



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO DE FAMILIA

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

**Memorista:**

Constanza Andrea Delgado Valenzuela

**Profesora guía:**

María de los Ángeles González Coulon

Santiago, Chile

Febrero 2021

*Gracias a mis padres por todas las oportunidades que me han dado  
y que han hecho posible que llegue hasta aquí hoy*

## ÍNDICE

<b>Resumen</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	6
<b>Capítulo I. Concepto de prueba ilícita</b> .....	8
A) Origen y definiciones.....	8
B) Delimitación del concepto.....	12
B.1) Prohibiciones probatorias.....	12
B.2) Prueba ilegal o irregular.....	14
B.3) Prueba ilegítima.....	15
B.4) Prueba viciada.....	16
B.5) Prueba clandestina.....	17
C) Consagración nacional de la regulación de la prueba ilícita.....	18
C.1) Regulación en materia penal.....	19
C.2) Regulación en materia de familia.....	20
C.3) Regulación en materia laboral.....	21
C.4) Regulación en materia civil.....	22
<b>Capítulo II. La prueba ilícita y el Derecho a la prueba</b> .....	24
A) Derecho a la prueba: concepto, contenido y limitación.....	24
A.1) El derecho a la prueba y el derecho a defensa: su consagración en Chile.....	28
A.2) Derechos fundamentales afectados con la obtención de fuentes de pruebas.....	32
B) La conjugación del derecho a la prueba y la prueba ilícita.....	35
<b>Capítulo III. La controversial prueba ilícita en el Derecho de Familia</b> .....	38
A) Regulación de la Ley N° 19.968.....	39
B) La discutida regla de exclusión en materia de familia.....	42
B.1) Origen, expansión y fundamento de la regla de exclusión.....	42
B.2) El fundamento de la regla de exclusión en materia de familia.....	45
B.3) El problema de consagración de la regla de exclusión en base a derechos fundamentales en la esfera civil del derecho.....	48
B.4) El efecto de irradiación de los derechos fundamentales.....	51
C) La eficacia en la exclusión de la prueba ilícita en el proceso de familia.....	54
C.1) Problemas de “sobre-exclusión” de pruebas.....	59
C.2) Alternativas a la regla de exclusión: ¿Es la mejor opción?.....	62
D) El “efecto oculto” de la prueba ilícita.....	66

D.1) El funcionamiento de los tribunales de familia: ¿Una ayuda práctica a la eficacia de la regla de exclusión?.....	70
<b>Conclusiones.....</b>	<b>75</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>78</b>
<b>Normas citadas.....</b>	<b>81</b>
<b>Jurisprudencia citada.....</b>	<b>81</b>

## **Resumen**

En la presente memoria se investigará en el marco del proceso de familia la institución de la prueba ilícita, y su consecuente regla de exclusión contemplada en la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. Para ello, se revisará en primer lugar el concepto de prueba ilícita y dentro de éste sus delimitaciones respecto de otros términos a fines acuñados por la doctrina, en conjunto con su consagración en el territorio nacional. Además, se expondrá la relación de la prueba ilícita con el derecho a la prueba, el cual en Chile se entiende comprendido dentro del derecho a la defensa jurídica establecido en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República. Finalmente, se efectuará un análisis crítico a la controversial prueba ilícita en el derecho de familia y su regla de exclusión dispuesta en dicho ordenamiento, abordando temas como la consagración de la regla de exclusión en base a derechos fundamentales en la esfera civil del derecho, la eficacia de aquella en el proceso de familia, los problemas de sobre-exclusión de pruebas, algunas alternativas diversas a dicha sanción, entre otros, para concluir con el estudio del efecto oculto de la prueba ilícita.

## Introducción

El estudio de la prueba ilícita y su posterior exclusión del proceso es un tema cuya investigación y estudio no dista desde hace mucho tiempo atrás, siendo reciente la preocupación por parte de la doctrina y jurisprudencia sobre esta institución propia del presente siglo. De igual manera, junto con esto se ha volcado la atención sobre los derechos procesales que gozan las partes, tomando especial relevancia el derecho a la prueba, esto en el marco de la consideración por los diferentes sistemas procesales de determinadas reglas contra epistémicas respecto a la prueba que impiden de cierta forma la búsqueda de la verdad dentro del proceso, viéndose así conflictuados algunos valores dentro de éste.

En este sentido, el análisis de la prueba ilícita y su consecuente regla de exclusión que se ha adoptado por los distintos ordenamientos jurídicos como veremos, se ha enmarcado dentro del ámbito procesal penal puesto que el origen de dicha regla se encuentra en el proceso penal norteamericano, siendo posteriormente extendido a otros procesos de derecho como por ejemplo el proceso civil, y en nuestro ordenamiento, específicamente a otros como el de familia y laboral.

Así, surge el interés sobre las instituciones mencionadas debido al conflicto de derechos que se da en este ámbito entre el derecho a la prueba y otros como por ejemplo a la intimidad, inviolabilidad del hogar o de las comunicaciones, que se ven enfrentados en los procesos civiles donde surge la prueba ilícita. Enfocando este tema específicamente en la rama del derecho que creemos se producen importantes ponderaciones de valores fundamentales, nos referimos al derecho de familia, esto por los especiales bienes jurídicos que se encuentran en juego.

Dentro de este análisis a la prueba ilícita, en lo que se enfocará esta investigación será en analizar la regulación, doctrina y jurisprudencia sobre los problemas que atañen a ésta y que se presentan particularmente en materia de familia, estudiando también si existen casos en donde se admite su procedencia y si efectivamente se pueden dejar de lado ciertos derechos fundamentales para así admitir aquella prueba que los contraviene.

En el capítulo I de este trabajo estudiaremos el concepto de prueba ilícita, haciendo énfasis en su origen y diferentes definiciones que se han construido a lo largo del tiempo por la doctrina, necesarias para entender la posterior delimitación del concepto, distinguiéndolo así de otros que *a priori* se han acuñado de forma similar a éste. Además, estudiaremos su consagración nacional, señalando en qué regulaciones se ve contemplada la prueba ilícita y su posterior exclusión del proceso.

Luego, en el capítulo II expondremos la relación entre la prueba ilícita y el derecho a la prueba, examinando en primera instancia este último en cuanto a su concepto, contenido y limitación, además de su concepción nacional dentro del derecho a defensa consagrado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República. En conjunto, mencionaremos los derechos fundamentales más susceptibles de ser afectados con la actividad de la obtención de fuentes de pruebas tanto en el proceso penal como en el civil, para finalmente ver la conjunción real entre la prueba ilícita y el derecho a la prueba.

Para concluir, en el capítulo III de esta investigación estudiaremos la controversial prueba ilícita en el derecho de familia, analizando su regulación en la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia. De esta manera, será necesario hacer un breve repaso sobre el origen, expansión y fundamento de la regla de exclusión en general para poder entender su fundamento en el ámbito de estudio, y dado este análisis, nos veremos enfrentados al problema de la consideración de dicha regla de exclusión en base a derechos fundamentales dentro de la esfera civil del derecho, lo que nos llevará a analizar la teoría del efecto de irradiación de aquellos.

Finalmente, terminaremos señalando la eficacia de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso de familia, para determinar si efectivamente es la mejor alternativa a adoptar dentro de éste. Señalando adicionalmente el efecto oculto de dicha prueba en torno a la contaminación de ésta para con los jueces, pese a su exclusión del proceso, cuestión que como veremos en materia de familia debido al funcionamiento orgánico de los tribunales dispuesto en la práctica, ayuda a mermer tal efecto.

# CAPÍTULO I

## CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

### A) Origen y definiciones

Con el objetivo de esclarecer un poco el origen de la que denominaremos prueba ilícita, es menester que nos remontemos a una cuestión bastante anterior a este concepto, así en virtud de que nuestra Constitución Política de la República (en adelante “constitución”) consagra en su artículo 19 N° 3 inciso 2 el derecho a defensa estableciendo que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”. Es que, no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un denominado “derecho a la prueba” se ha entendido que éste forma parte del derecho fundamental a la defensa procesal<sup>1</sup>, lo que permite a las partes de un proceso hacer valer los medios probatorios pertinentes que sustenten sus dichos.

Es en virtud de lo mencionado, que las partes dentro de cualquier proceso jurídico tienen este derecho de incorporar medios de prueba con el fin de probar sus alegaciones. Sin embargo, pese a que estos medios sean procedentes pueden aparecer ciertas prohibiciones para la admisión de aquellos que dicen relación con los denominados límites a la prueba<sup>2</sup>.

Lo anterior, se condice con el entendimiento de que ningún derecho es absoluto en nuestro ordenamiento jurídico sino que pueden ser objeto de limitaciones, tales como, ciertos derechos son limitados por diferentes leyes de nuestro país en virtud de la preponderancia de otros valores, un ejemplo gráfico de esto es cuando se ve coartado el derecho a la libertad de una persona en virtud de una sentencia que la condena a estar reclusa en un recinto penitenciario por un determinado tiempo.

Así, la cuestión de la ilicitud se ve comprendida y encuentra su origen dentro de lo que señalábamos como los límites a la prueba, lo que en definitiva se referiría a los límites al derecho a la prueba comprendido dentro del derecho a defensa, cuestión que veremos con más detalle en el capítulo II de esta investigación.

En efecto, la prueba ilícita va surgiendo en torno a la consideración de diferentes limitaciones que debiese tener la prueba añadida al proceso en virtud de varias razones, como por ejemplo, se suele limitar

---

<sup>1</sup> CAROCCA PÉREZ, A. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Ius et Praxis* [en línea]. 1998, Vol. 4 (2), 301-322 [Fecha de consulta 04 de Julio de 2020]. ISSN 0717-2877. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213>.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 306.

la prueba a incorporar al proceso por su impertinencia, sobreabundancia, notoriedad e ilicitud, entre otras, cuestiones propias de los diferentes sistemas procesales. Lo que guarda extrema relación con la preocupación de la doctrina sobre la reducción de errores en cuanto a la obtención de pruebas de los hechos dentro del proceso, buscando de esta manera ajustar los sistemas procesales con diferentes reglas de manera tal que se reduzca la posibilidad de equivocación sobre la prueba de estos.

En este sentido, por un lado encontramos un tipo de sistema procesal que permite que el juzgador se guíe exclusivamente por los criterios generales de racionalidad epistémica (libre valoración de la prueba y principio de admisibilidad de cualquier elemento de prueba epistémicamente relevante), y por otro lado, un sistema que incluye determinadas normas sobre la prueba, que como hemos señalado versan sobre ciertos criterios que vienen a depurar el ingreso de pruebas al proceso esto con el objetivo de reducir los errores en éste, en contraposición a la admisión sin escrúpulos de medios probatorios<sup>3</sup>.

Por lo que, como hemos señalado, el medio probatorio aportado por las partes puede ser procedente en el juicio, sin embargo, contra éste pueden existir algunas limitaciones para su posterior incorporación al proceso, establecidas por el legislador con anterioridad a la intención de añadirlos. Por ejemplo, en materia de familia se contempla en el artículo 31 de la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia<sup>4</sup> (en adelante “LTF”) la institución de la exclusión de pruebas, un claro reflejo de estas limitaciones a la prueba que se pretende aportar.

En esta línea, una de las causales de exclusión contempladas en el artículo 31 de la LTF se configura contra la prueba que haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, en otros términos, contra la prueba ilícita, no pudiendo las partes fundamentar sus pretensiones en base a pruebas obtenidas con inobservancia a las garantías fundamentales de las personas, constituyéndose así una de las varias restricciones que establece este artículo a la prueba.

Ahora, determinar qué debe entenderse por prueba ilícita en específico, no ha sido una cuestión sencilla, toda vez que han habido varias discusiones doctrinarias al respecto señalándose por diversos autores la definición de lo que les parece pertinente acotar dentro de este concepto. De ahí que, se han confundido con prueba ilícita, términos como “prohibiciones probatorias”, “prueba irregular”, “prueba ilegítima”, entre otros, de los que nos haremos cargo luego en el siguiente apartado.

---

<sup>3</sup> BAYÓN MOHÍNO, J. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista jurídica Mario Alario D` Filippo* [en línea]. 2010, Vol. 2 (4), 6-30 [Fecha de consulta 15 de enero de 2021]. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/230480910>.

<sup>4</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.968: Crea los Tribunales de Justicia, 30 de Agosto de 2004.

Pues bien, para determinar qué se entenderá a lo largo de esta investigación por prueba ilícita, es menester esbozar algunas de las definiciones, a nuestro juicio más relevantes, que ha otorgado nuestra doctrina al respecto.

En un principio se estableció que la prueba ilícita era “la fuente o elemento de prueba obtenido con infracción de determinadas normas o principios jurídicos”<sup>5</sup>, observándose desde un primer momento la amplitud de esta concepción de prueba ilícita, comprendiéndose en ella la infracción de normas y principios jurídicos sin especificar a que tipo de normas y principios se refería, incluyéndose aquí aquellos de diverso carácter, tales como por ejemplo, legales, reglamentarios, constitucionales, etc.

Sin embargo, esta definición fue acotada y ceñida por el mismo ALEX CAROCCA quien posteriormente estableció que la prueba ilícita se constituye como “aquella obtenida con infracción de cualquier Derecho Fundamental reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”<sup>6</sup>.

En el ámbito penal, por otro lado, se estableció como prueba ilícita simplemente aquella que ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales<sup>7</sup>, definiéndola en este sentido de tal manera que pudiera ser aplicable aquella a los diferentes sistemas procesales del universo jurídico, no encasillándola en el ámbito penal, donde por cierto nace la regla de exclusión de la prueba ilícita como profundizaremos, permitiendo de esta forma aplicarse este concepto en materias privadas como se pretende aquí.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria ha entendido la prueba ilícita según lo ha establecido JOAN PICÓ, simplemente como “(...) la obtenida o practicada con infracción a los derechos fundamentales”, así “una prueba debe considerarse lícita cuando no existe infracción de derechos fundamentales ni en la obtención pre procesal del elemento probatorio, ni durante la práctica del concreto medio de prueba”<sup>8</sup>.

De este modo, lo que plantean las definiciones citadas es la existencia de un binomio que se constituye en “prueba lícita-prueba ilícita”, existiendo de esta forma pruebas que se consideren lícitas dentro del proceso y como contrapartida también otras que se tengan como ilícitas, las cuales serán excluidas si así

---

<sup>5</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 307.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 308.

<sup>7</sup> HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J. *Derecho Procesal Penal Chileno* [en línea]. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2004 [Fecha de consulta 25 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/2213>.

<sup>8</sup> FERRADA CULACIATI, F. *La prueba ilícita en sede civil* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2009 [Fecha consulta: 22 de noviembre 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111056>.

lo dispone el ordenamiento, siendo la tesis mayoritaria en nuestro país la que sostiene y defiende este binomio<sup>9</sup>.

Así, dichas pruebas dada su ilicitud son desechadas del proceso prevaleciendo otros valores dentro de éste, no dejando de ser, sin embargo, medios probatorios que como tal sostuvieran los dichos de las partes y pudieran aportar a la búsqueda de la verdad dentro de un conflicto jurídico, pero que gracias a su transgresión a nivel constitucional se dispone de su exclusión.

Por otro lado, el hecho de que eventualmente se admita por el tribunal este tipo de pruebas en virtud de la ponderación de valores en juego en el proceso, prevaleciendo el derecho a la prueba y el conocimiento de la verdad por sobre otros derechos fundamentales, no le quita la consideración de ilícita a esta prueba, ya que de todas formas pese a su admisión aquella fue obtenida con vulneración a garantías fundamentales, no alterando este hecho su calificación como prueba ilícita, entendiéndose que el tribunal acepta aquella en virtud de otros objetivos calificados como predominantes en el proceso.

Con todo, para esta investigación, entenderemos como prueba ilícita aquella que se ha obtenido con vulneración a los derechos fundamentales. Y en este sentido, ahondaremos en los próximos capítulos en cómo esta prueba ilícita es desechada en varios de los procesos de derecho en virtud de la preponderancia de otros valores, tales como por ejemplo, los más comunes en el ámbito civil, el derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones.

Asimismo, importante es señalar que como consecuencia de la denominada prueba ilícita nace la regla de exclusión para justamente expulsar del proceso dicha prueba obtenida en contra de las garantías fundamentales, valorando por encima del derecho a la prueba otros de diverso carácter en el proceso, sin embargo, esto último con varias excepciones aplicadas en virtud del criterio de cada juez dependiendo de la materia que se trate.

---

<sup>9</sup> VODANOVIC, P. *Consideraciones contra la prueba ilícita en materia civil* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2017 [Fecha de consulta 01 de Octubre de 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146297>.

## **B) Delimitación del concepto**

Como hemos venido señalando, delimitar el concepto de prueba ilícita no ha sido fácil, por el contrario, ha sido objeto de diversas definiciones por parte de la doctrina. Pues bien, ya establecido lo que entenderemos como prueba ilícita en esta investigación, es menester en este punto hacer referencia a los conceptos afines que puede tener aquella en el ámbito jurídico procesal, haciendo las distinciones pertinentes entre prueba ilícita y los diferentes términos que señalaremos.

Lo anterior, en virtud de que dichos conceptos se han acuñado en razón de objetivos similares a los de la prueba ilícita, es decir, con el fin de limitar los efectos probatorios en el proceso de determinadas pruebas añadidas a éste. En consecuencia, veremos algunos, más no todos los términos que son susceptibles de ser confundidos con la prueba ilícita, cuestión relevante para determinar el alcance de aquella y para que no sea objeto de confusión en los sucesivos de este trabajo.

### **B.1) Prohibiciones probatorias**

El término “prohibiciones probatorias” fue desarrollado por primera vez en la doctrina alemana a principios de siglo, esto para hacer referencia a distintos supuestos en los que la prueba es ilícita, y que afectan tanto a la “toma”(erhebung) como al “uso”(verwertund) de dicha prueba, es decir, supuestos en donde se afecta tanto la adquisición de fuentes de prueba como también los medios probatorios a través de los cuales estas fuentes se incluyen en el proceso<sup>10</sup>.

Esta expresión no ha estado exenta de críticas, estableciéndose “que carece de un significado unívoco que permita delimitar con precisión su contenido”<sup>11</sup>, en este sentido, ha sido objeto de críticas debido a que, como se señala, no se ha podido delimitar realmente su contenido ni establecerse aquel más o menos de forma unánime por la doctrina, provocando ciertas confusiones respecto a cuando se refiere cierta actuación como “prohibición probatoria”.

Pese a esto, se ha encontrado sentido y justificación a este término en atención al momento en que fue acuñado por BELING. Así, en virtud del deber legal de la búsqueda de la verdad y averiguación de esta, es que la autoridades en ese tiempo estaban facultadas para tomar las medidas que fuesen necesarias para llegar a este fin, siendo éste sumamente preponderante en el proceso, salvo que existieran normas

---

<sup>10</sup> PICÓ I JUNOY, J. 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. España, José María Bosch Editor. 441p.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 289.

prohibitivas que no hicieran posible determinadas actuaciones. En consecuencia, cuando se actuaba en contravención a estas normas que prohibían ciertas diligencias en contravención a la búsqueda de la verdad se hablaba de “prohibiciones probatorias”, ya que se llevaban acabo pese a estar prohibidas por una norma<sup>12</sup>.

Como es de suponerse, todo esto se da en el contexto del derecho penal, y en este sentido se ha establecido por la doctrina, que el presente concepto ya no es de utilidad puesto que hoy existen prescripciones o mandatos acerca de cómo debe llevarse acabo las diligencias probatorias, más no existen prohibiciones de efectuar aquellas<sup>13</sup>, por lo que la nueva configuración de estos sistemas procesales modernos con diferente visión a los objetivos del proceso, han hecho que este término se deje en desuso ya que hoy en día se disponen de otro tipo de normas para dirigir dichas diligencias.

Lo anterior, guarda mucha relación con la idea actual de que el derecho persigue otros fines independientes de la búsqueda de la verdad, como anteriormente se entendía de forma bastante arraigada en la doctrina, los cuales para su consecución pueden interferir con tal búsqueda. Dichos fines pueden versar sobre diversas cuestiones, tales como, la protección de secretos, de relaciones entre cierta clase de personas o de las garantías fundamentales, que es lo que aquí nos interesa<sup>14</sup>. Por lo que, al evolucionar estos sistemas procesales y sus concepciones, van dejando de lado términos como el acá expuesto.

Cabe señalar que, pese a que el término está en desuso, se ha afirmado por la doctrina que este no sería excluyente al concepto dado de prueba ilícita, luego, “ambos son válidos y no excluyentes, pues inciden sobre aspectos distintos, limitándose el de “prueba ilícita” a la determinación de los elementos probatorios (fuentes o medios de prueba) que se someten a los efectos o consecuencias de las “prohibiciones probatorias””<sup>15</sup>.

Finalmente, para dar un ejemplo de cómo se ha utilizado este término, la jurisprudencia española ha señalado en las sentencias SSTC 128<sup>16</sup> y 129/1993<sup>17</sup>, la utilización del concepto “prueba prohibida” en referencia a las declaraciones prestadas por el imputado sin ser advertido de su condición. Así, no es de extrañar que el término acuñado se relacione con el ámbito penal debido a que en éste reviste naturalmente más importancia las cuestiones relativas a la obtención de pruebas, debido al *ius puniendi* del Estado que se ve involucrado en dichos conflictos.

---

<sup>12</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 309.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> BAYÓN MOHÍNO, J. *op. cit.*, p. 12.

<sup>15</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, p. 290.

<sup>16</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 19 de Abril de 1993, SSTC N° 128-1993.

<sup>17</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 19 de Abril de 1993, SSTC N° 129-1993.

## B.2) Prueba ilegal o irregular

Como ya establecimos, entenderemos la prueba ilícita como aquella que ha sido obtenida en contravención a los derechos fundamentales, dándole un carácter constitucional a las normas que se infringen con la obtención de la prueba para considerarla ilícita. En virtud de esto es que, por prueba ilegal o irregular ha de entenderse aquella obtenida o practicada con vulneración a preceptos que no gozan tal carácter de normas constitucionales que reconocen estos derechos fundamentales<sup>18</sup>.

