

# La prueba ilícita en el sistema procesal chileno

## *The illegal evidence in the chilean procedural system*

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA<sup>1\*</sup> 

### RESUMEN

El trabajo aborda la regulación procesal en el derecho chileno de la prueba ilícita, que comenzó a desarrollarse en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia desde la reforma procesal penal del año 2000. Dicha regulación parte de la base del respeto pleno de los derechos fundamentales de los justiciables en todo el íter procesal. Señalado lo anterior, se debe señalar que el trabajo intenta contestar tres preguntas principales relacionadas con la prueba ilícita: 1. ¿Tiene aplicación en todo tipo de procesos? 2. ¿Solo el Estado puede ser un agente conculcador de los derechos fundamentales o también pueden serlo los particulares? 3. ¿En qué momento o etapa procesal se puede hacer valer la prueba ilícita?

**Palabras clave:** prueba ilícita, debido proceso, derechos fundamentales, derecho de defensa, derecho a la prueba.

### ABSTRACT

The work addresses the procedural regulation in Chilean law of illicit evidence, which began to develop in legislation, doctrine and jurisprudence since the criminal procedural reform of 2000. Said regulation is based on the full respect of the fundamental rights of defendants throughout the procedural period. Having noted the above, it should be noted that the work attempts to answer three main questions related to illicit evidence: 1. Does it have application in all types of processes? 2. Can only the State be an agent that violates fundamental rights or can individuals also be? 3. At what moment or procedural stage can illicit evidence be asserted?

**Keywords:** illicit evidence, due process, fundamental rights, right of defense, right to evidence.

<sup>1</sup> Abogado, doctor en Derecho, profesor titular en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico; [abordali@uach.cl](mailto:abordali@uach.cl).

## 1. Introducción

El auge en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales a nivel global, fenómeno que se registró con especial fuerza una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, ha tenido un significativo impacto en todas las ramas del ordenamiento jurídico. Una de las ramas jurídicas donde se ha manifestado tal incidencia es el derecho procesal (Cappelletti, 1994, p. 39).

El respeto de los derechos fundamentales de los litigantes en el proceso judicial se ha erigido en un valor de igual o mayor importancia que uno de los valores procesales esenciales, como lo es la búsqueda de la verdad fáctica (Alvaro de Oliveira, 2008, p. 137). Ese respeto de los derechos fundamentales también debe darse en todo tipo de procedimiento e investigación estatal, ya sea de carácter penal o administrativa.

Por mor de la plena vigencia de los derechos fundamentales en el proceso, debe destacarse la prohibición de introducir al proceso o de darle valor por el tribunal, según sea el caso, de aquellas pruebas que hayan comportado una violación de uno o más derechos fundamentales de los litigantes o de terceros. Se habla entonces de la prueba ilícita.

La reforma procesal penal del año 2000 fue el primer impulso para introducir en Chile una prohibición de prueba ilícita. Con los años venideros, distintas regulaciones procesales se plegaron a esta tendencia. En efecto, el Código del Trabajo no admite en los procedimientos laborales la apreciación por parte del juez de pruebas ilícitas. A su vez, la ley que creó los Tribunales de Familia permite al juez excluir pruebas ilícitas en los procedimientos de familia. La ley 20.600 sobre Tribunales Ambientales, por su parte, señala que, en el procedimiento por daño ambiental, son admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos. Son ellas las principales regulaciones donde se pone a los derechos fundamentales como límite a la actividad probatoria de las partes.

Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, en sus distintos procedimientos, nada dice sobre la prueba ilícita. Lo mismo ocurre con la mayoría de los procedimientos llevados a cabo ante tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial como ocurre, por ejemplo, en los procedimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, por mencionar algunos.

De conformidad con lo señalado precedentemente, surge la siguiente pregunta: (1) ¿constituye la prueba ilícita una institución de aplicación general en el derecho procesal chileno o solo opera donde el legislador la haya previsto expresamente? A la anterior pregunta se unen las siguientes interrogantes: la interrogante (2), expresa la duda sobre quiénes pueden ser los agentes conculcadores de los derechos fundamentales en todos los ámbitos procesales: ¿solo agentes del Estado?, ¿solo particulares?, ¿ambos sin distinción? La interrogante (3), por su parte, formula lo siguiente: ¿puede el Estado sufrir una afectación en sus derechos fundamentales que justifique una exclusión de prueba por ilícita? Por último, la interrogante (4) expresa: ¿qué tratamiento procesal debe darse a la prueba ilícita?, ¿cómo exclusión de dicha prueba en el procedimiento o como una prohibición para el tribunal de apreciarla en la sentencia?

Como primera hipótesis de trabajo, que comporta una respuesta provisoria a la primera pregunta (1), se sostiene que la prueba ilícita es de aplicación general en todo el derecho procesal chileno o, si se quiere, en todo tipo de procedimientos, dado que ella es una consecuencia del derecho al debido proceso que debe regir la actuación de todo tribunal de justicia y de todo órgano público que con su decisión imponga un gravamen a un particular.

Como segunda hipótesis de trabajo o respuesta provisoria a la segunda pregunta (2), afirmo que, en todo tipo de procesos, los agentes conculcadores de los derechos fundamentales de los justiciables pueden ser

tanto agentes del Estado como particulares, sin distinción ni exclusión de ningún tipo. Luego, como tercera hipótesis de trabajo o respuesta provisoria a la tercera pregunta (3), señalo que, por regla general, los entes estatales no pueden reclamar prueba ilícita por violación de uno o más derechos fundamentales, dado que, también con un carácter general, dichos entes estatales no son titulares de esos derechos. Finalmente, como cuarta hipótesis de trabajo o respuesta provisoria a la pregunta (4), afirmo que, en aquellos casos en que la ley ha previsto una audiencia de preparación del juicio oral, o bien una fase previa que permite al tribunal un control de cuestiones de forma o referida a las pruebas, debe hacerse en dicha oportunidad. En los demás casos, la prueba ilícita comporta una prohibición para el tribunal de considerarla, valorarla o decidir con base en ella en la sentencia definitiva.

Sobre las respuestas a esas preguntas tratará el presente trabajo. Su novedad científica se manifiesta, principalmente, por un tratamiento sistemático en el derecho chileno del objeto analizado, así como por un análisis de la última jurisprudencia de los tribunales nacionales.

## 1. El derecho al debido proceso y a la prueba

### 1.1. Debido proceso

La introducción de pruebas en el proceso se puede justificar por razones gnoseológicas, o por razones *ius* fundamentales dadas por el derecho de defensa de las partes en juicio. Desde el primer punto de vista, se debe señalar que para que el juez pueda tomar una decisión basada en el establecimiento verídico de los hechos discutidos en el proceso, una idea de libertad probatoria se ajusta correctamente a ello. En principio, contra más pruebas se introduzcan al proceso más conocimiento se puede obtener sobre los hechos: “todo dato o información que sirva para la resolución del caso debe llegar a juicio” (Núñez y Correa, 2017, p. 208). Pero la introducción de pruebas al proceso también puede situarse desde posiciones *ius* fundamentales, como lo son el derecho a la prueba y de defensa dentro de un derecho más amplio como lo es el debido proceso.

Se puede definir al debido proceso como: “un conjunto de características mínimas que debe tener un determinado proceso para estimarse como un ejercicio legítimo de la función jurisdiccional del Estado. Son estándares de calidad de los juicios” (Gorigoitia, 2019, p. 201). En otras ocasiones se lo ha definido como aquel conjunto de requisitos que asegura a las personas que —en las contiendas que deben enfrentar—, podrán participar y defenderse de forma tal de incidir en el resultado del proceso judicial (Vargas y Fuentes, 2018, p. 146). También puede ser entendido como aquel derecho que, “franqueado al acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario” (García y Contreras, 2013, p. 257).

Si con el derecho a la tutela judicial se garantiza a los individuos que podrán deducir ante un tribunal de justicia una pretensión respecto a un derecho subjetivo o interés legítimo afirmado como propio y necesitado de tutela, lo que obliga al tribunal a dar una respuesta según derecho (Bordalí, 2020, p. 245 y ss.), con el debido proceso se asegura a esos individuos que podrán participar en el procedimiento incoado ante el tribunal de justicia e influir, de este modo, en la decisión que este adopte. El debido proceso puede ser considerado como un metaderecho o continente de un conjunto de derechos o garantías procesales. También puede ser considerado como un principio constitucional que permitirá orientar la labor del legislador y de los tribunales de justicia en orden a encauzar legítimamente

la actividad juzgadora del Estado, para hacerla coherente y respetuosa de la libertad de todos los ciudadanos (Bordalí, 2023, p. 11).

En Chile, todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un debido proceso. La Constitución Política de la República (CPR) no utiliza la expresión debido proceso, pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*) (Bordalí, 2023, p. 9).

A juicio de Evans, miembro de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (CENC), emplear la garantía en esos términos propiamente anglosajones, podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia anglosajonas han construido al respecto (Evans, 2004, p. 144). Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “racional y justo procedimiento” (art. 19 n° 3 inciso 6° Constitución Política de la República o CPR). De ello da cuenta lo discutido por los miembros de la CENC, específicamente en sus sesiones N° 101 a 103. En esta garantía de nuestro texto constitucional actualmente vigente (procedimiento e investigación racionales y justos) hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

¿Qué ha de entenderse por racional y justo procedimiento o debido proceso en Chile? Dicho de otro modo, ¿qué garantiza el debido proceso a los habitantes del territorio nacional. Nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador e interpretada por los tribunales de justicia. Al ser un derecho fundamental, se ha dicho que al debido proceso no se lo reconoce bajo una regla jurídica precisa, sino bajo un formato de principios o estándares (Vargas y Fuentes, 2018, p. 148).

