



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Carocca Pérez, Alex  
UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE  
Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, 1998  
Universidad de Talca  
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN CHILE

Alex Carocca Pérez (\*)

## I. EL DERECHO A LA PRUEBA Y SUS LÍMITES

La doctrina procesal moderna, pone de relieve la importancia de la prueba, en la medida que la actividad probatoria es la que permite fijar los hechos a los que el juez en su sentencia aplicará el Derecho.

En realidad, a través de los distintos medios de prueba se aportan al proceso unas afirmaciones, denominadas instrumentales, que permiten al juez, tras su comparación con las actividades iniciales de las partes contenidas en sus respectivos escritos de alegaciones, lograr su convicción en torno a sus afirmaciones y obtener el supuesto fáctico de la sentencia. Así queda de manifiesto la trascendencia de la prueba, pues gracias a ella pasan a ser ciertos, procesalmente, los que eran meros hechos afirmados al inicio del proceso.<sup>1</sup>

Sólo respecto de los hechos alegados y probados, puede el órgano jurisdiccional concretar el derecho de acuerdo a la máxima *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*.

La relevancia de la prueba ha sido advertida siempre por la doctrina, pero sólo durante el último tiempo la actividad probatoria ha comenzado a ser estudiada como un

---

(\*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

<sup>1</sup> Serra Domínguez, Manuel, "Contribución al estudio de la prueba" en **Estudios de Derecho Procesal**, Ed. Ariel, Barcelona, 1967, pp. 355 y ss.

derecho básico y esencial de los litigantes. Es decir, superando su mero estudio como una carga para las partes o la sola consideración de su desarrollo procedimental, recientemente se ha comenzado a hablar de un *derecho a la prueba*.<sup>2</sup>

Es así que este derecho a la prueba ha comenzado a ser reconocido como un derecho fundamental en algunas Cartas Constitucionales, entre las que destaca la española de 1978, en cuyo art. 24 inc. 2 se reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las partes.

El carácter subjetivo de este derecho a la prueba, se manifiesta en que su ejercicio requiere de la voluntad de los propios litigantes, ya que es a ellos a quienes en las diferentes clases de procesos corresponde proponer los medios probatorios que pretenden rendir y llevarlos a la práctica.

En todo caso, a nuestro parecer, este derecho a la prueba, cuya conceptualización separada nos parece muy útil, forma parte del derecho fundamental o garantía constitucional a la defensa procesal.

En efecto, debidamente concebido este último, puede ser definido como "*la garantía constitucional (o derecho fundamental) que asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional*".<sup>3</sup>

Pues bien, así entendido el derecho de defensa, contiene la facultad de los interesados de realizar en el proceso tres actividades fundamentales: la de efectuar sus alegaciones; la de probarlas; y, la de contradecir las alegaciones y pruebas de la parte contraria.

---

<sup>2</sup> Vid., especialmente, los estudios del profesor Pico y Junoy, Joan, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 448 pp. y "La protección del derecho a la prueba en el proceso penal", *Revista Jurídica de Cataluña*, IV, 1993, pp. 147 y ss., con excepcional claridad e incluyendo completísimos listados bibliográficos. Son también importantes en castellano los trabajos de Serra Domínguez, Manuel, "El derecho a la prueba en el proceso civil español", en VV.AA., **Libro Homenaje a Jaime Guasp Delgado**, Ed. Comares, Granada, 1984, pp. 561 y ss.; De marino, R., **Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba** y Sainz de Robles, F.C. y Albarca López, J. L., "El derecho a la prueba" en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pp. 607 y ss. y 591 y ss., respectivamente. En italiano, el autor imprescindible en Derecho Probatorio es Taruffo, Michele, cfr., entre otros estudios, "Il diritto alla prova nel processo civile", *Rivista Diritto Processuale*, IV, octubre-diciembre, 1984, pp. 1501 y ss.

<sup>3</sup> Arribamos a este concepto en nuestra monografía **Garantía constitucional de la defensa procesal**, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 98 y ss.