Al alero de esta lógica, es que se encuentran bajo esta definición tanto (i) las pruebas obtenidas de modo ilegal, es decir, en contravención a un precepto de carácter legal dentro del ordenamiento y (ii) las pruebas practicadas irregularmente en el proceso sin observar el procedimiento establecido para aquellas con anterioridad a su ejecución, es decir, aquellas generadas en contravención a normas de rango ordinario que regulan la obtención y práctica de las pruebas<sup>19</sup>, pero ambas sin que en su realización se hayan infringido algún derecho fundamental, ya que de ser así estaríamos hablando de una prueba ilícita<sup>20</sup>.

Así, siguiendo a MANUEL MIRANDA, debemos diferenciar dos principios: (i) el de legalidad de la prueba y (ii) el de ilicitud de la prueba, en consecuencia, el primero de estos dice relación con que los elementos que conforman los medios probatorios deben obtenerse e incorporarse al proceso judicial según lo determinan los principios y normas establecidos en la ley, y por otra parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y añadirse al proceso con respeto a los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

La distinción de estos dos conceptos es sumamente importante, así la principal diferencia de aquellos radica en el carácter de norma que se ve infringida con la obtención o realización de la prueba, por un lado, tenemos que si se infringen preceptos legales o bien preceptos relativos al procedimiento establecido para la realización de la prueba, estaríamos frente a una prueba ilegal o irregular respectivamente, y por otro lado, cuando nos referimos a la infracción de preceptos constitucionales inmediatamente nos remitimos al concepto de prueba ilícita.

---

<sup>18</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, p. 290.

<sup>19</sup> GINER ALEGRÍA, C. 2008. Prueba prohibida y prueba ilícita. *Universidad de Murcia*. España, pp. 579-590.

<sup>20</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 309.

<sup>21</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública* [en línea]. 2010, Núm. 22, 131-151 [fecha de Consulta 14 de Julio de 2020]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.

Lo anterior, dice relación de igual manera con los efectos probatorios que tendrán en el proceso dichas pruebas, debido a que la jurisprudencia viene distinguiendo entre prueba ilícita y prueba irregular, señalando respecto de esta última que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduciría necesariamente a negarle todo valor probatorio en el proceso<sup>22</sup>, permitiendo su valoración libre por el juez, lo que no sucede frente a la prueba ilícita cuando se dispone de una regla de exclusión.

Finalmente, el hecho de que la prueba ilegal o irregular pueda en definitiva ser valorada por el órgano jurisdiccional correspondiente no guarda relación con la imposibilidad de ser susceptible de otras sanciones procesales diversas a la exclusión, así existen diferentes sanciones de carácter civil, administrativas o penales que se pueden adoptar por los sistemas procesales para castigar la realización de estas pruebas.

### **B.3) Prueba ilegítima**

El concepto de prueba ilegítima encuentra su origen en la doctrina italiana. Así, siguiendo a PIETRO NUVOLONE se distingue la prueba ilícita de la prueba ilegítima en función de la ilegalidad de esta, es decir, se diferencian en virtud de la infracción que establezcan dependiendo de si aquella es a una norma material o procesal. En consecuencia, acota el concepto de prueba ilícita a aquella obtenida contraria a las disposiciones jurídicas de carácter material, y en cambio, a la prueba ilegítima a aquella que ha sido obtenida en contravención de una norma procesal<sup>23</sup>.

Por ende, este concepto de prueba ilegítima que nace en Italia, diferencia básicamente la prueba ilícita de la prueba ilegítima en virtud de las normas que se ven infringidas con aquellas, pudiendo ser estas de carácter sustantivo o material y normas de carácter procesal, de tal manera, dependiendo del tipo de carácter del precepto infringido se configurará según esta doctrina la prueba ilícita o ilegítima.

Ahora, las sanciones en el ordenamiento jurídico de aquellas pruebas difieren una de la otra, así cuando hablamos de una prueba que vulneró una norma de carácter procesal configurándose prueba ilegítima, la sanción es la nulidad, sin embargo, cuando hablamos de una prueba que infringió una norma sustantiva conformándose la prueba ilícita, se considera una posible valoración libre del juez, aunque se

---

<sup>22</sup> GINER ALEGRÍA, C. *op. cit.*, p. 583.

<sup>23</sup> NUVOLONE, P. 1966. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista Diritto Processuale*. Italia, Núm. 3, pp. 442 y ss.

aclara que en ocasiones atendiendo a la unidad del ordenamiento jurídico se da el supuesto igualmente de la inadmisibilidad de esta última prueba<sup>24</sup>.

Lo mencionado, difiere de lo que hemos venido estableciendo en este trabajo respecto de lo que se entiende por prueba ilícita, debido a que ya dejamos a entrever que la sanción a adoptar frente a esta, como veremos en extenso en el capítulo III de esta investigación, es la regla de exclusión, la cual justamente supone la expulsión de esta prueba del proceso lo que se configura de manera distinta por la doctrina italiana donde se señala que es posible su valoración libre por el juez.

A fin de cuentas, este concepto le parece a la doctrina nacional de poca utilidad dentro de nuestro ordenamiento en atención a lo que entendemos como prueba ilícita de forma casi uniforme en nuestro país, ya que más allá de las diferencias que hayan en su definición entendida en los diferentes procesos de derecho contemplados, hay consenso en que lo fundamental de la prueba ilícita es la infracción de derechos fundamentales, no guardando relevancia el carácter sustantivo o procesal de la norma infringida.

#### **B.4) Prueba viciada**

La prueba viciada ha sido definida por algunos autores como “aquella en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido”<sup>25</sup>. De esta forma, lo que salta a la vista de esta definición principalmente es que a diferencia de los conceptos anteriormente estudiados, esta prueba no se determina por el tipo de precepto que se infringe en su obtención, sino que tiene que ver con aquellos hechos que afectan la veracidad de su contenido provocando una desconfianza sobre la autenticidad de aquella, así es el primer concepto que estudiamos que dice relación con lo que comprende la prueba y no con lo que vulnera.

De tal manera, se ha establecido que lo importante de esta prueba y su diferencia con las demás es que aquí no es relevante la ilicitud o ilegitimidad de la prueba en sí, sino la veracidad, certeza, y seguridad de los datos fácticos que entrega aquella en el proceso<sup>26</sup>, por consiguiente, se configura más bien esta prueba viciada en relación a que ciertas cuestiones influyeron de tal manera en su contenido que se le da tal carácter, pretendiendo limitar sus efectos probatorios en el proceso atendiendo a su falta de confiabilidad respecto de su contenido.

---

<sup>24</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, p. 308.

<sup>25</sup> MONTON REDONDO, A., 1977. Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. *Universidad de Salamanca*. España, pp. 174 y ss. ISBN: 84-600-0886-X.

<sup>26</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, p. 309.

En este sentido, se ha establecido que en virtud de que se pueden prever estos vicios en determinados medios probatorios, tales como, la prueba documental, testimonial y pericial, es que los propios ordenamientos jurídicos han dispuesto de medidas de control anticipándose a la ejecución de aquellos con el fin de que no se configure la prueba viciada. Así, un ejemplo de estos son el establecimiento de tachas de testigos para excluir su testimonio del proceso o los sistemas de recusación e implicancias de los jueces en ciertos casos, entre otros.<sup>27</sup>

En conclusión, este término de prueba viciada no llega a aportar mucho en lo que respecta a la prueba ilícita, ya que ambas apuntan a diferentes cuestiones. Si bien se busca coartar los efectos probatorios de ambas en el proceso, la prueba viciada no dice relación con la infracción de preceptos jurídicos sea cual sea su carácter sino que tiene que ver con la veracidad de su contenido, en cambio, la prueba ilícita como hemos venido señalando se fundamenta en que aquella infringe derechos fundamentales establecidos por normas de carácter constitucional.

#### **B.5) Prueba clandestina**

Este concepto al igual que la prueba viciada, no reviste de mucha relevancia en nuestro ordenamiento jurídico en torno a lo que nos interesa respecto de la prueba ilícita, ya que mas bien esta prueba clandestina viene a ser una prueba ilícita pero en relación a determinados derechos fundamentales, tales como, la intimidad o privacidad de las personas.

Pues bien, se ha definido a la prueba clandestina como aquella que es obtenida de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, se configura como tal aquella que se obtiene de modo oculto infringiendo la intimidad o privacidad de las personas<sup>28</sup>. Así, para calificar de prueba clandestina un medio probatorio este se debió haber llevado acabo de forma secreta o encubierta, afectando los derechos fundamentales ya nombrados.

Esta prueba es básicamente una prueba ilícita, pero más específica debido a que aquí las garantías constitucionales que se transgreden son las de la intimidad o privacidad de las personas y no se habla de la generalidad de derechos fundamentales, pero al fin al cabo se considera como ilícita sobre todo porque en nuestro ordenamiento específicamente se protegen estos derechos fundamentales en el artículo 19 N° 4 y N°

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, p. 310.

5 de nuestra constitución que protegen respectivamente, por un lado, la vida privada y honra de las personas, y por otro, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones.

En definitiva, este concepto aquí expuesto es una especificación de la prueba ilícita en general, por lo que, no goza de mucha utilidad en nuestro ordenamiento la prueba señalada, ya que al quedar comprendida dentro de la prueba ilícita gozan ya de protección estos derechos fundamentales que la prueba clandestina pretende resguardar. Añadiendo a esto, que de tratarse de preceptos legales o del procedimiento que se pudiesen ver afectados con tal prueba, ya se encuentra acuñado el concepto de prueba ilegal o irregular, por lo que, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico esta prueba.

### **C) Consagración nacional de la regulación de la prueba ilícita**

La regulación de la prueba ilícita en nuestro país no dista desde hace muchos años, por el contrario, su reglamentación viene aparejada con la modernización reciente de los diferentes sistemas procesales de nuestro ordenamiento jurídico en ámbitos como el penal, familiar y laboral, los cuales han sido objeto de reformas los últimos años. Incorporándose así en estos procedimientos principios a fines a aquellos tales como la oralidad e inmediación, evolucionando dichos cuerpos normativos que anteriormente eran escritos y con notable ausencia del juez, y contemplando también instituciones que atañen directamente al debido proceso como la institución de la exclusión de pruebas<sup>29</sup>.

Así, estos sistemas reformados no se han quedado atrás en la regulación de la prueba ilícita y han decidido disponer normativamente la exclusión de la prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales, lo que deja a entrever la clara tendencia del legislador en la modernidad de ponderar los derechos en juego dentro del proceso jurídico y hacer primar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente a la obtención de pruebas.

Esto último en concordancia con la idea que podemos ver plasmada en palabras de BYRON WHITE sobre que el debido proceso no exige que se adopten a cualquier precio todas las medidas concebibles para eliminar la posibilidad de condenar a una persona inocente<sup>30</sup>, sino que existen límites de igual forma para el resguardo de un debido proceso. Esto no sólo en el ámbito penal del derecho donde se ve involucrado el Estado sino que también en procesos de carácter privado como lo son el familiar y laboral.

---

<sup>29</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, p. 155.

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, 17 de Junio de 1977, 432 US 197, p. 208.

De tal manera, expondremos en lo sucesivo cómo y dónde se ha contemplado la regulación en el marco nacional de la prueba ilícita, adelantando desde ya que señalaremos de forma acotada la normativa penal, familiar y laboral, además de hacer referencia al Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil (en adelante “PNCPC”) que se encuentra actualmente en proceso de revisión y que contempla igualmente la exclusión de la prueba ilícita en este ámbito privado.

### **C.1) Regulación en materia penal**

La modernización de los sistemas procesales en nuestro país se da inicio con la reforma al sistema procesal penal el año 2000, teniendo como resultado aquella el Código Procesal Penal<sup>31</sup> actual (en adelante “CPP”), que dentro de las innovaciones que trajo a este sistema, contempla en su artículo 276 la exclusión de la prueba ilícita, cuestión que reviste de gran importancia sobre todo en esta materia que se constituye como la cuna de la regla de exclusión de la prueba que infringe garantías fundamentales.

Así, en primer lugar, conviene hacer énfasis al sistema que incorporó antes que todos la regulación de la prueba ilícita, es decir, al sistema penal, desechándola del proceso a través de la regla de exclusión contemplada en el artículo 276 inciso 3 del CPP que señala “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”.

Cabe mencionar, que en el proceso penal el juez que tiene la facultad de excluir prueba como menciona el artículo anteriormente citado, es el juez de garantía en la audiencia preparatoria, esto con anterioridad a la audiencia de juicio oral a cargo del tribunal de juicio oral en lo penal, cuestión de suma relevancia puesto que al disponerse de dos instancias y de dos órganos jurisdiccionales diferentes en el proceso penal, al excluirse prueba ilícita en primera instancia no se verá contaminado con dicha prueba el órgano jurisdiccional que dictará sentencia definitiva, lo que ayuda de gran manera a evitar la contaminación de este último con la prueba.

En consecuencia, a través de la norma del artículo 276 del CPP se excluye la prueba ilícita, viéndose coartados los efectos probatorios de aquella debido a la imposibilidad de su valoración posterior en el juicio oral en materia penal. De tal manera, el legislador trata de resguardar con la normativa dispuesta los derechos

---

<sup>31</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 de Octubre de 2000.

fundamentales de los involucrados en el proceso penal cuyos intereses en juego son bastante delicados ya que versan muchas veces sobre la afectación o no de la libertad del imputado.

Esto último además se puede ver reflejado si observamos el artículo 9 del CPP que le da la facultad al juez de garantía de autorizar diligencias de investigación que pudieran llegar a provocar al imputado o a un tercero la privación de un derecho garantizado en la constitución, disponiendo así la necesidad de una autorización por el juez para realizar diligencias investigativas de cualquier tipo que pudiesen vulnerar tales derechos, lo que refleja la importancia que le da el legislador penal a los derechos fundamentales disponiendo de diversos medios para su resguardo.

## **C.2) Regulación en materia de familia**

En materia de familia se dictó el año 2004 la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, siendo un importante avance en la materia reformando un sistema anticuado y reemplazando los tribunales de menores por estos nuevos tribunales de familia que permitirían una mayor efectividad en la resolución de los casos. Asimismo, se incorporaron a este procedimiento los principios de inmediación, oralidad, oficialidad, entre otros, que permitieron a lo largo del tiempo alcanzar dicho objetivo.

De esta forma, se consagró en la LTF en su artículo 28 la libertad probatoria y en concordancia con esta en el artículo 54 la facultad de incorporar al proceso todo medido probatorio apto para generar convencimiento sobre las alegaciones hechas en el proceso que no estuviese regulado expresamente. En esta línea, se estableció en el artículo 31 la institución de la exclusión de la prueba, señalándose que se “(...) 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”.

Así, como profundizaremos latamente respecto de este artículo en lo sucesivo de esta investigación, se consagra en el proceso de familia la exclusión de la prueba ilícita con el fin de resguardar los derechos fundamentales de las personas siendo especialmente aquí protegidos los derechos en juego de los privados, ya que dentro del derecho de familia hablamos de relaciones mayoritariamente entre particulares, cuestión que resulta bastante novedosa en cuanto a su contemplación.

Cabe mencionar que, como veremos, la implementación de esta regla de exclusión dentro del proceso de familia se ve dificultada por varias razones y no es tan simple como el legislador pretendió en

un comienzo en cuanto a su aplicación. Esto debido a que por ejemplo no se contempló una mayor regulación sobre el procedimiento a seguir frente a la ilicitud de una prueba, señalándose nada más que la obligación de oír a las partes, por lo que, existe un vacío legal importante en cuanto a la reglamentación de la materia que no nos permite apreciar del todo correcta la consagración de esta regla.

### **C.3) Regulación en materia laboral**

Al igual que las materias ya tratadas con anterioridad, en materia laboral es correcto señalar que aquella igualmente fue objeto de reforma estos últimos años, así con la Ley N° 20.087<sup>32</sup> publicada el año 2006 se estableció el nuevo procedimiento laboral. Siguiendo así el patrón de las reformas a los sistemas procesales ya mencionados, se contempló en aquella principios como la intermediación y oralidad, el establecimiento de dos audiencias en el proceso, una preliminar y otra de juicio para la resolución de los conflictos, entre otras características que siguen estos sistemas reformados.

Con todo, es menester hacer énfasis en que si bien estamos refiriéndonos a la exclusión de pruebas dentro del ámbito privado del derecho, puesto que estamos hablando del derecho laboral, es conveniente destacar que la relación empleador-trabajador no es del todo igualitaria, debido a que como es sabido el empleador ostenta y ejerce la potestad empresarial, por lo que es la parte fuerte del contrato, llevando esta situación a que frecuentemente sea el empleador quien vulnere los derechos fundamentales del trabajador en la obtención de pruebas<sup>33</sup>.

Así en virtud de lo anterior, es que se dispone la regla de exclusión de la prueba ilícita en el artículo 453 N° 4 inciso final del Código del Trabajo que señala “(...) carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”. Por lo que, de la misma forma, el legislador en materia laboral contempló la protección de las garantías fundamentales en este ámbito.

Para concluir, en esta misma línea, se refuerza la idea de una protección a los derechos fundamentales de los particulares en el procedimiento laboral, atendiendo al propio mensaje del proyecto de la Ley N° 20.087 que estableció:

---

<sup>32</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2006. Ley N° 20.087: Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, 03 de Enero de 2006.

<sup>33</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, p. 162.

“Con todo, de manera novedosa, se incorpora en el proyecto una regla dirigida a privar de valor probatorio a las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”<sup>34</sup>.

#### **C.4) Regulación en materia civil**

En este punto es menester señalar que a diferencia de lo que se observa en los sistemas reformados nombrados con anterioridad, en el ámbito civil, específicamente nos referimos a la regulación del Código de Procedimiento Civil chileno (en adelante “CPC”) no se consagra ninguna norma atinente a la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente en el proceso, cuestión que podría interpretarse ampliamente como la posibilidad de incorporar al proceso toda clase de pruebas, siendo suficiente el cumplimiento formal de las normas que regulan los medios probatorios sin importar su origen ilegítimo<sup>35</sup>.

Sin embargo, siguiendo a EDUARDO JEQUIER en este aspecto, no se puede llegar a la conclusión anteriormente señalada de manera tan sencilla y realizar una interpretación tan amplia como la mencionada, esto debido a que la ausencia de la regulación explícita de la prueba ilícita en el CPC con el fin de su expulsión del proceso civil “no autoriza en modo alguno a obviar todo el catálogo fundamental y garantista que la Constitución Política consagra y asegura, al momento de obtener la fuente de prueba”<sup>36</sup>.

Lo anterior, en base principalmente a que el artículo 6 de nuestra constitución señala que todos los órganos del Estado, incluyendo por supuesto a los tribunales de justicia deben someter su acción a la constitución y a las normas que se hayan dictado conforme a ella. Precepto que junto con el establecido en el artículo 19 N° 3 del mismo cuerpo normativo que consagra el derecho al debido proceso, manifestándose aquel, según el tenor literal de la norma, como el derecho a un proceso previo legalmente tramitado y a una investigación racional y justa, permiten que de ninguna manera en el proceso civil se acepte la vulneración a las garantías fundamentales de las personas en la obtención de medios probatorios.

---

<sup>34</sup> CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.087: Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, septiembre 2003.32p.

<sup>35</sup> JEQUIER LEHUEDE, E. La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2007, Vol. 34 (3), 457-494 [Fecha de consulta 15 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-3437. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-34372007000300006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372007000300006&lng=es&nrm=iso).

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 490.

Como última cuestión, cabe señalar que el actual PNCP que ingresó el año 2012 para su estudio ante la Cámara de Diputados y que este año retoma su tramitación legislativa, contempla como se presagiaba, la institución de la exclusión de pruebas en su artículo 292 que dispone:

“Exclusión de prueba. El juez ordenará que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o no idóneas; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que resultaren sobreabundantes; **las que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales** o hubieren sido declaradas nulas y aquellas que recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que, en este último caso, se tratare de cuestiones indisponibles para las partes”<sup>37</sup>. (énfasis agregado)

Por lo que, de aprobarse este proyecto, tendríamos también incluida de manera explícita en el ámbito civil la regulación sobre la prueba ilícita, esto a través de la institución de la exclusión, quedando una vez más de manifiesto que el legislador actual prefiere el resguardo de las garantías fundamentales ante la obtención de medios probatorios, consagrando el dicho de que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio dentro del proceso jurídico, ni menos al precio de los derechos fundamentales.

---

<sup>37</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Reforma Procesal Civil: Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, 12 de Marzo de 2012.

## CAPÍTULO II

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

#### A) Derecho a la prueba: concepto, contenido y limitación

Dado el reconocimiento dentro del mundo jurídico-procesal de la prueba ilícita a nivel doctrinario y jurisprudencial, siendo aquella el último tiempo objeto de análisis, estudio y diversas definiciones que hemos revisado, es menester señalar que dicha prueba se contrapone específicamente ante el derecho a la prueba que tienen las partes en todo proceso jurídico, toda vez que al calificarse como prueba ilícita un medio probatorio aquel será consecuentemente objeto de una sanción, que como hemos visto en los sistemas reformados se traduce en la exclusión de aquella en el proceso vetándola de sus efectos probatorios.

Pese a esto, cabe mencionar que existe una parte de la doctrina que no se encuentra de acuerdo con esta idea, afirmando que ninguna regla probatoria sería necesaria dentro de un sistema de investigación judicial orientado hacia la búsqueda de la verdad<sup>38</sup>. Contraponiéndose dicha afirmación con la contemplación de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico, siendo una de las más claras restricciones que encontramos en éste al derecho a la prueba.

En esta línea, en un sentido similar se ha señalado en palabras de CHARLES MCCORMICK que “el propósito indudable del derecho probatorio es la disminución progresiva de las barreras impuestas a la búsqueda de la verdad”<sup>39</sup>, dejando en evidencia la otra cara de la moneda, a la que le parece que estas limitaciones al derecho probatorio no son congruentes con el verdadero fin de éste, y que por el contrario, debiesen ser eliminadas.