La CENC dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula “racional y justo procedimiento” era concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado, en cada caso concreto, por aquellos órganos competentes para realizar esa labor.

Dicho lo anterior, se debe agregar algo sobre la importancia del respeto de estas garantías procesales que forman parte del debido proceso. Esta importancia ha sido expresada por Perfecto Andrés del siguiente modo:

[...] la rigurosa observancia de las garantías procesales, en la medida que aseguran los derechos de las partes y contribuyen a la equilibrada distribución del espacio escénico del juicio entre ellas, y, por tanto, a poner al juez en su sitio y en la posición de tercero (que es lo que hace posible conocer de una manera fiable), favorece la dialéctica del contradictorio y, por ende, la posibilidad de obtener, por este medio, a través de la confrontación de las hipótesis en presencia, un conocimiento verdadero sobre los hechos. Pero, por lo mismo, cuando aquellas experimentan alguna quiebra, ésta no se dará sin consecuencias (Andrés, 2010, p. 179).

El debido proceso rige la actuación de los tribunales de justicia en todo tipo de procesos. Por lo tanto, todos los procesos (civiles, penales, de familia, del trabajo, contencioso administrativo, etc.)

deben regirse por este derecho fundamental y principio constitucional. Rige también, como ya se ha señalado, en toda investigación y procedimiento estatales.

No existe espacio acá para desarrollar las distintas modalidades que debe presentar el debido proceso según el objeto procesal que busque cada procedimiento. Sin embargo, sí se puede aseverar, primariamente, que en un proceso declarativo que busca adjudicar derechos o fijar una regla de derecho, el debido proceso debe regir en plenitud. Analizaré a continuación cómo opera la garantía del debido proceso en relación con algunos de sus componentes, en particular con los derechos a la defensa y a la prueba.

## 1.2. Derecho de defensa y derecho a la prueba

### 1.2.1. Derecho de defensa

Si bien podría entenderse que muchos aspectos del derecho de defensa se corresponden con el derecho a ser oído al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se considera a la defensa de manera separada. Es que en la tradición procesal tanto continental como anglosajona, siempre se ha escuchado hablar de la defensa de la parte procesal como un componente esencial del proceso.

Ahora bien, no se puede negar que muchos aspectos que forman parte del derecho de defensa también podrían serlo del derecho a ser oído. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre el contenido de este último derecho, el que destaca por su amplitud. Comprende, en algunos casos, el poder acceder ante un tribunal de justicia o ente estatal competente, pudiendo actuar, de manera de poder formular sus pretensiones y presentar sus elementos probatorios y que éstos sean analizados por ese tribunal u órgano estatal.<sup>2</sup> En otros casos, la CIDH ha señalado que este derecho comprende el deber de los Estados, a través de sus agencias policiales y jurisdiccionales, de ofrecer mecanismos de denuncia accesibles. Esos sistemas deben ser por lo demás eficaces y deben derivar en una investigación real y seria. El Estado tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar.<sup>3</sup> En otras oportunidades, ha señalado que, en virtud de este derecho, las víctimas, en todas las etapas de los respectivos procesos, tienen el derecho de hacer sus planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses.<sup>4</sup> Hay, como se puede observar de esa jurisprudencia, bastantes puntos en común entre un derecho a ser oído y un derecho de defensa.

Dicho lo anterior, se debe agregar que se debe distinguir entre una defensa material y una defensa técnica. Esta última se refiere a poder elegir libremente un abogado que lo asesore y represente, el que debe poder siempre actuar en juicio y ante las demás autoridades del Estado.

Se habla de una defensa material o personal como el complejo de actividades a través de las cuales el demandado o el acusado contribuye personalmente a la reconstrucción del hecho y a la determinación de sus consecuencias jurídicas, así como al control de la regularidad del proceso. El derecho de defensa material asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas. Carocca resume los contenidos básicos del derecho de defensa como la facultad de realizar en el proceso “tres actividades fundamentales: la de efectuar sus alegaciones; la de probarlas; y, las de contradecir las alegaciones y

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Camba Campos y otros vs. Ecuador* (2013).

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú* (2015).

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009).

pruebas de la parte contraria.” La práctica y jurisprudencia en materia procesal penal ha desarrollado minuciosamente la defensa de los intervinientes en el proceso penal, con especial consideración de los imputados. En general, se ha entendido que el derecho de defensa en materia penal incluye la posibilidad de conocer los cargos que se formulan en contra del imputado, la oportunidad para rebatirlos frente al tribunal, el derecho a presentar pruebas, a confrontar las que se presenten en su contra, y el de contar con la asistencia de un letrado (Riego, 1994, p. 52). En relación con la prueba y solo con connotación penal, se asegura al acusado por delito el derecho de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otros testigos o peritos. Por su parte, el artículo 8.2. g) CADH reconoce el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Entre otros aspectos, comporta darle validez plena a la confesión que el sujeto presta voluntariamente, aunque sea contra sí mismo. En este mismo sentido, el artículo 8.3 CADH establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

### 1.2.2. Derecho a la prueba

En relación con el derecho de defensa, debe mencionarse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que no aparece reconocido expresamente en ningún texto internacional ni tampoco en la Constitución Política de la República de Chile. Sin embargo, debe entenderse que una de las manifestaciones o posibilidades concretas de la defensa judicial consiste en la posibilidad de que se admitan o practiquen pruebas. Estoy de acuerdo, por tanto, con Carocca cuando sostiene que el derecho a la prueba “forma parte del derecho fundamental o garantía constitucional a la defensa procesal” (Carocca, 1998, p. 302).

Otros autores, en cambio, se abren a la posibilidad de considerar el derecho a la prueba como autónomo respecto al derecho de defensa, pero siempre integrando un derecho fundamental al debido proceso (Jequier, 2007, p. 479).

Uno de los ámbitos del derecho procesal donde más ha existido regulación y trabajo doctrinal como jurisprudencial sobre la relación entre el derecho de defensa y el derecho a la prueba, es el enjuiciamiento criminal.

Un sector de la doctrina destaca la íntima vinculación entre el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la prueba.

Observando la situación en el derecho español y siguiendo a autores como Andrea Planchadell, se señala que:

es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional [español] que la presunción de inocencia sólo puede desvirtuarse por prueba de cargo, obtenida y practicada en el juicio oral en la forma legalmente prevista, con contradicción, oralidad y publicidad. Por tanto, si la obtención de una prueba no ha respetado los requisitos legales o ha vulnerado, por ello, un derecho y libertad fundamental de la persona, no puede ser considerada como prueba válida para enervar la presunción de inocencia (Planchadell, 2014, pp. 66-68).

Ernesto Pedraz, también referido al derecho español, señala que “el principio de exclusión de la prueba ilícita nos descubre la íntima relación existente entre la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso con todas las garantías, por cuanto la primera solo puede entenderse desvirtuada en virtud de “pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. Y no las reúnen aquellas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos (STC 161/1999,

de 27 de septiembre, FJ 4º). Integrada la presunción de inocencia en el seno del derecho al debido proceso, transgredida la primera lo será en igual medida el segundo” (Pedraz, 2000, p. 334).

Algo similar ha ocurrido en Chile con la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que reiteradamente ha vinculado la prueba ilícita con la vulneración de la presunción de inocencia y del debido proceso. Así, el máximo tribunal ha fallado en algunos casos lo siguiente:

DÉCIMO OCTAVO: El artículo 276 ya citado obliga al Juez de Garantía a excluir la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, entendiéndose por tales las que aseguran la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La prueba ilícita es, entonces, la que ha sido adquirida en la etapa preprocesal, con vulneración de esas normas. Ahora bien, dentro de un amplio concepto de garantías fundamentales se incluyen las que consagran la presunción de inocencia y el derecho a un procedimiento racional y justo. La ilicitud de la prueba forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que, de acuerdo con este principio, solo aquellas pruebas obtenidas lícitamente pueden llegar a ser valoradas por el juez sentenciador y, consecuentemente, a derribarlo [...]”.<sup>5</sup>

En otra sentencia más reciente, la Corte Suprema ha señalado:

VIGÉSIMO CUARTO: Que por lo precedentemente dicho, la prueba de cargo en contra de los acusados, por los hechos acontecidos el 12 de noviembre de 2019 y recopilada ese mismo día por las policías adolece de ilicitud, toda vez que se obtuvo en contravención a la ley, afectando claramente la garantía constitucional del debido proceso invocada por sus defensas, al condenárseles por un hecho que se da por probado con la aludida prueba allegada ilegalmente y que contraviene, por tanto, el Art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Art. 19 N° 3 inciso 6º de la Constitución Política de la República [...].<sup>6</sup>

De este modo, la prueba ilícita puede afectar, además de derechos fundamentales o garantías sustantivas, como se verá más adelante, derechos fundamentales de contenido procesal, como lo son el debido proceso, el derecho de defensa y, exclusivamente en el ámbito penal, la presunción de inocencia.

