tales como:

- a. La interferencia en las comunicaciones privadas puede realizarse entre personas que forman parte de un mismo núcleo familiar y puede vulnerarse el derecho a la intimidad cuando se realiza sin el consentimiento de la persona afectada, para su divulgación con diversos

²¹⁸ Serie de crónicas de asuntos relevantes del pleno y las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. “inviolabilidad de las comunicaciones privadas”. página 11

fines, entre ellos los judiciales, y no sólo en el ámbito penal sino aún para asuntos de naturaleza civil o de familia.

- b. El inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

- c. El derecho a la intimidad reserva, por ejemplo para los cónyuges o compañeros permanentes, un espacio vital de autonomía que garantiza a su vez su derecho a la libertad, el cual no puede soportar injerencias arbitrarias al ser invadido por el otro cónyuge o compañero permanente, sin su consentimiento. Lo anterior, bajo el reconocimiento implícito de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de los deberes que corresponden en razón del compromiso de convivencia bajo el mismo techo, y la ayuda y socorro mutuos.

**CONCLUSIONES. RECOMENDACIONES EN TORNO AL USO DE CORREOS
ELECTRÓNICOS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL JUICIO DE DIVORCIO
POR CULPA.**

**1. CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES RESPECTO DE LA
HIPÓTESIS DE TRABAJO.**

I. La hipótesis.

En nuestra investigación hemos realizado un análisis de la naturaleza jurídica del correo electrónico, y luego, la forma como éstos pueden acompañarse en un juicio de divorcio con pleno respeto a las garantías establecidas en la constitución y a las normas del Código de Procedimiento Civil como normas reguladoras de la prueba para su eficacia plena y validez. Sobre nuestra hipótesis de trabajo, según la cual: “La prueba electrónica presentada ante los Tribunales de familia en el contexto del juicio de divorcio por culpa, no puede ser considerada como prueba ilícita con carácter excluible, ya que la garantía constitucional del artículo 19 N° 5 no se vulnera si se cumplen ciertos requisitos copulativos que atienden a la naturaleza jurídica del contrato de matrimonio”, es posible extraer las siguientes conclusiones, las cuales han sido evidenciadas más o menos explícitamente a través del avance de esta investigación.

a. Las causales establecidas en el artículo 54 de la Ley 19.947, prevén una modalidad del divorcio, caracterizada por la culpa de uno de los cónyuges, cuya particularidad más distintiva es la no exigencia de un tiempo de separación entre las partes, a diferencia de los otros tipos, ya sea de común acuerdo o unilateral, donde se exige un periodo de 1 año y 3 años respectivamente. De ello se deducen diversas consecuencias, entre las que relevamos la excepcionalidad del divorcio como aspecto que según la historia del establecimiento de la ley, fue defendido por los parlamentarios y las instituciones sociales participantes en la creación de la ley; también es relevante en relación a la primera característica, la prueba para la acreditación de las causales, la cual es muy compleja, en atención a la cotidianeidad de los hechos y a las carencias de prueba pre-constituida, a diferencia del proceso civil o penal, donde los hechos en su mayoría son tangibles y las evidencias son correspondientes a ellos; otro aspecto importante, es el contexto en el que se desarrollan las relaciones y el tipo de procedimiento, que involucra los aspectos más privados del ser humano y sus relaciones familiares. Los puntos anteriores serán desarrollados en los párrafos siguientes.

b. La excepcionalidad, más allá de plantear el juicio de divorcio en general como un procedimiento de mínima aplicación a cuya utilización se recurra por razones calificadas, en que se requiere que las partes aporten

pruebas que sea plena para el convencimiento del juez, es el reflejo de los altos estándares probatorios que el legislador espera sean aplicados por los jueces competentes, razón que permite que el divorcio por culpa sea de difícil configuración, con hechos tangibles y que no admitan prueba en contrario, eliminando cualquier posibilidad de convicción en base a “panoramas generales” u otros medios de prueba que por sí solos no forman la plena convicción, pero en conjunto lo logran, aceptando por ejemplo, como prueba irrefutable de la transgresión grave y reiterada del deber de fidelidad del matrimonio el certificado de nacimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio o cuya data es anterior al último hijo nacido dentro del matrimonio, como se ha examinado en la jurisprudencia expuesta en los capítulos anteriores.

- c. La dificultad probatoria ante estas causales taxativas es compleja, en atención a la intención del legislador de dar un carácter excepcional al divorcio y el inexistente requisito de separación temporal por parte de los cónyuges para acceder al mismo, evitando así, que las parejas busquen solucionar sus conflictos de forma pronta y expedita, perdiendo el procedimiento el carácter de “última instancia” o solución subsidiaria, sin realizar intentos por la reanudación de la vida en común, declarando que el vínculo se encuentra irremediablemente roto. Así, se ha aceptado mayormente en los casos estudiados la prueba documental propiamente

tal, constatando una situación particular y no necesariamente única, donde se da por acreditado el divorcio cuando existen hijos nacidos de una relación distinta a la impugnada, existiendo aún el matrimonio, lo cual es todavía más fácil de constatar si existe un hijo menor de la pareja en conflicto a aquel nacido fuera del matrimonio para acreditar la infracción en los deberes del matrimonio. Sin duda, esta situación no es única. Las posibilidades de divorcio tienen varias aristas y situaciones complejas, como el caso de la prueba de la infidelidad cuando no existen hijos, o el abandono del hogar de forma reiterada cuando no hay pruebas concretas más allá de los testimonios. Así, la jurisprudencia demuestra la insuficiencia probatoria de los testigos, por tratarse en general de personas pertenecientes a los círculos más cercanos de las partes o de una de ellas, llenando el testimonio de subjetividad. La confesión tampoco es lo suficientemente viable de producirse, entendiendo la situación de conflicto que caracteriza el contexto. En este mismo sentido, los correos electrónicos obtenidos por el “cónyuge inocente”, revisten la característica de ser obtenidos en su mayoría dentro de las relaciones de confianza del hogar y la familia, cuyas características presentan dudas sobre la legalidad o ilegalidad de dicha obtención y de la posibilidad real de incidencia en el juez, y con la pugna sobre la necesidad de admitirlos, incluso si consideraran vulneración de garantías, en caso de

ser la única prueba posible. Este último tema será desarrollado en los numerales siguientes.

- d. Las relaciones familiares y su divulgación en juicio, son un tema de interés, ya que es muy improbable la prueba pre-constituida, emanada de órganos del Estado o de aquellos de los cuales no se podría admitir prueba en contrario. Lo anterior presenta una pugna entre bienes jurídicos relevantes, el derecho a la intimidad y la violación de la correspondencia y la posibilidad de acceso a la justicia cuando no hay otros medios de prueba significativos para presentar en juicio en situaciones de gravedad contempladas en las causales y que han roto irremediablemente el vínculo y requieren un desvinculamiento inmediato y sin más trámite.

II. Medios de prueba para la respectiva causal.

Las causales y la posibilidad de prueba de forma hipotética se traducen en los siguientes medios de prueba.

a. Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

El momento en el que se produce una agresión de tal magnitud, donde se entienda que la intención del autor, o al menos los hechos se configuran como suficientes y determinantes para producir la muerte, o su gravedad sea tal que afecten física o psíquicamente a la familia nuclear donde se contemplan el cónyuge y los hijos, encontrando los aspectos más relevantes sintetizados en la Ley 20.066²¹⁹ que establece la Ley de violencia intrafamiliar, cuyo procedimiento supone el inicio a partir de una demanda o una denuncia, donde es posible presentar como medios de prueba documentos emanados de la autoridad respectiva que den cuenta de este hecho. Presentamos entre otras, las siguientes:

- Constancia del personal autorizado en centros asistenciales y de salud, ya sea por la constatación de lesiones, como por el descubrimiento de situaciones evidentes en el ejercicio de sus funciones, extendiendo un acta, la cual es remitida al tribunal competente si es procedente.

²¹⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20066: Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. [en línea]. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648> . (consulta: 27.04.2013)

- Denuncia ante Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, la cual contiene una narración de los hechos y constancia del agresor si se conociere, hecha por cualquier persona, sin ser el titular necesariamente la víctima.
- Demanda interpuesta ante el Tribunal de Familia competente, el cual remitirá los antecedentes al Ministerio Público si el hecho tiene el carácter de delito.

b. Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.