Ahora bien, dejando de lado esta discusión doctrinaria y abocándonos al derecho a la prueba, es menester señalar que existen diferentes definiciones de lo que se entiende por aquel, estando lejos de la unanimidad este concepto. Con todo, conviene aquí hacer énfasis en las diferentes visiones que se han contemplado en torno a éste para poder entender las limitaciones que se le imponen en virtud de la preponderancia de otros valores fundamentales, cuestión de importancia para entender el reconocimiento a nivel procesal de la prueba ilícita.

---

<sup>38</sup> LAUDAN, L. 2013. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 332p.

<sup>39</sup> MCCORMICK, C. 1954. *Handbook of the Law of Evidence*. California, West Publishing Company. 938p.

Pese a que el ordenamiento nacional no consagra como tal de forma expresa el denominado derecho a la prueba del que hacemos mención, sí ha sido objeto de acotación y estudio en el derecho comparado, comenzando por JOAN PICÓ que lo señala como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”<sup>40</sup>.

Por otra parte, para MICHELLE TARUFFO se constituye este derecho a la prueba como:

“El derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal”<sup>41</sup>.

Encontramos de igual manera un acercamiento a lo que debiese entenderse por este derecho en palabras de MAURO CAPPELETTI, quien señala que un derecho garantizado a la prueba “(...) debería asegurar a las partes, la posibilidad de valerse de los medios generalmente reconocidos por el ordenamiento y, al mismo tiempo, impedir al legislador poner obstáculos no razonables de los derechos hechos valer en juicio”<sup>42</sup>.

Cabe mencionar que para este último autor, el derecho a la prueba no se constituye como uno absoluto dentro del procedimiento, sobre todo cuando se trata de pruebas ilícitamente obtenidas, aquello bajo el razonamiento de que en virtud de la moderna concepción probatoria bajo la cual todos los elementos relevantes para la toma de una decisión jurisdiccional deben ser sometidos a la valoración del juez, se admite el supuesto de que el derecho a la prueba pueda ceder ante otros valores fundamentales<sup>43</sup>.

En Chile encontramos una aproximación a este tema en palabras de ALEX CAROCCA, para quien el derecho a la prueba se ve incluido dentro del derecho a la defensa procesal contemplado constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 de nuestra carta fundamental, en virtud del cual señala que:

---

<sup>40</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, pp. 18-19.

<sup>41</sup> TARUFFO, M. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho (Valdivia)* [en línea]. 2003, Vol. 15, 205-213 [Fecha de consulta 10 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-0950. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502003000200010#:~:text=Usualmente%20se%20lo%20define%20como,debidamente%20considerada%20por%20el%20tribunal](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502003000200010#:~:text=Usualmente%20se%20lo%20define%20como,debidamente%20considerada%20por%20el%20tribunal).

<sup>42</sup> CAPPELETTI, M. 1974. *Proceso, ideología y sociedad. Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 638p.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 560.

“Asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva se trata de la garantía de participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional”<sup>44</sup>.

Dadas las diferentes definiciones sobre el derecho a la prueba que a nuestro juicio son las más relevantes a señalar en la materia, queda de manifiesto que pese a la consagración particular que pueda tener el derecho a la prueba en cada ordenamiento jurídico de cada país, existe bajo la mirada de la doctrina en todos los procesos jurídicos, de forma indudable, un reconocimiento al derecho de las partes de probar sus alegaciones.

Esto último en virtud de que no resultaría lógico disponer de todo un procedimiento jurídico para la resolución de determinados conflictos sin la posibilidad de que las partes de éste puedan probar sus dichos. En esta línea, la actividad probatoria ya no sólo debe observarse como una carga procesal para las partes, como se ha entendido a lo largo de los años, sino que más allá de esta concepción debe reconocérseles a las partes por la legislación el derecho que tienen a incorporar prueba en el proceso.<sup>45</sup>

Respecto del contenido y limitación al derecho a la prueba, seguiremos el estudio realizado por JOAN PICÓ, quien se constituye como un referente en la materia aquí tratada. Así, se puede resumir el contenido de este derecho en que aquel implica (i) en primer lugar, el derecho que se admita toda prueba que, propuesta por algunas de las partes, respete los límites establecidos respecto de la actividad probatoria según la normativa dispuesta; (ii) luego, el derecho a que el medio probatorio aportado sea practicado, incluyendo este derecho la exigencia de asegurar la intervención en la práctica de la prueba de la contraparte; (iii) y finalmente, el derecho a que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el tribunal, lo que se realiza en la sentencia definitiva<sup>46</sup>.

Por lo que, el contenido del ya denominado derecho a la prueba se resumiría en términos sencillos en el derecho a que se admita, practique y valore posteriormente por el juez los medios probatorios aportados por las partes al proceso, esto como una garantía mínima dentro de éste con el fin de arribar a una sentencia debidamente fundamentada por el juez.

---

<sup>44</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 302.

<sup>45</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, pp. 92-93.

<sup>46</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op. cit.*, pp. 20-25.

Sin embargo, este derecho como ya veníamos mencionando, no es uno que se contemple como absoluto dentro de nuestro ordenamiento, ya que se han dispuesto de variados límites para su ejercicio. Así, por ejemplo, se puede graficar aquello si pensamos en la oportunidad procesal que determina cada sistema legal para rendir la prueba en el proceso que se trate, ya sea penal, civil, familiar, etc. De esta forma, se establece un determinado periodo de tiempo para rendir la prueba en el proceso, el cual una vez concluido precluye la facultad de las partes de seguir aportando dichos medios.

Por cierto, en muchas ocasiones dentro del proceso las partes ven limitado su derecho a la prueba en virtud de plazos, requisitos, formas, entre otras regulaciones que establece cada sistema procesal para llevar acabo de manera ordenada y correcta el ejercicio de tal derecho, puesto que de quedar al libre albedrío de las partes estas cuestiones se generarían graves problemas en la tramitación de aquellos.

En virtud de lo anterior, es que se han clasificado como límites extrínsecos e intrínsecos los que dicen relación con el derecho a la prueba. Así, por un lado, los límites extrínsecos dicen relación con las formalidades y cauces procedimentales, entiéndase como aquellos el requerimiento de rendir la prueba en un determinado plazo establecido por la ley o en alguna forma que determine aquella, como es lo que sucede en nuestro ordenamiento en materia civil respecto de la prueba testimonial latamente regulada, y por otro lado, los límites intrínsecos que dicen relación con aquellos presupuestos y condiciones que por su naturaleza debe cumplir toda prueba, esto en cuanto a la pertinencia, utilidad, no sobreabundancia incluso a la ilicitud de ésta<sup>47</sup>.

Pues bien, a raíz de lo mencionado, es que se ha afirmado por la doctrina que este derecho a la prueba esta lejos de ser absoluto dentro del proceso, viendo entre sus limitaciones más controvertidas aquella que dice relación con la prueba ilícita, debido a su obtención con infracción a las garantías fundamentales. De este modo, se ha establecido que cesa este derecho a la prueba, garantizado constitucionalmente dentro del derecho a defensa, cuando la prueba tiene un origen ilícito, viendo establecido como límite a este derecho el respeto de los demás reconocidos a nivel constitucional, tales como por ejemplo, al honor y la intimidad de las personas o la inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros<sup>48</sup>.

A la luz de lo dispuesto, es correcto señalar que el ejercicio del derecho a la prueba se ve limitado por diferentes factores, siendo el que interesa aquí el respeto a los demás derechos fundamentales

---

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 39.

<sup>48</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, p. 98.

contemplados en la constitución. Lo que guarda íntima relación con la idea de que los valores epistémicos dentro del proceso no son los únicos valores en juego en su interior, ya que de ser así sería sencillo tomar una posición al respecto, pero por el contrario, nos encontramos con otros valores que interfieren, ya sea desde los derechos que tienen las partes dentro del proceso como el derecho a la prueba hasta cuestiones de imagen pública, celeridad y eficiencia del proceso, por lo que nos vemos obligados a tomar decisiones difíciles en este ámbito<sup>49</sup>.

A nuestro parecer es adecuado dicho razonamiento y en consecuencia la limitación al derecho probatorio en virtud de la consecución de otros valores y fines del proceso, sobre todo en lo que se refiere al respeto de otras garantías fundamentales que deben ser resguardadas en éste, debido a que debe existir un respeto entre estos derechos para el correcto funcionamiento del sistema jurídico en armonización con lo preceptuado por nuestra carta fundamental, de lo contrario no encontraría sentido la consagración y prevalencia constitucional de dichos derechos en nuestro ordenamiento.

En conclusión, pese a lo que sigue un antiguo aforismo latino que señala “*iudex iudicare debet iusta allegata et probata partium*”<sup>50</sup>, es que efectivamente el juez debe fallar en cuanto a los hechos alegados y probados en el proceso por las partes, debiendo arribar a una sentencia debidamente fundamentada según el convencimiento que hayan logrado una u otra parte en aquel, sin embargo, aquello no puede ser simplemente obtenido a costa del sacrificio de otros valores igual de importantes como lo son aquellos que buscan la verdad.

### **A.1) El derecho a la prueba y el derecho a defensa: su consagración en Chile**

En nuestro país, como hemos venido adelantando, no se ha consagrado de manera explícita el denominado derecho a la prueba, sin embargo, la doctrina no se ha quedado atrás en cuanto al análisis de aquello y ha establecido que este derecho se encontraría dentro del consagrado derecho a la defensa contemplado en el artículo 19 N° 3 inciso 2 de la constitución, esto al establecer dicho precepto que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”, viéndose incorporado el derecho de las partes a rendir medios probatorios dentro de lo que se entiende por defensa jurídica<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 292.

<sup>50</sup> “El juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes”.

<sup>51</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 303.

En consecuencia, podríamos afirmar que el derecho a la prueba sería mas bien un derecho implícito que se consagra en la constitución a raíz de la disposición en ella del derecho a defensa jurídica. Así, en términos estrictos el derecho implícito sería “una expansión natural del contenido de un derecho expreso por su aplicación a supuestos fácticos nuevos”<sup>52</sup>.

En esta línea, se ha señalado por la doctrina que no es baladí la fórmula interpretativa para la configuración de los derechos implícitos a nivel constitucional, esto en virtud de que se apliquen para estos efectos normas hermenéuticas claras y no arbitrarias en cuanto al reconocimiento constitucional de derechos<sup>53</sup>.

De acuerdo a lo anterior, resulta claro que si analizamos otros derechos fundamentales que internamente los reconocemos como tales, muchos de ellos no se encuentran establecidos expresamente en la constitución sino que han surgido producto de una construcción jurisprudencial, tales como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y también como mencionábamos al derecho a la prueba. Por lo que en definitiva, muchos de los derechos reconocidos como garantías fundamentales, y en consecuencia, objeto de protección a nivel constitucional, vendrían siendo derechos implícitos contemplados en la carta fundamental.

Con todo, estos derechos han sido reconocidos por el tribunal constitucional, permitiendo pese a su no consagración explícita en la constitución, gozar de igual protección como si estuviesen de manera expresa. Así, este tribunal ha sostenido que:

“[L]as disposiciones sobre bases de la institucionalidad, los tratados internacionales y los derechos constitucionales expresamente reconocidos permiten extraer otros derechos que gozan de protección implícita de la Constitución, como el derecho de acceso a la información, el derecho a la identidad personal y el derecho a la presunción de inocencia (STC 634, c. 9 y 10. En el mismo sentido STC 1340, c. 9 y STC 1443, c. 13)”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> REY MARTÍNEZ, F. 2010. ¿Cómo Nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos). En: en BAZÁN, V (Coord.). Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

<sup>53</sup> GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales* [en línea]. 2013, Vol.11 (2), 229-282 [Fecha de consulta 20 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-5200. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007).

<sup>54</sup> CARMONA, C. y NAVARRO, E. 2011. *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45.

De tal manera, pese a la forma del establecimiento de este derecho a la prueba en nuestra regulación nacional, la importancia que reviste considerar como derecho fundamental el derecho a la prueba, sea este de manera explícita o a través del derecho a defensa, recae en que este se hace digno de tutela, en otras palabras, se permite recurrir a los medios establecidos en el ordenamiento para la protección de esta garantía fundamental, específicamente los contemplados en el ámbito constitucional si es que se niega tal derecho<sup>55</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que, la doctrina comparada española ha contemplado el derecho a la prueba como un derecho inseparable del derecho a defensa, no siendo posible la concepción de uno sin el otro. En este mismo sentido, la ha seguido la doctrina y jurisprudencia italiana que han destacado que la negación del derecho a defensa expresado como el derecho a la prueba, supone vulnerar igualmente en última instancia la garantía constitucional de la tutela judicial, esto debido a que no se pueda alcanzar aquella dentro del proceso si no existe la adecuada y oportuna prueba de los hechos objeto de conflicto<sup>56</sup>.

En consecuencia, es indudable que el derecho a la prueba esta ligado fuertemente al derecho a la defensa, razonamiento que del todo se refuerza si atendemos a su consideración en Chile, que según se ha expuesto sería mas bien de forma implícita, la cual derivaría del derecho a la defensa que sí se encuentra contemplado explícitamente en la constitución. No obstante esto, es menester hacer énfasis en que como tal, el derecho a la prueba goza la calidad de garantía fundamental debiendo ser resguardado en todo proceso jurídico al igual que los demás valores fundamentales.

Para finalizar, conviene destacar la influencia de otro derecho fundamental respecto de la consagración del derecho a la prueba, nos referimos al derecho a un debido proceso, que como ya señalábamos igualmente sería uno que se contemplaría implícitamente en nuestra constitución, pero no de menor relevancia por esto, por el contrario, este comprende una serie de derechos que revisten gran importancia para llevar acabo un proceso racional y justo como mandata nuestra constitución.

A saber, se ha establecido a la luz de lo que se dispuso en las comisiones constituyentes de nuestra actual constitución que dista desde el año 1980 respecto del debido proceso, que dentro de este concepto indeterminado en nuestra carta fundamental existen algunos derechos que no pueden omitirse dentro de aquel para su efectividad, tales como, el derecho a la prueba. En este ámbito es menester hacer énfasis y señalar siguiendo a JOSEFA CONGET, que:

---

<sup>55</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 303.

<sup>56</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, pp. 35-37.

“(…) la Comisión Constituyente dejó a modo de ejemplo algunos derechos que no debían faltar en un debido proceso, sin perjuicio de que éstos derechos no son absolutos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de cada procedimiento para admitirlos o restringirlos.

**Así, uno de los elementos que fue tomado a modo de ejemplo por los comisionados por ser considerado de gran relevancia dentro de un proceso, fue el derecho a la prueba,** debido a que mediante ella los hechos son traspasados al proceso como una verdad, lo que trae como consecuencia que el juez se forme la convicción para tomar una decisión justa en cada caso determinado”<sup>57</sup>. (énfasis agregado)

Atendiendo a la historia de la concepción del derecho al debido proceso, también es correcto señalar que la noción de aquel es particularmente extendida a varios otros derechos desarrollados por la doctrina y jurisprudencia nacional, esto no tan solo respecto del derecho a la prueba sino que por ejemplo, se contempla igualmente dentro de éste el derecho a la acción, a un juez predeterminado por la ley, a un debido emplazamiento, entre muchos otros. Siendo la concepción del debido proceso una traducción de la regla americana del “*due process of law*”<sup>58</sup>.

Por consiguiente, dentro del derecho al debido proceso se ve comprendido de igual manera el derecho a la prueba, aquello en virtud de la imposibilidad de existencia de un proceso racional y justo como lo pretende la constitución con ausencia de este derecho que asiste a las partes para que prueben y basen sus alegaciones, reconociéndose aquel como una garantía mínima dentro de todo procedimiento jurídico que permite finalmente arribar a una sentencia debidamente fundamentada por el juez.

En fin, a través del derecho de defensa en conjunto con el derecho a un debido proceso es posible contemplar la consagración del derecho a la prueba en nuestro país, el cual pese a no estar explícitamente consagrado se encuentra muy bien fundamentado por la jurisprudencia a la luz de estos dos derechos que hacen posible su protección y respeto a nivel constitucional.

---

<sup>57</sup> CONGET, J. *La prueba como garantía mínima dentro del debido proceso: Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2015 [Fecha de consulta 07 de Diciembre de 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134942/La-prueba-como-garant%C3%ADa-m%C3%ADnima-dentro-del-debido-proceso.pdf?sequence=1>.

<sup>58</sup> GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *op. cit.* p. 236.

## **A.2) Derechos fundamentales afectados con la obtención de fuentes de pruebas**

Podemos afirmar indudablemente, que todos los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución de forma expresa o implícita, pueden ser objeto de vulneración a través de la obtención de fuentes de pruebas, sin embargo, existen ciertos derechos que se ven más expuestos a aquella transgresión en virtud de su apreciación en un determinado contexto procesal. En este sentido, es que existen derechos fundamentales más susceptibles de ser vulnerados en el procedimiento penal como otros en el procedimiento civil, no siendo por supuesto excluyentes estas distinciones.

Ahora bien, es necesario mencionar que el objeto de este estudio no es ahondar en todos los derechos fundamentales que pueden verse vulnerados en cada uno de los procedimientos de derecho, por lo que, en lo sucesivo y respecto de las esferas penal y civil del derecho, se mencionarán aquellas garantías constitucionales que a nuestro parecer son las más comunes de ser objeto de vulneración con la obtención de medios de pruebas.

En primer lugar, es pertinente establecer que, como se estudiará latamente en el siguiente capítulo, la regulación de la prueba ilícita nace dentro del marco del proceso penal norteamericano, específicamente con la consagración de la regla de exclusión que tenía por objeto controlar los excesos de vulneración de derechos que incurría frecuentemente la policía en las actuaciones que se enmarcaban dentro del contexto de obtención de fuentes de pruebas<sup>59</sup>. Por lo que, se creó dicha regla para evitar la incorporación al proceso penal de aquellos medios probatorios obtenidos con inobservancia a las garantías fundamentales, configurándose así la exclusión de la llamada prueba ilícita.

En virtud de lo anterior, es que se fue desarrollando la doctrina referente a la prueba ilícita enfocándose en el ámbito penal, y como consecuencia de aquello, se puso énfasis en los derechos que se encontraban más susceptibles de ser vulnerados con las actuaciones tanto del ministerio público como de la policía. Así, en el marco nacional, podemos mencionar entre ellos, (i) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (Artículo 19 N°1 CPR); (ii) el derecho a la protección de la vida privada y honra de la persona (Artículo 19 N°4 CPR); (iii) el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Artículo 19 N°5 CPR); (iv) el derecho a la libertad de conciencia (Artículo 19 N°6 CPR); (v) el derecho a la libertad personal y seguridad individual (Artículo 19 N°7 CPR); sin mencionar

---

<sup>59</sup> JEQUIER LEHUEDE, E. *op.cit.* p. 480.

los demás derechos contemplados en los Tratados Internacionales al respecto ratificados por Chile y vinculantes en virtud del artículo 5 de nuestra constitución.

De esta manera, a nuestro juicio, los derechos nombrados en el párrafo precedente serían los que se encontrarían más propensos de ser vulnerados por parte de los intervinientes del proceso penal en la labor de la obtención de medios de prueba, considerando a este respecto que en este proceso no existe una igualdad entre las partes, debido al *ius puniendi* del Estado que se enfrenta a ciudadanos comunes y corrientes, razón por la cual con más aprehensión el legislador ha establecido diversos medios para resguardar los derechos fundamentales, específicamente en este caso respecto de los que se pueden ver infringidos con la obtención de pruebas.

En otras palabras, sobre todo en los procesos penales están influenciados por una serie de valores extra-epistémicos, que como hemos mencionado, se extienden desde los derechos de las personas (específicamente en esta materia de los acusados) hasta cuestiones como la eficiencia y celeridad del proceso, fines igualmente relevantes en éste si se piensa que durante aquel está en juego la libertad de una persona. Razón por la cual la tendencia de la academia ha sido considerar estos valores tanto epistémicos como no-epistémicos de una forma conjunta, de tal manera de poder fusionarlos para lograr un equilibrio dentro del proceso<sup>60</sup>.

En materia civil, a diferencia de lo que sucede en el marco del proceso penal, nos encontramos dentro de un proceso que lo rige esencialmente el principio dispositivo y de oportunidad, siendo las partes encargadas de obtener los medios probatorios pertinentes para aportar al proceso y fundamentar sus alegaciones, y en este sentido, la igualdad procesal formal de las partes en el proceso determina de alguna manera los eventuales conflictos de derechos fundamentales que pueden darse, cuestión que no ocurre en el ámbito penal<sup>61</sup>.

Así, queda a la vista que los derechos fundamentales más susceptibles de ser vulnerados en el proceso civil serían los que dicen relación con la esfera íntima de la persona, pudiéndose ver reflejado aquello a nivel constitucional a través de (i) el derecho a la protección de la vida privada y honra de la persona (Artículo 19 N°4 CPR) y (ii) el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Artículo 19 N°5 CPR), esto en virtud de que son las mismas partes del proceso, es

---

<sup>60</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 26.

<sup>61</sup> JEQUIER LEHUEDE, E. *op.cit.* p. 480.

decir, agentes particulares, quienes deben obtener los medios probatorios necesarios a fin de lograr un convencimiento en el juez sobre sus dichos.

En esta línea, se ha mencionado sobre los derechos anteriormente citados que la protección de la vida privada es considerada por el constituyente como un derecho de la personalidad<sup>62</sup>, imponiéndose así en nuestra constitución el debido respeto a estos derechos que protegen lo más íntimo de las personas, dígame su vida privada, hogar y comunicaciones, valores que bajo la mirada cautelosa del legislador civil no permite que sean inobservados ni aún cuando se trate de simples particulares quienes pudieran llegar a ser el sujeto activo en estas vulneraciones.

Conviene destacar en cuanto a la materia en que se enmarca esta investigación, es decir, en el derecho de familia, un precepto importante que se contempla en el artículo 15 de la LTF en torno a la publicidad de las actuaciones que se lleven acabo durante el procedimiento, el cual mediante el establecimiento de las excepciones a esta publicidad refleja el ímpetu del legislador por resguardar cuando fuese necesario la intimidad y privacidad de las partes involucradas de manera transversal en el proceso, sobre todo respecto de los niños, niñas y adolescentes.

