



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

Consideraciones contra la prueba ilícita en materia civil

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

**PABLO VODANOVIC CONTRERAS
PROFESOR GUÍA: JONATAN VALENZUELA SALDÍAS**

**Santiago de Chile
2017**

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	3
INTRODUCCIÓN	4
Capítulo I: Principio inclusión procesal en materia probatoria	7
1. Fin del proceso y la prueba.....	7
2. Concepto y fundamento del principio de inclusión probatoria procesal.....	10
3. Momentos de la actividad probatoria.....	16
3.1 Conformación de los elementos del juicio.....	16
3.2. Valoración de los hechos por parte del juez	17
3.3. Adopción de la decisión según un estándar de la prueba	20
4. Críticas al principio de inclusión probatoria	21
Capítulo II: Reglas de exclusión probatoria en el derecho nacional en sede civil....	24
1. Reglas de exclusión probatoria en la prueba testimonial	24
2. Reglas de exclusión probatoria del secreto	26
3. Reglas de exclusión de hechos notorios, evidentes o abundantes y hechos presumidos.....	29
Capítulo III: La regla de exclusión de la prueba ilícita en sede civil.....	31
1. Noción de la regla de exclusión de la prueba ilícita	31
2. Orígenes de la regla de exclusión de la prueba ilícita	33
3. Fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia civil	35
4. Contra la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia civil.	38
4.1. El debido proceso, la prueba ilícita y el efecto horizontal de los derechos constitucionales	38
4.2. Efecto correctivo del principio de inclusión en futuros procedimientos	42
4.3 La búsqueda de la verdad como justificación estructural del proceso	44
4.4. El derecho a la prueba como derecho constitucional.	46
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	53

Resumen

El principal objetivo de esta memoria es examinar la inclusión o admisibilidad de la denominada “prueba ilícita” dentro del proceso civil siguiendo una concepción racionalista de la prueba. Para esto, se sostendrá que el fin de la prueba no es otro que la búsqueda de la verdad y como tal fin impone una acertada determinación de los hechos, es imprescindible considerar todos los elementos probatorios que se dispongan de forma de aumentar la probabilidad de obtener decisiones correctamente aplicadas.

En el primer capítulo, la investigación sostendrá que el fin de la prueba es la averiguación de la verdad. Para esto se desarrollará el método más satisfactorio para alcanzar dicho objetivo, el principio de inclusión procesal probatoria. Se enunciarán las bases y críticas de este principio. A su vez, para un análisis comprensivo de la materia, se señalarán de forma breve los momentos de la actividad probatoria.

En el segundo capítulo, se abordarán algunas de las muy distintas reglas de exclusión vigentes en nuestro proceso civil, sosteniendo una crítica respecto a la excesiva regulación normativa en cuanto a la inclusión de los distintos medios probatorios, como de la forma en que se valoran por parte del órgano adjudicador.

Por último, el tercer capítulo tiene por finalidad mostrar la conveniencia epistémica que significa aceptar la inclusión y valoración de toda prueba dentro del proceso civil. Para ello, se analizarán las distintas justificaciones que han emanado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente para determinar su inclusión o exclusión, dentro de un proceso civil. Se compararán también los distintos objetivos del proceso, examinando si su inclusión responde sólo a un análisis epistemológico o hay también valores políticos o morales que justifican su exclusión como elemento probatorio.

Keywords

Prueba – Prueba ilícita – Principio inclusión procesal – Filtros probatorios – Exclusión probatoria – Debido proceso – Derechos constitucionales

INTRODUCCIÓN

La prueba dentro del proceso civil presenta distintas finalidades, de acuerdo a como entendamos la función del proceso. Sin embargo, bajo la óptica de esta memoria, la prueba tiene como fin - y por lo tanto está orientada a - determinar la existencia o inexistencia de hechos que revisten el carácter de relevantes para adoptar una determinada resolución judicial, ya sea que ésta tenga el carácter de definitiva o no.

Para aproximarse a una concepción de lo que es la prueba esta investigación examinará, al menos, dos corrientes. Por una parte, la concepción racionalista de la prueba, bajo la cual, la prueba tiene por objeto acreditar o conocer la verdad de los enunciados sobre hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. La segunda, conocida como argumentativa, que entiende la función de la prueba como una en la que se busca convencer al juez acerca de la ocurrencia de determinados hechos en el mundo.

Esta memoria sostendrá entonces, siguiendo una tesis racional de la prueba, que la prueba ilícita no tiene lugar en el proceso civil, debiendo admitirse como elementos probatorios todas las pruebas de que se dispongan, ya que nuestro ordenamiento provee las sanciones para reparar el daño que eventualmente pudo provocar. Restarle valor probatorio, como medio para obtener decisiones correctas a una prueba que ya se generó, no es la solución correcta si entendemos que el proceso busca una correcta aplicación del derecho.

En este marco, entonces, es importante determinar cuáles serán las reglas de la actividad probatoria que se seguirán. Definir qué reglas se adoptarán es, determinante desde el punto de vista de la racionalidad empírica. De esta forma, se sostendrá una particular visión de cómo entender la actividad probatoria en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

Así, se afirmará que la actividad probatoria debería regirse por el principio de apertura probatoria, ampliando de esta manera el catálogo de medios probatorios. Este principio de apertura probatoria, denominado como principio de inclusión

procesal, dice relación en términos lacónicos, con una amplia admisibilidad probatoria si ésta tiene utilidad y es relevante para acreditar los hechos fundantes de la decisión judicial.

Para esto, se mostrará que el principio de inclusión procesal radica su justificación en la conveniencia epistémica que presenta la prueba si se aceptan aquellos elementos que entregan mayores grados de probabilidad de determinar lo que efectivamente ocurrió en el mundo. Por lo que, por criterios epistemológicos, sólo resulta válido excluir prueba bajo criterios de utilidad, como, por ejemplo, bajo el criterio de prueba irrelevante.

El trabajo entonces desarrolla los criterios de relevancia como criterios válidos de procedencia de la prueba judicial. A su vez, un análisis de por qué la prueba no debe someterse a reglas - al menos en la etapa de conformación de los elementos del juicio - sino que debe someterse exclusivamente a criterios de relevancia, ya que lo único que hacen es ser un límite de elementos probatorios.

Entender de esta forma la finalidad de la prueba es contrapuesta con quienes plantean una defensa por la regla de exclusión de la prueba ilícita, quienes sostienen que admitir toda clase de prueba, sin determinar el origen de la misma en el proceso, puede vulnerar garantías constitucionales garantizadas por nuestra carta fundamental, como lo es, por ejemplo, el debido proceso. Así es como, señalan que dicha vulneración no afectaría sólo para los actuales procedimientos, sino que tendría también un efecto disuasivo para el futuro.

Sin embargo, como se sostendrá en esta investigación, el fin preponderante de la prueba no es otro que la averiguación y búsqueda de la verdad, ya que es la finalidad estructural de la actividad probatoria, que en definitiva sustenta el funcionamiento del proceso como motivación de la conducta de los ciudadanos.

En consecuencia, el trabajo tiene por finalidad abordar la idea de que el derecho tiene distintos bienes jurídicos que proteger por el interés social específico de cada uno. Es así como dentro de la actividad probatoria pueden producirse conflictos entre valores amparados por el derecho. En ningún caso

dicha controversia dice relación con criterios epistemológicos, sino que se ubican en el plano normativo, donde la motivación del juez determinará qué valor tiene preeminencia.

Capítulo I: Principio inclusión procesal en materia probatoria

1. Fin del proceso y la prueba

La prueba, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido objeto de diversas apreciaciones por parte de la doctrina y jurisprudencia toda vez que es, sin duda, el desafío más importante para el derecho desde el punto de vista de su capacidad para enfrentarse con la realidad.

Sin perjuicio de las distintas definiciones que puede arrojar el concepto de la prueba, este trabajo sostendrá que la prueba en un sentido estrictamente jurídico, se identifica con aquella actividad que busca conocer o acreditar la verdad de los hechos litigiosos vertidos en un proceso judicial. Comprendiendo cualquier tipo de dato cognoscitivo, ya sea de procedimiento o de medio que produzca informaciones utilizables para la averiguación de la verdad de los hechos¹.

Quién coincide con esta idea es Michelle Taruffo, para quien el fin de la prueba dice relación con averiguar la verdad de lo ocurrido. Siguiendo esta tesis, la prueba importa para determinar qué hechos son verdaderos respecto de aquellos que no tienen correlato con lo que ocurrió materialmente en el mundo.

Ahora bien, la definición señalada da cuenta de una determinada ideología de la prueba en el proceso judicial. Esto, fundamentalmente porque el derecho procesal admite distintas dimensiones posibles para determinar sus finalidades. Es por lo anterior que a continuación revisaré las principales justificaciones del proceso que se han sostenido tanto en doctrina como en jurisprudencia.

De esta forma, primeramente, es posible señalar que el proceso judicial puede entenderse, siguiendo un punto de vista pragmático, como una herramienta en donde la finalidad principal es la de resolver conflictos jurídicos y, en ese sentido, la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez². Esta es una manera de justificar la existencia

¹ Taruffo, Michele. 2010. p.160.

² Ferrada, Francisco. 2009. p. 46.

de un proceso bien conocida y que constituye - en parte importante de los ordenamientos jurídicos - uno de los arquetipos fundamentales del proceso civil³.

Sin embargo, esta concepción es susceptible de diversas críticas, dado que bajo esta idea las resoluciones que se dicten bien pueden estar sustentadas en mentiras; ya que la solución de la controversia no conlleva necesariamente que las decisiones que de ella emanen sean verdaderas.

Según esta concepción la prueba busca convencer psicológicamente al juez que un hecho es cierto. Así, esta vertiente puede denominarse persuasiva y se caracteriza por dar a la prueba una función de mero convencimiento del juez, que no serviría para establecer la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. La prueba, entonces, sería un instrumento retórico utilizado por las partes para dirigir el ánimo del juez hacia una determinada tesis procesal⁴.

Daniela Accatino ha expresado lo siguiente:

“La vigencia de la noción subjetivista de la prueba en nuestra práctica jurídica es soterrada porque no hay, en nuestra doctrina, estudios generales dedicados al concepto de prueba que acepten de manera reflexiva esa concepción. Lo que encontramos son diversas alusiones a la convicción o persuasión del juez respecto de la ocurrencia de los hechos que son objeto del proceso como finalidad de la prueba”⁵.

Entendido de esta manera el proceso, para decidir un conflicto jurídico, el juez se encuentra compelido a llegar a una certeza oficial, de lo que se derivan distintas exigencias: el proceso debe tener un tiempo, no puede alargarse de manera indefinida; y tienen que existir expedientes judiciales que permitan dar cuenta que se acepta la verdad procesada como la verdad última. Estas reglas, según mi opinión, no contribuyen a que la verdad entre en el proceso dado que el proceso bien puede estar fundado sobre hechos que no son verdaderos⁶.