## 2. La prueba ilícita

Como todo derecho de contenido procesal, el derecho a la prueba requiere de configuración legal. De este modo, el legislador tiene plena facultad para configurar el ejercicio de este derecho y, en este poder configurador, el legislador puede autorizar al juez que impida la admisión o declare ilegítimas algunas pruebas, como aquellas impertinentes, sobreabundantes o ilícitas. Como señala Giulio Ubertis (2009, p. 73), el derecho a la prueba no debe degenerar en un ilimitado derecho a la admisión de toda prueba. Es decir, no toda prueba debe ser admitida en juicio, pues el proceso judicial es un espacio colaborativo en el que confluyen una serie de valores y derechos que deben ser siempre considerados y balanceados. Si bien el proceso debe ser orientado hacia el valor fundamental de la obtención de la verdad, esa labor de búsqueda de la verdad no puede ser desarrollada a cualquier precio. Como consecuencia, el respeto de los derechos

<sup>5</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol 1741-2010, de 25 de mayo de 2010.

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N°36487-2021, de 12 de noviembre de 2021. Ver también las sentencias de la Corte Suprema roles 21427-2016, de 2 de junio de 2016 y 40571-2016, de 8 de agosto de 2016.

y garantías de los intervinientes en el proceso, tanto sustantivas y procesales, comporta un claro límite a la labor de búsqueda de la verdad en el proceso:

En esencia, el debate de la prueba ilícita es el de la tensión entre la prevalencia de la verdad material, constatada mediante esa prueba, y el respeto a los derechos fundamentales y, con ellos, al orden constitucional que nos hemos dado, vulnerados para su consecución (Carrillo, 2022, p. 165).

Como ha dicho Héctor Hernández (2010), p. 26) en Chile:

la existencia de la categoría de la admisibilidad al lado de la de relevancia, se debe al reconocimiento de *otros valores* distintos al establecimiento de la verdad y que son tanto o más importantes para la regulación jurídica de la prueba. En ese contexto el caso paradigmático de inadmisibilidad de material probatorio relevante es el que se funda en el resguardo de las garantías fundamentales.

Dado el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el chileno (art. 5° inciso 2° CPR) todo acto que los viole o afecte, debe ser considerado nulo o, al menos, carente de valor. Se tiene, por tanto, un límite al ejercicio del derecho a la prueba de las partes como contenido de su derecho de defensa y, por otra parte, una limitación a la búsqueda de la verdad en el proceso.

Ahora bien, no siempre la doctrina se refiere en los mismos términos al problema acá indicado, y no siempre existen las mismas consecuencias jurídicas en unas y otras denominaciones. Siguiendo a Miranda Estrampes (2010, p. 132), se habla de una prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o prueba clandestina. Así, no es lo mismo una prueba que ha sido rendida en el proceso sin cumplir con las formalidades señaladas en la ley, de una prueba que se ha obtenido violando derechos fundamentales. En el primer caso, se estará frente a una prueba ilegal o irregular y que se podrá objetar en el proceso mediante la solicitud de su nulidad. Por otra parte, como la mayoría de los vicios procesales, su irregularidad podrá ser subsanada o convalidada. En el segundo caso, en cambio, la prueba obtenida mediante la violación de derechos fundamentales no podrá ser incorporada al juicio o bien, no podrá ser valorada por el juez.

Ahora bien, tienen razón Núñez y Correa (2017, pp. 213 y 214) cuando sostienen que existe una clara vinculación entre la prueba ilícita y la prueba ilegal. En el derecho chileno, sostienen estos autores, “en la generalidad de los casos la existencia de una vulneración a las garantías fundamentales llevará aparejada paralelamente también una infracción legal” (Núñez y Correa, 2017, p. 214).

Por otra parte, conviene tener presente la distinción, ya clásica a estas alturas, entre fuentes de prueba y medios de prueba. La fuente de prueba se refiere, como se sabe, a una realidad extra y anterior al proceso, mientras que medio de prueba es una realidad jurídica e intra-proceso. Como afirma Lluch el testigo corresponde a una fuente de prueba mientras que el interrogatorio del testigo viene a ser un medio de prueba (Lluch, 2010, p. 157).

A partir de esa distinción, Armenta (2007) señala que la ilicitud aparece referida a quien ha obtenido la fuente (en el caso chileno y en materia penal, normalmente, el Ministerio Público, las policías o el querellante). Luego, a partir de ahí, cabe plantear si en razón de obtener la fuente de prueba cabe usar, posteriormente, tal fuente y el correspondiente medio de prueba en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente.

Veamos cómo se puede entender la prueba ilícita. Como cuestión inicial, se debe destacar que los mayores aportes sobre su significado provienen, principalmente, de la doctrina procesal penal. Ello se explica porque la investigación penal a cargo del Estado comporta, muchas veces, afectar los derechos fundamentales de los imputados. Entonces, no es de extrañar que autores que cultivan el derecho procesal penal sean los primeros consultados para determinar el significado del término.

De conformidad con lo señalado por Horvitz y López (2010, p. 168), el punto de partida para analizar el concepto “es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal”.<sup>7</sup> Manuel Rodríguez es aún más claro cuando señala que, “por simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales”.<sup>8</sup> Francisco Ferrada, por su parte, señala que “cuando hablamos de prueba ilícita, estamos presuponiendo la vulneración de un derecho fundamental en la actividad probatoria pre o intraprocesal” (Ferrada, 2011, p. 40). Recientemente, Correa (2021) sostiene igual tesis.

La Corte Suprema se ha manifestado rotundamente en favor de la tesis que vincula la prueba ilícita con la vulneración de derechos fundamentales. Así, en un conocido fallo en el ámbito laboral, ha señalado:

CUARTO: Que, en consecuencia, la decisión de exclusión probatoria debe ser revisada únicamente desde la perspectiva de los derechos constitucionales posiblemente amagados. En este caso, el debido proceso, y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Empero, cabe constatar desde ya que la vulneración al debido proceso se ha fundamentado precisamente en la incorporación de prueba espuria al juicio, por lo que cabe examinar si la grabación cuestionada tiene tal calidad y para ello deben analizarse previamente las nociones de intimidad y vida privada.

OCTAVO: Que, por lo reflexionado, los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Santiago yerran al excluir prueba obtenida por medios que, si bien reñidos con lo socialmente esperado, no pueden ser calificados de ilícitos, desde que en su obtención no se vulneraron, directa o indirectamente, garantías fundamentales, siendo correcta la posición sustentada en la sentencia de cotejo, en tanto la grabación no implicó una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad del representante de la empresa, pues lo manifestado por éste, en el marco de un conflicto laboral, fue precisamente en su condición de agente de la misma, transmitido a un grupo de varias personas, atingente a materias propias de la relación laboral y fijado en un soporte de audio por uno de los participantes de la conversación, circunstancias que llevan a esta Corte a determinar que la expectativa de privacidad esgrimida no es una que pueda ser reconocida como razonable.<sup>9</sup>

En un caso más reciente falló:

VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, cuando se procedió al ingreso y registro del inmueble en una forma no autorizado por la ley, ya que como se ha indicado el ingreso de carabineros, no se encuadra en los supuestos del artículo 205 y 206 del Código Procesal Penal, la evidencia que se incautó constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la evidencia que de ella deriva, esto es, no sólo la droga encontrada, sino que también las declaraciones de los funcionarios policiales sobre esa circunstancia, las fotografías, los peritajes químicos o de prueba de campo y demás documentos y testimonios que hayan derivado de ese primitivo hallazgo. Del mismo modo, cuando

<sup>7</sup> En el mismo sentido López (2019, p. 205)

<sup>8</sup> También Carocca (1998, p. 307)

<sup>9</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 35.159-2017, de fecha 12 de abril de 2017.

los jueces la valoraron en el juicio oral y en la sentencia que pronunciaron con posterioridad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a la inviolabilidad de su hogar, a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos.

En el derecho español, con base en norma expresa del ordenamiento jurídico de dicho país (art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial), la prueba ilícita ha sido definida como “aquella que ha sido obtenida vulnerando, directa o indirectamente derechos o libertades fundamentales y, por ello, debe ser excluida del acervo probatorio en el que el juez o tribunal base su decisión a la hora de resolver el conflicto” (Carrillo, 2022, p. 164).

La vinculación de la prueba ilícita con la violación de derechos fundamentales, no es la única manera de analizarla, pues existen otras formas de ver el tema. Así, existe alguna doctrina que lo vincula con otros valores, como el de la integridad en la actuación judicial o exigencia ética del actuar de los jueces, así como la prevención o disuasión de futuras violaciones de derechos (López, 2019, pp. 211 a 216), sobre todo cuando se trata de la policía y otros órganos estatales.

El derecho estadounidense es uno de los primeros donde se desarrolla la teoría de la prueba ilícita, con la *exclusionary rule*, que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país se configura no en clave estrictamente constitucional, sino más bien como una regla procesal para disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (*deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en casos como el EE. UU. *vs.* Calandra del año 1974 y EE. UU. *vs.* Janis de 1976, entre otros. Se pretende evitar hacia el futuro conductas indebidas de los agentes policiales, sin excluir sanciones penales o disciplinarias contra agentes policiales que hayan participado en la obtención ilícita de pruebas (Miranda Estrampes, 2010, p. 134). Se trata de “disuadir a la policía de incurrir en nuevas infracciones al momento de recabar evidencia” (Correa, 2021, p. 649).