Así, la normativa citada dispone:

“Excepcionalmente y a petición de parte, **cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes**, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:

- a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.
- b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas”. (énfasis agregado)

Quedando claro en este sentido, al disponer herramientas pertinentes para resguardar el derecho a la privacidad de las partes dentro del proceso de familia, la preocupación del legislador en torno a estos derechos fundamentales, dotando al juez de medidas como las mencionadas en el artículo para la obtención de este fin. Esto sin mencionar la principal institución consagrada para estos efectos, contemplada en el

---

<sup>62</sup> BERTRÁN, F. Sebastián Ríos Labbé: La protección civil del derecho a la intimidad. *Revista derecho (Valdivia)* [en línea]. 2005, Vol.18 (1), 296-298 [Fecha de consulta 19 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-0950. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100015](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100015).

artículo 31 de la LTF conocida como la regla de exclusión, que permite expulsar del proceso aquella prueba obtenida con inobservancia a las garantías fundamentales.

## **B) La conjugación del derecho a la prueba y la prueba ilícita**

Como hemos venido señalando, el derecho a la prueba se configura como uno de los derechos más importantes que tienen las partes dentro del proceso, permitiendo la defensa jurídica adecuada de ellas y además la constitución de un debido proceso. Así, este derecho implica la aptitud que poseen a nivel procesal de aportar medios probatorios que “tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”<sup>63</sup>.

En atención a esto, nuestro tribunal constitucional ha indicado al respecto que el legislador:

**“(…) está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones,** discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquellas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda”<sup>64</sup>.  
(énfasis agregado)

Sin embargo, el derecho a la prueba, tal como se ha consagrado en esta investigación, no es absoluto y admite limitaciones a éste, tal como la que dice relación con la controversial prueba ilícita en el proceso. En efecto, pareciera ser que la prueba ilícita limita y restringe el derecho a la prueba de las partes, pero cabe preguntarse: ¿Hasta que punto puede llegar dicha restricción?

Lo anterior en virtud de que, estamos refiriéndonos a la contraposición entre el derecho a la prueba, y por otro lado, bajo el alero de la institución de la prueba ilícita, otros derechos fundamentales que se protegen con esta figura, tales como ya vimos, específicamente en el marco de los procesos civiles aquellos relacionados con la intimidad de las partes dentro de proceso, por lo que, en definitiva a fin de cuentas es una contraposición de derechos fundamentales la que se encuentra en juego, derechos que cambiarán dependiendo de la prueba ilícita que se trate.

---

<sup>63</sup> ETO CRUZ, G. 2011. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima, Editorial Andrus, Injeduc. 291p.

<sup>64</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 07 de Septiembre de 2010, Rol N° 1411-2010.

Entender esta restricción al derecho a la prueba es una cuestión relevante en cuanto a la conjugación y ponderación de las garantías fundamentales que se verían eventualmente enfrentadas en un proceso. Asimismo, podemos señalar que JOAN PICÓ hace una propuesta en este sentido estableciendo que “el derecho a la prueba de todo litigante, conjuntamente con otros derechos consagrados también como fundamentales por nuestra constitución, obliga a mantener un concepto lo más restrictivo posible de prueba ilícita, a fin de permitir su mayor virtualidad y eficacia”<sup>65</sup>, debiendo así el concepto de prueba ilícita, en razón del respeto al derecho a la prueba, verse restringido lo más posible bajo la mirada de este autor.

Dicha visión concuerda con la idea de que debe primar por sobre todo en el derecho probatorio la búsqueda de la verdad, y que en cuanto a las reglas probatorias que vayan apareciendo, tales como la regla de exclusión a raíz del origen del concepto de prueba ilícita, se deben restringir lo más posible. Siguiendo en este ámbito a DAVID HUME que en este aspecto hubiese señalado “permítasenos arrojar al fuego los enormes tomos de derecho probatorio, pues su principal función es articular cientos de excepciones, requisitos y obstáculos a la regla fundamental de la relevancia probatoria”<sup>66</sup>.

Sin embargo, en esta investigación, respecto del punto señalado seguiremos lo dispuesto por FRANCISCO FERRADA, quien discrepa de la tesis establecida anteriormente y establece que en definitiva cuando hablamos de la prueba ilícita estamos en presencia de una institución procesal de gran relevancia que se define como una suerte de garantía de la garantía (por el debido proceso) y una garantía de derechos fundamentales (aquellos susceptibles de ser vulnerados con la obtención de pruebas en sentido amplio), por lo que, se trata de una categoría procesal que su finalidad está en la protección al interior del procedimiento de los derechos fundamentales de las partes, no siendo aceptable su aplicación restrictiva<sup>67</sup>.

A nuestro juicio considerar de la manera más restrictiva posible el concepto de prueba ilícita no es algo que debiese ser aceptado ni adoptado por la doctrina ni jurisprudencia, toda vez que es una institución de suma importancia para el resguardo de ciertos derechos fundamentales dentro del proceso que se ven más expuestos a ser vulnerados a través de la obtención de pruebas, en consecuencia, mantener la tesis cuestionada aquí sería restringir también la protección a estos derechos durante el proceso, lo que no nos parece correcto.

---

<sup>65</sup> PICÓ I JUNOY, J. *op.cit.*, pp. 61 y 365.

<sup>66</sup> MCCORMICK, C. 1999. *McCormick On Evidence*. California, West Publishing Company. 540p.

<sup>67</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, p. 100.

Por otro lado, si pensamos en la prioridad que se le debe dar en el ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales en este sentido, tenemos por un lado, el derecho a la prueba el cual tiene una órbita de aplicación restringida en el proceso, y por otro lado, al debido proceso y demás derechos fundamentales inobservados en la obtención de pruebas, cuya aplicación abarca la esfera extraprocesal también, así bajo este razonamiento resulta difícil plantearse la posibilidad de que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones o a no ser objeto torturas en una declaración cedan frente al derecho a la prueba<sup>68</sup>.

Lo anterior resulta bastante complejo porque supone jerarquizar los derechos fundamentales por parte del órgano jurisdiccional que le toque ponderar aquellos en el proceso, y en definitiva, dependerá de su valoración aquel derecho fundamental que primará por sobre todo. Aquello ha sido así planteado por algunos autores que han señalado que el problema de la prueba ilícita y su consecuente inadmisibilidad en el proceso, se presenta cuando con la obtención de los medios probatorios se haya vulnerando un derecho fundamental de igual o superior categoría del derecho a la prueba<sup>69</sup>.

Con todo, a nuestro parecer dicha visión implica la indudable jerarquización de los derechos fundamentales en una escala del menos a más importante, lo que a nuestro juicio no es correcto ya que implica una operación matemática de suma-cero para establecer que valor es más transcendental.

Dicho esto, creemos que la institución de la prueba ilícita no afecta a un correcto desarrollo y protección del derecho a la prueba, por tanto, no debe entenderse de forma restrictiva aquella, toda vez que sencillamente el derecho a la prueba cesa cuando existe ilicitud, pudiendo ser aplicable aquello a los diferentes límites internos que se establecen dentro del proceso. Lo anterior, por ejemplo ocurre cuando se excluye una prueba por ser impertinente o redundante, simplemente cesa derecho a la prueba no viéndose afectado éste, puesto que no significa que las partes no podrán aportar medios de prueba para fundamentar sus alegaciones sino que los aportados no son atingentes o necesarios en el proceso, siendo aplicable esta lógica a la prueba ilícita<sup>70</sup>.

En definitiva, nos parece que adoptar una postura de restricción máxima a la prueba ilícita para no afectar el derecho a la prueba, o por otro lado, jerarquizar los derechos fundamentales para establecer cuál prima por sobre el otro, no son soluciones adecuadas para el establecimiento de una apropiada concepción de la institución de la prueba ilícita.

---

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> FERRADA CULACIATI, F. *op. cit.*, p. 101.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 104.

## CAPÍTULO III

### LA CONTROVERSIAL PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO DE FAMILIA

La incorporación de la denominada prueba ilícita en el derecho, en general, ha sido una cuestión bastante controversial a nivel doctrinario y jurisprudencial, siendo uno de los temas más complejos y polémicos de la dogmática, planteándose en primer lugar la dificultad de abordar su concepto y también por las diversas consecuencias que trae aparejada dicha institución, siendo una de las más importantes la consecuente regla de exclusión que se ha universalizado a lo largo de los diferentes ordenamientos jurídicos a fin de resguardar los derechos fundamentales de las personas en los distintos procesos de derecho<sup>71</sup>.

Sin embargo, el establecimiento de esta regla de exclusión que pretende dejar fuera del proceso pruebas que pueden favorecer la búsqueda de la verdad sobre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos del caso en cuestión, en pos de la protección de otros derechos a nivel constitucional, ha sido mirada con recelo desde hace bastante tiempo atrás, así JEREMY BENTHAM fue uno de los primeros autores en este ámbito que sentenció “las pruebas son la base de la justicia: excluir pruebas es excluir justicia”<sup>72</sup>.

En este sentido, algunos autores han establecido que aquello obstaculizaría la obtención de la verdad en el proceso yendo en contra de la función epistemológica del mismo, esto en palabras de ALEX CAROCCA, quien dispone:

“Algunos estiman que no se puede prescindir de datos probatorios por la sola circunstancia de que haya sido obtenida con infracción de derechos fundamentales o fraude, ya que equivaldría a prescindir de elementos de juicio que pueden ser relevantes para llegar a conocer esa realidad, y consecuentemente, para que el proceso pueda alcanzar su fin máximo que es la Justicia”<sup>73</sup>.

Así, en este capítulo trataremos la institución de la prueba ilícita y su tan controversial regla de exclusión en el marco del derecho de familia, ya que debido a la naturaleza de éste en donde los intereses y bienes jurídicos en juego son especialmente delicados, debido a que tratan en su mayoría de las vidas

---

<sup>71</sup> GINER ALEGRÍA, C. *op. cit.*, p. 580.

<sup>72</sup> BENTHAM, J. 1827. *Rationale of judicial evidence: specially applied to English practice*. London, Hunt and Clarke. 606p.

<sup>73</sup> CAROCCA PÉREZ, A. *op. cit.*, p. 312.

privadas de las personas y sus relaciones parentales e interpersonales, es de especial relevancia la ponderación de los derechos en cuestión.

Esto último porque, como se ha señalado por la doctrina, a pesar de que existan pruebas relevantes de aportar al proceso debido a su contenido, se está dispuesto a excluir dicha información para la protección de otras garantías dentro del proceso, tales como, la intimidad, inviolabilidad del hogar o de las comunicaciones, entre otras, que difieren en sus objetivos con la búsqueda de la verdad<sup>74</sup>.

De esta forma, ahondaremos en el tratamiento que le da nuestra legislación a la institución de la prueba ilícita en materia de familia, su consecuente e importante exclusión del proceso contemplada en la ley, las consecuencias de aquello y los problemas que se derivan de su aplicación. En definitiva, intentaremos responder: ¿Es correcta la regla de exclusión contemplada en nuestro ordenamiento para la prueba ilícita en materia de familia?.

#### **A) Regulación de la Ley N° 19.968 que “Crea los Tribunales de Familia”**

Una de las más importantes y recientes reformas en materia de familia en nuestro país, como hemos señalado, ha sido la LTF, la cual fue promulgada y publicada el año 2004, y que contempla en ella varias normas y principios interesantes que nos guían a una modernización de la regulación de familia en Chile. Así, dentro de las normas más llamativas que contiene esta ley, relacionadas con la prueba en general, nos encontramos con:

a) El artículo 28 que consagra el principio de libertad probatoria, el cual se traduce en que los hechos que deban ser probados en el proceso de familia van a poder ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley, es decir, se derriban las “barreras de entrada” para la prueba de hechos a través de específicos medios de pruebas establecidos en la legislación<sup>75</sup>;

b) El artículo 29 que dice relación con el ofrecimiento de prueba, en donde se destaca en su inciso final la acentuación del principio inquisitivo del juez, manifestado en que se le da la facultad de ordenar de oficio que se acompañen todos aquellos medios de prueba que a su juicio resulte necesario producir en atención al conflicto familiar que se trate;

---

<sup>74</sup> VODANOVIC, P. *op. cit.*, p. 33.

<sup>75</sup> EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2020, Vol. 47 (1), 101-118 [Fecha de consulta 10 de Julio de 2020]. ISSN 0716-0747. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/14894>.

c) Relacionado con el tema central de esta tesis, tenemos el artículo 31, que es la piedra angular de este estudio, y que establece la exclusión de prueba; y

d) Finalmente, tenemos el artículo 32 que consagra la valoración de la prueba en esta materia de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En específico, el artículo 31 de la Ley N° 19.968, referido a la exclusión de prueba, reza lo siguiente:

“Artículo 31.- Exclusión de prueba. 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**. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”. (énfasis agregado)

En consecuencia, en el procedimiento ordinario de familia, dentro de las actuaciones que se realizarán en la audiencia preparatoria una de las más importantes será la de resolver la exclusión de determinadas pruebas, como menciona el artículo citado, por alguna de estas cuatro razones: 1. impertinencia; 2. acreditación de hechos públicos y notorios; 3. acreditación de hechos sobreabundantes; y 4. obtención de pruebas con infracción de garantías fundamentales. La última de estas pruebas es la que nos concierne, y es la llamada prueba ilícita que hemos definido en capítulos anteriores, y que como cita la norma en cuestión es aquella que ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales.

En este sentido, se dispone en el artículo 31 de la LTF una norma de admisibilidad jurídica respecto de los medios de prueba procedentes, estableciendo un filtro correspondiente a través de la regla de exclusión que consagra un límite a la incorporación de pruebas y su consiguiente valoración en el juicio, dando preponderancia a otros derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en el procedimiento de familia, tales como por ejemplo, los más comunes en estos casos, el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones, entre otros.

Así pues, el legislador establece parámetros bajo los cuales deben o no ser admitidas las pruebas en el juicio, no bastando solo su relevancia para el proceso sino que demanda ciertos requisitos de admisibilidad para su incorporación. Debiendo de esta forma los medios de prueba satisfacer una variedad de demandas

adicionales para su integración al juicio, tales como por ejemplo, la tratada aquí que es el respeto a las garantías fundamentales en la obtención de pruebas<sup>76</sup>.

Dichas normas de admisibilidad probatoria adoptadas por el legislador, pueden variar según la concepción de prueba y el contexto procesal del cual hablamos. Así, siguiendo a MICHELE TARUFFO:

“Las normas sobre la admisibilidad de los medios de prueba varían en función de las diferentes concepciones de la naturaleza de la prueba y de su función en los contextos procesales. Pueden variar también en función de los puntos de vista sobre la protección de los valores o los intereses que pudieran colisionar con el principio fundamental según el cual debería permitirse la presentación de todos los medios de prueba relevantes”<sup>77</sup>.

Es por las razones enunciadas que se incluye la institución de la prueba ilícita en el proceso de familia con el fin de relegarla de éste, depurando los medios de prueba que se van a rendir y posteriormente valorar en la audiencia de juicio oral. Esto último atendiendo al compromiso que refleja una determinada ideología jurídica que se consagra a través de la exclusión de prueba ilícita, la cual se manifiesta mediante el famoso dicho “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio” y en este caso al precio de vulnerar los derechos<sup>78</sup>.

Sin embargo, cabe mencionar como última cuestión que la existencia de normas procesales de admisibilidad probatoria que permiten la exclusión de pruebas dentro del proceso, son bastante importantes a considerar debido a que ejercen una influencia no solo a lo largo del juicio sino que también en todas las decisiones que se tomen con anterioridad al momento de la incorporación de las pruebas en el proceso<sup>79</sup>, por lo que su contemplación es compleja.

Ciertamente, teniendo en consideración lo mencionado, y apuntando a la modernización de la legislación en materia de familia, es que se dispuso en la LTF esta restricción para la incorporación de pruebas ilícitas en el juicio, haciendo que los particulares partícipes de estos procedimientos, quienes son los que generalmente aportan la mayor parte del material probatorio, respeten de igual manera los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>76</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 46.

<sup>77</sup> TARUFFO, M. 2008. *La Prueba*. España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 41p.

<sup>78</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Jueces para la democracia* [en línea]. 2005, 74-86 [Fecha de consulta 28 de Septiembre de 2020]. ISSN 1133-0627. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1125322>.

<sup>79</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 41.

## **B) La discutida regla de exclusión en materia de familia**

En primer lugar, antes de entrar de lleno a la consagración de la regla de exclusión en materia de familia y sus consiguientes dificultades, es menester señalar algunas cuestiones relevantes en torno al origen de esta regla, su gran expansión por los modelos jurídicos del mundo, su fundamento y su inevitable consecuencia en el proceso, resultando aquella muchas veces perniciosa para la búsqueda de la verdad de los hechos.

Con el fin de darnos una idea de lo que viene a establecer aquella regla en nuestro ordenamiento jurídico en estudio, veremos que, pese a que el origen y consagración de esta regla de exclusión se vincula al ámbito del derecho penal y, en consecuencia, se aplica en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en esta área del derecho, es necesario comprender los fundamentos y objetivos de aquella enajenándola de cierta forma del ámbito criminal y adecuándola a la esfera del derecho de familia, para entender su consagración específica en la LTF.

### **B.1) Origen, expansión y fundamento de la regla de exclusión**

En cuanto al origen de la regla de exclusión, debemos establecer que aquella es una creación jurisprudencial de la corte suprema de los Estados Unidos de América, así la llamada *exclusionary rule*, nació como una regla jurisprudencial vinculada con la IV y V enmienda de la constitución federal que prohibieron, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable, y las autoincriminaciones involuntarias. Aquello surgió, según reconoció la propia corte suprema a raíz de que el verdadero sentido de esta regla era disuadir a la policía de llevar a cabo las actividades propias de investigación que le corresponden de forma ilícita<sup>80</sup>.

Entonces, de acuerdo a lo anterior, esta regla que tuvo su origen en el modelo norteamericano, poco fundamento encuentra en torno a la protección directa de las garantías fundamentales, por el contrario, éste dice relación mas bien con un desincentivo de los abusos de la policía en sus procedimientos investigativos, reconociéndole de esta forma un valor práctico a los derechos fundamentales, desincentivando la transgresión de estos derechos de los imputados o de terceros por parte de agentes del Estado, a través de la creación de esta regla<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. *op. cit.* p. 134.

<sup>81</sup> GUTIÉRREZ MOYA, C. y AGUILAR BREVIS, A. La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales. *La Revista de Derecho: Derecho-Sociedad-Cultura* [en línea]. 2002, Núm. 3, 61-83 [Fecha de consulta 01 de Octubre de 2020]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf>.

Ahora, como se mencionó, esta regla de exclusión de prueba ilícita ha dominado el universo jurídico ya que debido a aquella, primordialmente en el ámbito de la justicia criminal, se ha hecho posible en diversos ordenamientos la inutilización de pruebas incriminadoras contra aquella persona que sufrió alguna violación a sus derechos fundamentales durante la obtención de medios de prueba<sup>82</sup>. Y en este sentido, se ha garantizado a nivel procesal en estos procedimientos el respeto y valor a los derechos fundamentales de las personas en general.

De esta forma, se ha establecido esta regla de exclusión en otros ordenamientos jurídicos, sin embargo, con un distinto fundamento al que en sus inicios se estableció por la corte suprema de los Estados Unidos, así tenemos el modelo europeo continental, el cual en un comienzo consagró la regla de exclusión de prueba ilícita como “una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 2 CE)”<sup>83</sup>, enmarcando esta concepción de la regla de exclusión con otro enfoque en cuanto a su fundamento, sin embargo, siempre en un contexto relacionado con el *ius puniendi* del Estado, ligando esta regla a las pruebas ilícitas obtenidas en el ámbito penal.

Como se puede apreciar, la regla de exclusión en este modelo tiene un fundamento que dice relación no con un desincentivo de las actuaciones abusivas de la policía sino que mas bien con el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales. Siendo uno de los fundamentos de esta regla de exclusión el que se relaciona con que el Estado tiene el deber de respetar los derechos constitucionales de las personas, más aún en el ejercicio de sus potestades, lo que trae un componente ético tras esta justificación, así se ha establecido que:

“Los fundamentos éticos de las reglas de exclusión de la prueba ilícita son que el Estado de Derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito”<sup>84</sup>.

Sin embargo, con el paso del tiempo el tribunal constitucional español, se ha ido alejando de esta concepción original, y aproximándose a lo que concibe el modelo norteamericano en torno al establecimiento de la regla de exclusión, cuyo argumento principal se señala como la necesidad de disuasión

---

<sup>82</sup> MELO, P. *La regla de exclusión de la prueba ilícita* [en línea]. São Paulo: Tirant Lo Blanch. Enero 2020 [Fecha de consulta 15 de Septiembre de 2020]. ISBN13 9788413366319. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788413366319>.

<sup>83</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. *op. cit.*, p. 136.

<sup>84</sup> GUTIÉRREZ MOYA, C. y AGUILAR BREVIS, A. *op. cit.*, p. 67.

y en donde se ha ido aplicando esta regla de forma cada vez más excepcional, configurándose lo que se ha denominado por la doctrina como la “norteamericanización” de esta regla<sup>85</sup>.

Otro fundamento que se señala para la discutida regla exclusión es la integridad judicial, que esta íntimamente vinculada con el sustento que se establece en el modelo europeo continental, ya que lo que se dispone aquí, es que los derechos fundamentales tienen un innegable contenido ético, y al establecerse aquellos en la carta fundamental representan de cierta forma un compromiso en torno a que, según lo que nos interesa, el Estado en el ejercicio de la justicia -énfasis en la justicia penal- no renunciará a aquello que se comprometió a proteger, que son justamente los derechos fundamentales<sup>86</sup>.

De tal manera, en virtud de este argumento se pondría en tela de juicio la integridad de los tribunales de justicia si estos admiten y valoran pruebas que hayan sido obtenidas con violación a las garantías constitucionales, haciéndose parte de esta vulneración, lo que ofende la integridad de los órganos jurisdiccionales que son justamente los encargados de proteger dichas garantías<sup>87</sup>.