³ Taruffo, Michele. 2002. p. 37.

⁴ Taruffo, Michele. 2002. p. 349 a 357.

⁵ Accatino Scagliotti, Daniela. 2006. p. 18.

⁶ Gascón, Marina. 2005. p. 53.

Ahora bien, una segunda forma de concebir los sistemas procesales es bajo la idea de que el objetivo central del proceso es el de implementar políticas públicas⁷. Sin embargo, que el proceso esté orientado en dirección de implementar políticas públicas, tampoco dice relación con la función estructural del proceso judicial dentro de sistemas jurídicos institucionalizados por las mismas razones expresadas para la concepción anterior, esto es, que no existe un compromiso una correcta aplicación del derecho.

Una tercera forma de concebir la justificación del proceso - y a la que adhiere esta parte - dice relación, siguiendo una concepción racionalista del conocimiento, con que el proceso es en esencia una herramienta de la averiguación de la verdad que deviene en imprescindible en todos los casos.

A diferencia de la versión persuasiva o retórica de la prueba, bajo esta concepción prueba es concebida como un mecanismo que proporciona al juez información acerca de los hechos que deben ser reconstruidos en el proceso, es decir, es fundamentalmente un instrumento de conocimiento⁸.

De acuerdo a esta ideología, el proceso tiene como función principal la de determinar la ocurrencia de los hechos que se enuncian, los que se vinculan con determinadas normas jurídicas, que conllevan por tanto consecuencias que el derecho le impone a los sujetos imperados. De esta forma, la finalidad fundamental y principal del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho⁹. Garantía que se convierte en razón de acción para los ciudadanos dado que actúan conforme a lo que prescribe el derecho. Esto, porque si como ciudadanos no conocemos la realidad de los hechos, malamente puede aplicarse de manera correcta la norma jurídica. Esa motivación exige, por tanto, la previsibilidad de las consecuencias de nuestras conductas.

⁷ Damaska, Mirjan. 2000. p. 148 y ss.

⁸ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 2

⁹ *Ibid.* 2011. p. 2.

La justificación de la búsqueda de la verdad puede encontrarse entonces en la autonomía del ciudadano, bajo la posibilidad de que sean éstos quienes actuando libremente determinen sus propios objetivos y la forma más óptima de alcanzarlos¹⁰.

A partir de la finalidad del proceso, esta es, ser garantía de la correcta aplicación del derecho, la prueba como parte de este proceso es la etapa procesal en donde confluyen los distintos elementos que tienen por objetivo hacer coincidir lo defendido con lo ocurrido materialmente. De esta manera y de forma lacónica, es posible distinguir al menos dos finalidades de la prueba: asegurar que todos aquellos que no cumplan la ley sean efectivamente sancionados y que sólo ellos lo sean; de lo cual, se deriva que lo probado como verdadero en el proceso resulte ser tal en el mundo real¹¹, objetivo fundamental y que está en la estructura del derecho procesal dado que sirve como razón para la acción de los ciudadanos.

Por lo tanto, en el ámbito de la prueba es posible encontrar distintas finalidades, pero sólo en aquella que entiende a la prueba como un instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos en el mundo para una correcta aplicación del derecho, es coherente con una concepción legal racional¹².

2. Concepto y fundamento del principio de inclusión probatoria procesal

Como se señaló y dado que la finalidad principal y estructural - pero no excluyente - de la actividad probatoria es la averiguación y búsqueda de la verdad, reviste especial importancia determinar ahora el método o la forma que el proceso va a adoptar para alcanzar dicho objetivo de forma satisfactoria.

La determinación del método reviste especial relevancia dado que nos permitirá sostener la inclusión o no de la prueba ilícita como elemento probatorio dentro del proceso civil.

¹⁰ Ibíd. 2011. p. 14.

¹¹ Ibíd. 2011. p. 2.

¹² Taruffo, Michele. 2002. p. 86.

Esto, dado que, si concebimos que el objeto primordial de la prueba es la verdad de los hechos como condición de justicia, entonces el método que se adopte debe tener un importante presupuesto: maximizar la probabilidad de tomar decisiones correctas desde un punto de vista institucional.

Ahora bien, en el ámbito de la regulación jurídica de la prueba, es dable distinguir al menos dos métodos: uno cerrado y otra abierta. Cerrado es aquel que tiene lugar en los sistemas del *civil law*, y que tiene por objetivo regular todo el fenómeno probatorio. Bajo la óptica de este sistema, la prueba es entendida como independiente a otros sectores de la experiencia. Es cerrado porque regula exhaustivamente qué elementos serán considerados como pruebas y qué elementos no lo serán. Mientras que concebir la prueba como abierta, con presencia en los sistemas del *common law*, conlleva que la prueba carece de regulación jurídica, abriéndose a otros sectores de la experiencia¹³.

Entender entonces la regulación judicial de la prueba como abierta implica entender que la prueba no está sujeta a limitaciones ni para su procedencia, ni en cuanto a la valoración de los elementos que se dispondrán en juicio; mientras que una concepción cerrada es aquella en donde existe un férreo control de admisibilidad sobre los medios de pruebas y un control sobre la forma en que el órgano adjudicador debe valorarlos.

Dicho esto, cabe señalar que dentro de las distintas metodologías para acceder a la verdad reviste especial interés la defendida por el filósofo inglés Jeremy Bentham, quién fue precursor de la denominada teoría racional de la prueba, teoría que fue radicalmente criticada por los académicos del derecho probatorio de su época.

De acuerdo a su pensamiento, la prueba es libre y se ubica en un espacio diferente del derecho, en un espacio en el cual el derecho no tiene cabida, un lugar propio de la epistemología general. Esto significa que el derecho probatorio

¹³ Taruffo, Michele. 2002. pp. 341 y ss.

no debe sujetarse a reglas jurídicas. La proposición, es que se deroguen todas las reglas probatorias. Esta idea puede resumirse en el viejo adagio jurídico ‘excluir prueba es excluir justicia’. Por lo que la prueba debe ser fundamentalmente libre y cualquier interferencia del derecho procesal en la actividad probatoria debería ser eliminada¹⁴.

La razón que sustenta la abolición de reglas probatorias, de acuerdo a una concepción racional de la prueba, radica en que en cuanto mayor sea el número de elementos de juicio disponible, entonces mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo que ocurrió¹⁵. Fin esencial y estructural del proceso para una correcta aplicación del derecho.

En este sentido Jeremy Bentham pensó en dos reglas para descartar información:

“Regla primera: En esta clase de pruebas [circunstanciales], como en cualquier otras, no hay que requerirlas ni admitirlas en el caso de que su admisión pudiera resultar más dañosa al fin colateral de la justicia (prevención de aplazamiento, de vejámenes y de gastos), que útil al fin directo. Regla segunda: Exceptuados esos casos, no se debe excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de pruebas circunstanciales; en particular no se debe excluir nada en razón a que se lo supone carente de fuerza probatoria”¹⁶.

De esta manera, para el precursor de la teoría racional de la prueba la exclusión de pruebas pasa por un filtro de relevancia y de gastos. Sin embargo, es dable enfatizar la negativa de que existan reglas que normativicen el derecho probatorio. Esto es susceptible de explicación en términos lógicos: puesto que mientras mayor sea el número de elementos que forman parte del juicio, mayor será la probabilidad de que esos elementos coincidan con lo ocurrido materialmente en el mundo.

¹⁴ Bentham, Jeremy. 1825. p. 838-844.

¹⁵ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 3.

¹⁶ Bentham, Jeremy. 1825. p. 838-844.

Para Jeremy Bentham, la regla general en materia probatoria es la '*freedom proof*', por lo que el sentido de la regulación es tan sólo el establecimiento de reglas de exclusión cuando existan razones para ello. La prueba, entonces, se abre a los modelos epistemológicos y reglas racionales de otros sectores de la experiencia. Por lo que, en un sistema ideal, la regla general en materia probatoria, es que la inclusión de toda prueba relevante debe ser parte de los elementos de conformación dentro de un juicio. A su vez, para Bentham el derecho tampoco debe regular la actividad de valoración de la prueba, lo que no implica dar lugar a la arbitrariedad, dado que, si se sostiene que la libertad del juez está delimitada por las reglas generales y la lógica, se evita dicho mal¹⁷.

Por lo tanto, es posible sostener que por libertad de prueba se entiende la falta de regulación de la prueba fundamentalmente en cuatro aspectos:

- a) La admisión de las pruebas, en donde por libertad entendemos falta de regulación normativa que excluyan prueba dentro del proceso;
- b) La formación de la prueba, en donde por libertad entendemos la falta de regulación en cuánto al modo cómo se constituye la prueba;
- c) La valoración de las pruebas, en donde por libertad entendemos la ausencia de normas que predeterminen el valor que debe otorgársele a un medio probatorio;
- d) La elección de los elementos útiles para la decisión judicial, en donde entendemos por libertad el hecho de que el juez no se ve restringido en su búsqueda de elementos probatorios¹⁸.

En este marco, el principio de inclusión –o principio de relevancia¹⁹ - probatorio es una manifestación del requisito epistemológico de la evidencia total, en el que se requiere que para la prueba de una determinada proposición fáctica sea considerada toda la evidencia disponible que sea jurídicamente relevante.

¹⁷ Ferrer Beltrán, Jordi. 2007. p. 30.

¹⁸ Taruffo, Michele. 2002. pp. 359 y ss.

¹⁹ *Ibíd.* p. 364.

Se habla de principio de relevancia, dado que no considera aquella prueba que es superflua por ser redundante, es decir, cuando en el caso de ser asumida no haría otra cosa que producir elementos adicionales de confirmación de conclusiones que ya fueron dadas por otras pruebas previamente²⁰. Es irrelevante entonces, cuando no agrega nada nuevo a lo ya conocido a través de otros medios de prueba, de forma que no es oportuno ni necesaria su inclusión.

En consecuencia, es posible sostener que estas dos concepciones señaladas presentan un modelo de actividad probatoria, por una parte, regulada y restringida, mientras que, por otra parte, abierta y exenta de límites de admisibilidad con la finalidad racional de obtener un mayor grado de probabilidad y elementos en la búsqueda de la verdad procesal.

De esta forma, para quienes ven en el proceso una finalidad práctica, la finalidad del proceso dice relación con la resolución de un conflicto, en donde la búsqueda de la verdad no puede extenderse indefinidamente. El proceso, por razones de utilidad práctica, debe tener un límite temporal donde se acepte como verdad lo declarado en juicio. Esta forma de entender la actividad probatoria ampara garantías o derechos disímiles a la garantía procesal de averiguación de la verdad.

Así lo expresa el John Rawls al señalar lo siguiente:

‘Existen casos en los que admitimos como deber el no decidir atendiendo a la verdad, aun cuando fuera fácilmente accesible, precisamente para respetar un derecho, o para promover bienes o valores elevados, o para ambas cosas a la vez’²¹.