La segunda, que aquí interesa, la de probar sus alegaciones, al ser una facultad inherente al derecho de defensa, ya que sin ella no existe una verdadera posibilidad de intervenir en la formación del juicio -por eso la doctrina italiana habla de “diritto di difendersi provando”- en nuestro país ha de entenderse reconocida constitucionalmente en el art. 19 N° 3 inc. 2 de nuestra Ley Fundamental, al declarar que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”. Aunque la intención de los redactores de estas normas fue la de limitar este reconocimiento a la defensa técnica o letrada, de su tenor literal se desprende que, en definitiva, el sentido de la garantía es mucho más amplio e incluye todos los aspectos que la doctrina y jurisprudencia internacional han caracterizado como comprendida en ella.<sup>4</sup> Por lo demás, por si hiciera falta, de todos modos deberíamos concluir la vigencia amplia del derecho a defensa a partir de los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, aplicables en Chile en virtud del art. 5 inciso 2 de nuestra Carta Constitucional, tales como el art. 8, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

La importancia de considerar la existencia de un derecho fundamental a la prueba, sea en forma autónoma o comprendido en el derecho a la defensa, radica en que como tal se hace digno de tutela, es decir, se permite recurrir a los medios de protección de los derechos fundamentales, en particular los que se establecen en la justicia constitucional, si se niega el contenido esencial del derecho. Así, por ejemplo, a nuestro parecer una norma que en un procedimiento impide a las partes sin mayor fundamento, rendir prueba o utilizar un concreto medio de prueba, debería ser declarada inaplicable. No en cambio, si se trata de imponer limitaciones justificadas como acontece por ejemplo entre nosotros en los interdictos posesorios (v. gr. denuncia de obra ruinosa, arts. 571 y s.), en que se limita la procedencia de medios de prueba para evitar dilaciones en el proceso, por la naturaleza de la decisión que el tribunal ha de adoptar. Estas restricciones están justificadas, ya que como todo derecho fundamental éste también admitirá limitaciones, siempre que sean razonables y no afecten el contenido esencial del derecho.

Lo cierto es que al hablar de este *derecho a la prueba* se supera la postura de la doctrina tradicional que sostenía que la parte tenía un “interés” en la prueba, pero no un verdadero “derecho” a la misma; y, por la otra parte, se complementa con el aspecto de la “carga” de la prueba, que según la doctrina más reciente, cobra su real vigencia al momento de evaluar el resultado probatorio, en cuanto permiten determinar frente

<sup>4</sup> Vid., con mayor amplitud nuestros argumentos en este sentido en nuestros trabajos **Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal**, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1997, pp. 42 y ss.; y, “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca, 1997, pp. 164 y ss.

a un hecho controvertido que no ha sido acreditado, a qué parte perjudica.<sup>5</sup>

Pues bien, el reconocimiento de este derecho a la prueba, que a pesar de su importancia no agota ni con mucho el tema probatorio, se ha traducido en la existencia de una serie de facultades para las partes, que a nuestro juicio<sup>6</sup> serían las siguientes:

a) A que se abra un término probatorio suficiente, lo que implica que la causa sea recibida a prueba y, luego, que exista un lapso razonable durante el cual las partes puedan desarrollar su actividad probatoria.

Pero el problema más importante que se examina en doctrina a este respecto, es si el juez en el proceso civil puede de oficio abrir el término probatorio, cuestión que en otros ordenamientos se presenta controvertida. En cambio, en nuestro procedimiento civil ordinario, se le autoriza para decidir por sí mismo, sin necesidad de petición expresa de las partes, la recepción de la causa a prueba y apertura del término probatorio (art. 318 CPC), sin perjuicio de que las partes de común acuerdo, puedan pedir que se falle sin más trámite, renunciando al período probatorio (art. 313 inc. 3 CPC). En este último caso la voluntad de las partes se impone y el juez, aunque creyese necesaria la prueba, se verá obligado a fallar prescindiendo de ella.

b) Luego de abierto el término de prueba surge el derecho de las partes *a utilizar los medios de convicción idóneos para producir las afirmaciones que sirven para formar el convencimiento del juzgador*. Éstos son los medios de prueba, tema respecto del cual lo más controvertido es si la ley puede limitar taxativamente su número y la forma en que podrían incorporarse al proceso los elementos de fijación de hechos no tradicionales o adelantos tecnológicos.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Ramos Méndez, **Derecho Procesal Civil**, Ed. J.M. Bosch, tomo I, pp. 546 y ss.; Serra Domínguez, "Contribución al estudio de la prueba, Op. cit.", pp. 364 y s.