Atendiendo a estas consideraciones, es pertinente hacer hincapié sobre la gran consecuencia de la regla de exclusión que es la inadmisibilidad probatoria, la cual se configura en la invalidez del elemento de prueba obtenido con infracción a las garantías constitucionales, de modo tal que el tribunal no podrá basar ninguna de sus decisiones directa o indirectamente, en una prueba de tales características<sup>88</sup>. En esta línea, la más importante consecuencia y de las que se derivan las demás, es que no se permitirá la admisión de prueba ilícita en el juicio, por lo que, el órgano jurisdiccional se verá privado de valorar aquella en virtud de la preponderancia de otros derechos fundamentales en juego.

Así, existen diversas consideraciones sobre lo que produce la regla de exclusión en el contexto procesal, en palabras de MARÍA ZAPATA:

“Esta sanción consistente en la exclusión del medio probatorio, significa de fondo una privación de los efectos del acto vulnerador, ya que lo obtenido a sus resultas, no podrá ser

---

<sup>85</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación. *Jueces para la democracia* [en línea]. 2003, Núm. 47, 53-66 [Fecha de consulta 19 de Julio de 2020]. ISSN 1133-0627. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798>.

<sup>86</sup> NÚÑEZ OJEDA, R. y CORREA ZACARÍAS, C. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas. *Ius et Praxis* [en línea]. 2017, Vol. 23 (1), 195-246 [Fecha de consulta 03 de Octubre de 2020]. ISSN 0718-0012. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000100007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100007).

<sup>87</sup> GUTIÉRREZ MOYA, C. y AGUILAR BREVIS, A. *op. cit.*, p. 68.

<sup>88</sup> *Ibid*, p. 79.

considerado por los jueces en el proceso de razonamiento que los conduce a la decisión definitiva”<sup>89</sup>.

Finalmente, hay que señalar que pese a que esta regla de exclusión tiene su origen y aplicación mayoritaria en los diversos ordenamientos jurídicos en materia penal, lo importante de lo expuesto son los fundamentos, argumentos y objetivos que se establecen por dichos ordenamientos en torno a la utilización de la regla de exclusión, ya que “si bien es cierto que dicha regla se ha universalizado y expandido por el mundo jurídico, su alcance y efectos dependerá del fundamento que se le de a aquella”<sup>90</sup>.

## **B.2) El fundamento de la regla de exclusión en materia de familia**

Teniendo claro el panorama en general respecto de los orígenes y diversos fundamentos de la regla de exclusión, la cual surge a grandes rasgos como una sanción a la obtención de pruebas ilícitas por parte de los agentes policiales, podemos empezar a analizar nuestra actual situación con respecto a esta regla contenida en la legislación de familia, teniendo siempre presente que estamos aplicando dicha regla de exclusión dentro del ámbito civil y no penal del derecho.

De este modo, se ha aceptado de manera casi uniforme por los ordenamientos jurídicos comparados y la doctrina, la creación de cortapisas mínimas en cuanto al ofrecimiento de los medios de pruebas en el proceso<sup>91</sup>, no siendo el ordenamiento jurídico en estudio la excepción de aquello, ya que como se señaló al principio de este capítulo, el artículo 31 de la LTF que establece la regla de exclusión, instaura la posibilidad de expulsar pruebas del proceso por diferentes motivos ya nombrados, dentro de los cuales el que nos interesa, es el de la controversial prueba ilícita.

Así, en nuestra normativa, se establece a la luz del tenor literal del artículo 31 de la LTF, concretamente una protección a las garantías fundamentales de las personas en torno a la obtención de las pruebas que se aportarán más adelante en el juicio, puesto que con el fin de que no se infrinjan aquellas garantías, el legislador veta la valoración en el proceso de las pruebas ilícitas, aplicando esta regla de exclusión en la audiencia preparatoria del juicio oral de familia con anterioridad al momento procesal correspondiente a la rendición de pruebas, funcionando dicha regla como cortapisa.

---

<sup>89</sup> ZAPATA GARCÍA, M. Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita. *Revista de Derecho Coquimbo* [en línea]. 2004. Vol. 11 (1), 161-180 [Fecha de consulta 30 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2153>.

<sup>90</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M. *La prueba...*, p.133.

<sup>91</sup> NÚÑEZ OJEDA, R. y CORREA ZACARÍAS, C. *op cit.*, p. 209.

En esta misma línea, se vislumbra en el establecimiento de esta regla de exclusión una preocupación del legislador por el respeto de las garantías fundamentales de las personas en la obtención de pruebas dentro del proceso de familia, no permitiendo que aquellas sean infringidas en virtud de la obtención de medios probatorios, encontrando así un fundamento ligado directamente a la protección, por parte de los intervinientes del proceso de familia, de los derechos fundamentales.

Asimismo, en torno al fundamento de esta regla de exclusión contemplada en la LTF podemos ya anticipar que no se condice con el sustento por el cual nació esta regla en el modelo norteamericano, que dice relación con un desincentivo de los abusos policiales, sino que mas bien lo encuentra en el deber de los órganos del Estado y de los particulares de respetar y promover los derechos fundamentales, esto es posible desprenderlo directamente del artículo 6 de la Constitución Política de la República, que reza:

**“Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.**

**Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.**

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. (énfasis agregado)

En consecuencia, queda claro que los derechos establecidos en la constitución deben ser respetados y promovidos tanto por los órganos del Estado como por los particulares, en este caso, intervinientes en los procedimientos de familia que rige la LTF, cuestión íntimamente relacionada con el efecto de irradiación de los derechos fundamentales que veremos más adelante.

Igualmente podemos equiparar lo que han establecido algunos autores respecto de la fundamentación de la regla de exclusión de prueba ilícita en materia penal al caso de familia, con sus pertinentes prevenciones, debido al escaso desarrollo que ha recibido este tema en dicha materia. De tal forma, en torno a la justificación de la prueba ilícita en el derecho procesal penal chileno, se ha señalado que:

“Variados autores de la doctrina nacional han sostenido que el solo texto de la Carta Fundamental, sin necesidad de recurrir a la normativa del CPP, permitiría justificar la existencia del fenómeno de la exclusión probatoria por ilicitud. Ello se sostiene en la

supremacía de la CPR y, por sobre todo, en la sustancialidad de los derechos por ella consagrados”<sup>92</sup>.

Atendiendo a lo expuesto y siguiendo la corriente de estos autores, la regla de exclusión en materia penal podría tener su solo fundamento en la relevancia y supremacía de los derechos que consagra la constitución, debiendo ser firmemente respetados durante todo el procedimiento. De esta forma, puede ser aplicable dicha visión de justificación de la regla de exclusión igualmente en materia de familia, puesto que la constitución no hace diferencias en su aplicación dependiendo de los procedimientos que se trate, sino que por el contrario, esta por encima de todos aquellos, debiendo en materia de familia darse igual importancia a los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, podríamos afirmar que en virtud de lo razonado con respecto al deber de respeto y promoción por parte de los órganos del Estado y los particulares a los derechos fundamentales, que “el ejercicio de la jurisdicción solo podrá ser legítimo con la condición y en la medida que se respeten los derechos inherentes a la dignidad humana”<sup>93</sup>.

Por otra parte, otro argumento en razón a que el fundamento de la regla de exclusión en materia de familia está ligado esencialmente al respeto que impone la constitución a los derechos fundamentales, dice relación con la competencia que tienen los juzgados de familia en nuestro país, que se establece en el artículo 8 de la LTF, en donde, la mayoría de las materias contempladas tienen que ver con cuestiones civiles, entre particulares, donde estos mismos son los que proveen las pruebas en el proceso sin intervención del Estado a través de las policías, por ejemplo como sucede en el ámbito penal, esto salvo algunas excepciones como las mencionadas en los numerales 9, 11 y 16 del artículo 8 de la LTF que son de carácter más bien sancionatorio.

Así, el fundamento de la competencia de los juzgados de familia respecto a la regla de exclusión toma relevancia ya que este hecho descrito deja en evidencia la idea del legislador de otorgarle responsabilidad a los particulares de respetar y promover los derechos fundamentales dentro del proceso de familia. Esto último atendiendo a que como se señalaba anteriormente, al ser los particulares los que aportan la mayor cantidad del material probatorio al juicio, esta limitación que se impone a través de la regla de exclusión está fundamentalmente dirigida a aquellos y no a agentes policiales como se consagra y entiende en materia criminal.

---

<sup>92</sup> *Ibid*, p. 218.

<sup>93</sup> *Ibid*.

En conclusión, el fundamento de la regla de exclusión establecida en la LTF por un lado, parece ser el que esta ligado con el deber de respeto que impone la misma constitución a los órganos del Estado, en este caso en cuanto a los tribunales de justicia que deben de igual forma respetar las garantías constitucionales otorgadas a todas las personas, no permitiéndoles la ley utilizar y valorar pruebas consideradas ilícitas, y por otro lado, de forma innovadora se hace presente también la intención del legislador de que los particulares respeten en los procedimientos privados, como lo son los concernientes al derecho de familia, los derechos fundamentales en virtud de la obtención de pruebas.

### **B.3) El problema de la consagración de una regla de exclusión en base a derechos fundamentales en la esfera civil del derecho**

Conforme a lo señalado anteriormente, podemos establecer que la base de la regla de exclusión en el derecho de familia yace en los derechos fundamentales, en su preponderancia y protección dentro del proceso que contempla la LTF, y en consecuencia, siendo éste mayoritariamente de carácter privado, nos encontramos indudablemente dentro de la esfera privada del derecho.

En esta línea, a pesar de la buena intención del legislador con respecto a la protección de las garantías fundamentales en la obtención de pruebas que se presentarán en el juicio oral de familia, a través de la instauración de la regla de exclusión, no deja de ser compleja esta disposición en la medida de que existe un problema de adaptación y aplicación de esta regla de base constitucional dentro del ámbito privado del derecho, específicamente en esta especial rama del derecho de familia.

Del mismo modo, autores como FRANCISCO JARA y CAMILO JARA hacen hincapié en este aspecto, en torno a la dificultad que presenta la aplicación de una norma esencialmente constitucional dentro de un proceso privado, estableciéndose que “la construcción de un sistema de exclusión de prueba basada en la aplicación de principios constitucionales a un proceso de derecho privado resulta compleja”<sup>94</sup>. Esto último porque sobre todo en el proceso de familia puede llegar a ser muy problemática esta conjugación entre el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares que adicionalmente poseen la calidad de parientes.

---

<sup>94</sup> JARA BUSTOS, F. y JARA VILLALOBOS, C. La prueba ilícita en materia de familia. *Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC* [en línea]. 2014, Núm. 1, 1-14 [Fecha de consulta 05 de Junio de 2020]. ISSN 0719-6091. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/prueba-ilicita-materia-familia-643393197>.

Recapitulando en este punto, como ya se había hecho mención, las garantías constitucionales que por regla general entran en conflicto en los casos de familia, en torno a la obtención de pruebas, son naturalmente las relacionadas con el respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas (consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución), y por otro lado, a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución).

De esta forma, tomando en cuenta las particulares características del derecho de familia, en donde si bien nos situamos dentro del ámbito privado del derecho, aquella rama reviste singularidades que dicen relación con asuntos que van mas allá de lo patrimonial. En estos casos estamos hablando de partes contrarias del proceso que no son ajenas entre sí, como ocurriría comúnmente en un proceso civil, sino que tienen con anterioridad a este conflicto alguna relación de índole familiar, por ende, media una cercanía de los vínculos y en ciertos casos de convivencia, que nos hace poner en duda de cierto modo el alcance de vulneración de las garantías constitucionales mencionadas anteriormente<sup>95</sup>.

En este sentido, como dijimos, a pesar de que la intención del legislador es noble, reporta en la práctica varias dificultades y siembra ciertas dudas relacionadas con las siguientes preguntas: ¿Un particular puede infringir derechos fundamentales de otro particular?; ¿Sólo el Estado puede infringir derechos fundamentales de las personas?; ¿Qué pesa más en el derecho de familia el derecho a la prueba o a la vida privada?; ¿Cómo se valora el derecho a la inviolabilidad del hogar en las relaciones familiares?, todas cuestiones difíciles de considerar y ponderar en el derecho en estudio, que veremos en los siguientes apartados, pero que adelantamos deben evaluarse caso a caso.

Así, surgen bastantes dudas en los casos de familia respecto de esta regla de exclusión, sobre todo por la natural cercanía de las partes en el proceso, por lo que parece tener que ser entendida con pinzas dicha regla para su correcta aplicación, y no caer por ejemplo en una sobre-exclusión de pruebas como veremos. De esta forma, pasa a ser bastante dificultosa la armonización entre la esfera constitucional y privada del derecho en pos de la protección de garantías fundamentales en el proceso de familia.

Ahora, muchos de los problemas de aplicación e inquietudes que genera esta regla de exclusión en el ámbito civil del derecho tienen que ver con que el origen de aquella se encuentra en el ámbito penal de ésta. Por lo que, el hecho de que esta regla no fue pensada en un inicio para su aplicación en los procesos civiles,

---

<sup>95</sup> NÚÑEZ, R., CÓRTEZ, M. y MATURANA, C. *Derecho procesal de familia* [en línea]. Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing. 2012 [Fecha de consulta 06 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl/uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/2018>.

lo que no excluye su posibilidad de éxito en los mismos, trae en definitiva dificultades en cuanto a su aplicación, alcance y limitación, y es en este sentido que nuestra propia jurisprudencia teniendo claro esto ha dispuesto, en palabras de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en causa Rol N° 33-2017, que:

“Es necesario recordar que el concepto de prueba ilícita es una institución que se desarrolla jurisprudencialmente por la Supreme Court de los Estados Unidos a fin de evitar extralimitaciones por agentes estatales en el desempeño de la persecución criminal, extendiéndose a otros procesos, **pero conservando el sentido de gravedad y relevancia que se debe atribuir a una situación en los hechos para fundar la exclusión de una prueba, especialmente determinándose de manera clara, evidente, palmaria la transgresión o conculcación de la garantía constitucional o fundamental de que se trata**”<sup>96</sup>. (énfasis agregado).

En esta línea, podemos establecer que la jurisprudencia ha tenido presente los problemas mencionados con respecto a la aplicación de la regla de exclusión en un ámbito fuera del criminal, afirmando que si bien el origen de esta regla difiere con el presente en la materia, hay que conservar el sentido de gravedad y relevancia de los hechos para fundar la exclusión de una prueba, dándole así un estatus importante a la regla de exclusión, destacando que no es una disposición que se puede llegar y utilizar por las partes para excluir pruebas fácilmente, sino que debe existir una clara transgresión a la garantía fundamental que se trate, cuestión que a su vez deja entrever el carácter excepcional de ésta en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, conviene destacar en este sentido, una observación que hizo el Senador Chadwick en la discusión de la LTF, con respecto a la regla de exclusión, que señala:

“(…) que **la apreciación de que las pruebas hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales será determinada por el juez caso a caso, considerando las particularidades de la relación que haya existido entre los cónyuges** o, en general, entre las partes en el juicio”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 11 de Mayo de 2017, Rol N° 33-2017.

<sup>97</sup> CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Boletín N° 2118-18: Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, julio 2003.173p.

Teniéndose así desde el momento de discusión de la LTF, una cierta aprehensión en cuanto a la ponderación de derechos fundamentales en los casos de exclusión de prueba ilícita, vislumbrándose de esta manera los problemas prácticos que tendría la aplicación de la regla de exclusión en el ámbito de familia, donde salta a la vista la peculiaridad de la cercanía de las partes del proceso.

#### **B.4) El efecto de irradiación de los Derechos Fundamentales**

Habíamos ya dado indicios de ciertas interrogantes que surgen dentro del derecho de familia y que se refieren al efecto de irradiación de los derechos fundamentales, planteándonos lo siguiente: ¿Los particulares deben respeto y promoción a los derechos fundamentales?; ¿Esta función solo rige para el Estado?; ¿Pueden las personas infringir derechos fundamentales de otras?; ¿Sólo el Estado puede vulnerar garantías constitucionales?.

Hay que mencionar en primer lugar que, existen diversas concepciones de lo que se entiende por efecto de irradiación de los derechos fundamentales, siendo la doctrina alemana una de las principales abocada al tema en cuestión, que más ha hecho énfasis en tal efecto denominándolo como “expansivo” en el sentido que los preceptos constitucionales dejan de ser indiferentes para el resto del ordenamiento jurídico, identificándose este efecto en un primer momento con la proyección de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado<sup>98</sup>.

Ahora, se suele denominar por la doctrina nacional como este efecto de irradiación, a aquella manera en que la constitución se proyecta al ordenamiento sub-constitucional a través de los denominados derechos fundamentales<sup>99</sup>, irradiando así nuestra carta fundamental a todo el ordenamiento jurídico-político en general en virtud de su fuerza normativa, produciéndose tal efecto.

Siguiendo la corriente de EDUARDO ALDUNATE en este aspecto, es que se traduce este efecto de irradiación de los derechos constitucionales en dos cuestiones: (i) La consideración de los derechos fundamentales como derecho objetivo y (ii) El efecto horizontal de los derechos fundamentales; no siendo

---

<sup>98</sup> MORA SIFUENTES, F. La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [en línea]. 2017, Vol. 50 (150), 1215-1258 [Fecha de consulta 20 de Septiembre de 2020]. ISSN 2448-4873. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332017000301215&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000301215&lng=es&nrm=iso).

<sup>99</sup> ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales* [en línea]. Chile: LegalPublishing/Thomson Reuters. 2008 [Fecha de consulta 02 de Octubre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3208>.

estas proyecciones del efecto de irradiación fenómenos distintos sino que las dos caras de una misma moneda<sup>100</sup>.

Así, por una parte, como consecuencia de la consideración de los derechos fundamentales como derecho objetivo, estos “ya no son concebidos únicamente como límites, prerrogativas o potestades del titular del derecho respecto al poder del Estado, sino también como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico”<sup>101</sup>, lo que trae como resultado su expansión ya no solo al ámbito constitucional del derecho, sino que a todo el ordenamiento jurídico que esta por debajo de éste, siendo aplicable, por ejemplo, como límites los derechos fundamentales en diversos procesos civiles en donde priman las relaciones entre particulares.

En esta línea, la jurisprudencia comparada igualmente ha adoptado tales concepciones respecto al carácter objetivo de estos derechos, estableciéndose por el tribunal constitucional español en la sentencia ATC 382/1996 en este sentido que:

“Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico”<sup>102</sup>.

Por otro lado, relacionado íntimamente con lo anterior, es menester mencionar la otra cara de este efecto de irradiación, que es el llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales, el cual dice relación con su interacción con los particulares, entendiéndose como efecto relativo u horizontal de los derechos constitucionales:

“En un sentido amplio, las consecuencias que la consagración y protección constitucional de los derechos individuales tiene para los particulares, y en un sentido más restringido, la incidencia específica de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas”<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 211.

<sup>101</sup> ANZURES GURRÍA, J. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales* [en línea]. 2010, Núm. 22, 3-51 [Fecha de consulta 09 de Septiembre de 2020]. ISSN 1405-9193. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001).

<sup>102</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 18 de Diciembre de 1996, ATC N° 382-1996.

<sup>103</sup> ALDUNATE, E. *op. cit.*, p. 211.

Podríamos señalar que esta concepción del efecto horizontal de los derechos fundamentales está presente en nuestra constitución, explícitamente en lo que se dispone en el artículo 6 de esta carta fundamental, donde se establece en términos sencillos que todo órgano del Estado, persona, institución o grupo debe respetar las disposiciones contenidas en ella, estando sujetos de lo contrario a las sanciones que imponga la ley. Dejando claro de esta forma, que las potestades fundamentales tienen incidencia en todas las esferas de nuestro sistema jurídico-político, no limitándose este poder a la regulación Estado-ciudadano, por el contrario, rigiendo a nivel universal, en todas las direcciones<sup>104</sup>.

Asimismo, la doctrina ha apuntado en igual sentido respecto de la expansión de las garantías constitucionales en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento, de esta forma MANUEL NÚÑEZ ha establecido con respecto a los derechos fundamentales que “el que se los haya escrito para defenderse (del Estado) en nada afecta su pretensión para imponerse sobre la voluntad de un simple particular”<sup>105</sup>, de esta forma se ha establecido que:

“La sola observación de nuestra práctica judicial nacional (especialmente la derivada de los juicios de protección y amparo) que los tribunales resuelven, bien o mal, conflictos entre particulares teniendo a la vista únicamente la extensión de los derechos fundamentales como criterio de solución”<sup>106</sup>.

Todo esto ha llevado a un reconocimiento, en virtud de lo expuesto, del deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales por los particulares, no quedando estos exentos de tal responsabilidad. Así lo ha afirmado nuestro tribunal constitucional en la causa Rol N° 976-2007, la cual en su considerando 35° establece:

“En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema: “apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, **y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones “inter privados” de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión–**”

---

<sup>104</sup> ANZURES GURRÍA, J. *op. cit.*, p. 14.

<sup>105</sup> NÚÑEZ, M. 1997. Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos. En: GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. Lecciones de Derechos Humanos. Valparaíso, Edeval. pp. 315-330.

<sup>106</sup> *Ibid*, p. 326.

Germán Jr. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 88-89”<sup>107</sup>. (énfasis agregado)

Finalmente, se ha llegado a la conclusión por parte de la doctrina nacional que el efecto horizontal de los derechos fundamentales esta bastante aceptado en nuestro país por la doctrina y jurisprudencia, y que pese a la discusión dogmática es una realidad constitucional en Chile, debido a que en constituciones como la nuestra se hace valer la eficacia de las garantías constitucionales respecto de los privados<sup>108</sup>.

Así, hemos visto este efecto horizontal a lo largo de todo este capítulo, relacionado con su sentido más restringido, en cuanto a la mencionada incidencia que tienen los derechos fundamentales en el ámbito privado del derecho y dentro de las relaciones jurídicas entre particulares, en este caso dentro del derecho de familia.