Ahora bien, y según esta parte, la libertad de prueba es el régimen normal - y más aún - el apropiado para guiar la tarea de juzgar los hechos. Esta libertad probatoria se encuentra rodeada, pero no interferida, por reglas y principios jurídicos, los cuales promueven objetivos importantes, aunque no inferenciales y

²⁰ Taruffo, Michele. 2010. p. 164.

²¹ Rawls, John. 1996. pp. 253 y 254.

por lo tanto extrínsecos al juicio de hecho. La racionalidad epistémica no puede ni debe ser controlada por el derecho. Es el derecho mismo, en la medida en que depende de cuestiones de hecho, el que debe subordinarse a los cánones de la racionalidad epistémica.

A su vez, los jueces no precisan de ninguna regulación especial que les diga cómo resolver los desacuerdos acerca de cuestiones empíricas. Gracias a un experimentado conocimiento, que les brinda credibilidad, ellos pueden resolver esas discrepancias confiando en la evidencia y en sus habilidades cognitivas.

De este modo, la determinación judicial de la relevancia y del peso probatorio, emergen como una cuestión puramente epistémica, fuera del marco de lo jurídico. Sin "ningún imperio sobre la lógica" (ni probablemente sobre las facultades epistémicas tampoco), el derecho no debe ejercer control alguno sobre esta actividad.

Por consiguiente, no existe:

“[una] necesidad general de redactar reglas de prueba en el derecho, ni de precisar un nivel adecuado de calificación intelectual para los jueces. Necesitamos solo un sujeto razonable, no un lógico ni un estadístico, para determinar lo que es más allá de toda duda razonable”²².

Por tanto – y a modo de síntesis - la idea del principio de inclusión probatoria procesal impone la admisión de toda prueba relevante, esto es, se requiere que para la prueba de una determinada proposición fáctica, sea considerada absolutamente toda la evidencia disponible que sea relevante si de lo que se trata es de determinar la verdad de un enunciado. Lo que nos permite sostener, de forma enunciativa por ahora, es que dentro del proceso civil debe admitirse toda prueba, sin exclusión alguna, dada la finalidad del proceso que no es otra que la búsqueda de la verdad para una adecuada aplicación del derecho.

²² Cohen, L.J. 1983. p. 21.

3. Momentos de la actividad probatoria

Para efectos de desarrollar un análisis estructurado de esta investigación creo conveniente diferenciar al menos tres etapas de la actividad procesal para luego desarrollar el análisis particular del procedimiento civil nacional. Para estos efectos seguiremos la estructura que realizó el profesor Jordi Ferrer. Las etapas son las siguientes: (i) la conformación de los elementos del juicio; (2) la valoración judicial; y (3) la decisión judicial. El trabajo, como es posible inferir, se centrará en el análisis de la primera etapa sin perjuicio de reseñar las dos restantes para una comprensión cabal de la etapa probatoria.

3.1 Conformación de los elementos del juicio.

Es en esta etapa en donde se evalúa cuáles son los datos que serán hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos dentro de un proceso judicial. El sentido del principio de inclusión probatoria - bajo el cual se sustenta y fundamenta esta investigación - es que cualquiera sea el juicio que se trate se tendrán por consideradas todas las pruebas admitidas en él. Para esto, sin embargo, es necesario verificar si la admisibilidad tendrá algún límite para establecer la procedencia o no de determinados medios de prueba o bien no existirá regla alguna que limite la actividad probatoria. Teniendo en consideración que, según las reglas de la lógica, mientras mayor sean los elementos en juicio mayor será la probabilidad de alcanzar la verdad de lo que ocurrió en el mundo.

Dicho esto, este primer momento está compuesto por la admisión, por la presentación de los elementos probatorios. Esta etapa está cerrada, generalmente, por plazos de admisión para aportar información al proceso. Es en esta etapa que la epistemología ocupa un espacio fundamental, en el sentido de admitir toda prueba dentro del proceso con la finalidad de la averiguación de la verdad.

3.2. Valoración de los hechos por parte del juez

El segundo momento de la actividad probatoria en el derecho, dice relación con que la prueba relevante admitida debe ser valorada por el juez. Esta etapa es concebida como aquella en la cual la labor del juez y del derecho es más prolífica y fecunda. Esta etapa se ubica en contraposición con la primera, en donde la epistemología tiene un papel principal, dado que la conformación de los elementos, según el principio de inclusión, admite la incorporación de toda prueba, salvo aquellas excluidas por razones de eficiencia o relevancia correctamente fundamentada por el juez.

Para Marina Gascón, la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, a juicio de esta autora, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan²³.

Es posible concluir que dependiendo de a quién corresponda determinar este apoyo o grado de confirmación que aportan los distintos medios de prueba, es posible que nos encontremos ante distintos sistemas de valoración de la prueba.

En esta etapa de valoración probatoria podemos encontrar distintos modelos. En términos generales, por una parte, la denominada prueba legal tasada; y por otra, la libre valoración de la prueba. La prueba legal tasada tiene vigencia en nuestro país, particularmente en materia procesal civil, en donde la forma de valorar los medios de prueba está previamente determinada por la ley. Mientras que en el sistema de libre valoración de la prueba ésta es libre solamente en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas que impongan un resultado probatorio concreto²⁴.

²³ Gascón, Abellán, Marina. 'Los hechos en el derecho: Bases Argumentales de la Prueba', Segunda Edición. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2004.

²⁴ Ibíd. 2004. p. 31.

Bajo la prueba legal o tasada, el legislador establece detallada y taxativamente cuales son los medios de prueba de que pueden valerse las partes y que serán admisibles en un procedimiento. Del mismo modo, se regula todo el proceso de producción de la prueba, en cuanto a su forma y oportunidad procesal. Finalmente, se establece igualmente un mandato imperativo para el juez, indicándole el valor probatorio que debe dar a cada prueba rendida, así como a la forma en que debe cotejar unas pruebas con otras.

Dentro de este sistema, la doctrina nacional ha distinguido la prueba legal absoluta, y otra relativa, según la mayor o menor atenuación de la regulación y la mayor o menor libertad para el juez al momento de valorar la prueba.

Así, siguiendo esta teoría, el legislador intentó establecer un sistema de prueba legal relativa, toda vez que, no obstante, se enumeran los medios de prueba, la forma de rendirlos y el valor probatorio, existen una serie de atenuaciones a esta regulación.

Ejemplos de esto son: i) Disposiciones que establecen la apreciación de la prueba en conciencia en diversos procedimientos civiles, como en el juicio de mínima cuantía (artículo 724 CPC); de menores (artículo 36 de la Ley N° 16.618); sobre juicios de arrendamiento (artículo 15 Ley de la N° 18.101). ii) Disposiciones que establecen la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica en juicios de policía local (artículo 14 de la Ley N° 18.287 de Juzgados de Policía Local); Juicios laborales (artículo 456 del Código del Trabajo); En la prueba de peritos (artículo 425 CPC), y en la prueba testimonial (artículo 429 y 384 n°s 2, 3 y 4 CPC. iii) Disposición que permite al tribunal efectuar la apreciación comparativa de los medios de prueba de igual valor probatorio, cuando no existe norma que resuelva el conflicto (artículo 428 CPC).

Incluso aceptando como válida esta atenuación, y salvo en estos casos excepcionales, es dable sostener que en los procedimientos civiles es la ley la encargada de señalar con anterioridad al juez, la eficacia con que se presentarán los determinados medios de prueba, pasando a ser éste un mero aplicador de la norma. Es por este motivo que en este sistema existen las leyes reguladoras de la

prueba, que enumeran los medios de prueba y establecen el modo de hacerlos valer.

A propósito de la prueba legal tasada, Jordi Ferrer plantea lo siguiente:

‘En este modelo nos encontramos ante una desconfianza del legislador hacia el juez, al reservarse el mismo la atribución de un resultado probatorio a los distintos elementos de prueba y negando al juzgador la facultad de atribuir un valor distinto a las pruebas rendidas en el proceso’²⁵.

Por último, cabe señalar el sistema de la sana crítica que es fundamentalmente un sistema racional, y eminentemente judicial.

Según Eduardo Couture, la sana crítica corresponde a “las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”²⁶.

A su vez, la Corte Suprema, ha expresado lo siguiente: “La Corte Suprema es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. Es analizar sinceramente y sin malicias las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están exceptuadas en la ley. Se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo, o sea, es materia de apreciación y por lo mismo de hecho, que corresponde exclusivamente a los jueces de fondo”²⁷.

Finalmente, cabe señalar que a partir de lo señalado por la Excma. Corte Suprema es posible sostener su sintonía con la tesis acá defendida respecto del principio de inclusión probatoria, ya que la valoración de las evidencias lleva

²⁵ Ferrer Beltrán, Jordi. 2007. p. 49.

²⁶ Peñailillo Arévalo, Daniel, ‘La prueba en materia sustantiva civil, Parte general’. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

²⁷ Corte Suprema, 1º abril de 1974, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 68 (1971), sección 1ª, p. 76, En: Rioseco (1995), t. II Nº 694 p. 378.

consigo un proceso intelectual y reflexivo, ajeno a las reglas probatorias rígidas, dónde el valor probatorio de los medios de prueba viene pre establecido por el legislador.

3.3. Adopción de la decisión según un estándar de la prueba

La última etapa tiene por objetivo determinar si las distintas hipótesis planteadas en el proceso, ya sea en la etapa de conformación de los elementos del juicio o bien en la valoración judicial, puede declararse o no probada. Para esto es necesario señalar que, en el proceso civil, y en particular en nuestro proceso civil, existe lo que se denomina prueba prevaleciente o predominante (*preponderance of evidence*), en donde se establece que estará probada una hipótesis si se presenta un mayor grado de confirmación que la hipótesis contraria²⁸.

Por otro lado, sabemos que el estándar probatorio en materia penal es exigente, dado que el estándar dice relación con que se exige acreditar los hechos 'más allá de toda duda razonable' (*beyond a reasonable doubt*). Es relevante determinar que cuánto más exigente sea el estándar probatorio, será más racional el resultado que se obtenga en el proceso, debido a que la elección del estándar es un desafío ligado a los bienes en juego.

Los estándares de prueba son más que simples expresiones, éstos cumplen distintas funciones. Así, por ejemplo, en el derecho continental, los estándares de prueba vienen a responder varias interrogantes: preocupándose fundamentalmente de los fallos, de los errores²⁹. Su importancia radica en que el uso inadecuado de los diversos estándares de prueba supone un desincentivo para que las conductas de los ciudadanos se ajusten a lo prescrito por nuestras reglas³⁰.

El estándar probatorio que rige en materia civil, denominado como principio de prueba prevaleciente, ocupa un lugar importante para la justicia continental.

²⁸ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 9.

²⁹ Larroucau, Jorge. 2012. p. 788.