A la primera postura basada en el respeto de los derechos fundamentales, Agustina Alvarado la denomina material (en algunos casos formal vinculada al principio de legalidad y en otros sustancial basada en la protección directa de dichos derechos), y a la segunda, de orientación estadounidense, como instrumental a la protección de los derechos fundamentales. Esos son, a juicio de esta autora, los enfoques tradicionales en la materia (Alvarado, 2021, p. 125).

Sin embargo, se sostiene que la idea de excluir la prueba ilícita por afectación de derechos fundamentales es la que cobra más relevancia en un Estado Constitucional de Derecho o, si se quiere, un Estado de Derecho que arranca del valor de la supremacía constitucional. Por lo demás, como se verá más adelante, tiene expreso reconocimiento en el derecho chileno.<sup>10</sup> Como lo ha señalado Antonio López:

bajo las anteriores premisas, si bien la exclusión de evidencia obtenida ilícitamente puede generar impunidad, se debe estimar que el ordenamiento jurídico ha optado por tutelar ciertos intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del delito, dándoles la categoría de Derechos Fundamentales, por ello, consideramos que la regla de exclusión tiene como soporte principal la posición preferente de los mismos en el sistema normativo, pues ha sido el propio Estado quien, gracias a una evolución ideológica, una visión antropocéntrica y una concepción democrática, ha establecido normas que,

<sup>10</sup> Teresa Armenta señala que la vinculación directa de la prueba ilícita con la violación de derechos fundamentales es propia del derecho chileno, argentino y portugués. En menor medida del derecho alemán, belga, francés, holandés e italiano (Armenta, 2007, pp. 353 y 354).

como fuente del poder jurídico, tienen la fundamental e inquebrantable misión de contener el poder punitivo de la irracionalidad y arbitrariedad (López, 2019, p. 218).

Veamos, en primer lugar, cómo se configura la primera regla, desde un punto de vista temporal, de exclusión de prueba ilícita en el derecho chileno. Para ello, se debe acudir al texto del artículo 276 del Código Procesal Penal. Este precepto establece:

Artículo 276. Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral [...] las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

El referido precepto da a entender que se debe excluir, con un carácter global, toda prueba que haya sido obtenida con inobservancia de derechos o garantías constitucionales. Sin embargo, en un camino similar al seguido por la jurisprudencia estadounidense, Carlos Correa nos muestra que la Corte Suprema chilena ha admitido atenuaciones a la aplicación irrestricta de la exclusión de prueba ilícita en materia penal (Correa, 2021, p. 648). De este modo, la Corte Suprema chilena ha admitido cuatro tipos de excepciones a la prohibición general de prueba ilícita en el enjuiciamiento criminal chileno: 1) fuente independiente; 2) vínculo atenuado; 3) descubrimiento inevitable y 4) buena fe del agente.

En lo que respecta a la excepción de la fuente independiente, la Corte Suprema chilena ha reconocido su procedencia como excepción a la aplicación de la regla de exclusión y de sus efectos reflejos, en tanto permitiría descartar la existencia de un vínculo causal entre un acto ilícito y una obtención probatoria. Del mismo modo, la jurisprudencia ha reconocido la procedencia de la excepción del vínculo atenuado, permitiendo que la presencia de un hecho sobreviniente acaecido con posterioridad a una infracción, tenga el efecto de sanear futuras obtenciones de prueba. En tercer lugar, diversas sentencias han reconocido la aplicación en Chile de la teoría del descubrimiento inevitable, permitiendo la admisibilidad de aquella prueba derivada que hubiera podido ser obtenida mediante un procedimiento en curso conforme a derecho, pero no consumado. Por último, la Corte Suprema en Chile ha admitido en algunas de sus sentencias la aplicación de la excepción de buena fe del agente [...], con un alcance y aplicación más amplia que el reconocido originalmente por la *Supreme Court* (Correa, 2021, pp. 648 y 649).

Veamos cómo se recoge esta institución en otras regulaciones legales. Primeramente, se debe indicar que el artículo 453 n° 4) del Código del Trabajo señala:

El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente.

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

Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

A su vez, el artículo 31 de la Ley N° 19.968 que crea los Juzgados de Familia, establece a propósito de la 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.

En otros casos, el legislador se limita a hablar de licitud o ilicitud de la prueba pero no lo vincula con los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es el artículo 35 inciso 2° del procedimiento por daño ambiental regulado en la Ley N° 20.600: “serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe”.

Hay que señalar que esta regulación procesal mayoritaria chilena tiene una clara inspiración en la legislación española, que en su artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone que “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Como lo hace ver Agustina Alvarado, antes de la introducción del artículo 11.1 LOPJ en el año 1985, la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas solo fue reconocida jurisprudencialmente en el año 1984, con la sentencia N° 114 del Tribunal Constitucional (Alvarado, 2021, p. 85). El fundamento de esa exclusión probatoria radica en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el sistema constitucional español; esa es la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritarias (Alvarado, 2021, p. 93).

Esos derechos fundamentales suelen ser “la integridad física y moral y la prohibición de la tortura; el derecho a la libertad y las garantías durante la detención; el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto a las comunicaciones y el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo” (Carrillo, 2022, p. 165), entre otros posibles y, desde luego, el debido proceso.

### **3. Exclusión de la prueba ilícita en el derecho chileno: ¿actos de agentes estatales o también provenientes de particulares?**

#### **2.1. Proceso penal**

Para contestar la pregunta sobre quiénes pueden ser los agentes conculcadores de los derechos fundamentales, lo que deviene en prueba ilícita, primero conviene distinguir claramente entre los modelos de prueba ilícita existentes en el derecho comparado. Se podría distinguir *grosso modo* entre un modelo estadounidense y uno español, más cercano el sistema chileno.

En efecto, la situación de la prueba ilícita en los Estados Unidos de Norteamérica, si bien aparece en sus inicios más que centenarios vinculada a las Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución americana:

desde la década de los setenta del siglo XX, la Corte estadounidense ha establecido que el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es fundamentalmente evitar las conductas policiales ilícitas; la regla está prevista para prevenir, no para reparar, por tanto, se circunscribe a la IV

Enmienda y abandona la protección de debido proceso (tanto en su aspecto procesal como sustantivo) (Renedo, 2022, p. 154).

Lo que se busca con la prueba ilícita en los Estados Unidos de Norteamérica, es desincentivar a los agentes o funcionarios policiales de violar los derechos de los ciudadanos (Renedo, 2022, p. 154). Esto quiere decir que los destinatarios de las reglas de la prueba ilícita son solo agentes estatales. Los particulares no pueden configurar prueba ilícita (caso *Burdeau vs. McDowell* de 1921). Por ello, “la aplicación de la *exclusionary rule* ha quedado relegada a situaciones excepcionales, solo a aquellos casos en que, conscientemente, la policía ha cometido un acto que viole, de forma sustancial e injustificable, lo dispuesto en la Cuarta Enmienda por actuar sin la diligencia con la que actuaría un policía razonable y prudente durante los actos de investigación” (Eusamio y Sánchez, 2016, p. 187).

Por otra parte, como refiere Jequier, la regla de exclusión de prueba ilícita en el derecho estadounidense solamente rige en materia penal, “no siéndolo en cambio en los procesos civiles o administrativos de deportación, ni en procedimientos sancionatorios civiles en materia de impuestos” (Jequier, 2007, p. 461).

Como ha señalado Ernesto Pedraz, “lejos de los postulados de la Corte Suprema norteamericana, la doctrina de exclusión de la prueba ilícita se construye en nuestro ordenamiento [español] en términos absolutos, de forma que el respeto de los derechos fundamentales conforma un límite inevitable a la actividad probatoria desarrollada en función o durante el proceso, con independencia de quien fuera el sujeto actuante, autoridad o particular” (Pedraz, 2000, p. 335). Esta tesis que pone a los derechos fundamentales como un verdadero límite a la actividad investigativa en el enjuiciamiento criminal español, independiente de quien sea el agente conculcador de esos derechos fundamentales, tiene correlato en la más moderna doctrina y jurisprudencia españolas.

Como ha señalado Renedo, “en España, el Tribunal Constitucional (TC), desde un primer momento, garantizó sin fisuras, en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, la aplicación de la teoría de la prueba ilícita, tanto cuando la prueba era obtenida por el Estado como cuando lo era por un particular” (Renedo, 2002, p. 149). Sin embargo, desde el caso Falciani, esa teoría ha mostrado fisuras.

El caso Falciani<sup>11</sup> supuso una relativización de la exclusión de prueba ilícita atribuible a particulares. En efecto, en este caso, el Tribunal Constitucional español solo considera ilícita una prueba obtenida por un particular violando derechos fundamentales, “si la finalidad de la obtención es utilizarla en un proceso penal como prueba, esto es, si se busca por el sujeto su uso con efectos probatorios. Entiende el TS que, si no se utiliza con esa finalidad, no entra en el ámbito del art. 11.1 LOPJ” (Sánchez, 2022, p. 266).

Ana Carrillo vincula la prueba ilícita con la vulneración del debido proceso, por lo que los agentes conculcadores de los derechos fundamentales pueden ser tanto estatales como privados. Analizando distinta jurisprudencia española y europea, esta autora española concluye que:

el sentido de la garantía del debido proceso del art. 24.2 CCE es proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos para obtener pruebas y que, con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español Rol N° 11672017, de fecha 23 de febrero de 2017.

también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso (Carrillo, 2022, p. 181).