Para acreditar esta causal, que ha sido revisada en extenso en el desarrollo de estos capítulos, debe tratarse en base a cada elemento que lo conforma. En primer lugar, debe tratarse de inobservancias graves y reiteradas, lo cual supone la primera prueba a presentar, encontrándonos con un aspecto más subjetivo, aunque no en su totalidad, caracterizado por la gravedad, ya que es el juez quien debe determinar la calificación, pero apoyado en las reglas generales o al menos la lógica, y el caso particular para establecer la gravedad o no, atendiendo los principios de la sana crítica. La reiteración parece ser un

aspecto más objetivo para el juez, por lo que bastará la prueba en la que conste que no ha ocurrido una vez, sino que es una actitud recurrente, y no obedece a un hecho meramente casual, así, no bastará con una prueba, sino que esta debe repetirse, o al menos acompañarse de otro medio de prueba que dé cuenta de lo ocurrido en momentos diferentes y en un mismo contexto.

Los deberes infringidos que trata la causal, están constituidos en primer lugar por el deber de convivencia, que constituye la disposición y obligación de los cónyuges de vivir juntos, salvo en circunstancias calificadas por el legislador, y aquellas que por lógica no suponen una separación. Esta separación podría probarse en su forma más perfecta por el “cese efectivo de convivencia”, o a través de documentos que den cuenta de la efectividad de esta, que pudieran ser útiles para el convencimiento del juez, como la existencia de cuentas cotidianas de los cónyuges en casas distintas, o en última instancia, la prueba testimonial.

El deber de socorro, está constituido en Chile por la obligación de ayuda económica, en particular de dar alimentos, donde el no cumplimiento permite el nacimiento de una obligación compulsiva, la cual es comprobable a través de demanda en los tribunales de familia, en su forma más pura, manifestado la desprotección patrimonial en la que uno de los cónyuges se encuentra a consecuencia del matrimonio y en particular por el no pago de los alimentos que se deben tanto a él, como a los hijos comunes.

El deber de fidelidad ha tomado dos formas jurisprudenciales, la primera, cuya prueba presenta una acreditación sencilla, donde la característica es la existencia de hijos en relaciones paralelas y que constatan la infracción a este deber, ya que cuando existe un hijo nacido de una relación extramarital, previo a la separación de los cónyuges o aún más evidente, si existe un hijo nacido dentro del matrimonio, de menor edad que aquel nacido producto de la relación paralela, ya que bastarán por si solas la existencia de los certificados de nacimiento respectivos, o de aquel correspondiente al hijo fuera del matrimonio, bastando la falta de prueba sobre la separación anterior, ya sea porque no existe, o porque no hay acreditación suficiente. Lo anterior se ve dificultado cuando no existen hijos, ya que habrá que valerse de prueba de testigos como prueba posible.

El abandono continuo y reiterado, es entendido por la jurisprudencia agregando elementos que van más allá del concepto más restringido, incluyendo el desamparo, la falta de atención, la desprotección, la cual es plausible de ser probada mediante testigos, sin posibilidades reales de adjuntar documentos que sostengan la “acusación”, ya que las actas de “cese de convivencia”, están pensadas por la ley para sustentar el divorcio en sus otras modalidades.

c. Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.

Esta causal no requiere comentarios mayores, ya que bastará la condena ejecutoriada, cuyo documento expide el tribunal competente, el cual es suficiente para sustentar esta causal de divorcio.

d. Conducta homosexual.

La conducta homosexual como causal, presenta dificultades probatorias similares a la infracción del deber de fidelidad establecido en causales anteriores, al ser un aspecto cuya prueba no puede ser determinada por documentos expedidos por la autoridad o los poderes del Estado, razón por la que se recurre a la prueba de testigos y a “otros medios de prueba” como por ejemplo fotografías o videograbaciones.

e. Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

Esta causal es acreditable por estar directamente relacionada con otras causales establecidas en el artículo, ya que son en una cantidad importante de casos el antecedente directo de violencia intrafamiliar, de la cual se deja constancia de las formas establecidas en el punto i) de este apartado.

f. Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

El artículo séptimo del Código Penal caracteriza como tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento, por lo que realizando una analogía con lo sucedido en sede penal, las redes de prostitución (en general infantil) son desarticuladas mediante las “escuchas telefónicas” y el testimonio de los menores. En el caso de esta causal en particular es de difícil prueba, y tendrá que recurrirse a elementos personales del autor que denoten sus intenciones, lo cual requerirá necesariamente una intervención.

A raíz de lo anterior podemos señalar:

a) La prueba de testigos como hemos revisado, es siempre presentada por las partes, aunque con resultados que no son óptimos, atendido el contexto en que se dan estas causales y la calidad de los testigos, con cuyas características se resta efectividad a su testimonio y son considerados como imparciales ante el criterio del juez, por tratarse de familiares y cercanos a quien los presenta.

La ley de tribunales de familia establece normas especiales, como la inexistencia de testigos inhábiles, donde las partes podrán “dirigir al testigo” como guía para demostrar su credibilidad, por ejemplo la existencia vínculos con alguna parte que pudieran afectar su imparcialidad.

b) La confesión como opción si bien es útil en juicio para formar el convencimiento del juez cumpliendo los requisitos legales, es improbable. Lo anterior porque las causales presentadas tienen una importante carga moral y social en su aspecto subjetivo, y presenta consecuencias desfavorables contempladas por la ley, por ejemplo en los alimentos, en términos objetivos.

- c) Hemos revisado que el correo electrónico en materia de familia no es equivalente a un documento en formato papel pese a estar suscrito por firma electrónica por expresa disposición legal, por lo que se presentan dudas con respecto a su autenticidad y valor en juicio.

III. Propuestas para la eficacia del correo electrónico como medio de prueba.

Los requisitos para que opere la intervención de comunicaciones en materia de familia, difieren del procedimiento penal, en cuanto en este último hay claridad de la existencia de un delito. Existen las siguientes posibilidades y posturas, inferidas del desarrollo de esta investigación, sobre las reglas para la eficacia del correo electrónico que no pertenece a la parte que lo presenta. A continuación, su viabilidad.

i. Peritaje.

El correo electrónico como moderno medio de prueba, es susceptible de ser equiparado con el correo tradicional, perteneciendo a aquel grupo de comunicaciones protegido por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, derecho que admite excepciones tras el cumplimiento de

ciertos requisitos que hemos revisado. La habilitación judicial procederá por regla general tras las sospechas fundadas de un hecho punible con pena de crimen, lo cual no se configura en las causales que “no tienen otra opción de prueba” determinadas en los puntos anteriores, ni en la falta al deber de fidelidad, ni en la homosexualidad. Podríamos entender que al tratarse esta norma como útil para guiar el juicio de familia, no necesariamente deberá requerir la existencia de un delito, sino que debería existir un hecho que revista la gravedad suficiente para proceder a la investigación, pero consideramos que no tiene asidero en estas causales, y tampoco se ha desarrollado doctrina ni jurisprudencia que sustente este aspecto.

Los otros requisitos relevantes para que proceda la intervención son la excepcionalidad y necesidad, donde se requiere que no exista otro medio de prueba plausible, lo que en principio ocurriría en los dos casos presentados con anterioridad, cuya dificultad probatoria abre un espacio a la intervención de las comunicaciones, a la vez desestimada por la gravedad requerida, al menos equiparable en sus características y consecuencias con un hecho punible con pena de crimen. La imprescindibilidad es relevante en la medida que el juez puede determinar que el delito es grave y que es necesario investigar.

Si los requisitos anteriores se cumplen, el juez podrá decretar la intervención de un perito, con preparación suficientemente técnica en el área para intervenir el aparato que contiene los mensajes, quien aprehenderá y entregará al tribunal la

información requerida por el juez, la que tendrá el carácter de determinada y precisa en contenido, formando una cadena de custodia, con lo cual no se produciría la intervención con violación de garantías fundamentales y la prueba será admitida sin cuestionamientos sobre su valor.

Lo anterior contiene una alta dificultad, ya que en materia de garantías constitucionales, el juez tiene un elevado estándar para admitir excepciones al resguardo de la normativa, por su relación con el ser humano en su esencia, donde como estudiamos, es sumamente complejo expedir una orden en materia penal, donde existen riesgos y delitos más dañinos para la sociedad reflejados en las penas que les son asignadas, más aún lo será en materia de familia, donde si no existe otra prueba, las causales no están revestidas de una gravedad que de origen a estos procedimientos especialísimos.

ii. Hallazgo casual.

La aplicación de esta teoría expuesta en el capítulo referido al debido proceso, nos enfrenta a una situación particular consistente en términos generales a la inexistencia de una intención de intervención o violación de las comunicaciones por parte de quien la obtiene, en este caso el cónyuge, pero que su obtención y agregación al proceso supone necesariamente una violación a la intimidad.

En materia penal, donde se plantea esta problemática a partir del descubrimiento de delitos “nuevos” en el procedimiento de escuchas telefónicas cuyo objetivo son sospechas determinadas y diferentes de ese antecedente, la doctrina y la jurisprudencia Española no tienen una posición mayoritaria, resultando opiniones contradictorias, determinando parte de la doctrina que no es admisible como prueba si se trata de un hecho o tercera persona totalmente independiente al investigado. La jurisprudencia en tanto ha aceptado la utilización para seguir una nueva línea investigativa o un proceso nuevo con la exigencia de poner en conocimiento la información al juez de forma inmediata, y si el delito descubierto hubiere tenido la capacidad de cumplir con los requisitos para motivar una autorización judicial admitiendo la validez probatoria de esta prueba²²⁰.