³⁰ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 18.

Esto ya que como umbral de prueba presenta determinadas garantías que otros sistemas no. Así, garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado. Garantizando que se minimicen los números de veredictos erróneos de manera igualitaria entre las partes: los falsos positivos (aceptar como verdadera la pretensión del actor cuando no lo es) y los falsos negativos (no dar lugar a la pretensión cuando sí corresponde) son de todas formas cuestionables³¹.

Hay quienes entienden que el principio de prueba preponderante se hace cargo de uno de los grandes problemas de los tribunales, que responde a los escasos y exiguos recursos que disponen éstos. De esta forma, autores como Clermont y Sherwin, sostienen que la minimización de errores de este estándar contribuye de forma más efectiva a la verdad³².

Por lo tanto, en materia civil es posible encontrar que en nuestro proceso regula latamente la actividad probatoria, estableciendo distintos límites y reglas que nos impiden pensar en la actividad probatoria de forma libre, como pregona Bentham. Ahora bien, en lo que interesa para este trabajo nos centraremos en la conformación de los elementos probatorios con el objeto de determinar la procedencia o no de la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia civil.

4. Críticas al principio de inclusión probatoria

Conocido es el hecho de que el principio de inclusión probatoria no recibe aceptación por toda la doctrina, dado que tener un mayor número de elementos no garantizaría el descubrimiento de la verdad. Por lo que la abolición de reglas procesales probatorias responde a la necesidad de preservar valores distintos del aquí pregonado.

De esta manera, la búsqueda de la verdad es un fin dentro del proceso, pero no es en absoluto el único. La celeridad en la toma de posiciones, la

³¹ Larroucau, Jorge (A). 2012. p. 789.

³² Ibíd. p. 789.

práctica de derechos fundamentales, la protección de secretos de estado, son otros intereses que busca proteger el ordenamiento jurídico.

Uno de los grandes críticos a la tesis abolicionista de la prueba ha sido Alex Stein, que para tales efectos ha presentado diversos argumentos que a continuación revisaré.

De esta forma, una de las principales defensas de Alex Stein radica en el argumento de que, aun admitiéndose todos los datos de conocimiento, eso no garantizaría el descubrimiento de la verdad³³.

Para este efecto ha señalado lo siguiente:

“Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su situación epistémica. La llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior”.

“Mi tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información necesariamente produce mayor exactitud en la determinación de los hechos”³⁴.

El argumento principal de Stein se basa en la idea de que la averiguación de la verdad es uno de los valores que persigue el derecho, pero no es en ningún caso el único, ni tiene prioridad sobre otros fines, ya que el derecho persigue otros valores.

Sin embargo, e independiente de la justificación que se le atribuya al derecho, que sucintamente ya se señaló, el proceso judicial no puede tener otro objetivo fundamental que la averiguación de la verdad como mecanismo de guía

³³ Stein, Alex. 2013. p. 123.

³⁴ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 13.

de la conducta de los ciudadanos. Es por esta razón que la búsqueda de la verdad no se encuentra en una relación de igualdad posicional con los otros valores que resguarda el proceso.

Sobre este punto, Jordi Ferrer responde a este argumento de la siguiente forma:

“El sistema no puede prescindir de la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso (y, por tanto, de la aplicación del derecho) puesto que de otra forma el sistema colapsaría. Esto no le otorga un mayor valor moral a la averiguación de la verdad, pero muestra que el conflicto entre ese objetivo del derecho y otros posibles objetivos, el primero tiene preferencia estructural que hace que no pueda ceder siempre”³⁵.

De esta manera, la oposición de Alex Stein dice relación con que la nueva información que confiere el principio de inclusión probatoria no necesariamente nos llevará a conocer nuevos antecedentes del hecho. No obstante, y aunque eso fuese cierto también lo es que excluir la sola posibilidad de utilizar pruebas relevantes es una forma segura de excluir la posibilidad de descubrirla.

Para esta crítica, Jordi Ferrer responde señalando que, si bien es cierto que la inclusión de un mayor número de pruebas no asegura una mayor exactitud de los hechos, la justificación del principio de inclusión probatoria no radica en esto. La justificación, más bien, está en que una consideración de todo el material probatorio disponible, haría más probable la corrección de la decisión judicial³⁶.

Por lo tanto, si el objetivo fundamental del proceso es una correcta determinación de los hechos, la incorporación de nuevos elementos es fundamental para dicho propósito epistemológico.

³⁵ Ibíd. p. 15.

³⁶ Ferrer Beltrán, Jordi. 2007. p. 84.

Capítulo II: Reglas de exclusión probatoria en el derecho nacional en sede civil

Antes de profundizar en la regla de exclusión de la prueba ilícita, para una cabal comprensión de las reglas de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico nacional, previamente analizaré los principales filtros que tienen lugar en el proceso civil:

1. Reglas de exclusión probatoria en la prueba testimonial

La prueba de testigos es quizás la prueba que presenta un mayor número de limitaciones que significan un importante, a mi entender, sacrificio epistemológico dado que se excluyen elementos posibles o eventuales que pueden corresponder de mejor manera con los hechos ocurridos en el mundo.

Al igual que todo elemento probatorio, el objetivo fundamental del examen a un testigo debiera ser aquel que va dirigido con el fin de determinar la verdad de lo que el testigo sabe acerca de los determinados hechos del caso. Se trata que el testigo relate una historia verdadera, con el fin de aportar mayores elementos al juez para tomar una decisión³⁷.

A diferencia de la regulación de la prueba ilícita, nuestro proceso civil regula con gran detalle la prueba testimonial. Siendo una de las principales manifestaciones formalistas que aún posee nuestro Código de Procedimiento Civil. De esta forma la prueba testimonial regula todo lo referente a la prueba, oportunidad y requisitos de la lista de testigos, oportunidad de rendición, manera de determinar el valor probatorio, personas hábiles para declarar como testigos, inhabilidad de determinadas personas para declarar en un asunto específico, etc.

Como se ha sostenido anteriormente, este trabajo sostiene una defensa del principio de inclusión, bajo una teoría del conocimiento racional, para admitir toda prueba dentro del proceso civil, dado que se condice de mejor manera con la

³⁷ Taruffo, Michele. 2010. p. 64.

finalidad estructural de la prueba: la averiguación de la verdad. Bajo esta óptica, la prueba testimonial presenta limitaciones que no favorecen una recopilación adecuada de los elementos en juicio.

A modo de muestra, nuestro Código de Procedimiento Civil establece una serie de reglas que declaran a las personas como hábiles o in-hábiles para poder testificar en el proceso. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece un listado de personas que quedan excluidas de argumentar dentro del proceso. Según la teoría racional de la prueba y a luz de nuestro derecho resulta necesario analizar si la inclusión de tales personas favorece o no, a la finalidad de la prueba en el proceso.

En términos generales, las personas que son declaradas inhábiles lo son en razón de proteger un bien jurídico distinto a la finalidad de la prueba: la correspondencia de los hechos. Así, por ejemplo, la norma que establece la exclusión de los menores de 14 años, protege el derecho a la privacidad y la protección del menor. El conflicto es claro: se está en presencia de dos principios contradictorios. Por una parte, la protección del menor y por otra, la búsqueda de la verdad como fin dentro del proceso. Esta es una decisión que como dice Jordi Ferrer, no se resolverá por las reglas de la epistemología, sino que por la política y la moral³⁸.

Así también resulta cuestionable la exclusión probatoria que hace nuestro Código de Procedimiento Civil en razón de, por ejemplo, la ocupación, al prohibirse que vagos presten testimonio. No parecen haber buenas razones para sostener dicha inhabilidad que le resta elementos de prueba al proceso. Tampoco, a mi juicio, es posible sostener racionalmente la improcedencia de un testigo sordo o sordomudo, dado el avance actual de la tecnología, en donde es posible recabar información que puede eventualmente contribuir para una correcta correspondencia de la hipótesis con los hechos ocurridos.

³⁸ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011, p. 14.

Ahora bien, como se dijo, el principio de inclusión tiene como límite la relevancia y la eficiencia. Nuestro ordenamiento jurídico regula lo que en doctrina se denomina testigo de oídas. Para Bentham el testimonio de oídas era uno del cual desconfiaba debido a la herencia del sistema anglosajón. Sin embargo, la regulación que tiene nuestro cuerpo legal no es excluirlo, sino que lo considera como base de una presunción judicial.

Respecto a los testigos de oídas me parece entonces que su improcedencia no puede ser descartada sin una justificación fundada que permita sostener su exclusión probatoria.

Así también, la regulación de la prueba testimonial establece distintos valores probatorios según se trate de la cantidad de declaraciones, sin que se haya opuesto oposición en contra del testigo, señala el art. 384 del Código de Procedimiento Civil que constituirá plena prueba cuando:

“Dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario”.

Dicha prueba fija una regla que no tiene pretensión racional alguna. No es posible establecer una jerarquía probatoria entre los distintos medios, dado que hacerlo para excluir elementos que pueden corroborar la hipótesis del caso es atentar contra la finalidad de la actividad probatoria: la averiguación de la verdad. Esta regla demuestra que la estructura del proceso limita la actividad probatoria.

2. Reglas de exclusión probatoria del secreto

El secreto, sucintamente, involucra la obligación, el deber y el compromiso legal que tienen determinadas personas que posean determinadas calidades de salvaguardar en secreto la información que han recibido de sus clientes o fieles.

La protección de los secretos abarca distintas profesiones o actividades, como la de los abogados, los curas, los médicos, los expertos financieros, etc.

Tradicionalmente se señala el secreto profesional como regla de exclusión procesal. En tanto están exentos de entregar información por el hecho de poseer una determinada autoridad que determina que el proceso puede sacrificar obtener dicha información en razón de proteger los valores detrás de dicha institución. Significa que en estos casos no se debe admitir la prueba de hechos cubiertos por el secreto.

Es innegable la importancia social que conlleva el secreto profesional actualmente. Las partes necesitan de una cierta garantía para poder relatar los hechos como realmente ocurrieron sin miedo a que se les castigue por aquello, lo que puede encauzarse como dentro del derecho de defensa. Derecho que dice directa relación también con el derecho a la privacidad como derecho fundamental.

A propósito del secreto, es posible identificar con claridad el conflicto entre valores que son asumidos por el derecho como socialmente relevantes. Por una parte, la actividad probatoria tiene un fin particular y estructural al proceso: el cual, no es otro que la averiguación de la verdad. Sin embargo, por otra parte, el derecho no persigue un solo fin. Es justo señalar que dentro de la protección del derecho se encuentran distintos bienes. Así, por ejemplo, el derecho regula el secreto porque considera socialmente relevante la protección a la intimidad de la vida privada.

Pero, ¿es una razón suficiente el hecho de que exista un conflicto entre principios para excluirlos? Tradicionalmente, la teoría de las normas indica que frente a un conflicto entre principios se debe ponderar en su justa medida. Sin embargo, para resolver este conflicto debemos atender si están disponibles otros medios para alcanzar esos fines que eviten un conflicto normativo.