Algo que es considerado relevante en el derecho español, es la situación del hallazgo casual del particular con la prueba. Parece ser un elemento esencial para calificar de prueba ilícita la obtención de fuentes de prueba, el hecho de que exista una voluntad preconstituida para ello. Como ha dicho Julián Sánchez:

no puede obtener el mismo tratamiento jurídico la accidental apertura de un sobre introducido por error en un buzón que no es el de su destinatario —equivocación que permite el descubrimiento de un hecho de relieve penal—, frente a la fractura intencionada del buzón de un vecino con la finalidad de acceder a su correspondencia y vulnerar así su intimidad (Sánchez, 2022, p. 265).

Al hilo de otras sentencias del Tribunal Supremo español, el mismo autor señala que, cuando se trata de confesiones extrajudiciales grabadas por un particular mediante un ardid o engaño del interlocutor para obtener evidencias probatorias “se produce un atentado contra el principio de integridad que es el que presta sustento constitucional a la regla de exclusión probatoria como garantía específica del proceso” (Sánchez, 2022, p. 267).

Hay un elemento importante que justifica por qué deben ser considerados como destinatarios de la regla de exclusión de la prueba ilícita los particulares, algo que es común al derecho español y chileno. Se trata de que la acción penal tanto en España, como en Chile no es de titularidad exclusiva del Estado. Los particulares, en ambos países, tienen una serie de derechos en el enjuiciamiento criminal y pueden ejercer la acción penal.

En el caso chileno, el Código Procesal Penal consagra una serie de derechos procesales a la víctima, especialmente cuando asume el rol de querellante, como solicitar diligencias probatorias, adherirse a la acusación del Ministerio Público, acusar particularmente e, inclusive, forzar la acusación, así como ofrecer prueba para sustentar su acusación, etcétera.

Esta situación, común al derecho español y chileno, donde el ejercicio de la acción penal no es monopólico del Estado, trae como resultados que las infracciones a los derechos fundamentales, sobre todo en la etapa de recolección de pruebas, puede provenir tanto del Estado (Ministerio Público o policías), como de particulares (ofendido o víctima, art. 83 inciso 2° CPR u otros).

En este sentido, la doctrina chilena se ha manifestado abiertamente por la tesis que la violación de derechos fundamentales y que constituye la base para la prueba ilícita en materia penal, puede provenir tanto de agentes del Estado como de particulares. En efecto, Horvitz y López analizan la situación en el derecho chileno, poniendo atención en el fundamento de la prueba ilícita (Horvitz y López, 2010, p. 227). Es decir, la prohibición de prueba ilícita puede tener como justificación una idea de prevención o *deterrence effect*; otra forma de verlo es como una protección absoluta de los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el enjuiciamiento criminal, vinculada a la idea de que, en la consecución de un fin estatal, el Estado emplee medios lícitos, preservándose así la integridad judicial. Estos autores señalan que:

bajo el criterio de prevención, resulta evidente que, no existiendo en la obtención de la prueba ilícita por particulares alguna injerencia de carácter estatal, la exclusión de prueba obtenida en estos casos no podría de modo alguno cumplir una función disuasiva con respecto a los agentes de la persecución penal y, por tanto, no existirían razones para excluir la prueba ilícitamente obtenida de ese modo. Distinta es la solución, sin embargo, si se tiene en consideración el fundamento de la integridad

judicial. Si el criterio que inspira la declaración de ineficacia de la prueba ilícita es la preservación de la integridad judicial, parece evidente que dicha integridad queda igualmente comprometida si el Estado se vale de medios ilícitos para acusar a una persona, con independencia de si la ilicitud fue cometida por el propio Estado o por los particulares (Horvitz y López, 2010, p. 227).

Concluyen tajantemente:

No cabe reconocer una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita por el hecho de que la afectación de garantías sea imputable a particulares y no al Estado. Resolver lo contrario resultaría, por lo demás, particularmente peligroso en un sistema que, como el nuestro, prevé la intervención del querellante particular desde el mismo instante en que se da inicio a la investigación (Horvitz y López, 2010, p. 228).

Manuel Rodríguez ha señalado recientemente que:

en el ámbito nacional, si se atiende únicamente al criterio de la preservación de la integridad judicial, que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema como cimiento de la ineficacia de la prueba ilícita, debe necesariamente concluirse que dicha integridad queda igualmente comprometida si el Estado para acusar a una persona se vale de medios obtenidos con infracción de garantías fundamentales cometidas por particulares o privados. Además, y desde luego, el derecho al debido proceso del imputado es igualmente vulnerado con la utilización en su contra de dicha prueba (Rodríguez, 2022, p. 321).

La Corte Suprema ha sido bastante clara en señalar que la exclusión de prueba ilícita, en razón de violación de derechos fundamentales por particulares, es plenamente procedente en el derecho chileno. En efecto, la Corte Suprema, en el año 2021, señaló en un caso que:

Primero, este Tribunal ha resuelto en el Rol N° 12.279-13 de 2 de enero de 2014 que los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas; precisando luego en el Rol N° 104.209-20 de 9 de octubre de 2020, que la acción estatal no puede ser requisito *sine qua non* para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, por lo que no constituye un elemento decisorio en la presente discusión el que la actuación reprochada no pueda imputarse de un modo significativo al Estado, siendo lo verdaderamente relevante discernir si ese particular infringió sustancialmente derechos fundamentales del acusado con dicho proceder.<sup>12</sup>

La Corte Suprema, en otra sentencia del mismo año, ha justificado en una eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el hecho que la prueba ilícita pueda estar constituida por violaciones de derechos fundamentales provenientes de acciones de particulares. Así, ha dicho que :

En nuestro ordenamiento se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de lo que se desprende que la acción estatal no puede ser requisito *sine qua non* para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, postura que se ve reafirmada por la circunstancia de que la regla legal de exclusión se encuentra presente no sólo en materia penal —donde es dable convenir que la abrumadora mayoría de las vulneraciones de derechos son cometidas por agentes del Estado— sino también en materia de

<sup>12</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 14317-2021, de 8 de abril de 2021.

derecho laboral y derecho de familia, en que los atropellos a derechos fundamentales tienden a ser ejecutados por privados.

Ahora bien, no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria; se requiere, a lo menos, que el privado se subroge —de facto, o en connivencia con un agente estatal— en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes.<sup>13</sup>

Es relevante citar a la Corte Suprema en lo que dice relación con que los particulares, a fin de encontrar evidencia incriminadora, lo hagan violando derechos fundamentales de los supuestos autores. Así, señala el Máximo Tribunal:

Aceptar la propuesta del Ministerio Público supondría que cualquier sospecha o indicio de la comisión de un delito facultaría a los particulares para vulnerar derechos fundamentales de los supuestos autores en busca de evidencia que corrobore esas sospechas o indicios, en vez de que éstas sean encausadas a través de los agentes de persecución y del procedimiento previsto legalmente para ello, lo que, huelga explicar, no puede ser admitido.<sup>14</sup>

### 3.2. Procesos no penales

La justificación para excluir la prueba ilícita realizada por actos de particulares se facilita aún más en los procedimientos laborales y de familia donde, expresamente, se consagra la exclusión de la prueba ilícita, pues se trata de conflictos entre particulares. Se está frente a una hipótesis en que un particular viola un derecho fundamental de otro individuo y querrá valerse de esa prueba ilícitamente obtenida en el proceso.

Ahora bien, tampoco hay que descartar que en los procesos no penales quien obtenga pruebas ilícitas sea el Estado. Las hipótesis pueden ser varias, como la irrupción en el domicilio de un demandado por un Receptor Judicial con la ayuda de la fuerza pública, la revisión de información privada por este auxiliar de la justicia o por un funcionario de la Administración del Estado, entre otras posibilidades. Como sostiene Francisco Ferrada, “el sujeto activo en la recolección de prueba puede ser el Estado o un particular. Ello es indiferente para el proceso civil” (Ferrada, 2011, p. 37). De este modo, tanto en el proceso penal como en procesos no penales, la ilicitud de la prueba puede estar configurada por una actuación del Estado como de particulares.

## 4. ¿Puede el Estado sufrir una afectación en sus derechos fundamentales que justifique una exclusión de prueba por ilícita?

En materia penal podría pensarse en una situación en que la defensa del imputado ofrezca un medio de prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental del Ministerio Público como, por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En ese caso, ¿el Ministerio Público puede pedir la exclusión de esa prueba obtenida ilícitamente? De contestarse afirmativamente, se debería asumir que el Ministerio Público en su función persecutora es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y, en el enjuiciamiento criminal, del derecho al debido proceso.

<sup>13</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 17414-2021, de 31 de mayo de 2021.

<sup>14</sup> Sentencia Corte Suprema Rol N° 14317-2021, de 8 de abril de 2021.

Se trata de un asunto ampliamente discutido en la doctrina y jurisprudencia nacionales, al que se une, consecuentemente, la discusión particular sobre si el Ministerio Público puede presentar un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 a) CPP. La jurisprudencia de la Corte Suprema en este punto, sintetizada por Rodríguez, da a entender mayoritariamente que ello no es posible. La doctrina, según resume el mismo autor, se encuentra dividida en este punto (Rodríguez, 2022, pp. 309-310).

Con un carácter general, se sostiene que no es posible concebir a los organismos públicos como titulares de derechos fundamentales, o al menos de todos los que reconoce el sistema constitucional.<sup>15</sup> En su versión clásica, los derechos fundamentales suelen verse como inmunidades en favor de los individuos o entes privados frente al poder estatal.