En este sentido, es que se relaciona directamente el efecto de irradiación mencionado con los argumentos que señalamos en su oportunidad de la regla de exclusión en materia de familia, ya que se le reconoce, según nuestro punto de vista, fundamento a aquella en virtud de que tanto los órganos del Estado como los particulares deben respeto a las garantías constitucionales, no pudiendo violar aquellas en virtud de la obtención de pruebas, calificándose éstas como prueba ilícita y dejándolas fuera del proceso.

Asimismo, se ha reconocido por la doctrina que si en un procedimiento privado el cual se lleva entre iguales, tal como el estudiado aquí, se han vulnerado los derechos fundamentales, estaríamos en presencia de la denominada prueba ilícita, objeto de exclusión en el derecho de familia, por lo que no se podrían producir los efectos normales de ésta ante el órgano jurisdiccional correspondiente<sup>109</sup>.

### **C) La eficacia de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso de familia**

Hay que señalar que existen pocos casos controvertidos con respecto a la aplicación del artículo 31 de la LTF que consagra la exclusión de pruebas en materia de familia, específicamente la exclusión por

---

<sup>107</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de Junio de 2008, Rol N° 976-2007.

<sup>108</sup> MARTÍNEZ ESTAY, J. Los particulares como sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. *Revista Chilena del Derecho* [en línea]. 1998, Vol. 25 (1), 59-64 [Fecha de consulta 15 de Septiembre de 2020]. ISSN 0716-0747. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649971>.

<sup>109</sup> FERRADA, F. 2009. *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing. 34p.

ilicitud, esto ha sido fundamentalmente, a nuestro parecer, por dos razones: (i) el momento de exclusión de la prueba y (ii) la falta de recursos procedentes para reclamar la exclusión.

En primer lugar, analizaremos el momento de exclusión de la prueba, en este sentido, debido a que el artículo 31 opera en la primera audiencia, es decir, en la audiencia preparatoria del juicio oral, como exclusión casi no se conocen casos de aplicación de la norma, solo ha habido un par en este tema debido a que se interpusieron acciones de protección posteriormente a que se aportaran pruebas al juicio oral de familia que según los recurrentes tenían el carácter de ilícitas y que no fueron oportunamente excluidas<sup>110</sup>.

De esta forma, debido al momento de anterioridad al juicio que se dispone la exclusión de la prueba, atendiendo esto al control de admisibilidad que dispone el legislador en relación a las pruebas que pasarán al juicio oral, es que se ha aportado con este hecho al desconocimiento en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión y a las dificultades que ésta reporta en el ordenamiento.

Lo anterior, como consecuencia de la tramitación que se le da a los incidentes sobre exclusión de pruebas, que se rigen por las reglas generales de los incidentes contempladas en el artículo 26 de la LTF, en donde se fallan generalmente de forma inmediata por el tribunal en la audiencia preparatoria previo debate, no procediendo recurso alguno. Por ello, la mayoría de los casos de aplicación de esta regla no trascienden de forma relevante en la jurisprudencia, se hayan o no infringido garantías constitucionales, puesto que la decisión del juez es única y queda allí, ya que tampoco existe la posibilidad procesal formal de alegar su decisión.

Con todo, cabe mencionar que los problemas que presenta la regla de exclusión en materia de familia, debido a su contenido cargado de constitucionalidad lo que hace conjugar los derechos fundamentales de las personas en la relaciones jurídicas privadas, no se da precisamente por el hecho anticipado de exclusión de pruebas, por el contrario, nos parece que debe ser aplicada con antelación al juicio oral dicha exclusión, sin embargo, actúa éste como un factor que contribuye a que se omita el debate sobre la dificultad de empleo de esta regla.

En esta línea, para la eficacia de la regla de exclusión contemplada en la LTF debe establecerse ésta en la audiencia preparatoria, con anterioridad al juicio oral, ya que lo que se trata de conseguir con la

---

<sup>110</sup> JARA BUSTOS, F. y JARA VILLALOBOS, C. *op. cit.*, p. 6.

imposición de dicha regla es que el juez en el juicio oral de familia no llegue a valorar la prueba que se ha obtenido con infracción a las garantías fundamentales.

Esta última idea está relacionada fuertemente con la que plasmó el legislador penal en la reforma procesal penal en nuestro país, ya que en torno a la regla de exclusión contemplada en el artículo 276 inciso 3 del Código Procesal Penal, se aseguró la efectividad de la exclusión de pruebas encargándole la misión de excluir prueba ilícita al juzgado de garantía con el fin de que el tribunal de juicio oral en lo penal no llegara a conocer de ellas, de esta forma se ha razonado por la doctrina que:

“El hecho de que la ley haya asignado al juez de garantía – y no al tribunal de juicio oral- la función principal en la exclusión de prueba ilícita, evidencia que el sistema procesal penal chileno manifiesta una preferencia por establecer el control de la prueba ilícita a nivel de admisibilidad, a objeto de evitar que el tribunal de juicio oral llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido”<sup>111</sup>.

En este sentido, se prefirió en materia penal al igual que en materia de familia, un control a nivel de admisibilidad de la prueba ilícita, lo que guarda mucho sentido con el parecido de las distintas reformas que se han hecho a los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro país, donde todas ellas tienen varios puntos en común como los son por ejemplo los principios que consagran y los lineamientos de base que establecen.

Sin embargo, la efectividad en la exclusión de prueba ilícita es más explícita en el ámbito penal del derecho que en el de familia, puesto que como se dejó en evidencia, existen dos órganos jurisdiccionales diferentes que conocen el caso en cuestión en dos momentos distintos, así al conocer y excluir prueba ilícita por parte del juzgado de garantía, posteriormente no será éste quien dicte la sentencia definitiva en el caso, sino que será el tribunal de juicio oral quien dictaminará aquello, el cual nunca tuvo contacto con dicha prueba, por lo que, al haber dos audiencias con dos tribunales diferentes, se hace en la práctica mucho más efectiva la regla de exclusión.

Naturalmente, como en el derecho de familia no existe esta estructura orgánica respecto de los órganos jurisdiccionales, no sería posible *a priori* lograr tal efectividad en la exclusión de pruebas obtenidas con inobservancia a las garantías constitucionales, ya que formalmente el mismo juez que excluiría estas pruebas posteriormente conocería del caso, del resto de las pruebas y sería el que tome la decisión final,

---

<sup>111</sup> HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J. *op. cit.*, p. 193.

pudiendo verse de cierta forma contaminado con la prueba ilícita a este respecto. Sin embargo, la práctica judicial de los tribunales de familia ha contribuido a que sea más efectiva esta exclusión debido a que el juez de la audiencia preparatoria por regla general difiere del de la audiencia de juicio oral, en consecuencia, aquel no es el mismo juez que eventualmente excluyó prueba en el proceso, cuestión que veremos más adelante en torno al efecto oculto de la prueba ilícita.

Así, en torno a la efectividad de la exclusión de la prueba ilícita, expondremos una de las acciones de protección mencionadas al comienzo, que trata de un recurso de protección el cual acoge finalmente la Corte Suprema en la causa Rol N° 6491-2005, interpuesto por doña Erika Müller en contra de don Zivko Juan Babaic quien dentro del contexto de un juicio de divorcio, que mantenían al momento de la interposición del recurso, presentó como medio de prueba fotocopias del diario de vida íntimo de doña Erika, hecho que habría vulnerado según se reclama las garantías constitucionales del artículo 19 N° 4 y 5 de la constitución, correspondientes al respeto de la vida privada y a la inviolabilidad de un documento privado, respectivamente<sup>112</sup>.

En un razonamiento bastante interesante con respecto a la ponderación de derechos fundamentales en este caso, respecto al cual no profundizaremos porque escapa al objetivo de esta investigación, la corte estableció que esta conducta del recurrido era ilegal y que excedía de sus facultades pues no le corresponde a aquel divulgar los pensamientos y vivencias íntimas de la cónyuge, revocando la sentencia apelada y acogiendo este recurso de protección, ordenando la reposición del diario de vida a la recurrente y vedándolo de su utilización en el juicio.

No obstante lo anterior, existe un problema en torno a que si bien la Corte Suprema condena esta violación a las garantías constitucionales mencionadas en virtud de la incorporación al juicio de divorcio de un documento privado obtenido ilícitamente, esta sanción no es totalmente efectiva en cuanto al objetivo que persigue justamente la regla de exclusión contemplada en la LTF que es la no valoración por el juez de la prueba ilícita, esto último porque si bien directamente el juez no podrá valorarla para fundar su decisión judicial, éste puede indirectamente guiar su decisión del caso en virtud de dicha prueba, justificando aquella con otros argumentos plausibles.

Lo anterior es viable en virtud de que el juez de familia ya tuvo acceso al contenido de la prueba ilícita, concerniente al diario de vida íntimo de la cónyuge, que posteriormente se veta su incorporación por

---

<sup>112</sup> CORTE SUPREMA, 04 de Enero de 2006, Rol N° 6491-2005.

la Corte Suprema, pero que pese a ello, el juez ya adquirió ese conocimiento, contaminándose con el contenido de la prueba ilícita teniendo que excluir en su mente tal información, cuestión casi anti-natural que veremos más adelante.

Por otro lado, tenemos el segundo factor que incide en la escasa jurisprudencia controversial en torno al artículo 31 de la LTF y su desconocimiento en cuanto a los problemas de ponderación de derechos que presenta, el cual es la falta de recursos procedentes para reclamar la exclusión, que se configura como el segundo factor de alta relevancia en cuanto a la problemática aquí tratada.

La LTF no contempla dentro de su normativa ningún recurso especial para reclamar la exclusión de la prueba, esto pese a que la resolución que dictamina la exclusión de pruebas tiene naturaleza jurídica de sentencia interlocutoria, y como tal, debe ser fallada a través de resolución fundada. Así en el sistema de recursos de la LTF no se contempla para este caso ni el recurso de apelación ni tampoco el de reposición, pese a que algunos jueces lo conceden de todas formas<sup>113</sup>.

Por lo que, la única vía para impugnar la exclusión de prueba es la apelación de la sentencia definitiva y la casación en la forma invocando la causal del artículo 768 N° 9 en concordancia con el artículo 795 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior presenta un grave problema, porque en estos casos nos ponemos en la posición hipotética de que se excluyó una prueba que debía ser incorporada en el proceso, pero ¿qué sucede cuando no se excluye una prueba ilícita? La LTF no se hace cargo en cuanto a esto, ya que no dispone de ningún recurso especial para que se corrija aquello, es decir, cuando se sobrepase la regla de exclusión establecida en la audiencia preparatoria y se disponga de todas formas la rendición de prueba ilícita ante el tribunal en el juicio oral.

Lo mencionado, explicaría de buena manera el hecho de que no conozcamos mucha jurisprudencia atinente a esto y a la aplicación de la controversial regla del artículo 31 de la LTF, ya que de esta forma, los particulares frente a la no exclusión de prueba considerada ilícita en el proceso de familia, interponen un incidente conforme a las reglas del artículo 26 de la LTF que establece que se resolverán inmediatamente por el tribunal previo debate de las partes, y en los que requieran pruebas el tribunal fijara como se hará su rendición, no siendo esta decisión susceptible de recurso alguno.

---

<sup>113</sup>NÚÑEZ, R., CÓRTEZ, M. y MATURANA, C. *op. cit.*, p. 245.

Entonces, este segundo factor, tiene gran relación de igual manera con la ineficacia de la regla de exclusión contemplada en la LTF, puesto que en virtud del procedimiento contemplado para hacer valer la exclusión de una prueba ilícita por las partes, rigiéndose esto por las normas de los incidentes mencionadas, no se contempla recurso alguno para revertir la decisión tomada por el juez, siendo procesalmente imposible alegar la incorporación y posterior valoración de prueba ilícita en el proceso.

Por lo que, parece ser que sólo en teoría es posible proteger de forma eficaz las garantías constitucionales en la obtención de pruebas en el proceso de familia, esto porque al no existir una posibilidad de corrección de la decisión tomada por el juez en la audiencia preparatoria sobre aquello, no existe vía alguna para reclamar, por esta razón es que de la misma forma sólo se conocen acciones de protección con respecto al tema.

Cabe mencionar que en materia penal, por el contrario, se tuvo más responsabilidad y precisión en cuanto a los recursos, acordándose establecer un recurso de apelación contra la resolución que ordena la exclusión de prueba ilícita, permitiendo el debate elevado de aquello, precisándose en el Senado que “de esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar”<sup>114</sup>.

### **C.1) Problemas de “sobre-exclusión” de pruebas**

Como ya se ha puesto de manifiesto aquí, cuando hablamos del derecho de familia nos referimos a una rama del derecho que posee un carácter especial en cuanto a los intereses que existen dentro del proceso, los bienes jurídicos en juego y los particulares que son partícipes de éste, lo que hace que se diferencie esta rama del derecho de otras en el ámbito privado.

De la misma forma, se ha considerado este carácter especial del derecho de familia por la doctrina, así seguimos al respecto a JESÚS EZURMENDIA, quien dispone que:

“El derecho de familia es definido como una rama del derecho privado, pero provisto de especiales características, compuesto por un alto contenido de carácter no patrimonial, y que contiene la regulación de los aspectos más esenciales de las relaciones filiales y afectivas del ser humano”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J. *op. cit.*, p. 193.

<sup>115</sup> EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 11.

Atendiendo a lo anterior, es que el análisis de exclusión de prueba ilícita no puede hacerse de la misma forma que se hace en materia penal incluso ni siquiera en materia civil de forma general, debido a que en este ámbito debemos contemplar otros factores, tales como por ejemplo, la cercanía de las partes contrarias en un proceso de familia, lo que nos lleva a ciertas dificultades a la hora de ponderar derechos fundamentales y de aplicar la regla de exclusión impuesta en la LTF.

Es así, como se le agrega mayor dificultad a la consideración de la regla de exclusión en el proceso de familia, siendo ya aquella observada con sospecha desde el punto de vista epistémico<sup>116</sup>, ya que en este contexto se agregan pruebas que por lo general son aportadas por los mismos familiares, quienes tienen muchas veces mayor acceso a la intimidad de su contraparte en el proceso, como por ejemplo, es el caso de los cónyuges en un juicio de divorcio.

En esta misma línea, es que hay una cierta aprehensión por parte de la doctrina respecto del alcance de vulneración de derechos fundamentales dentro del proceso de familia, esto en torno generalmente a las garantías relacionadas con el respeto a la vida privada o a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, ya que en estos procesos existe con anterioridad al conflicto judicial un vínculo y convivencia entre las partes que se enfrentan en el<sup>117</sup>.

Así, fundada es esta preocupación con respecto a la ponderación de derechos fundamentales por el juez en la materia en estudio, ya que como venimos señalando, dada la naturaleza de los litigios de familia, es indudablemente previsible un vínculo cercano entre los litigantes del proceso que establezca la prueba aportada en muchos casos al límite de la vulneración de los derechos fundamentales típicos que mencionábamos, pudiendo provocarse una sobre-exclusión de medios probatorios<sup>118</sup>.

Ilustraremos este problema de sobre-exclusión con el caso que trata la causa N° 33-2017 (familia), resolución N° 13194 de la corte de apelaciones de Punta Arenas, el cual trata de un recurso de queja que se interpuso contra la magistrada suplente del juzgado de familia de esa ciudad doña Connie Fuentealba, por las faltas y abusos cometidos con respecto de dos resoluciones dictadas en audiencia preparatoria del juicio en el proceso de familia. Estas resoluciones, en términos simples, trataban de: (i) una en que la jueza admitió solo 2 testigos de los 5 que iba a presentar la parte recurrente, argumentando ésta que no existe fundamento para aquella limitación de los testigos, y (ii) una resolución en donde la jueza excluyó una prueba

---

<sup>116</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 46.

<sup>117</sup> NÚÑEZ, R., CÓRTEZ, M. y MATORANA, C. *op. cit.*, p. 246.

<sup>118</sup> EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. *op. cit.*, p. 4.

audiovisual que según dispuso la parte recurrente era la “más clara e irrefutable prueba de la vulneración de derechos de los niños, toda vez que en dicha fotografía se puede observar al padre viendo una película pornográfica en presencia de su hijo de 10 años”<sup>119</sup>.

Con respecto a la exclusión, esta prueba fue expulsada del proceso en base a que supuestamente violaba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 5 de la constitución, correspondiente a la inviolabilidad del hogar, en el sentido de que se habría vulnerado esta garantía en la obtención de pruebas al tomar el registro audiovisual de una actuación realizada al interior del hogar.

A pesar de que la corte de apelación estableció que el recurso de queja no era la vía correspondiente para atacar lo resuelto por la jueza con respecto a la prueba testimonial y a la exclusión de pruebas en la audiencia preparatoria, lo que refleja una vez más el problema mencionado sobre la falta de recursos para alegar la exclusión, igualmente se dispuso a resolver el fondo de la cuestión debatida, estableciendo que:

“En cuanto a la exclusión de prueba consistente en una grabación de video, no se aprecia de que manera se ha producido una conculcación a la garantía de inviolabilidad del hogar la que se refiere fundamentalmente al ingreso, registro o allanamiento del hogar o los espacios reservados para el trabajo o uso privado de los individuos por parte de terceros, circunstancia que no acontece en el caso de autos, **toda vez que el espacio físico donde se efectuó la grabación, de acuerdo a los antecedentes, correspondía al hogar, vivienda o espacio físico que ocupa la familia que hoy se enfrenta judicialmente, razón por la cual el fundamento de la exclusión no encuentra su justificación en la garantía conculcada, afectando de esta forma el principio de libertad de prueba**”<sup>120</sup>. (énfasis agregado)

De esta forma, la corte establece la regla de exclusión de manera mas bien restrictiva, considerando los aspectos propios del derecho de familia y evitando así la sobre-exclusión de pruebas que *a priori* se habría producido por la jueza en cuestión.

Como lo habíamos dicho antes, probablemente en la mayoría de los casos las contrapartes sean familiares y tengan por consecuencia mayor acceso a la privacidad u hogar del otro, lo que hace más dificultoso el análisis respecto de la ponderación de derechos fundamentales y el establecimiento de su infracción.

---

<sup>119</sup> CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS. *op. cit.*, p. 2.

<sup>120</sup> *Ibid*, p. 9.

En este caso, finalmente se establece que no se infringe la inviolabilidad del hogar puesto que se trataba del hogar familiar en donde se produjeron los hechos objeto de prueba que en un principio se consideró como ilícita. Así, en primera instancia, se extendió la garantía contemplada en el artículo 19 N° 5 de la constitución en el proceso sin prestar atención a los factores atinentes al caso, como por ejemplo, que se trataba del hogar familiar en cuestión, y además, inobservando uno de los principios más importantes dentro de la legislación de familia que es el interés superior del niño.

Así, en virtud de esta expansión en el mundo jurídico de la regla de exclusión basada en su función de garantizar los derechos fundamentales con independencia del proceso que se trate, es que la doctrina ha dispuesto que aquella no se circunscribe ni tampoco tiene por qué hacerlo al proceso penal, pudiendo alcanzar de igual manera los de carácter civil, laboral, familiar, entre otros.<sup>121</sup> Con todo, es menester mencionar que, en materia de familia atendiendo a sus especiales características como rama del derecho, no puede adoptarse en abstracto esta decisión de exclusión de pruebas tan relevantes como las que vimos en el caso citado.

## **C.2) Alternativas a la regla de exclusión: ¿Es la mejor opción?**

Dado el origen en materia penal de la regla de exclusión y las repercusiones de aquello en cuanto a su adaptación en otros procesos de diverso carácter, es que varios autores han planteado dicha regla como un remedio excesivo en los ordenamientos jurídicos de carácter privado e incluso en el mismo ámbito penal, así como hemos visto, tanto la doctrina del modelo norteamericano como la del europeo continental han ido aplicando esta regla de forma cada vez más excepcional, por lo que, cabe preguntarse: ¿Es la regla de exclusión una buena alternativa en esta materia?.

Bajo esta lógica se ha establecido por la doctrina distintos límites a la exclusión de prueba ilícita en el proceso, configurándose así las llamadas excepciones a la regla de exclusión, siendo principalmente estas las relacionadas con: (i) la exigencia de una relación de causalidad directa entre prueba ilícita y resultado probatorio; (ii) la buena fe; (iii) el descubrimiento de lo inevitable; (iv) la teoría del cauce independiente y; (v) el criterio de proporcionalidad<sup>122</sup>.

Así, como es evidente, se han construido variadas limitaciones a la exclusión de prueba ilícita en el proceso, por lo que, se ha tendido a relativizar por la doctrina la aplicación de esta regla de exclusión en los

---

<sup>121</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. *op. cit.*, p. 60.

<sup>122</sup> ZAPATA GARCÍA, M. *op. cit.*, p. 162.

diversos ordenamientos jurídicos. Y en este punto, incluso tendiendo algunos autores a su eliminación del sistema, suponiendo aquello conveniente en virtud de su preocupación por la verdad y la justicia, considerando que el juzgador debe conocer todas las pruebas relevantes del proceso, debiendo abandonar la idea de la exclusión de aquellas que han sido obtenidas ilegal o ilícitamente<sup>123</sup>.

Sin embargo, por otro lado, hay autores que se han mostrado reacios a aceptar dichas excepciones debido a que importan un debilitamiento a la protección de los derechos fundamentales, de esta forma MARÍA GASCÓN ha dispuesto que “al considerar que la buena fe del acto ilícito convierte a la exclusión de la prueba obtenida en un “remedio impertinente y excesivo”, esta doctrina refleja una concepción débil de los derechos fundamentales”<sup>124</sup>.

De esta forma, queda claro que con el transcurso del tiempo la regla de exclusión impuesta en los ordenamientos jurídicos más que una regla general se ha convertido en una excepción en cuanto a su aplicación, esto debido a la creación de las tantas excepciones en torno a aquella. Cuestión íntimamente relacionada con el derecho a la prueba y su protección dentro del proceso, ya que se ha atendido a una concepción garantista respecto de éste contemplando la institución de la prueba ilícita como una limitación importante a aquel, teniendo como consecuencia aquello su aplicación más restrictiva.

En fin, estos hechos parecen poner en duda la efectividad del establecimiento de una regla de exclusión en los diferentes procesos jurídicos, incluyendo por supuesto el de familia, ya que al superar las excepciones a la regla general como es el caso, poca efectividad en el resguardo de los derechos fundamentales mediante esta institución podemos observar en la práctica.