De esta forma lo expresa Jordi Ferrer al señalar lo siguiente:

“Para evaluar en cada caso si este tipo de reglas de exclusión están justificadas, habrá que juzgar su racionalidad teleológica atendiendo a su adecuación como medios para alcanzar los fines a los que responden. Y, además, evaluar, dado que entran en conflicto con la finalidad de la averiguación de la verdad, si están disponibles otros medios para alcanzar esos fines que no conlleven este conflicto”³⁹.

Nuestro Código de Procedimiento Civil establece normativamente la exclusión probatoria de determinadas personas en razón de su calidad o cargo profesional. De esta forma, el artículo 360 de este cuerpo normativo establece por ejemplo que no estarán obligados a declarar los eclesiásticos, abogados, procuradores, médicos, etc.

El secreto tiene su fundamento en la protección de la intimidad, de la honra o de la privacidad del ámbito privado individual, pero no es el único, dado que también protege la calidad de las informaciones que podría llegar a ser vertidas en un proceso. Mientras que la finalidad del proceso es tanto la correcta aplicación de las normas jurídicas, es posible si la actividad probatoria tiene como fin la búsqueda de la verdad.

Ahora bien, para salvaguardar este conflicto normativo se han dado distintas soluciones. Pensemos, por ejemplo, en el caso de existir un conflicto entre el principio de la averiguación de la verdad y la intimidad individual de un sujeto. Una eventual manera de resguardar su privacidad es efectuando audiencias no públicas en las que se preste declaración⁴⁰. De tal forma que el conflicto se desvanece al existir resguardo de ambos fines constitucionales.

A juicio de esta parte, la protección de los secretos, independientemente de cuál sea el secreto del que se trate, no constituye un valor en sí mismo, y la protección de cualquier secreto no prevalece sobre la exigencia fundamental del proceso de que en el proceso se determine la verdad. Por el contrario, las normas

³⁹ Ferrer Beltrán, Jordi. 2011. p. 11.

⁴⁰ Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 1), 2016, Julio, 5, min. 93.

que excluyan pruebas relevantes para favorecer secretos deberían ser pensadas de forma distinta, esto es como excepciones a esta regla⁴¹.

En definitiva, entonces - y tal como en el caso de la prueba testimonial - me parece que los criterios de admisibilidad deberían acotarse sólo a la determinación que corresponde hacer a si es relevante o no la prueba. Relevancia que dice relación exclusivamente con un criterio de utilidad de la información fáctica que contienen las fuentes de prueba⁴².

3. Reglas de exclusión de hechos notorios, evidentes o abundantes y hechos presumidos

Ahora bien, es dable reconocer que en nuestro sistema procesal civil existe un primer filtro de hecho para la determinación de las pruebas a practicarse dentro del juicio. Dentro del proceso civil chileno deben probarse los hechos que formen parte del conflicto y que no han sido aceptados por las partes; esto es, deben ser hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

Así también, se establece el primer filtro respecto de determinados hechos: los hechos notorios, evidentes o abundantes y hechos presumidos no requieren prueba. Estos filtros cumplen una labor inclusiva dado que permiten que sólo ingresen al expediente elementos claros y que favorezcan alcanzar una decisión correcta.

Ahora bien, ¿son estos criterios de exclusión factores que permitan obtener una mayor probabilidad de alcanzar lo ocurrido en el mundo? La lógica indica que no resulta necesario someter a prueba hechos conocidos o prueba sobre abundante; sin embargo, esta es una decisión que debe necesariamente ser motivada por el juez, de quien depende el éxito del proceso.

⁴¹ Taruffo, Michele. 2010. p. 176.

⁴² Meneses, Claudio. 2008. p. 82.

Esto dado que el derecho probatorio busca la averiguación de la verdad por medios eficientes que signifiquen obtener una decisión judicial con un mayor grado de probabilidad que con esos elementos incluidos, por lo que resulta fundamental que se justifique debidamente el hecho de su exclusión. Lo que favorece que se discuta una litigación eficiente bajo parámetros idóneos de eficiencia.

La exclusión de medios probatorios sólo resulta razonable entonces si de eso se sigue una correcta apreciación racional de los mismos por parte del órgano adjudicador y que las razones de exclusión sean fundamentos que la sociedad comparta⁴³.

⁴³ Larroucau, Jorge (B). 2012. p. 197.

Capítulo III: La regla de exclusión de la prueba ilícita en sede civil

1. Noción de la regla de exclusión de la prueba ilícita

Primeramente, para un adecuado entendimiento de lo que entendemos por prueba ilícita esbozaré los diferentes conceptos que han emanado de ella a nivel doctrinario. La prueba ilícita ha suscitado importantes debates que giran en torno a su concepto. Por ejemplo, mientras en el derecho continental europeo se conoce como prohibiciones de prueba, en el derecho anglosajón se conoce como regla de exclusión probatoria.

Es indudable que en nuestra doctrina no existe consenso al momento de definir la prueba ilícita. Existe más bien un uso indistinto de expresiones como 'prueba prohibida', 'prueba ilícita' o 'prueba ilegal'.

A continuación, señalaré las principales definiciones que ha dado nuestra doctrina en torno a esta materia.

En un comienzo nuestra doctrina concebía la prueba ilícita como 'la fuente o elemento de prueba obtenido con infracción de determinadas normas o principios jurídicos'⁴⁴.

Es dable sostener que para este sector de la doctrina la prueba ilícita es aquella que atenta en contra de la dignidad humana⁴⁵. De esta forma, toda prueba que atente contra ella deviene en ilícita y por tanto no debe considerarse como un elemento probatorio válido.

Ahora bien, la doctrina moderna nacional ha entendido que la prueba ilícita es aquella cuya que ha sido obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental⁴⁶.

⁴⁴ Carocca Pérez, Alex. 1998. p. 307.

⁴⁵ Midón, Marcelo. 2002. p. 32.

⁴⁶ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. 2004. p. 169.

En la actualidad entonces, la doctrina mayoritaria ha entendido que la prueba ilícita es aquella que es obtenida con infracción de derechos fundamentales. Es lícita, entonces, cuando no existe –ni en la obtención, ni durante la práctica del medio de prueba- una infracción a normas constitucionales⁴⁷.

Sin embargo, de acuerdo a una concepción racionalista de la prueba, hablar de prueba ilícita presenta importantes inconvenientes. Toda vez que, de acuerdo a una teoría del conocimiento, como la que en esta investigación se sustenta, una prueba que es ilícita no puede considerarse como prueba pues la ilicitud supone necesariamente exclusión. Por lo tanto, no hay prueba que sea ilícita.

Además, cabe decir que el binomio lícito o ilícito tampoco resulta aplicable bajo una teoría del conocimiento como la que aquí se defiende. Una prueba puede ser más fiable que otra, por ejemplo, pero no podrá ser ilícita, ya que dicha característica supone su exclusión como elemento probatorio.

No obstante, la tesis mayoritaria en nuestro ordenamiento jurídico, sostiene y defiende la validez del binomio prueba lícita o ilícita y entiende que prueba ilícita es aquella que se ha obtenido con violación de derechos fundamentales⁴⁸. Prueba que por tanto no se puede hacer valer dentro del proceso. Funciona entonces como una regla de exclusión probatoria. Para este efecto Damaska ha señalado que las denominadas reglas de exclusión son aquellas que rechazan información probatoria a favor de valores no relacionados con el propósito de encontrar la verdad⁴⁹.

Ahora bien, la regla de exclusión de la prueba ilícita conlleva entonces que no sean considerados como parte del conjunto de pruebas aquellas que hayan sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales, sacrificando el valor epistemológico que proporcionan dichos medios probatorios.

⁴⁷ Pico I Junoy. 1996, p. 286.

⁴⁸ Ferrada, Francisco. 2009. p. 40.

⁴⁹ Damaska En: Ferrada, Francisco, 2009. p. 13.

Esto significa que aun existiendo pruebas relevantes que aportan información en dirección de la averiguación de la verdad, se está dispuesto a excluir esa información por proteger otros derechos, como por ejemplo, la inviolabilidad del hogar, la intimidad o los secretos en las comunicaciones, derechos distintos a la búsqueda de la verdad.

2. Orígenes de la regla de exclusión de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita tuvo origen en materia penal en los fallos dictados por la Supreme Court de Estados Unidos⁵⁰.

Se estima que fue la propia jurisprudencia la encargada de introducir el concepto, asociado al fallo “Weeks contra E.U.”, recaído en sede penal. Sin embargo, existen antecedentes que indican que esto tuvo lugar mucho antes, específicamente en Italia en el siglo XVI, al ser sostenida por el jurista Próspero Farinacci⁵¹.

Se trata en estos casos de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y todas las pruebas obtenidas indirectamente a partir de la información que inicialmente fue obtenido por medios ilícitos, teoría que se conoce como la del árbol envenenado.

Es dable señalar que para esta investigación no es procedente hablar de prueba ilícita ya que la ilicitud supone exclusión y bajo una teoría del conocimiento un elemento que resulta excluido del proceso no es prueba.

3. Regulación normativa de la prueba ilícita como regla de exclusión en el derecho nacional

⁵⁰ Zapata García. 2004, p. 102 y ss.

⁵¹ Ferrada, Francisco. 2009. p. 7.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional es posible reconocer que la regla de exclusión probatoria por ilicitud tiene reconocimiento en distintos cuerpos normativos.

De esta forma, la exclusión de la prueba ilícita encuentra claro reconocimiento en materia penal en el inciso 3 del artículo 276 del Código Procesal Penal al expresar lo siguiente:

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

El éxito de la regulación penal estableció la creación de normas de exclusión probatoria para otros ámbitos o áreas del derecho.

Así también, es posible encontrar en la ley N° 19.968, que crea los Juzgados de Familia, la existencia de reglas de exclusión probatoria en su artículo 31 de dicha ley al señalar lo siguiente:

“El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales”.

De la misma forma que en materia laboral, particularmente en el artículo 453 del Código del Trabajo que señala lo siguiente:

Art. 453, N°4:

“Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución. 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”.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el Código Procesal Penal y en la Ley N° 19.968, el Código de Procedimiento Civil chileno no contiene normativa alguna relativa a la exclusión de la prueba ilícita. Es sólo el actual anteproyecto de Código Procesal Civil, que se reconoce explícitamente la exclusión de la prueba de ilícita en el proceso civil (artículo 267 N° 7 y artículo 282 del anteproyecto, respectivamente)⁵². No obstante, resulta preocupante la falta de interés de resolver este tema de interés público para el país.

3. Fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia civil

Como ya se ha señalado, los fundamentos de exclusión de la prueba ilícita en un inicio los encontramos en la justicia norteamericana. Es en este escenario donde es posible reconocer o identificar, fundamentalmente, dos tipos de argumentos, un fundamento ético, basado en el debido proceso o en la integridad del proceso. Y en segundo lugar, un argumento disuasorio, bajo el que se excluye prueba que siendo relevante provoca efectos perniciosos para futuros procedimientos.

El argumento relativo al resguardo del debido proceso ha sido una de las defensas más importantes en el mundo académico nacional. De esta forma, para parte de la doctrina, fundar la exclusión de la prueba ilícita, bajo el argumento del debido proceso es el camino más adecuado y utilizado en la esfera procesal civil⁵³.

⁵² Ferrada, Francisco. 2009. p. 56.

⁵³ Ibíd. p. 89.

El argumento principal para sostener el fundamento de la regulación de la exclusión de la prueba ilícita es que ella deriva directamente de la constitución por la posición preferente que tienen los derechos fundamentales sobre otros derechos⁵⁴.

Aún, es más, se ha señalado que toda norma que establezca derechos fundamentales, independiente de su rango normativo, generará ilicitud de prueba si ha sido vulnerada en la obtención de prueba⁵⁵.

Ahora bien, el fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita defendido es equivocado y a continuación se enunciarán las razones para sostener aquello.

Se ha señalado tradicionalmente que la exclusión de pruebas ilícitas conlleva necesariamente un sacrificio epistémico que se encuentra justificado en el respeto de derechos fundamentales con los que entra en conflicto, ya sean presentes o en futuros procedimientos.

De forma que no se ve garantizado el debido proceso si se admite como elemento probatorio aquella prueba que es obtenida con infracción de derechos fundamentales que la constitución confiere un espacio preferente⁵⁶.

Esta idea ha sido desde ya cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera que no se puede excluir "en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente", correspondiéndole únicamente averiguar si el proceso fue un proceso justo, sin atención a la exclusión probatoria de la prueba ilícita⁵⁷.

⁵⁴ Gascón, Marina. 2005. p. 61.

⁵⁵ Ferrada, Francisco. 2009. p. 25.

⁵⁶ Gascón, Marina. 2005. p. 62.

⁵⁷ Schenk contra Suiza, sentencia del 12 de julio de 1988, fundamento de derecho.

Ahora bien, la exclusión de la prueba ilícita relevante, significa la exclusión de una prueba relevante que significa un sacrificio epistemológico que atenta con el fin del proceso, cual es la correcta aplicación del derecho.

Por tal consideración este sacrificio sobre la evidencia impone al menos dos condiciones:

1. Sacrificar ese derecho sea el mecanismo más adecuado para proteger el otro derecho.
2. No hay otro mecanismo que permita proteger los dos derechos. Si hubiera un mecanismo que protegiera ese derecho, no existiría argumento constitucional para su exclusión⁵⁸.

Sin embargo, para una parte de la doctrina frente a la existencia de prueba ilícita, la solución es que, si se vulnera una norma constitucional, lo que procede aplicar es la nulidad de los actos procesales⁵⁹.

Para otra parte de la doctrina, en particular la defendida por el profesor Francisco Ferrada, sostiene que esta no es la solución correcta dado que, señala, el único camino real que queda es la no valoración de la prueba⁶⁰.

En cambio, para esta investigación resulta razonable que en presencia de un conflicto normativo entre derechos, como el debido proceso o el derecho a la prueba, señalar que no existe sacrificio de derecho fundamental alguno, toda vez que la ilicitud ya tuvo lugar material en el mundo y no hay manera de retrotraer los hechos a la no existencia de este medio probatorio.

Así también, es dable señalar que nuestro ordenamiento jurídico provee los medios necesarios y óptimos para su correcta solución. Existiendo, de esta forma, diversas sanciones destinadas para tales efectos, ya sean disciplinarias, civiles o penales para su adecuada corrección⁶¹.

⁵⁸ Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 6), 2016, Julio, 6, min. 19.

⁵⁹ Ferrada, Francisco. 2009. p. 23.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 24.

⁶¹ Miranda, E., M. 1999. p. 47.

4. Contra la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia civil.

La exclusión de la prueba ilícita significa entonces la imposibilidad de admitirla dentro del material probatorio, como de valorarla, o sea su absoluta inutilizabilidad dentro del proceso.

Para una parte importante de la doctrina nacional –sino mayoritaria- toda prueba que haya sido obtenida por medios ilícitos, contrariando derechos constitucionales garantizados por nuestra Constitución Política, resultará procesalmente inadmisibile, y por lo tanto, deberá ser excluida como elemento disponible de juicio⁶². Para quienes abogan por su exclusión, señalan, que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio.

En otra dirección, el argumento cambia en torno a la idea de que toda prueba, aún aquella que ha sido obtenida ilícitamente, debe formar parte del material probatorio disponible a favor del juez para someterlo a un estándar probatorio, ya que la finalidad epistemológica de la prueba prevalece como razón para la acción de los ciudadanos. De acuerdo a esta tesis, todo aquello que vaya en dirección del descubrimiento de la verdad debe ser valorado por el juez y someterse a una regla de estándar.

4.1. El debido proceso, la prueba ilícita y el efecto horizontal de los derechos constitucionales

Quienes abogan por la exclusión de la prueba ilícita sostienen que su compromiso dice relación con el respeto con las garantías fundamentales, presentes o futuras, que se ven vulneradas o infringidas con la inclusión de un elemento probatorio ilícito.

Existe amplia literatura acerca de qué entendemos por debido proceso, y no es propósito de este trabajo, abarcarlo de forma extensa. Por esto, solo

⁶² Midón, Marcelo. 2002. p. 13.

cabe señalar en forma breve las principales nociones que se han formulado históricamente acerca de la materia.

De acuerdo con una primera noción, el debido proceso dice relación con el respeto de las garantías fundamentales, con principal énfasis en el respeto por el derecho de las partes.

Esta noción es la que recibe mayor aceptación por parte de la doctrina, no tomando en consideración la calidad de la discusión con la que culmina el procedimiento. Existe debido proceso si es correcto el procedimiento a través del cual se articula, por lo que todo lo referido a la decisión propiamente tal no importa⁶³.

Ahora bien, de acuerdo con una segunda noción del debido proceso, ésta se vincula con la idea de que existirá debido proceso si además de un respeto por las garantías fundamentales, se logren obtener decisiones justas.

Para Andrés Bordalí Salamanca el debido proceso ha sido conceptualizado como aquel derecho que les garantiza –a los ciudadanos- que la respuesta judicial será el fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial⁶⁴.

La doctrina ha sostenido, a su vez, defensas comprendidas en el fundamento ético en que está envuelta la prueba ilícita. Así, se ha sostenido que al Estado y por ende, a la administración de justicia en tanto función estatal, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos⁶⁵.

De esta forma, es posible sostener que la tesis sostenida en nuestro sistema penal, la que ha sido sustentada también por el derecho español en diversos fallos (STC 114/1984), en el hecho de que la justificación del principio de

⁶³ Taruffo, Michele. 2010. p. 135.

⁶⁴ Bordalí Salamanca, Andrés. 2003. p. 257.

⁶⁵ Midon, Marcelo. 2002. p. 51.

exclusión probatoria radica en la vulneración de garantías constitucionales orientadas al resguardo y respeto del debido proceso⁶⁶.

Empero, de acuerdo a esta investigación el debido proceso está vinculado directamente con la averiguación de la verdad:

“Dado que parece demostrado que, por un lado, la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es posible y que, por otro lado, esa determinación es necesaria, se sigue entonces que un procedimiento satisface las exigencias del debido proceso si está dirigido sistemáticamente a lograr que se determine la verdad sobre los hechos relevantes para la decisión, y que no las satisface en la medida que esté estructurado de una forma que obstaculice o limite el descubrimiento de la verdad, pues en este caso lo que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que el proceso concluye”⁶⁷.

A su vez, cabe señalar que se ha fundado la exclusión de la prueba ilícita en materia civil en un argumento que no está presente en materia penal, el cual dice relación con las normas sobre derechos fundamentales que influyen en la relación de los ciudadanos. Es lo que se conoce como el efecto horizontal de los derechos constitucionales, el cual se entiende como el efecto de los llamados derechos fundamentales de un particular frente a posiciones jurídicas de otro⁶⁸.

En ese sentido, un particular puede ser sujeto activo en la vulneración de un derecho fundamental. De este reconocimiento se sigue que es exigible respecto de un particular el mismo respeto por normas de derechos fundamentales que al Estado. De esta forma, si en un procedimiento seguido entre iguales se vulneran derechos de carácter fundamental, estaríamos frente a prueba ilícita, de manera que, sostiene esta parte de la doctrina, no podrá producir sus efectos normales frente al tribunal⁶⁹.

⁶⁶ Ferrada, Francisco. 2009. p. 49.

⁶⁷ Taruffo, Michele. 2010. p. 137.

⁶⁸ Aldunate, Lizana, E. 2003. p. 14.

⁶⁹ Ferrada, Francisco. 2009. p. 34.

Sin embargo, el legislador no se ha percatado de los inconvenientes que conlleva aplicar estas reglas entre privados producto del fuerte neo constitucionalismo y las nociones de eficacia horizontal de los derechos fundamentales que han hecho que el sistema se encuentre en una fuerte decadencia⁷⁰.

Esta situación ha sido problemática en la doctrina dado que la relación entre los privados no se ubica en el mismo lugar que la protección de un privado respecto del poder público. Las nociones de neo constitucionalismo que sustentan esta tesis y la idea de efecto horizontal de los derechos constitucionales han sido fuertemente criticadas por las siguientes razones⁷¹:

1. La práctica jurisprudencial ha provocado incerteza por la falta de una creación dogmática constitucional⁷². Lo que se ha traducido en que la acción de protección ha provocado un caos en materia contractual.
2. En materia de prueba ilícita existe la contradicción de limitar a los particulares de forma tan gravosa como en materia penal, considerando que el principal órgano encargado de la prueba (Ministerio Público) no es titular de garantías del debido proceso, como sí lo son las partes en materia civil.

Ahora bien, si concebimos que la justificación de la exclusión de la prueba ilícita como elemento probatorio, reside en el hecho de prevenir la vulneración de garantías constitucionales, resulta ser absolutamente insuficiente por las siguientes consideraciones:

1. La justificación estructural del proceso radica en la idea de que la prueba es una herramienta para la búsqueda de la verdad como regla para la acción de los ciudadanos. En ese sentido, cualquier sacrificio epistemológico en relación con los medios probatorios disponibles no debe sujetarse bajo parámetros normativos; sino que a que la lógica y a criterios epistemológicos.

⁷⁰ Aldunate, Lizana, E. 2009. p. 212.

⁷¹ Larroucau Torres, J. 2010. pp.169 y ss.

⁷² Accatino Scagliotti, D. 2006. pp. 19 y ss.