En materia de familia, el hallazgo supone un contexto de cotidianeidad y relaciones familiares, por lo que es probable que operen este tipo de descubrimientos si existen secretos y son expuestos u ocultados con descuido. La posibilidad de utilización de esta prueba con eficacia es baja, ya que el correo electrónico se entiende violado al momento de vulnerar la clave de seguridad del usuario o de acceder al contenido, lo que termina con la posibilidad de dar valor a un hallazgo con las características estudiadas.

²²⁰ Este análisis se encuentra en Urgell, Anna Marco. Universitat Autònoma de Barcelona Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.).

iii. La búsqueda de la verdad.

En este punto se busca encontrar un razonamiento más allá de la normativa, estableciendo como eje central la verdad material como objetivo fundamental de todo proceso iniciado, importando el contenido de la prueba, más que la forma de obtención, entregando la responsabilidad de la valoración de toda la prueba obtenida al juez, quien con cuya fundamentación saneará toda duda sobre la prueba utilizada.

Esta tesis si bien es teóricamente uno de los objetivos de la creación de leyes, no puede considerarse que será lograda evadiendo todos los límites establecidos por ley, con especial atención a los derechos de las personas.

Por esto y lo tratado en el capítulo tercero, se debe tener por desestimada esta hipótesis.

iv. La familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La familia, más allá del matrimonio, debe ser protegida por las leyes de manera integral, razón por la cual no hay motivo para la creación de obstáculos en la medida que se considere han sido vulnerados aspectos propios del matrimonio,

los cuales sin el respeto ni observancia por parte de los cónyuges, no hay razón para continuar con el vínculo roto irremediablemente, como forma de proteger a los integrantes de la familia de los desequilibrios que produce la vida en común después de ocurrido algún hecho determinante.

Lo anterior se contrapone con la historia de la ley, donde es defendida la excepcionalidad de la disolución, por lo que se presentan estándares probatorios altos en casos demostrablemente graves, donde si el hecho no configura alguno de los supuestos, debe ser seguido el conducto regular y plazos establecidos por el legislador para el inicio del procedimiento de forma pronta y sin obstáculos en materia de prueba.

v. La ley no puede ser “letra muerta”.

En el momento en que no existe forma de probar una causal, o aquellas posibilidades no representan una eficacia real ante el juez, como ocurre en el caso de la vulneración del deber de fidelidad y la conducta homosexual, donde la forma más plausible de acompañar prueba es a través de testigos, puede considerarse que la ley tampoco es eficaz, ya que da cuenta de un hecho cuya posibilidad probatoria excede las posibilidades de las partes.

Sobre este punto, suponemos que si una de estas situaciones tuviera la gravedad exigida por el legislador, sería admitida al menos la prueba testimonial, ya que el juez será capaz de determinar la veracidad del testimonio y la imparcialidad de los testigos, atendidas sus cualidades.

vi. El correo electrónico tendrá valor si se acompaña con otros medios de prueba.

Podríamos sostener que el correo electrónico por sí solo no tiene atribuciones suficientes para acreditar un hecho en juicio, funcionando para el juez como base para una presunción judicial, que acompañado a otros medios de prueba, como testigos, peritaje psicológico y la ayuda de otros medios como grabaciones personales y fotografías, podrían ayudar a formar el convencimiento del juez.

Sobre esto, debemos decir que las circunstancias de la obtención con vulneración de garantías excede el ámbito del conocimiento del juez, ya que no puede ser admitido, ni sometido a su conocimiento, por lo que no puede acompañarse en apoyo de otros medios, pues excede la legalidad.

vii. Entre cónyuges no hay violación de correspondencia.

Ha sido estudiada la circunstancia de la exclusión de responsabilidad del cónyuge en el caso de la violación de correspondencia, concluyendo en su oportunidad que si bien no existe un delito contemplado en el Código Penal, no significa que la prueba sea lícita y en consecuencia admisible, circunstancia que nos lleva a desestimar esta norma como permisiva del acompañamiento al procedimiento del contenido de los correos electrónicos personales del demandado.

viii. El correo electrónico emanado de contraparte para un tercero y viceversa, y el correo electrónico recibido por una parte en juicio.

Existe diferencia entre estos dos ámbitos, y del que nos hemos ocupado es del primero, ya que la intervención a las comunicaciones propiamente tal y de forma general se establece en este supuesto, donde son registrados contenidos calificados dentro de la intimidad de la persona, y se dan en sus relaciones sociales con terceros. El segundo aspecto, aunque más restringido en la violación de derechos fundamentales, producen dificultades al momento de la divulgación, ya que un contenido puede “pertenecer” a quien lo recibe, pero no significa que sea inherente el derecho a presentar su contenido de forma válida

en juicio, y será valorado bajo esta lógica por el juez, no estando garantizada su autenticidad y mucho menos su eficacia como prueba documental.

ix. La Libertad probatoria en juicio de familia.

El juicio de familia presenta la pugna entre la libertad probatoria propia del procedimiento, y la inadmisibilidad o exclusión de prueba. Lo anterior se ha manifestado en jurisprudencia contradictoria en la que jueces valoran toda la prueba presentada si no se ha solicitado la exclusión por la parte afectada en su oportunidad, y aquellos que no permiten de oficio su admisibilidad y no consideran su contenido para dictar sentencia.

Que exista libertad probatoria, significa que pueden acompañarse para el conocimiento del juez todos aquellos medios que no sean contrarios a la ley, lo que en consecuencia trae consigo la aplicación de normas sobre la prueba ilícita y los principios generales para determinarla, que deben necesariamente observarse por todos los sujetos del juicio.

IV. ¿Es posible acompañar un correo electrónico de forma eficaz en el juicio de divorcio por culpa?.

Por todo lo revisado anteriormente y a lo largo de los capítulos, es posible determinar que sin el cumplimiento de los requisitos propios de la intervención de comunicaciones, principalmente los derivados de la autorización judicial, entre otras, atendiendo sospechas plausibles, un hecho grave y de forma excepcional y necesaria, no es posible autorizar un peritaje para realizar un “volcamiento” a un equipo contenedor de correos electrónicos útiles en juicio para sostener una pretensión, por lo que en materia de divorcio por culpa es muy complejo atendido los estándares probatorios y los derechos garantizados por la constitución que son parte del procedimiento.

La forma común de acompañamiento de esta clase de documentos en juicio, no permite sean admitidas a valoración por parte del juez, y en caso de no haberse objetado su agregación, es posible aún excluirla durante la audiencia de preparación de juicio, de oficio o por la parte afectada. De todas formas, el derecho comparado ha permitido subsanar esta situación a través del Recurso de Apelación, del amparo, o tutela de garantías, dependiendo del procedimiento de cada país, por tratarse de garantías establecidas en la Constitución.

No es posible argumentar un hallazgo casual, la búsqueda de la verdad como fundamento del procedimiento, ni la circunstancia de ser cónyuge para ingresar

correos electrónicos obtenidos sin un conducto regular ni por las personas correspondientes, ya que de todas maneras se trata de prueba ilegal y vulneratoria de derechos fundamentales.

Las causales establecidas en la ley que son de difícil prueba, no tienen características de gravedad exigidas por la ley para vulnerar derechos garantizados por la Constitución, razón por la que los jueces han entendido que debe ser rechazada cualquier petición de este tipo, remitiendo al solicitante a las otras modalidades de divorcio.

Las reglas que han sido determinadas a lo largo de estos capítulos para que la prueba sea eficaz, en atención a lo determinado en otras ramas del derecho, en especial lo señalado en el punto i) de este apartado, forman parte de un supuesto que en caso de cumplirse podría efectivamente permitir la incorporación de la prueba obtenida, pero atendida la realidad actual, es claro que las posibilidades de admisibilidad son bajas, y las razones que han tratado de esgrimirse para su incorporación al procedimiento permanecen en el ámbito de las teorías, donde lo más certero es que la obtención de un correo electrónico de la forma en que uno de los cónyuges puede y tiene la capacidad de hacerlo, vulnera todo tipo de garantías, en especial las que establecen la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, donde más allá de la autenticidad que puedan lograr con el uso de la firma electrónica si se aplicara para temas de familia en lo que respecta a la equivalencia de soportes, lo real es que

pertenecen al ámbito más personal y privado de la persona, independiente de los afectados y de la importancia de la verdad. Por lo anterior, deben ser buscadas otras formas para poder acreditar las causales de divorcio donde se podrían adjuntar atendiendo la necesidad y excepcionalidad de la situación particular, ya que de otra forma, la prueba presentada carece de efectividad y valor real en juicio.