Por otro lado, específicamente en materia de familia, también existen complicaciones en la aplicación de esta regla de exclusión, ya que como hemos visto el tribunal no puede llegar y tomar la decisión de excluir pruebas sin atender a las delicadas características del caso de familia que se trate. Así, no existe una fórmula matemática exacta para saber cómo aplicar esta regla en la práctica, lo que trae aparejado problemas relativos a cómo realizar esta interpretación y ponderación de derechos fundamentales caso a caso.

Lo anterior, guarda relación con las críticas que se hacen a las ideas sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, estableciéndose de esta manera que con dicha concepción se afecta a la

---

<sup>123</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 260.

<sup>124</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. 2012. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. En: NOGUERIA ALCALÁ, H. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Editorial Scripto Ltda. pp. 75-99.

seguridad jurídica en virtud de que el juez toma un papel activista dictaminando en base a sus propias concepciones de los derechos fundamentales, además de que, no existe uniformidad al respecto de dicha interpretación ni tampoco una dogmática jurídica constitucional<sup>125</sup>.

Y en este sentido, es que se ha afirmado que en dicho tipo de decisiones en donde los jueces deben distribuir riesgos, son decisiones mas bien de carácter moral no relacionadas con problemas epistémicos, presentándose la dificultad de quien debe tomar la decisión, recayendo esto en manos de los jueces si es que el legislador no reguló dicho ámbito correctamente, dejando abierto esto a diversas interpretaciones<sup>126</sup>.

Dada estas dificultades, cabe preguntarse si la exclusión es una buena institución para enfrentar la prueba ilícita en el proceso y de igual forma lograr los fines de éste. Así, como ya lo ha afirmado la doctrina, existen otros remedios tradicionales tanto en la esfera civil como penal del derecho que podrían ser más útiles y eficaces que la propia regla de exclusión para los mismos fines propuestos, existiendo diversas opciones que nos presentan los sistemas jurídicos, como por ejemplo: (i) aplicar una sanción administrativa; (ii) utilizar el tipo penal que corresponda y; (c) conceder indemnización civil<sup>127</sup>.

Asimismo, en la doctrina comparada española se ha desarrollado en torno a la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto que, al ser tanto el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se encuentra inserto el derecho a la prueba de las partes, bienes jurídicos que se protegen a nivel de derechos fundamentales, los medios probatorios obtenidos con vulneración a otros bienes jurídicos de menor entidad debiesen ser permitidos en su admisión en el proceso, con todo aplicando las sanciones de carácter civil, administrativo o penal que correspondan<sup>128</sup>.

Siguiendo la corriente antes planteada, es correcto afirmar que al ponderar los intereses en cuestión en el proceso y habiéndose vulnerado aquellos bienes jurídicos de menor entidad versus las garantías fundamentales protegidas, es posible admitirlos y aplicar la sanción respectiva en torno a alguno de los tantos remedios contemplados en el ámbito jurídico, sin embargo, esto como ya se ha señalado en esta investigación importaría una jerarquización de los derechos fundamentales, cuestión que no nos parece adecuada.

---

<sup>125</sup> JARA BUSTOS, F. y JARA VILLALOBOS, C. *op. cit.*, p. 4.

<sup>126</sup> BAYÓN MOHÍNO, J. *op. cit.*, p. 26.

<sup>127</sup> LARROUCAU, J. *La prueba en el proceso civil: un examen de sus dimensiones epistémica y normativa en la imputación de responsabilidad por culpa*. Santiago: Universidad de Chile, 2010.

<sup>128</sup> HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J. *op. cit.*, p. 177.

Otra cuestión que se ha planteado por la doctrina es si constituye motivo suficiente un conflicto de principios para excluir uno de ellos<sup>129</sup>, así en este caso tenemos que por ejemplo decidir, en términos sencillos, entre dar prevalencia al derecho a la prueba de las partes en el proceso en pos de la averiguación de la verdad o bien al derecho a la vida privada o a la inviolabilidad de las comunicaciones, debiendo desechar de esta manera alguno en el transcurso en virtud de la regla de exclusión, cuestión que a simple vista parece exagerada.

En este sentido, siguiendo a JORDI FERRER, quien dispone:

“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”<sup>130</sup>.

Finalmente, incluso se ha considerado que la exclusión de pruebas es un derecho adicional que poseen las personas dentro del ámbito jurídico, ejemplificándose aquello con la situación de una persona que es molestada en su propiedad sin una orden de registro o sin una causa fundada, quien adicionalmente a su facultad de presentar una demanda por este hecho se le reconoce el derecho de exclusión de posibles pruebas inculpatorias que se obtengan con esta actuación<sup>131</sup>.

Por lo que, en virtud de lo expuesto, sobretodo en materia de familia se podrían llegar a considerar en lo sucesivo otras alternativas diferentes a la regla de exclusión para dirimir el conflicto que se da entre la admisión o no de la prueba ilícita en el proceso, ya que como hemos venido mencionando dudosa es su efectividad en el mismo. Así al disponer de otras sanciones como las mencionadas se podría lograr un mejor equilibrio en la protección de los derechos fundamentales y los bienes jurídicos en juego.

---

<sup>129</sup> VODANOVIC, P. *op. cit.*, p. 27.

<sup>130</sup> FERRER BELTRÁN, J. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* [en línea]. 2017, Vol. 9 (18), 150-169 [Fecha de consulta 10 de Septiembre de 2020]. ISSN 2145-6054. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>.

<sup>131</sup> LAUDAN, L. *op. cit.*, p. 299.

#### **D) El “efecto oculto” de la prueba ilícita**

En este punto nos parece importante mencionar el efecto oculto que tiene en el proceso la prueba ilícita, importante a considerar en torno a la evaluación de la real eficacia que tiene la institución de la regla de exclusión en el proceso, la cual no depende de su sola instauración sino del procedimiento que la rodea para hacerla efectiva, así como veremos, si el mismo juez que excluye prueba será el que tome la decisión final existe una gran posibilidad que este se haya contaminado con dicha prueba viciando su decisión, pero si estos difieren uno del otro como es el caso del modelo penal en nuestro país, aquella contaminación se reduce considerablemente.

En materia de familia existe una determinación ambivalente con respecto a lo expuesto, debido a que se encuentra en un punto intermedio entre dos extremos, los cuales son, por un lado, que el mismo juez que excluye prueba dicte sentencia, y por otro, que existan dos órganos jurisdiccionales diferentes no siendo el juez que excluye prueba el mismo que toma la decisión final, esto ya que como se señalará, la LTF no dispuso de dos órganos jurisdiccionales diferentes para el proceso de familia, pero sí se reguló posteriormente a ella el establecimiento de un sistema de rotación de jueces dentro de los mismos juzgados de familia que hace posible una mayor efectividad de esta regla.

Recapitulando, si analizamos la regla de exclusión de prueba ilícita en cuanto a su pretensión dentro del proceso, podemos señalar a grandes rasgos que su principal objetivo es impedir la valoración de aquella prueba por parte del órgano jurisdiccional en pos de la protección preponderante de los derechos fundamentales de las personas, coartando así sus efectos probatorios. Sin embargo, si bien formalmente se establece en teoría dicho objetivo, aquello no quita el hecho de que el juez que excluyó prueba pueda indirectamente guiar su decisión del caso en virtud de tal medio probatorio ilícito, justificando aquello a través de otros argumentos legales plausibles.

Lo anterior, dice relación con la contaminación que puede sufrir el juez respecto del contenido de la prueba ilícita que se excluye del proceso, en donde al órgano jurisdiccional observar la prueba para considerarla ilícita no puede posteriormente actuar como si esta jamás hubiese existido, lo que se pretende con la institución de la regla de exclusión, considerándose desde ese momento que se ha contaminado la futura decisión del juez, de ahí viene el efecto o poder oculto de la prueba ilícita<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> IÑIGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica. *THEMIS: Revista de Derecho* [en línea]. 2017, Núm. 71, 167-182 [Fecha de consulta 15 de Noviembre de 2020]. ISSN 1810-9934. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6549338>.

Analizaremos dicho efecto, siguiendo a AVANI SOOD, a través de dos fenómenos, en primer lugar en torno al (i) razonamiento motivado, y como consecuencia de éste, examinaremos la hipótesis de la (ii) justicia motivada<sup>133</sup>.

En primer lugar, tenemos el fenómeno del razonamiento motivado, que en atención a éste es necesario señalar que:

“La teoría psicológica moderna de razonamiento motivado sostiene que cuando los que toman decisiones [decision makers] tienen una preferencia en cuanto al resultado de un caso que deben evaluar, son más propensos a llegar a esa conclusión deseada al cursar, inadvertidamente, procesos sesgados para acceder, construir y evaluar creencias”<sup>134</sup>.

Así, esta teoría plantea que frente a una situación de toma de decisiones, esta persona que debe decidir entre A o B ya tiene una preferencia establecida en cuanto a qué escoger, la cual se construyó a través de procesos sesgados que permitieron llegar a esta decisión, por ende, de una manera inadvertida este *decision makers* buscará llegar a aquella conclusión que desea alcanzar pero de la que no es consciente<sup>135</sup>.

Estos procesos sesgados que se señalan tienen como fin predisponer a la persona que debe tomar una decisión a inclinarse más por una que por la otra, llevando este sesgo el nombre de “razonamiento motivado” ya que en éste se estudia cómo la motivación puede afectar al razonamiento<sup>136</sup>. En este sentido, existen diferentes motivaciones que llevan a las personas a preferir con antelación una opción antes que la otra, las cuales van fundamentando inconscientemente la predisposición de una persona a cierta clase de solución, cuestión de la que no se es consciente pero que lleva de todas formas a elegir el resultado internamente preferido.

Lo anterior, puede relacionarse con la creación de la teoría de la prueba ilícita sobre “los frutos del árbol envenenado” recogida por la doctrina anglosajona, que en términos sencillos trata de la exclusión de

---

<sup>133</sup> MEHTA SOOD, A. Cognitive cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule. *The Georgetown Law Journal* [en línea]. 2015, Vol. 103, 1543-1608 [Fecha de consulta 20 de Noviembre de 2020]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2658413>.

<sup>134</sup> MEHTA SOOD, A. Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review. *The Annual Review of Law and Social Science* [en línea]. 2013, Vol. 9, 307-325 [Fecha de consulta 17 de Noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134023>. Traducción libre.

<sup>135</sup> IÑIGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. *op. cit.*, p. 173.

<sup>136</sup> *Ibid.*

prueba que no fue directamente obtenida de forma ilícita, pero que indirectamente vulneró algún derecho fundamental, y como consecuencia, igualmente debe considerarse como tal <sup>137</sup>.

Esto pues, específicamente, porque aquella teoría se basa en que ha de “evitarse todo efecto en el proceso de los materiales probatorios o informaciones que han sido obtenidos de modo irregular, igualmente deberá proscribirse la admisión de informaciones o materiales obtenidos gracias a la previa irregularidad acaecida”<sup>138</sup>. Así, es que se busca a toda costa que los jueces, tomadores de decisiones en los procesos de derecho, se alejen de todo tipo de pruebas ilícitas que puedan producirle los mencionados sesgos en sus razonamientos.

Pero ¿qué tiene que ver todo esto con la prueba ilícita? Cuando los *decision makers* son los jueces esto toma otra relevancia, ya que si bien todas las personas se encuentran en algún momento de su vida frente a una situación de toma de decisiones la mayoría de ellas son relevantes en el ámbito personal, pero cuando es un órgano jurisdiccional el que debe tomar decisiones estableciendo hechos y derechos debiendo basarse en las pruebas incorporadas dentro del proceso, esto trasciende mucho más allá de lo personal ya que se afectan sustancialmente la vida de terceras personas, existiendo así un interés público sobre las decisiones que tome el juez, debiendo ser objetivas y al marco de la ley, no antojadizas en virtud de sus motivaciones personales frente al caso.

De esta manera, es que en virtud de este primer fenómeno denominado razonamiento motivado, se vincula aquello al mundo jurídico mediante el análisis al razonamiento que hacen los jueces a la hora de tomar decisiones en determinados casos controversiales de contraposición de intereses, proponiéndose así en este marco de comprensión en torno al comportamiento del juez, la llamada hipótesis de la “justicia motivada”<sup>139</sup>.

Este segundo fenómeno denominado justicia motivada, esta fundado en la problemática que enfrentan los jueces quienes tienen dos metas que alcanzar en la resolución de un caso: (i) el cumplimiento de la ley y (ii) el cumplimiento de su sentido interno de lo que es “justo” o “correcto”<sup>140</sup>, así cuando estas dos metas convergen no existiría problema alguno, sin embargo, cuando estas chocan se produce un

---

<sup>137</sup> JEQUIER LEHUEDE, E. *op. cit.*, p. 467.

<sup>138</sup> FIDALGO, C. 2003. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1. LOPJ*. España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 525p.

<sup>139</sup> IÑIGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. *op. cit.*, p. 174.

<sup>140</sup> *Ibid.*

conflicto importante ya que no es sencillo transar una de estas dos metas en virtud de la otra, teniendo en cuenta que el juez siempre debe actuar acorde a la ley.

En este sentido se ha establecido:

“¿Pero qué pasa cuando estas dos metas chocan? La hipótesis de justicia motivada sugiere que en situaciones como esa, los tomadores de decisiones no van ni a descaradamente descartar la ley ni a renunciar a sus propios instintos morales. En su lugar, entrarán en un razonamiento motivado –sin saberlo procesar la información de una manera orientada hacia un resultado– para lograr su resultado deseado, aparentemente dentro de los términos de una determinada doctrina jurídica”<sup>141</sup>.

En este punto, es donde cobra sentido lo establecido en apartados anteriores, donde hemos señalado que el juez puede al contaminarse con la prueba ilícita tomar una decisión guiado en base a ésta misma pese a su exclusión del proceso, esto fundamentando su decisión en normas legales que crean la apariencia de que dicha decisión no esta viciada por esta prueba, y que por el contrario, a pesar de ella igualmente se llegaría a la conclusión señalada. Sin embargo, esto no es tan puro y cierto como parece, ya que aquí estaríamos frente a lo que llamamos la “ilusión de objetividad”, que consiste en el fenómeno de que al no creer que existe algo que corregir, no se reflexiona sobre la decisión tomada ni se efectúa nada para cambiarla, debido a que no se está consciente de sufrir sesgo alguno<sup>142</sup>.

Lo anterior, es bastante conflictivo toda vez que al existir argumentos jurídicos plausibles para de igual forma fundamentar una decisión jurídica que fue internamente guiada por un elemento probatorio ilícito dentro del proceso, aquello difiere del objetivo que tiene la regla de exclusión que es la imposibilidad de valorar la prueba ilícita añadida, por lo que se frustraría el cometido en cuestión.

Por último cabe mencionar al respecto que, siguiendo a CHARLES TABER y MILTON LODGE, cuando las personas tienen más experiencia y conocimiento sobre un determinado tema, estas son capaces de acceder a mayor evidencia que apoye su resultado preferido<sup>143</sup>, esto debido a que poseen más herramientas sobre el campo en donde deben tomar su decisión que les permite hacerla parecer como correcta de una manera formal.

---

<sup>141</sup> MEHTA SOOD, A. *Cognitive cleansing...*, p. 1562.

<sup>142</sup> IÑIGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. *op. cit.*, p. 174.

<sup>143</sup> *Ibid.*

Sin ir más lejos, lo señalado guarda estrecha relación con los jueces de familia que deben tener cierta especialización respecto de determinadas materias, así por ejemplo en torno a la prueba pericial se demanda que aquellos posean conocimientos a lo menos generales para examinar y valorar adecuadamente los resultados y específicas conclusiones de las pruebas periciales que se hayan llevado a cabo dentro del proceso<sup>144</sup>. En consecuencia, logran alcanzar estos jueces algún grado de *expertise* en el asunto lo que ayudaría como lo señalan estos autores, de una manera más sencilla al convencimiento sobre la adopción de cierta decisión jurídica en cuestión.

Frente a los problemas de contaminación del juez respecto de la prueba ilícita que llevan envueltos este efecto oculto que hemos analizado, una de las soluciones que se da por la doctrina es la creación de dos órganos jurisdiccionales distintos que conozcan dentro del proceso un mismo caso pero en dos momentos procesales diferentes.

En resumen, si se dispone de un juez N° 1 y un juez N° 2, siendo el primero de ellos quien deba tomar la decisión de excluir prueba, no valorando posteriormente medios probatorios ni tomando la decisión final, quedando esto en manos del segundo juez, se reduce significativamente esta posibilidad de contaminación con el contenido de la prueba ilícita, ya que el juez N° 2 no tendrá en cuenta los hechos del caso como el juez N° 1, por lo que, no se inclinará a un resultado u otro guiado indirectamente por la prueba que en su momento excluyó, siendo esta inclinación inexistente o en general débil<sup>145</sup>.

#### **D.1) El funcionamiento de los tribunales de familia: ¿Una ayuda práctica a la eficacia de la regla de exclusión?**

La práctica judicial de los juzgados de familia ha contribuido en lo formal a evitar la contaminación con el contenido de la prueba ilícita por parte del juez que tomará la decisión final de un caso, debido al establecimiento de un sistema de rotación de jueces<sup>146</sup> que permite que los casos de familia no se radiquen en uno solo de ellos, trayendo esto múltiples beneficios como veremos, dentro de los cuales el que nos interesa es que permite que el juez que excluye prueba ilícita no sea el mismo que posteriormente valore los medios probatorios y que falle la decisión final.

---

<sup>144</sup> CONTRERAS, C. 2019. Sana crítica, racionalidad fáctica y juicio de familia: desafíos pendientes. En: MONDACA MIRANDA, A. y AEDO BARRENA, C. Estudios de Derecho de Familia IV. Santiago, Thomson Reuters. pp. 599-622.

<sup>145</sup> ÑIGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. *op. cit.*, p. 180.

<sup>146</sup> CHILE. Corte Suprema. Acta N° 98-2009: Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia, mayo 2009. 6p.

Ahora bien, la LTF no dispuso de dos órganos jurisdiccionales diferentes para el conocimiento de los casos de familia, como sí lo estableció la reforma procesal penal en su momento al crear los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal, conociendo cada uno de ellos los casos penales en diferentes momentos jurídicos procesales, lo que como ya se mencionó en apartados anteriores, permite ciertas ventajas en cuanto a la efectividad de la exclusión de pruebas.

Por el contrario, se dispuso en el artículo 3 de la LTF un tribunal unipersonal para el conocimiento de los asuntos de familia. Sin embargo, sí se establecieron ciertos principios rectores y directrices que permitieron, siguiendo el espíritu de la legislación, regular posteriormente a aquella una distribución de los jueces de familia de manera tal que no se radiquen estas causas en un solo magistrado, sino que exceptuando los casos de radicación que establece la ley, se rotara el conocimiento de estas entre los jueces, variando el juez que conoce el caso en la audiencia preparatoria del que lo conoce en la audiencia de juicio oral.

Así, siguiendo el artículo 3 de la LTF que establece la potestad jurisdiccional de los jueces señalando que cada juez la ejercerá unipersonalmente sobre los asuntos que la ley les encomiende, en conjunto con el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, que dispone el número de jueces por juzgado de familia y competencia en cada caso, va quedando al descubierto el funcionamiento que se propone para estos tribunales según la ley, estableciéndose aquellos como tribunales unipersonales pero de composición múltiple.

Además, analizando lo anterior en concordancia con el artículo 12 de la LTF que dispone el principio de inmediación, el cual señala:

“Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. **El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 61**”. (énfasis agregado)

Complementando esto con el citado artículo 61 N° 9 de la LTF que dispone:

“En la audiencia preparatoria se procederá a:

9) Excepcionalmente, y por motivos justificados, recibir la prueba que deba rendirse en ese momento. **La documental que se rinda en esta oportunidad no radicar  la causa en la persona del juez que la reciba**”. ( nfasis agregado)

Pues bien es posible, interpretando los artículos antes transcritos, deducir que con respecto a la radicación de las causas de familia a la luz de lo dispuesto sobre todo en el artículo 61 N  9 de la LTF, que aquellas se radican en el juez que comienza a observar la prueba en el caso, es decir, el juez de la audiencia de juicio oral, estableciéndose una excepción a aquello en este artículo respecto de la prueba documental, debiendo en consecuencia radicarse la causa en el juez de familia que reciba excepcionalmente esta prueba en la audiencia preparatoria.

Así, se establece indirectamente que la fijación en la causa de familia de un determinado juez que dictará sentencia está determinada en virtud de la actuación que concierne el inicio de observación a la prueba aportada en el proceso que haga el magistrado, conclusión a la que llegamos en virtud de los artículos antes comentados, debido a que la LTF deja un vacío legal con respecto a aquello y no establece derechamente ninguna norma en torno a este punto.

Cabe señalar que tales directrices respecto a la composición y funcionamiento de los tribunales de familia establecidas en la LTF fueron instauradas en virtud de las indicaciones del boletín 2118-18<sup>147</sup> que se hicieron durante la etapa de discusión del proyecto de la LTF, en donde en virtud de la efectividad de la actividad jurisdiccional se sugirió el establecimiento de estos tribunales unipersonales pero de composición múltiple, constituyendo así cada tribunal “una unidad jurisdiccional compuesta por un número variable de jueces, cada uno de los cuales detentar  indistinta y separadamente la potestad jurisdiccional plena (art. 1 y 2)”<sup>148</sup>.

De esta forma, a pesar de que no se prefirió por un lado, el establecimiento de dos órganos jurisdiccionales diferentes para el conocimiento de los casos de familia como en materia penal, ni por otro un órgano jurisdiccional colegiado en virtud de los beneficios que trae este en cuanto a la distribución de la carga de trabajo, sí se estableció un tribunal unipersonal con esta especial característica de estar compuesto por varios jueces que pueden detentar particularmente su potestad jurisdiccional para conocer los casos de familia, haciendo posible que el juez de la audiencia preparatoria difiera del de la audiencia de juicio oral.