2. Es nuestro propio ordenamiento jurídico quien provee los medios necesarios y óptimos para su solución: existiendo diversas sanciones destinadas para tales efectos, ya sean disciplinarias, civiles o penales para su corrección⁷³.

4.2. Efecto correctivo del principio de inclusión en futuros procedimientos

Uno de los argumentos que esgrime la doctrina para negarse a que la prueba carezca de límites y regulación, ha sido sostenido fundamentalmente por la jurisprudencia norteamericana, bajo el argumento de que la exclusión de elementos probatorios obtenida bajo medios ilícitos promueve que en el futuro se siga contrariando la ley, vulnerando garantías constitucionales.

Por esto, para la justicia norteamericana, la justificación fundamental de la regla de exclusión probatoria reside en la necesidad de disuadir de la violación de los derechos y de disuadir futuras lesiones de los derechos sujetos a consagración constitucional⁷⁴.

Sin embargo, no es posible comprobar que el precepto de inclusión de la prueba ilícita ejerza un real efecto de persuasión respecto de futuros procedimientos. Esto porque el verdadero perjudicado con la exclusión, no es otro que la administración de justicia, al restar elementos que contribuyan a alcanzar la verdad de lo ocurrido.

Este efecto ha sido bastamente desmentido por la doctrina y jurisprudencia norteamericana e internacional. Ya en los años setenta, Dallin Oaks, planteó bajo un estudio epistémico, una tesis en la que sostiene que no existen razones que den cuenta de que la exclusión de la prueba ilícita provoque un efecto pernicioso en futuros procedimientos judiciales⁷⁵.

Si bien es cierto que la Corte Suprema de Estados Unidos ha sido vacilante en orden a considerar el argumento de la disuasión en el tiempo, en los últimos

⁷³ Miranda, E., M. 1999. p. 47.

⁷⁴ Gascón, Marina. 2005. p. 64.

⁷⁵ Oaks, Dallin. 1970. p. 668.

años, es posible considerar que dadas las importantes excepciones a la procedencia de la prueba ilícita que esta regla se encuentra en decadencia.

Así las cosas, inicialmente el tribunal supremo norteamericano ha expresado en este sentido lo siguiente:

‘La regla de exclusión está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir -imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla’⁷⁶.

No obstante, esta tesis admite importantes cuestionamientos, debido a que permite reconocer excepciones a la misma; ya que, de no existir este efecto disuasorio, entonces no existiría razón alguna para establecer regla de exclusión probatoria. En el caso de que no sea necesario perseguir un efecto preventivo o disuasorio, como, por ejemplo, cuando el derecho vulnerado esté bastamente protegido, el argumento se debilita al punto de ser favorable para la tesis contraria⁷⁷.

Es la misma Corte Suprema estadounidense en la sentencia Hudson vs. Michigan que señala lo siguiente:

“No se puede asumir que la exclusión en el contexto actual ofrece efectos disuasorios necesarios simplemente porque hace mucho tiempo consideramos que era un efecto disuasorio necesario. Ello implicaría forzar al público de hoy a pagar por los pecados e inadecuaciones de un régimen jurídico que existía hace casi 50 años”⁷⁸.

De esto también da cuenta el juez de Estados Unidos, Richard Posner, al señalar que nadie sabe realmente cuál es la efectividad de la regla de exclusión

⁷⁶ Elkins vs. United, 364 S.Ct. p. 206 (1960).

⁷⁷ Gascón, Marina. 2005. p. 67.

⁷⁸ Hudson v. Michigan 126 S.Ct. 2166 (2006).

de la prueba ilícita como efecto disuasivo, ya que la disuasión no es susceptible de comprobación empírica alguna⁷⁹.

Estos son los argumentos principales para sostener la inaplicabilidad de la regla de exclusión con carácter general. Puesto que si de lo que se trata es de lograr un efecto correctivo en futuros procedimientos la respuesta es otra. De lo que se trata, como razona la Corte Suprema de Estados Unidos en el fallo citado, entonces es de denunciar a sus responsables criminalmente, o civilmente por daños o perjuicios, o por vía administrativa, de forma de no excluir prueba que conllevaría un sacrificio epistémico injustificado⁸⁰.

4.3 La búsqueda de la verdad como justificación estructural del proceso

En un inicio, los medios probatorios, específicamente durante la edad media, iban encaminados a decidir las determinadas controversias y de esta forma alcanzar decisiones definitivas, más que como una técnica dirigida a descubrir la verdad⁸¹.

En la Europa continental, los medios probatorios se reducían en términos generales a la práctica de las llamadas ordalías. El abandono de éstas prácticas constituyó una re significación de la finalidad de la prueba. La prueba entonces ahora es concebida bajo el prisma de que el aspecto fundamental es el descubrimiento de la verdad de los hechos del caso⁸².

El descubrimiento de la verdad como fin de los medios probatorios estuvo alejada de la vida jurídica, sino hasta la aparición de concepciones de índole racionalista. Es esta nueva concepción la que reconocerá a las pruebas el medio para el descubrimiento de la verdad.

⁷⁹ Posner, Richard. 1981. p. 54.

⁸⁰ Midón, Marcelo. 2002. p.78.

⁸¹ Taruffo, Michele. 2010. p. 18.

⁸² Ibíd. p. 38.

Este tránsito, sostenemos, es uno de los aspectos más importantes de la evolución de la prueba, ya que es considerado como una victoria del racionalismo por sobre el misticismo propio de la etapa anterior⁸³.

Ahora bien, para esta investigación y bajo una concepción del conocimiento racional la verdad no puede limitarse. Un proceso que se rige por normas que tienen por objeto regular la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes, tiene como resultado una verdad limitada e incompleta, o puede ser también en casos más extremos, en que no se determina ninguna verdad⁸⁴.

En esta dirección Michele Taruffo señala lo siguiente:

“La exclusión de pruebas atípicas es, en todo caso, inaceptable especialmente desde el punto de vista epistémico: ningún historiador a ningún científico rechazaría considerar algún dato cognoscitivo o alguna información útil sólo porque no existe una regla expresa que le permita específicamente hacer uso de ellos”⁸⁵.

Esta exclusión probatoria determina que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada e incompleta o incluso que no se determina ninguna verdad⁸⁶.

Resulta relevante revisar la forma en que entendemos la justificación del proceso toda vez que una consideración argumentativa no presenta compromiso alguno con la verdad; mientras que, bajo una teoría racional de la prueba, la justificación del proceso está en la búsqueda de la verdad como razón de acción para los ciudadanos.

⁸³ Ibíd. p. 38.

⁸⁴ Ibíd. p. 101.

⁸⁵ Ibíd. p. 161.

⁸⁶ Ibíd. p. 101.

Bajo una teoría racional del conocimiento, el sentido de que la exclusión de determinadas pruebas entorpece la búsqueda de la verdad y de la justicia y lo que corresponderá será admitir toda prueba relevante, preconizándose la sanción (penal, civil o administrativa), del responsable del hecho ilícito⁸⁷.

4.4. El derecho a la prueba como derecho constitucional.

Es tradicional encontrar en doctrina el argumento de que aquellos que están por admitir medios probatorios obtenidos bajo medios ilícitos no tienen consideración ni respeto ante conductas inconstitucionales y por tanto atentan contra el debido proceso.

Sin embargo, el concepto de debido proceso implica garantizar diferentes y múltiples garantías de la justicia civil. Entre las que es posible señalar el derecho a la prueba que se ha concebido como una garantía de fundamental importancia procesal, siendo susceptible de considerarla, al no tener mención expresa, bajo el derecho de defensa⁸⁸.

De esta forma, al tener un conflicto entre derechos fundamentales (por ejemplo, derecho a la honra contra derecho a la prueba) las limitaciones a esta garantía deben reducirse al máximo y la fundamentación de la limitación debe tener consagración constitucional dado los valores disputados en juego⁸⁹.

Como hemos señalado, la exclusión debería cumplir con a lo menos dos requisitos:

1. Que sacrificar ese derecho sea el mecanismo más adecuado para proteger el otro derecho.

⁸⁷ Midón Marcelo. 2002. p. 13.

⁸⁸ Ferrada, Francisco. 2009. p. 94.

⁸⁹ Taruffo, Michele. 2008. p. 57.

2. No hay otro mecanismo que permita proteger los dos derechos. Si hubiera un mecanismo que protegiera ese derecho, no existiría argumento constitucional para su exclusión⁹⁰.

Veamos el punto número uno, ¿resulta efectivo que sacrificar ese derecho es el mecanismo más adecuado para proteger el otro derecho? Sostengo que la prueba ilícita ya se generó en el mundo, por lo que no tiene fundamento sacrificar el elemento probatorio. Por otro lado, la justificación estructural del proceso radica en la idea de que la prueba es una herramienta para la búsqueda de la verdad como regla para la acción de los ciudadanos. En ese sentido, cualquier sacrificio epistemológico en relación con los medios probatorios disponibles no debe sujetarse bajo parámetros normativos; sino que a que la lógica y a criterios epistemológicos.

Respecto a la segunda condición, esto es que no exista mecanismo alguno que protegiera ese derecho. Lo cierto es que nuestro ordenamiento provee diversos mecanismos que resulta la forma correcta y más adecuada de proteger un derecho vulnerado producto de la obtención de prueba ilícita, esto es, saneándolo, ya sea por medio de reparaciones pecuniarias o a través de sanciones administrativas o judiciales⁹¹.

En este sentido es dable señalar que excluir pruebas por ser éstas contrarias a derechos constitucionales no resulta justo sin haber hecho previamente una debida ponderación de los principios fundamentales en disputa. Este juicio tiene por objetivo determinar la primacía de, por una parte, un interés público como la averiguación de la verdad; o, por otra, un interés público diferente, cual es el respeto a las garantías constitucionales.

En consecuencia, dado que la inclusión de toda prueba, ya sea la equívoca expresión prueba ilícita u otra en materia civil, tiene como fundamento y justificación que el fin del proceso no es otro que la búsqueda de la verdad, resulta que establecer reglas de exclusión es absolutamente improcedente. Es en

⁹⁰ Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 6), 2016, Julio, 6, min. 19.

⁹¹ Midón, Marcelo. 2002. p. 13.

esa lógica que es posible sostener que dentro del proceso civil debe admitirse toda prueba, se haya obtenido por medios ilícitos o no. En el caso de que exista infracción a derechos constitucionales, se aplicará al infractor ya sea una sanción penal, civil o administrativa, según el caso, no sacrificando un medio probatorio que eventualmente puede contribuir a obtener una correcta aplicación del derecho⁹².

⁹² Miranda Estrampes. 2004. p. 52.

CONCLUSIONES

El principio de inclusión procesal, que tiene como precursor a Jeremy Bentham, impone una serie de reglas. La más importante es el hecho de admitir toda prueba que tenga el carácter de relevante para la decisión sobre los hechos que deberá decidir el juez.