Como sostiene Aldunate, las personas jurídicas de derecho público siempre son creaciones de un acto estatal y no del reconocimiento de voluntades individuales que cumplan con los requisitos del ordenamiento para adquirir personalidad jurídica (Aldunate, 2003, p. 198). En este sentido, los entes públicos no pueden vincularse al desarrollo de fines individuales. Los entes públicos tienen potestades, competencias o deberes antes que derechos fundamentales.

De acuerdo con lo indicado acá, el Ministerio Público no puede pedir la exclusión de una prueba ilícita fundada en la vulneración de un derecho fundamental de su titularidad, porque ello supondría que en su rol de persecutor actuaría como titular de tales derechos. Lo mismo ocurre en los procesos no penales cuando un órgano del estado invoca la violación de un derecho para excluir una prueba presentada por la contraparte. Por regla general no corresponde tal exclusión.

## 5. Momento procesal para hacer valer la ilicitud de la prueba

Un primer deslinde, que debe realizarse sobre la oportunidad para hacer valer la ilicitud de la prueba, es distinguir entre aquellos procedimientos orales que contemplan dos fases o audiencias orales (audiencia de preparación y audiencia de juicio oral), de aquellos procedimientos escritos u orales que no contienen estas fases. A su vez, procede realizar una distinción entre los distintos juicios orales. Por un lado, la exclusión de prueba prevista en el enjuiciamiento oral criminal y de familia y, por otro lado, la regulación en el juicio oral del trabajo.

La regulación de la prueba ilícita en el ámbito penal es, seguramente, la más completa del ordenamiento jurídico chileno. Aparte de garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales de los intervinientes, supone una regulación que asegura la máxima imparcialidad y no contaminación por el juzgador. En efecto, ello se produce porque el legislador optó por una hipótesis de exclusión de las pruebas ilícitas en vez de su no valoración en la sentencia definitiva y, por otra parte, porque el tribunal de juicio oral (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal) es distinto de aquel que excluye la prueba ilícita (Juzgado de Garantía). No obstante, esta afirmación debe ser relativizada, puesto que existen procedimientos en que no se divide la participación en dos tribunales, como se señalaba antes, sino que del juicio solo conoce el juez de garantía competente, como ocurre con el procedimiento abreviado y el simplificado.

Se debe señalar que el proceso penal ordinario regulado en el Código Procesal Penal chileno consagra un modelo preventivo de garantía de los derechos fundamentales de los justiciables, al excluir o no permitir

<sup>15</sup> Quizás los derechos fundamentales de carácter patrimonial sí se ajusten mejor a una titularidad de entes públicos. Piénsese en el derecho de propiedad.

el ingreso al proceso a toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Esa exclusión se realiza por el juez de garantía en cualquier momento de la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral.

Como sostiene Manuel Rodríguez, la discusión en torno a la ilicitud de prueba en la etapa de investigación suele darse en o con ocasión de la audiencia de control de legalidad de la detención, la resolución de medidas cautelares e intrusivas y también ante una solicitud de nulidad procesal (Rodríguez, 2022, p. 194).

Sin embargo, también existe un control represivo por la introducción de prueba ilícita al proceso, que es competencia de la Corte Suprema. En efecto, ya se ha sostenido acá que la prueba ilícita comporta una vulneración del derecho de defensa y del debido proceso respecto al interviniente que afecta dicha prueba ilícita. El artículo 373 a) CPP, consagra como causal del recurso de nulidad “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Ese control represivo también se refleja en lo que sostiene Carlos Correa, cuando expresa que “la jurisprudencia chilena mayoritaria ha señalado que el tribunal de juicio oral no deberá valorar aquella prueba ilícitamente obtenida y no excluida en su momento. Se hablaría de una valoración negativa de tal prueba. Dicha conclusión puede extenderse a los jueces de garantía, quienes no deberán valorar aquella prueba ilícitamente obtenida, al momento de resolver solicitudes planteadas en la etapa de investigación (por ejemplo, discusión en torno a medidas cautelares y diligencias intrusivas) o fallar procedimientos especiales” (Correa, 2021, p. 666), como lo sería un procedimiento simplificado y uno abreviado.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, donde se ha asumido que serán los intervinientes del enjuiciamiento criminal quienes harán valer la exclusión de la prueba ilícita, ya sea preventiva o represivamente, conviene preguntarse por la situación que se daría si ninguna de ellas hace ver un problema de prueba ilícita. De especial interés en responder a la pregunta sobre qué actitud debe tener el tribunal que, aún sin haber sido alegada por alguno de los intervinientes la exclusión de prueba, observa la presencia de una prueba ilícita que se quiere hacer valer o se ha hecho valer en el proceso. ¿Puede excluirla de oficio? Agustina Alvarado señala que ese tribunal debe actuar de oficio, “con independencia del dd. ff. lesionado, es decir, con prescindencia de que el sujeto afectado sea parte del proceso o no; e independientemente de que la violación haya sido operada por un agente público o privado” (Alvarado, 2021, p. 531). Parece, en principio, correcta esa afirmación, pero se deberían hacer dos precisiones. En primer lugar, el momento en que se hace valer la exclusión de prueba y el afectado con la exclusión. Si se trata de una audiencia preliminar o como se la denomine, en que se discute sobre las pruebas que se harán valer en el futuro juicio, si ninguna de las partes pide la exclusión de prueba, el juez podría excluirla al constatar la violación de un derecho fundamental de uno de los intervinientes o de un tercero. Sin embargo, si el derecho fundamental afectado es de uno de los intervinientes del proceso y éste pide que se mantenga dicha prueba que afecta su derecho, por mor del derecho de defensa en juicio y del derecho a la prueba, debería mantenerse esa prueba.

Por otra parte, si el tribunal se encuentra con una situación de ilicitud de alguna prueba al momento de dictar su sentencia y ésta no ha sido alegada por los intervinientes, el tribunal no debería entrar a valorarla. Sin embargo, me surge la duda si no deberá valorar, o, lo que es lo mismo, valorar negativamente una prueba ilícita que en algún sentido beneficia la posición del acusado y que no fue objetada en su momento por el Ministerio Público ni, en su caso, por el querellante. Es probable que la defensa funde su posición

durante el juicio oral principalmente en esa prueba y posteriormente, en la sentencia, se encuentre con que el tribunal la valoró negativamente y, producto de ello, el acusado termine siendo condenado. Esa situación la observo muy desfavorable para el acusado y podría comportar una vulneración de su derecho a la prueba y a la presunción de inocencia como núcleo esencial de su derecho de defensa y al debido proceso.

Las soluciones en este caso parecen ser dos. Una primera sostendrá que, si no se hizo ver la ilicitud de la prueba en la audiencia de preparación del juicio oral, excluyéndola, no corresponde hacerlo en la sentencia definitiva. En el caso que expongo el tribunal deberá, por tanto, valorar positivamente la prueba presentada por el acusado y, probablemente, termine absolviéndolo. La segunda solución pondrá a los derechos fundamentales de los intervinientes del proceso como objetivo material irrenunciable y, por tanto, si constata la presencia de prueba ilícita en el proceso, deberá valorar negativamente dicha prueba en la sentencia y, en el caso, lo más probable es que termine condenando al acusado. En esa situación, no se debe descartar que el condenado presente un recurso de nulidad fundado en el artículo 373 a) CPP, toda vez que se le vulneró su derecho de defensa, con sus manifestaciones en el derecho a la prueba y a la presunción de inocencia.

La ilicitud de prueba siempre tiene un sustrato fáctico y jurídico complejo que necesita de la necesaria contradicción entre los intervinientes. Si no existe tal contradicción se debe actuar con cierta cautela en el rol que le incumbe al tribunal. Por ello, parece más acertado concentrar la exclusión de las pruebas solo durante la etapa de investigación y en la audiencia de preparación de juicio oral. Y toda vez que se vulnera esa exclusión, impugnarla vía recurso de nulidad, basado en la causal del artículo 373 a) CPP. En resumen, la valoración negativa de una prueba, por ser considerada ilícita, no puede devenir, causalmente, en una sentencia condenatoria para el acusado. En ese caso se estaría afectado su derecho a la prueba y a la presunción de inocencia como componentes del debido proceso.

La situación ante los juzgados de Familia es similar a la del enjuiciamiento criminal, salvo por el hecho que es el mismo tribunal el que excluye la prueba, conoce del juicio oral y pronuncia la sentencia definitiva. Si el juez de familia excluye una prueba, ésta no podrá rendirse en el juicio oral. No se puede señalar que en la justicia de familia exista una regulación óptima en materia de imparcialidad y no contaminación al momento de juzgar. El juez, si bien no puede dar valor a la o las pruebas excluidas, igualmente las conoció o tuvo noticia de ellas, lo que puede impactar en su decisión final. No obstante que no podrá considerar dichas pruebas en su sentencia, sí podrá condicionar su razonamiento probatorio, de modo de dar mayor valor probatorio a aquellas pruebas que se ajusten con lo consignado o expresado en las excluidas.

Luego, tenemos la situación del procedimiento laboral que es diferente a las dos anteriores (penal y de familia). En efecto, si bien el procedimiento ordinario laboral es oral, con dos audiencias, la regulación de la prueba ilícita es diversa a la regulación del procedimiento penal y de familia. La regulación laboral señala, a propósito de la exclusión de prueba en la audiencia de preparación, que “con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales” (artículo 453 N° 4, parte final).