---

<sup>147</sup> CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Boletín N  2118-18, *op. cit.*, p. 10.

<sup>148</sup> TURNER SAELZER, S. Los tribunales de familia. *Ius et Praxis* [en línea]. 2002, Vol. 8 (2), 413-443 [Fecha de consulta 02 de Noviembre de 2020]. ISSN 0718-0012. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso).

En esta línea, en concordancia con el espíritu de la legislación de familia, que ya se ha dejado claro, es que la corte suprema en virtud de sus facultades económicas dictó un auto acordado sobre la gestión y administración de los tribunales de familia, constituyéndose éste en la acta N° 98-2009 del 20 de mayo de 2009, la cual en su artículo 9 sobre los principios de la gestión interna de los tribunales dispuso:

“a) Rotación:

El procedimiento objetivo y general de distribución de causas contendrá **normas sobre la rotación en la asignación de la tareas de los jueces**, la que regirá necesariamente salvo en los casos de radiación contemplados en forma expresa por la ley.

El plan anual de trabajo y el manual de procedimientos administrativos establecerán **la rotación en la asignación de las tareas entre los funcionarios del tribunal, la que comprenderá las diversas funciones que desempeñen los Administrativos de Actas, de Causas y demás funcionarios**, así como también la de los Consejeros Técnicos.

La periodicidad de esta rotación se establecerá con un máximo de dos meses.

Se podrán establecer periodos de rotación diferenciada según la función de que se trate”<sup>149</sup>.  
(énfasis agregado)

Por lo que, en virtud de lo expuesto, queda claro que la regulación con respecto al funcionamiento de los tribunales de familia tiene por objetivo que cada juez pueda ejercer su potestad jurisdiccional particularmente, no prevaleciendo la radicación de causas en un solo magistrado, salvo los casos que disponga la ley, esto en virtud igualmente de un mejor aprovechamiento de los recursos y una mejor distribución de la carga de trabajo, así en este sentido como lo establece SUSAN TURNER:

“A través de esta nueva composición del Tribunal, habrá un ahorro sustancial de medios humanos y físicos puesto que con una misma estructura administrativa, funcionarán varios Jueces al mismo tiempo, solucionando de paso el problema endémico de acumulación de causas que generan retraso en la labor jurisdiccional”<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> CHILE. *Corte Suprema...*, p. 6.

<sup>150</sup> TURNER SAELZER, S. *op. cit.*, p. 418.

Ahora, ¿en qué contribuye esto a la eficacia de la regla de exclusión? Como se señaló en apartados anteriores respecto de la real eficacia de aquella en el proceso de familia, existen diversos problemas en torno a su efectividad los que como mencionamos tenían relación con (i) el momento en que se excluye la prueba y (ii) la falta de recursos para hacer valer la regla de exclusión, sin embargo, un factor pernicioso dentro de todo esto hubiese sido además que el juez que conociera del caso en la audiencia preparatoria y excluyera prueba fuera el mismo juez de la audiencia de juicio oral, lo que terminaría de frustrar completamente el objetivo de la regla de exclusión que dice relación con la no valoración de la prueba ilícita en el proceso.

Así, esta regulación en torno a la administración, gestión y funcionamiento de los juzgados de familia viene a aportar bastante en cuanto a que al menos en lo formal sea posible la no valoración directa o indirectamente de la prueba ilícita, esto último en virtud de aquel poder oculto que señalábamos de dicha prueba. Por lo que, atendiendo a que el juez que excluye prueba en materia de familia por regla general no es el mismo que tomará la decisión final<sup>151</sup>, este ni siquiera estará al tanto de dicha prueba que fue sacada del proceso en virtud de su ilicitud, ya que nunca la conoció, ayudando así a frenar el poder oculto de esta.

Finalmente pese a que, como se ha venido desarrollando en esta investigación, la regla de exclusión tiene varias trabas para su efectividad y real protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso de familia, la posterior regulación de la distribución y funcionamiento de los jueces entorno a cómo en la práctica deben desempeñarse, estableciéndose una rotación de aquellos en el conocimiento de las causas, ha aportado en gran medida al objetivo final de la regla de exclusión que es privar de efectos probatorios e incidencia a la prueba ilícita dentro del proceso.

---

<sup>151</sup> Existen excepciones, como ya se señalaba, por ejemplo en el caso del artículo 61 N° 9 de la LTF en donde el juez en la audiencia preparatoria excepcionalmente recibe prueba y queda éste radicado para conocer del caso en cuestión. También se configura una excepción a esto cuando se realiza en la misma audiencia, la audiencia preparatoria y la de juicio oral, como sucede por ejemplo en los casos de divorcio de común acuerdo o en el procedimiento de vulneración de derechos contemplado en la LTF.

## Conclusiones

La prueba ilícita ha sido una institución recientemente estudiada por la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional, centrándose su análisis en el marco procesal penal donde nace su regulación en el proceso norteamericano con la regla de exclusión consagrada jurisprudencialmente en éste, a fin de limitar las actuaciones de la policía respecto de la obtención de pruebas resguardando los derechos fundamentales de las personas. Así, es que como consecuencia de la denominada prueba ilícita nace la regla de exclusión para justamente expulsar del proceso dicha prueba obtenida en contra de las garantías fundamentales, valorando por encima del derecho a la prueba otros de diverso carácter en el proceso.

Parte de este estudio sobre la prueba ilícita ha sido diferenciarlo de otros conceptos a fines que se han establecido entorno a aquella, así como por ejemplo de las “prohibiciones probatorias”; la “prueba irregular o ilegal”; o la “prueba ilegítima”, entre otros, lo anterior porque se han acuñado en razón de objetivos similares a los de la prueba ilícita, es decir, con el fin de limitar los efectos probatorios en el proceso de determinadas pruebas añadidas a éste. Sin embargo, distan de lo que para la doctrina nacional de forma casi uniforme significa la prueba ilícita, resumiéndose aquello en la prueba que ha sido obtenida con inobservancia a las garantías fundamentales.

En cuanto a la consagración de la regulación de la prueba ilícita en Chile, ésta ha venido siendo contemplada con la modernización de los diferentes sistemas procesales de nuestro país, así se ve en primera instancia, como era de esperarse, consagrada en el proceso penal para luego disponerse de su regulación en materia de familia y laboral de la misma manera. Asimismo, el PNCPC contempla dicha institución de la prueba ilícita, lo que nos lleva a pensar en la importancia de esta institución en la nueva concepción de los procesos de derecho que se da hoy en día, esto en cuanto a la importancia del resguardo a los derechos fundamentales que pretende el legislador a través de esta institución.

Por otro lado, es necesario señalar que el derecho a la prueba que se ve conflictuado con el establecimiento de la prueba ilícita, es de importante relevancia en la materia aquí tratada, en cuanto se consagra como una garantía fundamental dentro de lo que concierne al derecho a la defensa contemplado en el artículo 19 N° 3 de la constitución. Bajo esta perspectiva es que el derecho a la prueba es de suma importancia para el correcto funcionamiento del sistema judicial en general, permitiendo a los jueces fundar adecuadamente sus decisiones en virtud de los hechos efectivamente probados en el proceso, por lo que, lo que pareciera su limitación *a priori* en virtud de otros derechos fundamentales, es una cuestión esencial para entender la institución de la prueba ilícita.

Así, nos parece que esta institución no va en contra del derecho a la prueba sino que mas bien frente a ésta cesa dicho derecho de las partes, no viéndose privadas de forma general de aportar aquellos medios de prueba para fundamentar correctamente sus alegaciones, tal como sucede cuando se decide por el juez, autorizado por la legislación, a desechar una prueba en virtud de la impertinencia o sobreabundancia de aquella.

En cuanto a la regla de exclusión en sí, esta si bien tiene sus orígenes dentro del marco procesal penal, es cierto de igual forma que aquella se ha extendido a diferentes procesos tales como los civiles, y dentro de aquellos a materias como la aquí tratada, es decir, a la rama del derecho de familia. Lo último, en virtud de que objetivo de dicha regla es a fin de cuentas la protección de las garantías fundamentales, debido a ello es considerado por el legislador moderno de suma relevancia dicha institución indistintamente del proceso que se trate, lo que ha traído como consecuencia su consagración en los distintos sistemas procesales del país.

Pese a lo anterior, como bien se ha establecido, la regla de exclusión de la prueba ilícita se basa en la protección de derechos fundamentales, los que como tales se encuentran establecidos a nivel constitucional. En este sentido, es que la aplicación de aquella en un proceso privado como lo es el de familia trae ciertas complicaciones derivadas de este mismo hecho, así hacer valer el respeto de las garantías fundamentales entre particulares, sobre todo cuando se trata de partes que tienen con anterioridad un vínculo familiar, resulta bastante complejo en cuanto al momento de delimitar la vulneración de derechos fundamentales como lo son por ejemplo, a la intimidad o a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones.

En esta línea, se ha establecido por la misma jurisprudencia citada a lo largo de esta investigación que, sobre todo en materia de familia no se puede disponer de la exclusión de pruebas de forma sencilla sino que se debe analizar caso a caso, destacando que se debe conservar el sentido de gravedad y relevancia de los hechos para fundar la exclusión de una prueba, dándole así un estatus importante a la regla de exclusión poniendo énfasis en que no es una disposición que se puede llegar y utilizar por las partes para excluir fácilmente medios probatorios del proceso.

Respecto de la eficacia de la regla de exclusión en materia de familia, hemos identificado dos factores importantes que influyen en aquella, siendo estos (i) el momento de exclusión de la prueba y (ii) la falta de recursos procedentes para reclamar la exclusión, que se constituyen como determinantes para la eficacia de dicha regla dentro del proceso debido a que de cierto modo frenan el conocimiento de fondo de

estos casos de exclusión, generando que el descarte de las pruebas ilícitas se maneje a nivel superficial por parte del juez no existiendo una regulación debida para su tramitación y para el consecuente análisis pormenorizado de los eventuales derechos fundamentales vulnerados.

Además, es menester añadir que específicamente en materia de familia, se pueden dar diversos problemas de sobre-exclusión si no se atiende a la especialidad de este derecho, excluyéndose por los tribunales de justicia más pruebas de las que se deberían según se desprende del sentido y origen de la regla de exclusión atinentes al ámbito privado, esto en razón a aquellos casos en donde los jueces no atienden en el análisis de vulneración de derechos a la conjugación entre la infracción de garantías fundamentales, la anterior relación familiar de las partes y otros valores como el interés superior del niño, sino que sólo se vislumbra la exclusión de la prueba de forma aislada, cuestión que desemboca en una sobre-exclusión de medios probatorios.

En razón a los argumentos señalados, a nuestro juicio, parece ser que no es muy eficaz la regla de exclusión, entre otras razones debido a la estructura orgánica formal del proceso de familia y la falta de recursos para alegar ésta, los cuales no aportan a conseguir el fin propuesto por dicha regla, por lo que, no es muy fructífera su contemplación. Así, se ha planteado el uso de otras sanciones de carácter civil, administrativo o penal, como una mejor opción en la materia en estudio para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso.

Finalmente, es menester mencionar que en cuanto al efecto oculto de la prueba ilícita que se resume en la contaminación a nivel interno que puede sufrir el juez que la excluye del proceso como resultado de una imposibilidad de desecharla de su mente, es que el funcionamiento de los tribunales de familia en la práctica ayuda bastante a mermar dicho efecto, esto en cuanto al establecerse por la ley jueces unipersonales pero descentralizados permiten en la práctica su rotación en las causas, radicándose en ellas el juez que comienza a observar la prueba, por lo que, salvo excepciones, el juez que excluye la prueba ilícita no será el mismo que dictará sentencia.

Lo anterior, es sin duda una cuestión que viene aportar a la efectividad de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso de familia, pero que sin embargo, se espera para otros procesos en donde se contemple dicha regla, como por ejemplo, el proceso civil, se regule un procedimiento adecuado para su discusión y prueba sobre dichos medios probatorios tachados de ilícitos, ya que de lo contrario similares inconvenientes a los tratados en esta investigación se producirán en lo sucesivo de su desarrollo.

## Bibliografía citada

1. ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales* [en línea]. Chile: LegalPublishing/Thomson Reuters. 2008 [Fecha de consulta 02 de Octubre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3208>.
2. ANZURES GURRÍA, J. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales* [en línea]. 2010, Núm. 22, 3-51 [Fecha de consulta 09 de Septiembre de 2020]. ISSN 1405-9193. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001).
3. BAYÓN MOHÍNO, J. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista jurídica Mario Alario D`Filippo* [en línea]. 2010, Vol. 2 (4), 6-30 [Fecha de consulta 15 de enero de 2021]. Disponible en: <https://core.ac.uk/reader/230480910>.
4. BENTHAM, J. 1827. *Rationale of judicial evidence: specially applied to English practice*. London, Hunt and Clarke. 606p.
5. BERTRÁN, F. Sebastián Ríos Labbé: La protección civil del derecho a la intimidad. *Revista derecho (Valdivia)* [en línea]. 2005, Vol.18 (1), 296-298 [Fecha de consulta 19 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-0950. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-095020050001000015](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095020050001000015).
6. CAPPELLETI, M. 1974. *Proceso, ideología y sociedad. Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. 638p.
7. CARMONA, C. y NAVARRO, E. 2011. *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45.
8. CAROCCA PÉREZ, A. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Ius et Praxis* [en línea]. 1998, Vol. 4 (2), 301-322 [fecha de Consulta 04 de Julio de 2020]. ISSN 0717-2877. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213>.
9. CONGET, J. *La prueba como garantía mínima dentro del debido proceso: Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2015 [Fecha de consulta 07 de Diciembre de 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134942/La-prueba-como-garant%C3%ADAm%C3%ADnima-dentro-del-debido-proceso.pdf?sequence=1>.
10. CONTRERAS, C. 2019. Sana crítica, racionalidad fáctica y juicio de familia: desafíos pendientes. En: MONDACA MIRANDA, A. y AEDO BARRENA, C. *Estudios de Derecho de Familia IV*. Santiago, Thomson Reuters. pp. 599-622.
11. ETO CRUZ, G. 2011. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima, Editorial Andrus, Injeduc. 291p.
12. EZURMENDIA ÁLVAREZ, J. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2020, Vol. 47 (1), 101-118 [fecha de Consulta 10 de Julio de 2020]. ISSN 0716-0747. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/14894>.
13. FERRADA CULACIATI, F. *La prueba ilícita en sede civil* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2009 [Fecha consulta: 22 de noviembre 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111056>.
14. FERRADA, F. 2009. *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*. Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing. 34p.
15. FERRER BELTRAN, J. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* [en línea]. 2017, Vol. 9 (18), 150-169 [Fecha de consulta 10 de Septiembre de 2020]. ISSN 2145-6054. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857132>.
16. FIDALGO, C. 2003. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1. LOPJ*. España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 525p.

17. GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales* [en línea]. 2013, Vol.11 (2), 229-282 [Fecha de consulta 20 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-5200. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000200007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007).
18. GASCÓN ABELLÁN, M. ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Jueces para la democracia* [en línea]. 2005, 74-86 [Fecha de consulta 28 de Septiembre de 2020]. ISSN 1133-0627. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1125322>.
19. GASCÓN ABELLÁN, M. 2012. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. En: NOGUERÍA ALCALÁ, H. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Editorial Scripto Ltda. pp. 75-99.
20. GINER ALEGRÍA, C. 2008. Prueba prohibida y prueba ilícita. *Universidad de Murcia*. España, pp. 579-590.
21. GUTIÉRREZ MOYA, C. y AGUILAR BREVIS, A. La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales. *La Revista de Derecho: Derecho-Sociedad-Cultura* [en línea]. 2002, Núm. 3, 61-83 [Fecha de consulta 01 de Octubre de 2020]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35905.pdf>.
22. HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J. *Derecho Procesal Penal Chileno* [en línea]. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2004 [Fecha de consulta 25 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/2213>.
23. ÑÍGUEZ, E. y FEIJOÓ, R. El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica. *THEMIS: Revista de Derecho* [en línea]. 2017, Núm. 71, 167-182 [Fecha de consulta 15 de Noviembre de 2020]. ISSN 1810-9934. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6549338>.
24. JARA BUSTOS, F. y JARA VILLALOBOS, C. La prueba ilícita en materia de familia. *Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC* [en línea]. 2014, Núm. 1, 1-14 [fecha de Consulta 05 de Junio de 2020]. ISSN 0719-6091. Disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/vid/prueba-ilicita-materia-familia-643393197>.
25. JEQUIER LEHUEDE, E. La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2007, Vol. 34 (3), 457-494 [Fecha de consulta 15 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-3437. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-34372007000300006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372007000300006&lng=es&nrm=iso).
26. LARROUCAU, J. *La prueba en el proceso civil: un examen de sus dimensiones epistémica y normativa en la imputación de responsabilidad por culpa*. Santiago: Universidad de Chile, 2010.
27. LAUDAN, L. 2013. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 332p.
28. MARTÍNEZ ESTAY, J. Los particulares como sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. *Revista Chilena del Derecho* [en línea]. 1998, Vol. 25 (1), 59-64 [Fecha de consulta 15 de Septiembre de 2020]. ISSN 0716-0747. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649971>.
29. MCCORMICK, C. 1954. *Handbook of the Law of Evidence*. California, West Publishing Company. 938p.
30. MCCORMICK, C. 1999. *McCormick On Evidence*. California, West Publishing Company. 540p.
31. MEHTA SOOD, A. Cognitive cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule. *The Georgetown Law Journal* [en línea]. 2015, Vol. 103, 1543-1608 [Fecha de consulta 20 de Noviembre de 2020]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2658413>.
32. MEHTA SOOD, A. Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review. *The Annual Review of Law and Social Science* [en línea]. 2013, Vol. 9, 307-325 [Fecha de consulta 17 de Noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134023>. Traducción libre.

33. MELO, P. *La regla de exclusión de la prueba ilícita* [en línea]. São Paulo: Tirant Lo Blanch. Enero 2020 [Fecha de consulta 15 de Septiembre de 2020]. ISBN13 9788413366319. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9788413366319>.
34. MIRANDA ESTRAMPES, M. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación. *Jueces para la democracia* [en línea]. 2003, Núm. 47, 53-66 [fecha de Consulta 19 de Julio de 2020]. ISSN 1133-0627. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798>.
35. MIRANDA ESTRAMPES, M. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública* [en línea]. 2010, Núm. 22, 131-151 [fecha de Consulta 14 de Julio de 2020]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.
36. MONTON REDONDO, A., 1977. Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. *Universidad de Salamanca*. España, pp. 174 y ss. ISBN: 84-600-0886-X.
37. MORA SIFUENTES, F. La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [en línea]. 2017, Vol. 50 (150), 1215-1258 [Fecha de consulta 20 de Septiembre de 2020]. ISSN 2448-4873. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332017000301215&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000301215&lng=es&nrm=iso).
38. NÚÑEZ, M. 1997. Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos. En: GARCÍA-HUIDOBRO, J., MARTÍNEZ, J. y NÚÑEZ, M. *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso, Edeval. pp. 315-330.
39. NÚÑEZ OJEDA, R. y CORREA ZACARÍAS, C. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas. *Ius et Praxis* [en línea]. 2017, Vol. 23 (1), 195-246 [Fecha de consulta 03 de Octubre de 2020]. ISSN 0718-0012. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000100007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100007).
40. NUÑEZ, R., CORTES, M. y MATURANA, C. *Derecho procesal de familia* [en línea]. Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing. 2012 [Fecha de consulta 06 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/index.php/sisib/catalog/book/2018>.
41. NUVOLONE, P. 1966. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista Diritto Processuale*. Italia, Núm. 3, pp. 442 y ss.
42. PICÓ I JUNOY, J. 1996. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. España, José María Bosch Editor. 441p.
43. REY MARTÍNEZ, F. 2010. ¿Cómo Nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos). En: en BAZÁN, V (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
44. TARUFFO, M. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho (Valdivia)* [en línea]. 2003, Vol. 15, 205-213 [Fecha de consulta 10 de Diciembre de 2020]. ISSN 0718-0950. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502003000200010#:~:text=Usualmente%20se%20lo%20define%20como,debidamente%20considerada%20por%20el%20tribunal](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502003000200010#:~:text=Usualmente%20se%20lo%20define%20como,debidamente%20considerada%20por%20el%20tribunal).
45. TARUFFO, M. 2008. *La Prueba*. España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 41p.
46. TURNER SAELZER, S. Los tribunales de familia. *Ius et Praxis* [en línea]. 2002, Vol. 8 (2), 413-443 [Fecha de consulta 02 de Noviembre de 2020]. ISSN 0718-0012. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200013&lng=es&nrm=iso).
47. VODANOVIC, P. *Consideraciones contra la prueba ilícita en materia civil* [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2017 [Fecha de consulta 01 de Octubre de 2020]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146297>.
48. ZAPATA GARCÍA, M. Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita. *Revista de Derecho Coquimbo* [en línea]. 2004. Vol. 11 (1), 161-180 [Fecha de consulta 30 de Septiembre de 2020]. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2153>.

### **Normas citadas**

1. CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Boletín N° 2118-18: Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, julio 2003.173p.
2. CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.087: Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, septiembre 2003.32p.
3. CHILE. Corte Suprema. Acta N° 98-2009: Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia, mayo 2009. 6p.
4. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 de Octubre de 2000.
5. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.968: Crea los Tribunales de Justicia, 30 de Agosto de 2004.
6. CHILE. Ministerio de Justicia. 2006. Ley N° 20.087: Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, 03 de Enero de 2006.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Reforma Procesal Civil: Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, 12 de Marzo de 2012.

### **Jurisprudencia citada**

1. CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, 11 de Mayo de 2017, Rol N° 33-2017.
2. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, 17 de Junio de 1977, 432 US 197, p. 208.
3. CORTE SUPREMA, 04 de Enero de 2006, Rol N° 6491-2005.
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de Junio de 2008, Rol N° 976-2007.
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 07 de Septiembre de 2010, Rol N° 1411-2010.
6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 19 de Abril de 1993, SSTC N° 128-1993.
7. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 19 de Abril de 1993, SSTC N° 129-1993.
8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 18 de Diciembre de 1996, ATC N° 382-1996.