Bajo este principio la actividad probatoria no tiene límite alguno en la etapa de conformación de los elementos del juicio. En ese sentido, para parte de la doctrina, la prueba es libre por una razón epistémica fundamental: es que excluir la sola posibilidad de utilizar pruebas relevantes es una forma segura de excluir la posibilidad de descubrirla.

La justificación del principio reside en la idea de que la prueba tiene una finalidad estructural: la averiguación de la verdad. Esta finalidad está dada por el hecho de que es necesario para que el derecho funcione como razón para la acción para los ciudadanos, esto es como motivación de la conducta.

Nuestro Código de Procedimiento Civil se ha dicho no consagra una libertad en términos probatorios; sino que más bien presenta una serie de límites que hacen que repercute en el hecho de que el órgano adjudicador disponga de menos elementos de conocimiento para tomar una decisión. Nuestra legislación, entonces, regula largamente la actividad probatoria, en cuanto a su oportunidad, peso o valor normativo, requisitos procesales de procedencia. Esto tiene lugar por ejemplo en la prueba testimonial, en el secreto, en los plazos o en la mal denominada exclusión de prueba ilícita.

Por una parte, es posible concluir que la prueba testimonial, como en el secreto, no debería tener más límites que los que impone criterios de utilidad: determinar si la prueba es relevante o no. No atender a criterios como la calidad de la persona, como la hace nuestro Código de Procedimiento Civil al no admitir la declaración de sordos mudos o por la ocupación que desarrollen las personas, al no permitir que vagos declaren. Su exclusión debería tener lugar en una etapa diferente: la valoración del juez. En donde el juez debe motivar fundamente las

razones que permiten sostener que dichos elementos presentan un valor epistémico mayor que el hecho de no admitirlas.

Lo mismo ocurre en el caso de la regulación de la prueba ilícita en nuestro procedimiento civil. La admisibilidad de dichas informaciones no debe definirse por un criterio normativo sino que uno eminentemente epistemológico: si dichas declaraciones significar apoyo a la hipótesis que tiene la pretensión de determinar lo ocurrido, dichas declaraciones deben admitirse y el juez valorándolas decidir si la admisibilidad de la prueba, sujeta a límites en la libre valoración de la prueba como los conocimientos científicamente afianzados, las reglas de la lógica y las máximas de las experiencias.

Ahora bien, esta investigación sostiene que es una contradicción en sus términos hablar de prueba por ilicitud. Esto porque la ilicitud supone exclusión del elemento probatorio, y si nos vamos a admitir a valoración como prueba aquello que tiene defecto de ilicitud, entonces no puede haber propiamente prueba ilícita.

De esta forma, cabe preguntarse por qué una información que puede resultar relevante para tomar una decisión judicial debe ser excluida del material probatorio y de la valoración del tribunal.

Una vez analizados los distintos argumentos que ha entregado la doctrina en dirección a defender la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita, es posible concluir que estos resultan ser insuficientes.

Esto fundamentalmente porque la finalidad de la prueba no es otro que la averiguación de la verdad, de forma de obtener decisiones justas, correctamente ajustadas a derecho. Esto para que el derecho funcione como razón para la acción, como motivación de la conducta de los sujetos imperados. De tal forma que excluir un elemento que puede derivar en relevante para la consideración del tribunal, no se ajusta y contraviene el fin del proceso y la prueba.

El debate gira, entonces, en torno a que excluir prueba que en cuya obtención se han infringido, de cierto modo, derechos fundamentales, resulta

procedente o no su inclusión dentro del proceso. Sin embargo, dicha consideración fue tempranamente dejada sin efecto en los años setenta por consideraciones sociológicas y sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos. Señalando, por una parte, que no existe constancia empírica de que la existencia de la inclusión de la prueba ilícita conlleve una determinada conducta en el futuro de las partes en el proceso; y por otra, que existen las soluciones adecuadas para satisfacer un eventual daño: ya sean civiles, penales o administrativas.

Así las cosas, si nos tomamos en serio que el fin y la justificación del proceso es la averiguación de la verdad, para una correcta aplicación de las normas, resulta imperativo entonces aplicar criterios epistemológicos y no jurídicos al menos en la etapa de conformación de elementos de juicio disponible.

En esta etapa probatoria el derecho no tiene espacio para dejárselo a criterios de epistemología general. Las reglas jurídicas solo entorpecen el proceso y lo vuelven irracional.

Si nos seguimos entonces por una teoría del conocimiento racional toda información dentro del proceso civil debe admitirse, ser valorada y ser sometida a un estándar probatorio por parte del órgano adjudicador, quién conforme a las reglas de la lógica, generalizaciones empíricas, las máximas de la experiencias y conocimientos científicamente aceptados, decidirá si la efectividad de la ocurrencia de los hechos en el mundo.

Por lo tanto, de acuerdo a esta tesis, no es dable admitir la exclusión de la prueba ilícita no sólo porque el fin último del proceso es la averiguación de la verdad; sino que también del hecho de que la prueba haya sido obtenida ilícitamente, no se sigue lógicamente su exclusión como elemento probatorio.

En definitiva, si sostenemos una teoría racional del conocimiento como la que aquí se defiende, si una prueba fue obtenida ilícitamente, ese elemento irremediablemente ya se generó en el mundo, por lo que restarle valor probatorio o excluirlo no resulta estar conforme con el fin de la prueba, que como hemos

dicho, es la búsqueda de la verdad como instrumento de motivación de la conducta de los ciudadanos. Su inclusión es del todo procedente, ya que si eventualmente dicha información presenta algún daño o perjuicio, nuestro propio ordenamiento jurídico provee los medios idóneos para dar una correcta solución (ya sea administrativa, penal, o civil), que no conllevan un sacrificio epistemológico que contradice los fines de la prueba y del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos:

1. Accatino Scagliotti, Daniela: “La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal” en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, N°2, 2006.
2. Aldunate, Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en La Constitucionalización del Derecho Chileno, 1ª Edición, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
3. Aldunate, Lizana, E., “Derechos fundamentales”. Legal Publishing, Santiago, 2009.
4. Armenta, T., “La prueba ilícita (un estudio comparado), Marcial Pons Ed., Madrid, 2009.
5. Bordalí Salamanca, Andrés, ‘El debido proceso’, en La Constitucionalización del derecho Chileno, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
6. Bentham, Jeremy, “*Tratado de las pruebas judiciales*”, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont (Traducc. del francés por Manuel Ossorio Florit Editorial Comares, Granada, 2001), 1825.
7. Carocca Pérez, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, revista *Ius et Praxis*, año 4 N°2, 1998.
8. Cohen, L.J., “Freedom of Proof” en Twining, W.L. (ed), *Facts in law*, Association for Legal and Social Philosophy, Wiesbaden, 1983.
9. Dallin H. Oaks, “Studying the exclusionary rule in search and seizure”, *The University of Chicago Law Review* 37, n° 4 (1970).

10. Damaska, Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
11. Ferrada, Francisco, "La prueba ilícita en el sistema procesal civil", Legal Publishing, Abeledo Perrot, 2009.
12. Ferrer Beltrán, Jordi. "La valoración Racional de la Prueba". Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2007.
13. Ferrer, Jordi, "*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*", Editorial Marcial Pons, 2007.
14. Ferrer Beltrán, J. "La Prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana." *Cruz tejada, H. (coord.): Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Bogotá (COL): Universidad de Los Andes, 2011.
15. Ferrer, Jordi, "La prueba y verdad en el derecho", Madrid. Marcial Pons, 2005.
16. Gascón, Abellán, Marina. 'Los hechos en el derecho: Bases Argumentales de la Prueba', Segunda Edición. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010.
17. Gascón, Abellán, Marina. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 28, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2008.
18. Gascón, Marina, "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita". *Jueces para la democracia*, nº 52 (2005): 74-86.
19. Giménez Pericas, Antonio. "Sobre la prueba ilícitamente obtenida". Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 6 (1992).
20. González Lagier, Daniel. "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II). *Jueces para la democracia*, nº 47 (2003).

21. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo II. Editorial Jurídica, Santiago, año 2004.
22. Larroucau, Jorge, "La prueba en el proceso civil", Tesis Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Santiago, 2010.
23. Larroucau, Jorge (A), "Hacia un estándar de prueba civil", Revista Chilena de Derecho, año 2012.
24. Larroucau, Jorge (B), "*Por un estándar amplio de admisibilidad de pruebas en la justicia civil*", en Actas del Congreso Internacional de Derecho. En homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Tomo IV, EDEVAL, Valparaíso, 2012.
25. Meneses, Claudio, "*Fuentes y medios de prueba en el proceso civil*", Revista Ius Et Praxis, 2008
26. Miranda, E., M. "El concepto de la Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal", 1999.
27. Midón, M. "Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Editoriales Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
28. Oaks, Dallin H. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure". The University of Chicago Law Review 37, n° 4 (1970).
29. Pico I Junoy, "El derecho a la prueba en el Proceso Civil". Bosch Editores, Madrid, 1996.
30. Peñailillo, Daniel, 'La prueba en materia sustantiva civil, Parte general'. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
31. Posner Richard, "Rethinking the Fourth Amendment", The Supreme Court Review, 1981.

32. Jequier, E., "La obtención ilícita de la Fuente de la prueba en el proceso civil, análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno", En Revista Chilena de Derecho, vol. 34, N° 3, 2007, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07183437200700030006 >.

33. Rawls, John, "El liberalismo político", trad. de A. Domenech, Barcelona, Crítica, 1996.

34. Stein, Alex, "Contra la prueba libre", Revista de derecho, Vol. XXVI, Diciembre 2013.

35. Taruffo Michele, "La prueba". Marcial Pons, Madrid, 2008.

36. Taruffo, Michele, "La prueba de los hechos", trad. de J. Ferrer, Madrid, Trotta, 2002.

37. Taruffo, Michele. "Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos". Madrid: Marcial Pons, 2010.

38. Tavolari Oliveros, Raúl. "Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en audiencia". Boletín del Ministerio Público, nº 14 (2003): 151-60.

39. Zapata García, "La prueba ilícita", Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

Jurisprudencia:

1. Elkins vs. United, 364, Supreme Court of the United State of America (1960).

2. Corte Suprema, 1º abril de 1974, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 68 (1971).

3. Caso Schenk contra Suiza, fundamento de derecho, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1988).

4. Hudson v. Michigan 126, Supreme Court of the United State of America (2006).

Medios audiovisuales:

1. [Poder Judicial Chile](https://www.youtube.com/watch?v=NQDtuTXqobs). (2016, Julio, 5). Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 1). Recuperado de: [<https://www.youtube.com/watch?v=NQDtuTXqobs>].

2. [Poder Judicial Chile](https://www.youtube.com/watch?v=UqxY2ynnGdM&t=1834s). (2016, Julio, 6). Cuartas Jornadas Chilotas de Derecho (Video 6). Recuperado de: [<https://www.youtube.com/watch?v=UqxY2ynnGdM&t=1834s>].