La regulación es curiosa, porque de una idea de exclusión de prueba, se pasa a una de no apreciación o apreciación negativa por el tribunal. Esa apreciación, obviamente, se daría en la sentencia definitiva. Eso implica que no estamos frente a una hipótesis de exclusión, sino que a su no consideración o apreciación, ya que la prueba fue rendida en el juicio. Sin embargo, un sector de la doctrina nacional llega a una

conclusión distinta. En efecto, Francisco Ferrada sostiene que el mandato que el Código del Trabajo otorga al juez no es no valorar dicha prueba ilícita, sino que:

más bien el mandato es “exclúyala”. Entre optar por darle una interpretación que no produce efecto real en esa audiencia y no se condice con la unidad del ordenamiento jurídico, y una que sí lo hace, se debe optar por esta última. En esta sede la ilicitud debe ser considerada como criterio de admisibilidad de la prueba, al igual que la pertinencia.

En una línea similar a la de Ferrada, Álvaro Verdugo sostiene una interpretación amplia de la materia, señalando que la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento laboral puede darse tanto en la audiencia preparatoria como en la audiencia de juicio y sentencia definitiva (Verdugo, 2018, pp. 142 y 143).

Con lo dicho por este sector de la doctrina, concuerdo en que se podría dar una interpretación más amplia al artículo en referencia del Código del Trabajo, arrancando desde la posición institucional que ocupan los derechos fundamentales de las personas en nuestro sistema jurídico, y del derecho a la prueba como parte del derecho de defensa y del debido proceso. Es decir, para darle plena vigencia a esos derechos fundamentales, podría entenderse que el artículo 453 N° 4 CT no solo faculta al juez para no tomar en consideración o valorar negativamente en la sentencia definitiva una prueba con la característica de ilícita para dar por acreditado o para desestimar un determinado hecho discutido en el proceso, sino que podría entenderse que esos derechos fundamentales se verán mejor realizados si el juez excluye la proposición de pruebas ilícitas en la audiencia de preparación o bien, no permite su producción en el proceso.

A diferencia de los cuerpos normativos analizados, el Código de Procedimiento Civil no regula la prueba ilícita. La antigüedad de este código y la existencia de procedimientos escritos sirven de contexto para explicar esta falta de regulación. Por ello, no es claro en qué momento puede discutirse sobre ella. Las posibilidades son básicamente dos: una supone exclusión de prueba ilícita y la otra valoración negativa de la misma. La exclusión tendría que plantearse en un incidente de exclusión o de nulidad durante el procedimiento. En cambio, la no valoración o valoración negativa debería darse en el momento de formación y redacción de la sentencia definitiva por el juez.

Eduardo Jequier pareciera manifestarse a favor de la primera posición. En efecto, luego de señalar que debe haber un incidente al respecto, el juez tiene el deber de “rechazar y considerar como nula toda aquella [prueba] que se haya obtenido con infracción de derechos fundamentales. Más aún, deberá rechazarse incluso su práctica misma, de manera de evitar toda posible contaminación o injerencia de esa prueba ilícita en el proceso de convencimiento jurisdiccional respecto al fondo de la cuestión controvertida” (Jequier, 2007, p. 491). Sin embargo, una posibilidad de rechazo por parte del juez a la práctica de la prueba no está contemplada en el CPC. El juez civil chileno tiene escasos poderes en esta materia. Por ello, además de limitados esos poderes en materia probatoria no pueden ejercerse de manera previa a su rendición, en una sola fase de ofrecimiento o proposición (Ferrada, 2011, p. 110).

Por otra parte, tampoco el incidente general de nulidad del artículo 83 CPC pareciera referirse a esta situación, toda vez que la nulidad procesal procede en los casos en que el legislador expresamente lo haya señalado o se trate de vicios que irroguen a las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad. No existe consagración por parte del legislador de estas hipótesis de nulidad por prueba ilícita, ni como caso expresamente previsto ni como vicio del procedimiento. Pareciera, entonces, que en el CPC no existe una posibilidad de exclusión de prueba ilícita y habrá de inclinarse por una hipótesis de valoración negativa por el juez en la sentencia definitiva.

Sin embargo, Francisco Ferrada sostiene que de una interpretación conjunta de los artículos 29 y 34 CPC, se puede lograr la exclusión de ciertas pruebas. En efecto, el primer precepto citado da a entender que el juez aparece facultado legalmente para retirar piezas del proceso. El segundo precepto facultaría al juez por motivos fundados a enviar fuera o reservar fuera del proceso determinadas piezas de la carpeta electrónica. Esta es una posibilidad que podría aplicarse a toda prueba documental y a aquellas que, sin constituir documentos, se deje como testimonio escrito en el procedimiento, como podría ser el acta de una declaración testimonial.

De este modo, existiría la posibilidad de plantear un incidente por alguna de las partes del proceso, solicitándole al juez que retire esas piezas de la carpeta electrónica por constituir prueba ilícita. Pero en este caso no se está frente a una hipótesis clásica de exclusión de prueba ilícita, la que impida que una prueba se agregue o se rinda. En efecto, en este caso la prueba fue agregada o rendida y consta por tanto en la carpeta electrónica. Lo que hay acá es un retiro de dicha carpeta de las pruebas o de sus soportes, como ocurre en el acta de una prueba testimonial. Dicha solicitud deberá ser planteada por vía incidental.

Otro camino posible es que una vez vencido el término probatorio y dentro del período de observaciones a la prueba, que contempla un plazo de diez días desde terminado dicho período, las partes puedan hacer valer al tribunal que una o más pruebas acompañadas o rendidas constituyen prueba ilícita, solicitando su no valoración. Convengamos que este período de observaciones a la prueba no fue creado con esta finalidad, sino que tiene por fin permitir a las partes hacer alegaciones sobre la prueba rendida en el proceso y tratar de este modo de convencer al tribunal de la bondad de su causa, en lo que a actividad probatoria se refiere (Bordalí, Cortéz y Palomo, 2014, p.401). Pero no hay que excluir que se pueda utilizar este momento procesal para alegar que alguna prueba constituye prueba ilícita y, por consiguiente, que el tribunal no la valore al momento de redactar la sentencia definitiva.

Lo anterior no excluye que se recurra al utilizado trámite del téngase presente, aunque no constituye un trámite procesal expresamente previsto en la ley ni imponga al tribunal un deber de dar respuesta ni de ser considerado en la sentencia definitiva. En rigor, el téngase presente no es una etapa ni trámite procesal alguno.

Parecen ser esas las posibilidades que tienen las partes de alegar prueba ilícita en el juicio ordinario regulado en el CPC, con el fin de excluirla o bien que no sea valorada por el tribunal. A dichas etapas podría agregarse como fundamento de un recurso contra la sentencia definitiva que consideró o valoró una prueba ilícita, como podría ser un recurso de apelación.<sup>16</sup>

Ahora bien, es posible plantear la tesis de que esa actividad procesal de parte no debería en principio excluir la labor del tribunal de no darle ningún valor a alguna prueba que considere que ha sido obtenida violando los derechos fundamentales de algunas de las partes del proceso. Se trataría de una declaración de oficio del juez de la prueba ilícita. ¿Es posible ello?

Desde una mirada de una vigencia absoluta de los derechos fundamentales, la respuesta parece ser positiva. En efecto, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, obligan al tribunal a respetarlos y promoverlos (art. 5° inciso 2° CPR). Por otra parte, la regulación de los derechos fundamentales en la

<sup>16</sup> Alguna doctrina considera que una sentencia que da valor a una prueba ilícita puede subsumirse en causales tanto del recurso de casación en la forma como del fondo (Ferrada, 2011, pp. 153 a 158). A mi juicio, el carácter estricto que tiene el recurso de casación no permite una apertura que abra la posibilidad de alegar la valoración de una prueba ilícita. Se requiere, en mi concepto, de una reforma legal que incluya una causal de este tipo, como sería una referida a la vulneración de derechos o garantías fundamentales.

Constitución constituye una parte del derecho constitucional chileno que obliga o, si se quiere, vincula a los jueces (art. 6° inciso 2° CPR). Esto quiere decir que el juez estaría facultado para declarar de oficio la ilicitud de una prueba. Ello deberá hacerlo en la sentencia definitiva.

Sin embargo, ese valor absoluto que se les está dando a los derechos fundamentales de las partes de un proceso, puede colisionar con el derecho de defensa de las partes en el juicio. Aún más, la no valoración de estos en la sentencia definitiva puede tomar por sorpresa a una de las partes, quien verá afectada su estrategia defensiva. Estamos frente a una posibilidad de colisión de los derechos fundamentales de una parte procesal, afectados por la prueba ilícita, con el derecho fundamental de defensa en juicio de la otra parte procesal.

Lo anterior indica que corresponde realizar un balance o ponderación de los derechos en juego. El resultado de ese balance dirá que, si una de las partes no ha alegado durante el procedimiento la ilicitud de una prueba, no procede que el juez la declare de oficio, aun cuando esté convencido de la ilicitud de la prueba. El derecho de defensa en juicio como componente del debido proceso aconseja ese proceder.

La conclusión anterior es coherente con una tesis epistémica que indica que la adjudicación civil será mejor si permite abrirse hacia todas las informaciones posibles, de modo tal que permita al juez conocer y decidir definitivamente el caso. Eso supone una tesis restrictiva de exclusión de pruebas en materia civil (Larroucau, 2012, pp. 802 y 803), que podría proyectarse, en tales términos, a todo tipo de proceso no penal.