Por las razones anteriores, es posible concluir que no es posible aplicar reglas propias del derecho penal, área que presenta el mayor desarrollo en materia de inviolabilidad, y de principios establecidos en la Constitución, atendida la naturaleza del derecho de familia, la posibilidad de presentación de otros medios de prueba para defender la pretensión, la existencia de modalidades alternativas que requieren plazos accesibles y que no pueden ser considerados un perjuicio, y la falta de gravedad en aquellas causales que presentan debilidad probatoria y carencias en cuanto posibilidad de prueba documental pre-constituida. Lo anterior, permite dentro del contexto de una ponderación de derechos eventual por el juez, optar en la mayoría de los casos, sino en todos, por la protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por no encontrarnos con características de gravedad ni necesidad como aspectos más generales, frente a la posibilidad de presentar toda la prueba, tenga características más o menos legales y dejar la correcta valoración y fundamentación al propio juez, quien debería en este contexto y dentro de sus atribuciones realizar el ejercicio de correcta determinación.

CONSIDERACIONES FINALES

Luego de las conclusiones establecidas en el capítulo anterior, y que han sido recogidas a partir de la investigación plasmada a lo largo de los capítulos expuestos, es relevante considerar que los temas tratados han sido desarrollados en mayor o menor extensión de acuerdo a la relación y aporte al tema en específico, pero también en concordancia con los vacíos encontrados en el desarrollo de ciertos temas por parte de la doctrina y de los temas escogidos por los alumnos en las memorias de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en particular, a lo relativo a los aspectos técnicos y propios del derecho comparado en cuanto correo electrónico y el análisis de las causales de divorcio por culpa.

**ANEXO 1: JURISPRUDENCIA RELEVANTE PARA EL DESARROLLO DE
ESTA INVESTIGACIÓN**

I. DIVORCIO.

TEMA	Divorcio por falta o culpa imputable al otro cónyuge
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de San Vicente de Tagua Tagua
PARTES	-
FECHA	07/03/2012
ROL	C-506-2012
NORMAS	artículo 54 N° 2 de la Ley 19.947 (divorcio culposo: causal segunda) artículos 61 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil (compensación económica)
EXTRACTO	<p>Se acoge demanda de divorcio por la causal segunda del artículo 54 de la Ley 19.947, específicamente por infracción al deber de fidelidad, producto de lo cual han nacido otros hijos, lo cual es acreditado con la presentación de prueba documental consistente en certificado de matrimonio y nacimiento correspondientes.</p> <p>Se rechaza compensación económica por no acreditarse la circunstancia de haber dejado de trabajar para dedicarse al hogar, o que pudiendo hacerlo no logra desarrollar todo su potencial a raíz de las obligaciones propias del matrimonio.</p>
PUBLICACIÓN	-
FUENTE	Corporación de asistencia judicial, Región Metropolitana
ENLACE	http://www.cajmetro.cl/wp-content/uploads/2012/10/Familia/Divorcio/REPOSITORIO_N22_Di

	vorcio.pdf (consulta: 27.04.2013)
--	---

TEMA	Divorcio por culpa de ambos cónyuges
PAIS	Argentina
TRIBUNAL	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil /
PARTES	M. M. L. c/ L. J. H
FECHA	12/04/2012
ROL	C0409447
NORMAS	Código Civil, artículo 202
EXTRACTO	Se confirma el divorcio vincular decretado en sumario por culpa de ambos cónyuges, con fundamento en injurias recíprocas que comprenden vulneración de los deberes matrimoniales y falta grave de fidelidad , característica que no permite indemnización por daño moral para la parte recurrente. Se condena en costas a la parte vencida.
FUENTE	Microjuris Argentina
ENLACE	http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/05/23/m-m-l-c-l-j-h/ (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Divorcio por falta o culpa imputable al otro cónyuge
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Juzgado de Familia de Linares
PARTES	-
FECHA	29/04/2011
ROL	C-138-2011
NORMAS	Artículo 54 n° 1 y 5 de la Ley N° 19.947

EXTRACTO	Se rechaza la demanda por no acreditarse de forma suficiente para formar la convicción del tribunal la existencia de atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de algunos de los hijos ni el alcoholismo y drogadicción, cuya prueba consiste en Acta de audiencia del juzgado de Garantía que aprueba la suspensión condicional del procedimiento y la orden de abandono inmediato del domicilio y la prohibición de alejamiento a la demandante, circunstancia que no constituye un reconocimiento de responsabilidad por parte del demandado, junto a la prueba de testigos contradictoria e imprecisa que es desestimada por el tribunal. La segunda causal impetrada no ha sido sustentada con prueba alguna, más que la declaración de un testigo.
FUENTE	Corporación de Asistencia Judicial, Región Metropolitana
ENLACE	http://justiciateayuda.cl/wp-content/uploads/2012/08/FallosFamilia/REPOSITORIO_N10DivorcioCulpa.pdf (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Divorcio por culpa, causal segunda del artículo 54 de Ley 19.947
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Arica
PARTES	Alarcón San Martín, Daniel con Ahumada Espíndola, María
FECHA	31/08/2006
ROL	Primera instancia: 300-2006
NORMAS	Artículo 54 n° 2 de la ley 19.947
EXTRACTO	Se confirma la sentencia de primera instancia que declaró el divorcio fundada en transgresión de deber fidelidad del numeral segundo del artículo 54, donde procede de forma general, cuando el marido o mujer que “realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido este último concepto en términos amplios,

	abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es que se destruye la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor”, lo cual se acredita por constancias de Carabineros que dan cuenta de amenazas y abandono del hogar por parte del demandante y prueba testimonial ofrecida y legalmente examinada.
FUENTE	Microjuris Chile
ENLACE	http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31789&links=[AHUM,%20ESPIND,%20MAR,%20ALARCON,%20SAN,%20DANIEL] (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Divorcio vincular
PAIS	Argentina
TRIBUNAL	Tribunal de Familia de la Provincia de Jujuy
PARTES	P. M. A. conC. M. R
FECHA	12/04/2012
ROL	Expediente. Nº B 203107/08
NORMAS	Artículo 214° inc. 2º del Código Civil
EXTRACTO	<p>Se rechaza la demanda de divorcio, en la cual se expone que los cónyuges dejaron de convivir después de una serie de desavenencias que demostraron la imposibilidad de subsistencia del matrimonio.</p> <p>En lo pertinente se reproducen los siguientes puntos:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. Que como prueba irrefutable de su deslealtad e infidelidad, el sr. P. tuvo una hija fruto de la unión con otra mujer, circunstancia probada por certificados de nacimiento. ii. Al producirse la prueba ofrecida, de los expedientes

	<p>agregados por cuerda a la presenta causa, surge del primero de ellos (Expte. N° B- 46.033/99: Divorcio y Tenencia) que el sr. P. desistió de la demanda deducida y la pareja se reconcilió, asimismo en el año 2003 se inicia divorcio por presentación conjunta, trámite este que tampoco fue concluido, de lo que se colige que hasta esa fecha los esposos mantenían el vínculo matrimonial y que si bien no residían en el mismo lugar por cuestiones laborales, hecho este que no habilita a los cónyuges a no respetar el deber de fidelidad que pesa sobre ambos. Que si bien es cierto, que las partes se encuentran separadas de hecho desde hace más de siete años, ello de ningún modo puede significar consentir una conducta que ha dado lugar a la separación, aduciendo que no se inició el divorcio con anterioridad por parte de la Sra. C. , ya que el paso del tiempo no borra los hechos acaecidos</p>
FUENTE	Sistema Nacional de Información Jurídica
ENLACE	-

TEMA	Divorcio con culpa
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Arica
PARTES	Bruna con Morales
FECHA	03/05/2012
ROL	47/2012
NORMAS	54 n° 1 ley 19.947
EXTRACTO	Se confirma la sentencia de primera instancia, rechazando el recurso de apelación interpuesto, por no existir antecedentes que permiten dar por acreditadas las transgresiones graves y reiteradas de deberes propios del matrimonio, al no concurrir la gravedad en los malos tratos psicológicos que argumenta el recurrente, ya que las pruebas presentadas solo acreditan la existencia de servicios de un orientador familiar, los cuales

	<p>fueron en terapia familiar y resolución de conflictos conyugales, pero no como respuesta a malos tratos psicológicos efectuados por la cónyuge, sino como requisito para un procedimiento de adopción. Por lo anterior, no resulta lógico que no se haya manifestado la gravedad en los exámenes psicológicos, aunque hayan tenido como objeto un procedimiento paralelo.</p>
FUENTE	Microjuris Chile
ENLACE	http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31906&links=[DIVORC,%20CULP] (consulta: 27.04.2013)