Frente a las omisiones que presenta el actual Código de Procedimiento Civil, el Anteproyecto de Código Procesal Civil que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional (Boletín N° 8197-07, en adelante el Anteproyecto) regula expresamente el tema de la exclusión de prueba ilícita en la audiencia preliminar.

Por otra parte, sin una consagración formal, como veremos, podría alegarse como causal del recurso de apelación. En efecto, el artículo 292 del Anteproyecto, expresa:

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.

Si bien el Anteproyecto no se refiere expresamente a la prueba ilícita, sí expresa la regulación común de ésta al referirse a una “prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales”. Corresponderá por tanto a las partes solicitar la exclusión de las referidas pruebas ilícitas, aunque por la redacción del precepto no cabe descartar una exclusión que tenga la iniciativa de oficio del juez pero que, por aplicación del principio de contradicción, debería discutir las con los representantes de las partes en la audiencia.

Dicho lo anterior, cabría a mi juicio impugnar mediante un recurso de apelación una sentencia definitiva que considere, valore o decida con base en una prueba ilícita, siempre que la ilicitud haya sido hecha ver por alguna de las partes en el proceso. En efecto, el artículo 384 dispone a propósito del recurso de apelación:

Causales específicas del recurso. Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción de las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado jurisdiccional, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales:

h) Que, en general, no se hubieren respetado los derechos y garantías procesales de las partes, dejándolas en la indefensión.

A mi entender, la consideración, valoración o decisión judicial con base en una prueba ilícita que afecta a alguna de las partes en el proceso, puede entenderse que no respeta derechos fundamentales de éstas como el derecho a la prueba que forma parte del derecho de defensa y del debido proceso.

## 6. Conclusiones

La exclusión de la prueba ilícita en el proceso o su no consideración o valoración negativa por el juez en la sentencia definitiva, son una expresión de la importancia que tienen los derechos fundamentales de los individuos en todos los ámbitos de la vida jurídica y social. Con atención en todo proceso judicial, los derechos fundamentales de las partes deben ponderarse con otros valores caros al proceso, como lo puede ser la obtención de la verdad sobre los hechos bases de la controversia a resolver por el tribunal.

La prueba ilícita comporta, en definitiva, una vulneración del derecho al debido proceso de los justiciables. Al afectar al debido proceso, la exclusión o no consideración o valoración negativa de la prueba ilícita tiene aplicación en todos los ámbitos procesales del derecho chileno, tenga o no expreso reconocimiento por el legislador. Opera, por tanto, en el ámbito penal, laboral, de familia, civil y en el contencioso administrativo entendido de una manera amplia. La vinculación de la prueba ilícita en el derecho chileno con la vulneración de los derechos fundamentales de los justiciables lleva a excluir como afectados con dichas pruebas a entes públicos, ya que no se puede señalar que ellos sean titulares de un modo general de todos esos derechos.

El análisis de la regulación legal existente en Chile sobre prueba ilícita, refleja una regulación aislada o particular para cada tipo de proceso, que impide hablar de un verdadero sistema de prueba ilícita en el derecho procesal chileno.

Esa falta de sistema no solo se debe a que aún existan procedimientos escritos (proceso civil) donde no existe una audiencia de fijación del objeto del proceso y de depuración de vicios o irregularidades procesales, como lo es la audiencia preliminar o de preparación de juicio oral, sino a que el legislador, aun tratándose de los distintos tipos de juicios orales, como ocurre en materia penal, laboral y de familia, ha regulado de diversa manera el tratamiento de la prueba ilícita. A veces, regula expresamente una oportunidad procesal de exclusión de prueba ilícita (proceso penal ordinario y proceso de familia), que impide preventivamente, por tanto, que se incorporen pruebas al debate procesal, pero en otros casos la exclusión en dicha etapa procesal requiere de una interpretación finalista o axiológica que permita concluir aquello (proceso laboral ordinario), ya que su regulación formal apunta a que el análisis de esa prueba debe realizarse en la sentencia definitiva, con la valoración negativa por parte del juez o tribunal.

La discusión de un nuevo Código Procesal Civil podría servir de instancia para que el legislador se haga cargo de los problemas detectados acá y tienda a dar una regulación que permita construir hacia el futuro un sistema de prueba ilícita en el derecho chileno.

## Bibliografía citada

- Aldunate, Eduardo (2003): “La titularidad de los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 1 N° 1, pp. 187-201. <https://bit.ly/3deZXQE>
- Alvarado Urizar, Agustina (2021): *Teoría jurídica de la regla de la exclusión de prueba ilícita*. Diálogo ítalo-español, Tirant lo Blanch.
- Alvaro de Oliveira (2008): *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*, Communitas.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2010): “La cara oculta de las garantías procesales”, en *Garantismo y crisis de la justicia*, AA.VV, Universidad de Medellín, pp. 161-180.
- Armenta, Teresa (2007): “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Ius et Praxis*, Vol 13-N° 2, pp. 345-377. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200014>
- Bordalí Salamanca, Andrés (2023): *Debido proceso*, Der ediciones.
- Bordalí Salamanca, Andrés, Cortéz Matcovich, Gonzalo y Palomo Vélez, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, Thomson Reuters, segunda edición.
- Cappelletti, Mauro (1994): *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino.
- Carocca Pérez, Alex (1998): “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, Vol 4, N° 2, pp. 301 a 322.
- Carrillo del Teso, Ana (2022): “La prueba prohibida aportada por particulares al proceso penal”, en *Procesos y prueba prohibida*, Roca, José María (director), Dykinson, pp. 163-188.
- Correa, Carlos (2021): “La función de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y sus consecuencias: un estudio comparado”, *Política Criminal*, Vol. 16 N° 32, pp. 644 a 677. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-339920210002000644>
- Eusamio Mazagatos, Ester y Sánchez Rubio, Ana (2016): *La prueba ilícita en la doctrina de la corte Suprema de Estados Unidos*, Tirant lo Blanch.
- Evans de la Cuadra, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrada Culaciati, Francisco (2011): *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*, Abeledo Perrot Legal Publishing.
- García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, pp. 229-282. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>
- Gorigoitía Abbott, Felipe (2019): “La tutela judicial y el debido proceso: reflexiones con miras a una nueva Constitución”, en *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian (editores), Lom, pp. 195-211.
- Hernández Basualto, Héctor (2010): “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Accatino, D. (coordinadora), Abeledo Perrot Legal Publishing, pp. 21-44.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2010): *Derecho Procesal Penal chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile.
- Jequier Lehuédé, Eduardo (2007): “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis del ordenamiento jurídico español y chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34 N° 3, pp. 457 a 494. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300006>
- Larroucau, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N° 3, pp. 783 a 808. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>

- López Ramírez, Antonio (2019): La prueba ilícita penal, Tirant lo Blanch.
- Lluch, Xabiel Abel (2010): “A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en *La prueba y la decisión judicial*, AA.VV, Universidad de Medellín, pp. 155 – 184.
- Miranda Estrampes, Manuel (2010): “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo, pp. 131 a 151. <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.
- Núñez, Raúl y Correa, Claudio (2017): “la prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Ius et Praxis*, año 23, N°1, pp. 195 a 246. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100007>
- Pedraz Penalva, Ernesto (2000): *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Principios del Derecho Procesal Penal*, Colex.
- Planchadell Gargallo, Andrea (2014): *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Picó y Junoy, Joan (1997): *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch.
- Renedo Arenal, María Amparo (2022): “El elemento subjetivo de la prueba ilícita”, en *Procesos y prueba prohibida*, Roca, José María (director), Dykinson, pp. 143-162.
- Rodríguez Vega, Manuel (2022): *La prueba ilícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Rubicón.
- Sánchez Melgar, Julián: “Prueba prohibida y sanción por comportamientos ilícitos”, en *Procesos y prueba prohibida*, Roca, José María (director), Dykinson, pp. 249-268.
- Ubertis, Giulio (2009): *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, segunda edición.
- Vargas Pavez, Macarena y Fuentes Maureira, Claudio (2018): *Introducción al derecho procesal. Nuevas aproximaciones*, Der ediciones.
- Verdugo Jaña, Álvaro (2018): “la prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno”, *Revista de Estudios Ius Novum*, Vol 11 N°1, pp. 107 a 152. <https://revistaiusnovum.cl/index.php/REIN/article/view/13/7>

## Jurisprudencia citada

- Camba Campos y otros *vs.* Ecuador (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2013.
- Ministerio Público con Yanina Escudero (2010): Corte Suprema, 25 de mayo de 2010.
- Ministerio Público con Benjamín Espinoza (2021): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2021.
- Ministerio Público con Sepúlveda (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016.
- Ministerio Público con Claudia Salcedo (2016): Corte Suprema, 8 de agosto de 2016.
- Ministerio Público con “Anonimizado” (2021): Corte Suprema, 8 de abril de 2021.
- Ministerio Público con Antonio Fuenzalida (2021): Corte Suprema, 31 de mayo de 2021.
- Ministerio Público con Cristián Osorio (2022): Corte Suprema, 18 de febrero de 2022.
- Quispialaya Vilcapoma *vs.* Perú (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2015.
- Radilla Pacheco *vs.* México (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009.