II. DEBIDO PROCESO E INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.

TEMA	Publicidad de los actos de la Administración del Estado y derechos fundamentales.
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Tribunal Constitucional
PARTES	En primera instancia: "Subsecretaria del Interior con Consejo para la Transparencia". Rol 6704-2011. Reclamo de ilegalidad
FECHA	11/09/2012
ROL	2153-11
NORMAS	Artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 19, N° 2º, 3º, 4º, 5º y 26º, de la Carta Fundamental, al arrogarse el Consejo para la Transparencia competencias que no están expresamente contempladas en la Ley de Acceso a la Información Pública. Asimismo se infringe el artículo 8º de la Carta Fundamental en lo referido al límite en la publicidad de los actos de la Administración del Estado; como también los derechos a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.
EXTRACTO	<p>Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida por Rodrigo Ubilla en su calidad de Subsecretario del Interior en el año 2011, solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5º de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dispone que es pública "toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.</p> <p>Se acoge el requerimiento, considerando aspectos como los derechos constitucionales de los funcionarios, la naturaleza del mandato de publicidad, la constitución interpretada a través del proceso tecnológico y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.</p>
FUENTE	Tribunal Constitucional
ENLACE	http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537 (consulta:

	27.04.2013)
--	-------------

TEMA	Oportunidad para debatir y excluir prueba considerada ilícita.
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Arica
PARTES	Palominos Altamirano, Javier Alejandro con Horstmeier Paredes, Carolina
FECHA	17/02/2011
ROL	Primera instancia: RIT C 2267-2010 (18 de Enero de 2012)
NORMAS	Artículo 28 y 29 de la Ley que 19.968
EXTRACTO	<p>La parte demandante en uso de la libertad probatoria que caracteriza el juicio de familia, presenta correos electrónicos de la cónyuge, quien los impugna en Apelación, argumentando que infringe la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. La Corte determina que la oportunidad de impugnación es durante la audiencia preparatoria, por lo que no puede desestimarse el análisis de la prueba aportada por parte de la jueza, fundamentadas en las conclusiones de la sentencia.</p> <p>El voto en contra, plantea la obtención ilícita de los correos electrónicos acompañados, la inutilización de la evidencia como efecto procesal a través de la inadmisibilidad o de la valoración negativa, y la insuficiencia de prueba presentada al desestimar estos documentos.</p>
FUENTE	Microjuris Chile
ENLACE	http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26206&links=[HORSTM,%20PARED,%20CAROLIN,%20PALOMIN,%20ALTAMIR,%20JAV,%20ALEJ] (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Amparo sobre interceptación de correos electrónicos, derivados de un juicio de divorcio.
------	--

PAIS	México
TRIBUNAL	Suprema Corte de Justicia de la Nación
PARTES	-
FECHA	15/06/2011
ROL	1621/2010
NORMAS	Artículo 16 de la Constitución. Artículo 266 y siguientes del Código Civil.
EXTRACTO	<p>La Suprema Corte revoca en su totalidad la sentencia de un Tribunal Colegiado de Circuito del Estado de México, derivada de un juicio de divorcio cuya prueba para acreditar infidelidad se basó principalmente en la presentación de más de 300 correos electrónicos entre el demandado y una tercera persona.</p> <p>La decisión se basó en el carácter absoluto de derechos fundamentales, la inviolabilidad de las comunicaciones con independencia de su contenido, el momento en que se considera violada una comunicación puede ser al vulnerar la clave de seguridad o al acceder a su contenido, la subsistencia de la obligación de privacidad entre cónyuges.</p> <p>Estas circunstancias no permiten la valoración de dichas pruebas en atención a las normas existentes en México.</p>
FUENTE	Suprema Corte de Justicia de la Nación
ENLACE	http://www.scjn.gob.mx/Documents/15-Junio-2011.pdf (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Prueba de unión marital de hecho para acreditar la existencia de una sociedad patrimonial entre ellos.
PAIS	Colombia
TRIBUNAL	Corte Suprema Justicia
PARTES	Martha Pilonieta con Gabriel Pulido.

FECHA	16/12/2010
ROL	Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01
NORMAS	-
EXTRACTO	<p>En lo pertinente, la demandante busca acreditar la existencia de una sociedad patrimonial derivada de una unión marital de hecho, donde son públicas y notorias las características de “cónyuges” entre ellos.</p> <p>El juez desestima la prueba de correo electrónico presentado por la parte demandada, pese a ser recibido en su correo electrónico, cuyo remitente es un tercero, señalando que “no hay duda, entonces, que los jueces de instancia desestimaron el aludido mensaje electrónico porque, además de considerar que carecía de autenticidad, coligieron que, de llegar a tenerla, no era veraz”, junto a esto, el documento no presenta firma electrónica, y no es reconocido por el tercero a quien se presenta como autor.</p> <p>Con respecto al derecho a la intimidad señala que “el derecho a la intimidad, pese a ser de aplicación inmediata, no es absoluto, justificándose su limitación, según la jurisprudencia constitucional, cuando “i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, (principio de exclusión del capricho); ii) sea relevante para la obtención de dicho fin; iii) sea necesario, es decir no exista otro medio para alcanzar el objetivo””</p>
FUENTE	Corte Suprema de Justicia
ENLACE	http://arkhaios.com/wp-content/uploads/2011/07/DOCUMENTO-ELECTRNICO-autenticidad-y-veracidad.pdf (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Acción de tutela contra providencia judiciales: violación del debido proceso y la interceptación de comunicaciones, el derecho a la intimidad entre cónyuges o compañeros permanentes
PAIS	Colombia
TRIBUNAL	Corte Constitucional de Colombia

PARTES	-
FECHA	-
ROL	T-916/08
NORMAS	-
EXTRACTO	<p>En lo pertinente, esta sentencia plantea los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene ii. una cosa es el consentimiento que pueda existir, como permisión para acceder a comunicaciones privadas, como es el caso de los mensajes de datos, y otra completamente diferente, es la aptitud probatoria cuando son allegados a un proceso judicial, sin el seguimiento de los parámetros que el ordenamiento constitucional y legal establecen, y claro está, siempre y cuando la actividad que realiza el Estado para acceder a ellos, no constituya una vulneración iusfundamental. iii. documentos de su correo electrónico, allegados por el apoderado de la parte demandante en la diligencia de interrogatorio de parte, son pruebas ilícitas porque fueron obtenidas vulnerando el derecho fundamental a la intimidad “y no pueden ser aducidas al proceso de divorcio y con esos documentos no se le pueden formular preguntas a mi mandante. iv. el derecho a la intimidad reserva, por ejemplo para los cónyuges o compañeros permanentes, un espacio vital de autonomía que garantiza a su vez su derecho a la libertad, el cual no puede soportar injerencias arbitrarias al ser invadido por el otro cónyuge o compañero permanente, sin su consentimiento. Lo anterior, bajo el reconocimiento implícito de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de los deberes que corresponden en razón del compromiso de convivencia bajo el mismo techo, y la ayuda y socorro mutuos. v. Maneras de vulneración del derecho a la intimidad que fueron explicadas por la Corte de la siguiente manera: (i)

	<p>La intromisión en la intimidad de la persona, sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. (ii) En la divulgación de hechos privados incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente. (iii) Por oposición a la anterior, la presentación falsa de aparentes hechos íntimos no corresponde con la realidad y, en esa medida, puede atribuir a la persona afectada cualidades que no tiene o, en el peor de los casos, puede ser difamatoria, con lo cual, se repite, la vulneración del derecho a la intimidad podría traer consigo la violación de otros derechos también fundamentales, como la honra y el buen nombre.</p>
FUENTE	Corte Constitucional de Colombia
ENLACE	http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-916-08.htm (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Divorcio Vincular
PAIS	Argentina
TRIBUNAL	Cámara de Familia de segunda nominación
PARTES	O.D.S. con M.E.R
FECHA	25/08/2012
ROL	EXPTE. N°214744
NORMAS	Artículos. 202 inc. 4º y 214 inc. 1º del Código Civil
EXTRACTO	Se rechaza demanda de divorcio vincular con causal en injurias graves, donde en lo pertinente, la demandada impugna la prueba documental ofrecida por el actor, la cual consta de historiales de conversación del messenger con fecha que va desde el día 22 de abril hasta agosto del año 2009, siendo relevantes los siguientes puntos que son reproducidos:

	<p>i. En la especie, el actor no ha acercado ningún elemento probatorio que permita meritar las copias simples cuestionadas. Es que no sólo no ha ofrecido prueba pericial que avale la autenticidad de la documental que agrega ni su contenido -en atención a las características propias de este tipo de medio probatorio supra descriptas- sino que tampoco ha intentado demostrar que las cuentas de correo electrónico pertenecen a su cónyuge y a L, ni siquiera a través de los testimonios rendidos en la causa. Lo expuesto resulta determinante para la hora de hacer lugar a la impugnación de la prueba bajo examen. Es que ante el desconocimiento de la misma efectuado por la demandada sumado a la ausencia de firma y acreditación de que al menos la casilla de correo le corresponde a ésta última, no puede arribarse a otra conclusión por cuanto no existe ningún material respaldatorio que sustente la pretensión del accionante dadas las particularidades que presenta el messenger y la factibilidad de adulteración del mismo</p> <p>ii. tampoco ha brindado las razones que justifiquen que la documental ofrecida haya sido obtenida en forma lícita</p> <p>iii. aun cuando hipotéticamente se entendiera que las conversaciones del Messenger pudieran provenir de la cuenta de correo electrónico de la demandada, no resulta suficiente sostener que no es cierto que revisó el historial de conversaciones de la casilla de correo en cuestión sino que encontró abierto el historial de conversación en su computadora (Absolución de posiciones del actor N° 16). Ello es así desde que en el libelo introductorio expresamente manifestó que con el fin de vigilar el uso que su hijo adolescente hacía de internet y habiendo encontrado un contacto que descubrió pertenecía a su cónyuge “...decidió vigilar más de cerca ésta relación...” (fs. 4). No puede soslayarse que de los dichos del accionante resulta que no sólo encontró abierto el historial, sino que éste lo siguió de día y de noche, como cuando expresa que “...encontré que esa madrugada alrededor de las tres de la mañana había dejado un mensaje en la casilla de M...” (fs. 4 vta.) y lo imprimió en</p>
--	---

	<p>soporte papel, lo que importa un cercenamiento al carácter privado e inviolable de la correspondencia</p> <p>iv. Estas probanzas presentan múltiples interrogantes no sólo en orden a la posibilidad de determinar su autoría y ante su factible adulteración, sino también en cuanto a la forma en la cual se accede a ella. Repárese que su obtención debe ser lícita ya que en caso contrario no sería válida su admisión en el proceso por menoscabar garantías constitucionales y el derecho a la intimidad y privacidad de las personas</p>
FUENTE	Sistema Argentino de Información Jurídica
ENLACE	-

TEMA	Divorcio contradictorio
PAIS	Argentina
TRIBUNAL	Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino
PARTES	-
FECHA	13/03/2012
ROL	Primera instancia: N° 989 caratulados "L. c/ V. s/ Divorcio contradictorio", Expte. N° 36.779 del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3 departamental.
NORMAS	-
EXTRACTO	<p>Se confirma la sentencia de primera instancia que decreta el divorcio por culpa de ambos cónyuges por las causales de adulterio e injurias graves respectivamente.</p> <p>La Corte rechaza la prueba documental informática presentada por las circunstancias reproducidas:</p> <p>i. El demandante tilda de injustificada la inadmisibilidad de la prueba documental informática ofrecida y cita criterio</p>

	<p>doctrinario y jurisprudencial que considera de aplicación aludiendo a que una de las causas que autorizan el avance o entrometimiento sobre el derecho a la intimidad, es el legítimo ejercicio de un derecho, alegando que corresponde privilegiar su situación de víctima de adulterio y que al vedarse la prueba, quedó en la imposibilidad de probar la conducta injuriosa de su marido que podía con la misma acreditarse palmariamente.</p> <p>ii. La prueba ofrecida -pericial informática, etc.- que fue correctamente declarada inadmisibles, era claramente improponible desde que el modo y forma en que sostiene pudo comprobar el intercambio de mensajes electrónicos del cual extrajo el material invocado, constituyó una evidente violación al derecho a la intimidad, a la esfera de reserva y secreto de las comunicaciones, es decir una intrusión o entrometimiento en la privacidad, desde que se trata de una interceptación de comunicaciones. Esa conducta consistente en la apertura de correos electrónicos ajenos o apoderamiento de datos informáticos, por sí misma hubiera podido constituir una injuria, y entonces, mal podía prevalerse de un comportamiento prohibido, antijurídico y conculcatorio del derecho a la intimidad</p>
FUENTE	Sistema Argentino de Información jurídica
ENLACE	-

TEMA	Divorcio por abandono del hogar común
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Santiago
PARTES	Tur con Cabrera
FECHA	17/06/2011
ROL	1462-10

NORMAS	Artículo 54 inciso 2
EXTRACTO	Se rechaza el recurso de Apelación contra la sentencia que rechaza el divorcio, cuya causal argumentada fue el abandono continuo o reiterado del hogar común donde se acreditó el hecho que el cónyuge dejó el hogar común de un modo definitivo, continuo o permanente sin que se haya comprobado una trasgresión del deber de cohabitación y el de asistencia o de socorro. Junto a lo anterior, para que se configure el abandono del hogar común, no basta la vulneración al “deber de cohabitar”, sino que es necesaria una situación de desamparo, desatención y de falta de protección, lo cual no es suficientemente acreditado en autos.
FUENTE	Microjuris Chile
ENLACE	http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ31798&links=[DIVORC,%20CULP] (consulta: 27.04.2013)

TEMA	Interceptación telefónica
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Valdivia (Recurso de Protección)
PARTES	Olivera, Patricio con Juez Juzgado de Garantía
FECHA	08/11/2012
ROL	671-2012
NORMAS	Artículo 19 n° 4 y 5
EXTRACTO	Se rechaza el Recurso de Protección interpuesto, ya que no se entiende vulnerado el derecho a la vida privada del recurrente de forma grave y se cumplen las normas para su habilitación por parte del juez. El recurrente ataca la resolución que permite la interceptación telefónica en su contra, la falta de legalidad con base en el artículo 222 y el 19 n° 3 y arbitrariedad de la decisión.
FUENTE	Microjuris Chile

ENLACE	http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34040&links (consulta: 27.04.2013)
--------	--

TEMA	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Tribunal Constitucional
PARTES	Ministerio Secretaria General de la Presidencia y otro c. Consejo para la Transparencia
FECHA	31.01.2013
ROL	2246-2012
NORMAS	19° n° 5 y 8° CPR
EXTRACTO	<p>1 - Consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. No obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos o de los Ministros de Estado, pues éstos no están exentos de esta protección. En primer lugar, porque lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que</p>

	<p>por ahí circula; y contrario al sentido común. Más todavía si en este caso se piden respecto de una información altamente valiosa, y de acceso restringido, como la relativa a un anteproyecto de ley. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo. (Considerandos 59 y 60).</p> <p>2 - No compartimos lo afirmado por el Consejo para la Transparencia, al sostener que la Ley N° 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas. No compartimos lo anterior, por las siguientes razones. En primer lugar, nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas. En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta monopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento. En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5° de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°. (Considerando 64).</p>
FUENTE	Legal Publishing

	La Semana Jurídica 35 , 5, N° 35 Cita online: CL/JUR/314/2013
ENLACE	http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&lr=i0ad81815000013e5680954c442aa48f&docguid=iE46762B751903115F9D2E30579197BAA&hitguid=iE46762B751903115F9D2E30579197BAA&epos=1&td=13&ao=o.i0ADFAB87B0C8D25381B0D0F03ED6FB4C&searchFrom=&savedSearch=false&crumb-action=append (consulta: 28.04.2013)

TEMA	Solicitud de remisión de correos electrónicos remitidos entre autoridades. Comunicación que puede contener datos privados del usuario. Inviolabilidad de la correspondencia. Protección de la vida privada.
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Santiago
PARTES	Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia
FECHA	17.12.2012
ROL	6704-2011
NORMAS	19 n° 4 y n° 5
EXTRACTO	Las comunicaciones solicitadas pueden contener datos de los funcionarios de carácter privado, al no haber sido determinado su contenido y pertinencia del contenido. Lo anterior es amparado por el 19 n° 4 y 5 de la Constitución.
FUENTE	Cita online: CL/JUR/2887/2012
ENLACE	http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=search&docguid=i0ADFAB87BB3262B381BB3328BF93FFD5&spos=&epos=2&td=&page=0&snippets=true&sruid=i0ad81815000013e5af15c4aa6e37799&openLocator=&crumb-action=append (consulta:27.04.2013)

TEMA	Publicación en sitio web. Acceso ilegítimo. Imposibilidad de utilizarla como fundamento para sanción disciplinaria
PAIS	Chile
TRIBUNAL	Corte Suprema
PARTES	Omar Alejandro Figueroa Silva con Carabineros de Chile
FECHA	30.08.2012
ROL	5322-2012
NORMAS	19 n° 5 Constitución Política de la República
EXTRACTO	La garantía constitucional del 19 n° 5 puede ser afectada, previa habilitación legal, por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento pertinente. Ante la inexistencia de tales habilitaciones, en orden a acceder a las publicaciones realizadas por el actor, ésta resulta ilegítima y en consecuencia la autoridad de Carabineros no podía acceder a ella ni menos utilizarla como fundamento de una sanción disciplinaria, más aún cuando no se señala en el informe, emitido en su oportunidad, de quien se obtuvo dicha información, constituyéndose en consecuencia en prueba ilícita y por ende no susceptible de ser utilizada.
FUENTE	LegalPublishing CL/JUR/1942/2012
ENLACE	http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad818150000013e5af15c4aa6e37799&epos=6&spos=6&page=0&td=361&savedSearch=&searchFrom=&context=91&crumb-label=Documento&crumb-action=append (consulta: 27.04.2013)

ANEXO 2: LEGISLACIÓN

Legislación aplicable al tema:

Norma	Título
Ley 19.947 – 2004	Establece nueva ley de matrimonio civil
Ley 19.968 – 2004	Crea los Tribunales de Familia
Ley 19.799 – 2002	Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma
Ley 19628 – 1999	Ley sobre protección de datos de carácter personal
Ley 19.423 – 1995	Agrega disposiciones al código penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia. Se prohíbe la reproducción, grabación o almacenamiento de comunicaciones o conversaciones de carácter privado, salvo casos señalados por la ley (narcotráfico).
Constitución Política de la República	<p>Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>4. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;</p> <p>5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.</p>
Código Penal	Art. 146. El que abriere o registrare la correspondencia o los

	papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo. Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena.
--	---

Los proyectos de ley que hemos detectado y que impactan a nuestra investigación son las siguientes:

Ingreso	N° Boletín	Nombre	Estado
12/09/2012	8587/09	Modifica ley N°19.628, sobre protección de datos de carácter personal	En tramitación.
14/03/2012	8199/13	Establece el derecho a tutela judicial de la persona afectada por actos de discriminación o vulneración de su intimidad o privacidad en un proceso previo a la contratación laboral	En tramitación
13/06/2003	2512-07	Regula las comunicaciones electrónicas	Archivado

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VALENZUELA, DANIEL. 2004. “Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”. [en línea]. Revista Chilena De Derecho Informático. N° 5. <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10736/11004> .(consulta: 27.04.2013).
- AMBOS, KAI.2009. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán, fundamentación teórica y sistematización”. [en línea]. Política criminal. vol.4. n° 7. Santiago, Chile. Páginas 1-56 http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000100001&script=sci_arttext . (consulta: 27.04.2013).
- ARIZTÍA SANTELICES, FERNANDO. “Valoración del artículo 26 de la ley 20.084. procedencia de una sanción de internación en régimen cerrado sin existir modificatorias”. En Unidad especializada de delitos sexuales y violentos. Página 211 a 221. 216 páginas
- ARMENTA DEU, TERESA. 2009. “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”. Revista de Estudios de la Justicia. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile. Santiago de Chile. N° 11, páginas 81-110.
- ARMENTA DEU, TERESA. “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. [en línea]. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 13 - N° 2 345. páginas 345 – 377. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art14.pdf> . (consulta: 27.04.2013).
- ARRIETA CORTÉS, RAÚL. 2005. “Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”.[en línea]. Revista Chilena De Derecho Informático. N° 6. <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10726/11014>. (consulta: 27.04.2013).

- ARRIETA, RAÚL; CANELO, CAROLA, MOYA, RODRIGO; ROMO RODRIGO. 2004. "El documento electrónico, aspectos procesales". [en línea]. Revista Chilena De Derecho Informático. N° 4. <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10674/10952> .(consulta: 27.04.2013).
- BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER; NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZÚ. 2006. "Nuevo Derecho Matrimonial Chileno". Santiago de Chile. Editorial LexisNexis. 472 páginas.
- BERROCAL LANZAROT, ANA. 2006. "La firma electrónica y su regulación en la ley 59/2003 de 19 de Diciembre de firma electrónica". [en línea]. Foro, Nueva época, núm. 3/2006: 397-465. Página 397 a 465. <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:ypPVQi3BXc0J:revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0606120397A/13681+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESjskQOtansoQaKSOjZmg0OYfR8BIDMW3xuy2q57ppKhDsNAGb85uMtRIDBPIEmMK-nthqOLeTIXPjVndz1DFRITco7cO6oP0qTXn0Kvu5sdp2sBxxFTIVoqxXxJbjg7tBIXQjyM&sig=AHIEtbSimJo PKTVFGjtFAZrpjZ -huM-Q> . (consulta: 27.04.2013).
- BURGOA, ELENA. "La prueba ilícita en el proceso penal portugués". [en línea]. Biblioteca jurídica virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/19.pdf>. (consulta: 27.04.2013).
- CANELO FIGUEROA, CAROLA. 2003. "La eficacia probatoria y la ley de firma electrónica". Revista Chilena de Derecho Informático N° 2. 11 páginas.
- CALAMANDREI, PIERO. 1973. "Estudios sobre el Proceso Civil". Volumen III. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX. 1999. "El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código Procesal Penal". [en línea]. Revista Ius Et Praxis. Año/volumen 5. Número 001. Talca, Chile. Universidad de Talca. 1999. Páginas 391 a 444. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19750116.pdf>. (consulta: 27.04.2013)

- CASARINO VITERBO, MARIO. 2007. "Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)". Tomo IV. Sexta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- CASTRO JOFRÉ, JAVIER. 2005. "Los Principios Fundamentales Del Sistema Acusatorio". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, Semestre I.
- COURT MURASSO, EDUARDO. 2009. "Curso de derecho de familia: matrimonio, regímenes matrimoniales, uniones de hecho". Santiago de Chile. Editorial LegalPublishing. 237 páginas.
- COUTURE, EDUARDO. 1979. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. tomo II. 478 páginas.
- COX, LORETO. 2011. "Divorcio en Chile. Un análisis preliminar tras la nueva Ley de Matrimonio Civil". Centro de Estudios Públicos. Santiago, Chile. Páginas 95 a 187.
- CRUZ MUNDET. JOSÉ RAMÓN. "La gestión de los documentos electrónicos como función archivística". [en línea]. http://aabadom.files.wordpress.com/2009/10/75_0.pdf. (consulta: 27.04.2013).
- DÍAZ URIBE, HUGO. 1965. "De la prueba documental en los procesos civil y penal chileno". Santiago de Chile. Editorial Librotec.. 228 páginas. citando a Rafael de Pina. 1936. "Manual de Derecho Procesal Civil". Editorial Reus. 200 páginas.
- ELÍAS BATURONES, JULIO JOSÉ. 2008. "La Prueba de Documentos Electrónicos en los Tribunales de Justicia". Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 174 páginas.

- FERNÁNDEZ ESTEBAN, MARÍA LUISA. 1998. "Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales". Madrid, España. Editorial McGraw-Hill. Páginas: 179.

- FERRADA CULACIATI, FRANCISCO. 2011. "La prueba ilícita en el sistema procesal civil". Santiago de Chile. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. 214 páginas.

- FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO. 2011. "La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia". [en línea]. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 18 - N° 1. 119-145 páginas.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100005. (consulta: 27.04.2013).

- GAETE GONZÁLEZ, EUGENIO. 2002. "Instrumento público electrónico". 2a. ed. revisada y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Bosch.

- GINER ALEGRÍA, CESAR AUGUSTO. 2008. "Prueba Prohibida y prueba ilícita". [en línea]. Anales de Derecho Universidad de Murcia. Número 26. Páginas 479-590.
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/113751/107781>. (consulta: 27.04.2013).

- GONZÁLEZ HOCH, FRANCISCO. 2003. "La prueba de las obligaciones y la firma electrónica". [en línea]. Revista Chilena De Derecho Informático. N° 2.
<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10647/11375>. (consulta: 27.04.2013).

- GÓNZÁLEZ LÓPEZ, JUAN JOSÉ. 2007. "Los Datos de Tráfico de las Comunicaciones Electrónicas en el Proceso Penal". Madrid, España. Editorial La Ley. 579 páginas.

- GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, MANUEL. "Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil". [en línea]. Universidad de Huelva. España. 14 páginas.

<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A05.pdf> . (consulta: 27.04.2013).

- GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL. 2006. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. [en línea]. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1.pp. 93 – 107. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100006&script=sci_arttext.(consulta: 27.04.2013).
- HERNÁNDEZ HELLRIEGEL, JUAN PABLO. “Inviolabilidad del correo electrónico de los empleados del sector público y del privado”. [en línea]. II Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. 21 páginas. <http://www.congresodeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2012/05/Inviolabilidad-del-correo-electr%C3%B3nico.-Juan-Pablo-Hern%C3%A1ndez.pdf> .(consulta: 27.04.2013).
- HERNÁNDEZ VILLALOBOS, MANFRED. 2006. “La naturaleza especial del Correo electrónico”. [en línea]. Revista de Derecho y Tecnologías de la Información. N° 42006. UNED, Costa Rica. 15 páginas. <http://www.uned.ac.cr/redti/cuarta/art7.pdf> .(consulta: 27.04.2013).
- IGLESIAS, GONZALO. 2011. “Inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones electrónicas en el derecho argentino”. [en línea].Artículo publicado en la Edición N° 1 de la Revista Digital: EIDerechoInformatico.com.http://www.elderechoinformatico.com/index.php?view=article&catid=85%3Aarticulos&id=1041%3Ainviolabilidad-de-la-correspondencia-y-comunicaciones-electronicas-en-el-derecho-argentino-por-dr-gonzalo-iglesias&format=pdf&option=com_content&Itemid=107 . (consulta: 27.04.2013).
- ISLAS COLIN, ALFREDO. “Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales”. [en línea].Sistema de Universidad Abierta y Educación a Distancia, Facultad de Derecho, UNAM. Revista Amicus Curiae. Año I, Número 10. 10 páginas. <http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/vol10/Intervenciones%20en%20las%20Comunicaciones.pdf> .(consulta: 27.04.2013).

- JEQUIER LEHUEDE, EDUARDO. 2007. “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico chileno y español”. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N0 3. Páginas 457 - 494.
- JIJENA LEIVA, RENATO. “Confidencialidad y/o privacidad de los correos electrónicos en materia laboral”. [en línea]. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 17 páginas.<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2940/26.pdf> . (consulta: 27.04.2013).
- JIJENA LEIVA, RENATO. 1998. “Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico. El caso de la declaración de importación electrónica o mensaje cusdec”. [en línea].Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso, Chile. Página 457 a 475.https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:n_F_CW9BoOYJ:www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/428/401+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESjuHhXEew1_dB8ANsgsr3DkV43WYTyFXekykXVIpFgYWTGlvBrtTr_Gd1YLUyfjtqCSvDQQTVYf1jxh-SLxPafGJ6apOVJocdtv2bh9-NzOd9o7nbzgubH5VH-oAY-CbOiNp7-&sig=AHIEtbQZPYJgpgApOXez6p03bGaEriLUxQ. (consulta: 27.04.2013).
- LASO CORDERO, JAIME. 2009. “Lógica y sana crítica”. [en línea].Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N°1, pp. 143 – 164.<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n1/art07.pdf>.(consulta: 27.04.2013).
- LEPÍN MOLINA, CHRISTIÁN. 2007. “Breve estudio de la sana crítica”. [en línea]. Gaceta Jurídica. N° 319. Santiago, Chile. Editorial LexisNexis. 13 páginas. Página 9.http://www.captura.uchile.cl/jspui/bitstream/2250/15690/6/breve_estudio_sobre_la_sana_cr%C3%ADtica.pdf .(consulta: 27.04.2013).
- LUENGO MONTT, TRINIDAD DEL PILAR. 2008. “Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”. Memoria de la Universidad de Chile Santiago, Chile. Universidadde Chile. 152 páginas.

- MARCAZZOLO AWAL, XIMENA. “Comentario al fallo dictado por la Corte Suprema en el cual se analiza la teoría de la ilicitud de la prueba y la actuación de agentes encubiertos en el marco de la ley 20.000”. En Unidad especializada de delitos sexuales y violentos. Páginas 211 a 221.

- Marco URGELL, ANNA. “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)”. [en línea].Universitat Autònoma de Barcelona. 196 páginas. <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/91115/treballrecerca.pdf?sequence=1> .(consulta: 27.04.2013).

- MENESES PACHECO, CLAUDIO. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. [en línea].Revista Ius Et Praxis. Año 14 - N° 2. Página 43 a 86. <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf> . (consulta: 27.04.2013).

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ,JAVIER. “La doctrina de la exclusionary rule en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”. [en línea].Revista del instituto de la judicatura federal.Página 214. <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/11%20Javier%20Mijangos%20y%20Gonz%C3%A1lez%20Paq%20213-223.pdf> . (consulta: 27.04.2013).

- MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. 2010. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. [en línea].Revista Catalana de Seguretat pública. Página 131. <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389> .(consulta: 27.04.2013).

- MONSALVE CORREA, SEBASTIÁN. 2010. “La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991”. [en línea]. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40. N° 113. Medellín, Colombia. Página 351 a 379. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1514/151417819005.pdf> . (consulta: 27.04.2013).

- PICÓ RUBIO, JORGE, DEL. 2010. “Derecho matrimonial chileno”. Santiago. Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing. 459 páginas.
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. “El documento electrónico y la prueba literal”. [en línea]. Talca, Chile. Editorial Ius et Praxis v.8 n.2. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012 . (consulta: 27.04.2013).
- PIZARRO CALQUIN, MANUEL OMAR. 2006. “El divorcio por culpa en la legislación chilena”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2006. 74 páginas.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. 2006. “El nuevo derecho chileno del matrimonio”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 418 páginas.
- RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. “Derecho de Familia”. volumen II. 7ª edición actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- RIOFRIO MARTINEZ-VILLALBA, JUAN CARLOS. “La prueba electrónica: estudio de derecho comparado, concordado con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de Colombia, México, Venezuela, Perú, Ecuador, Argentina, Chile, Uruguay y Brasil”. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 213 páginas.
- ROSAS CASTAÑEDA, JUAN ANTONIO. “Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas”. [en línea]. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 35 páginas. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/124/art/art9.htm> .(consulta: 27.04.2013).
- SAAVEDRA ROJAS, ÉDGAR. 2006. “Intercepción de Comunicaciones y Prueba Ilícita”. Cuadernillos de Derecho Penal No. 25. Cali, Colombia. Editorial Universidad Santiago de Cali. 102 páginas.

- SANCHÍS CRESPO, CAROLINA. 1999. “La Prueba por Soportes Informáticos”. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 175 páginas.
- SANCHÍS CRESPO, CAROLINA. 2002. “La Prueba por Medios Audiovisuales e Instrumentos de Archivo en la LEC 1/2000”. (Doctrina, jurisprudencia y formularios). Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 261 páginas.
- SOLER, JOAN. 2008. “La Preservación de los Documentos Electrónicos”. Barcelona, España. Editorial. 126 páginas.
- SAPARRAT, MARÍA EMILIA. “El e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs. Poder de dirección y organización empresarial”. [en línea]. Tº LIII, Fº 231 CALP. 34 páginas. <http://www.calp.org.ar/uploads/81bb6e87ec936c1a5c04aafb7e5bfe40.pdf> .(consulta: 27.04.2013).
- SUÁREZ ROBLEDANO, JOSÉ MANUEL. “Intervención de comunicaciones electrónicas”. [en línea]. Foro, Nueva época, núm. 14/2011. páginas 73-99. https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:95MZekBC2t0J:revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/38210/36969+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEEShfH5Oh9xKlp1x4ELTbDO0QHEC3AV1n4OpnHzEmD8SBq-TBtgv0iCe04g2y - ShES7wt8ZT3kjFqvXIVkPTyAQa_1WLxTuiWovw5UGsncdTMjYW7f_xCW03mYli4Sn64IWsa8L&sig=AHIEtBR_TTYQx3AT8yyMgizZMIH2Wz4fvw .(consulta: 27.04.2013).
- TARUFFO, MICHELLE. 2002. “La prueba jurídica”. Madrid, España. Editorial Trotta. Citado por Ferrada Culaciati, Francisco. Op. Cit. página 91.
- TAWIL, GUIDO SANTIAGO. “La valoración de pruebas”. Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.

- TOSELLI, CARLOS. “Control de las comunicaciones electrónicas: ¿ejercicio razonable de la facultad de control empresarial o violación del derecho a la intimidad del trabajador?. [en línea].Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 8 páginas. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt11.pdf> . (consulta: 27.04.2013).

- TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2006. Presentación “Inviolabilidad de las comunicaciones privadas”. [en línea]. Amparo en Revisión 2/2000. Serie de Crónicas de asuntos relevantes del Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.México D.F. 16 páginas.http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr_inv_comunic.pdf . (consulta: 27.04.2013).

- URBANO, EDUARDO DE. 2003. “La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Navarra, España. Editorial Aranzadi. 245 páginas.

- URBANO, EDUARDO DE. 2009. “La Valoración de la Prueba Electrónica”. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 124 páginas.

- VELASCO NUÑEZ, ELOY. 2007. “Los Nuevos Medios de Investigación en el Proceso Penal, especial referencia a la tecnovigilancia”. Madrid, España. Editorial Consejo General del Poder Judicial. 413 páginas.

- ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA. 2004. “La prueba ilícita”. Santiago de Chile. Editorial Lexisnexis. 247 páginas.