<sup>6</sup> La justificación de esta formulación la hemos hecho en **Garantía constitucional de la defensa procesal, Op. cit.**, pp. 286 y ss. En parecidos términos Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil, Op. cit.**, pp. 18 y ss.

<sup>7</sup> En realidad se trata de una cuestión resuelta hace tiempo en el Derecho Comparado con la admisión de toda clase de medios de fijación de hechos, ya sea por vía legislativa en los ordenamientos procesales más recientes (ejemplo, Perú con su Código Procesal Civil de 1992 (art. 193); el *Código de Processo Civil* de Brasil de 1973 (art. 332); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de Argentina (art. 378); Código de Procedimiento Civil de Colombia de 1973 (art. 175); etc. o por la jurisprudencia en los demás (por ejemplo, en el caso español. Vid. Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil, Op. cit.**, pp. 174 y ss.; Viloboy Lois, Lotario y González Pillado, Esther, **La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil**, Ed. Tecnos, Madrid, 1993; Montero Aroca, Juan, "Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba (Comentarios a la STS 30 de noviembre de 1981)", en Revista *Poder Judicial*, VII/1983, p. 39; etc.). Bien pudiera decirse que sólo en Chile se mantiene en los procesos de orden no penal, la prohibición de admisión de elementos probatorios no enumerados expresamente en la ley, como consecuencia del retraso de nuestro Derecho Procesal. Vid. una interpretación para superar esa situación en nuestro estudio "La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil", en Revista *Gaceta Jurídica*, 1998 (en prensa).

c) Abierto el término de prueba, propuesto el medio de prueba, surge el derecho de la parte a que sea *admitido*, siempre que la proposición haya sido hecha válidamente, esto es, que no haya incurrido en determinadas prohibiciones que dicen relación con los denominados *límites a la prueba*.

En efecto, en la medida que las garantías constitucionales forman parte de un sistema normativo, necesariamente han de tener límites, que derivan de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional española “En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.<sup>8</sup>

Estos límites en relación al medio probatorio han sido clasificados recientemente por el profesor español PICO Y JUNOY,<sup>9</sup> entre límites extrínsecos, que son aquellos debidos a los requisitos legales de proposición, y *límites intrínsecos*, que son aquellos inherentes a la actividad probatoria, que son de tres órdenes: la *pertinencia*, la utilidad; y, la licitud. Este último es el tema que nos interesa en esta oportunidad y sobre el que nos explayaremos a continuación.

Antes, sólo diremos que la prueba *inútil o inconducente*, es aquella en que por inadecuación de medio a fin, se puede conjeturar razonablemente que no alcanzará el resultado previsto y de allí que no deba accederse a su proposición y práctica. Así se permite rechazar diligencias probatorias que estén dirigidas a producir pruebas reiterativas, superabundantes, muy costosas o impracticables.

No obstante, debemos advertir que en nuestro procedimiento procesal civil, no existe como regla general la facultad del tribunal de rechazar directamente la práctica de pruebas que al parecer del tribunal incurran en estos defectos, por lo que, en general, debe dar curso a toda proposición de prueba que cumpla con los requisitos formales. Esta situación se debe al carácter profundamente liberal -que sus numerosas reformas parciales no han conseguido alterar- de nuestro Código de Procedimiento Civil, que se comenzó a elaborar en el siglo pasado, sobre la base de la criticada Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, comenzando su vigencia en el año 1902, y que concede

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 2/1982, de 29 de enero de 1982.

<sup>9</sup> **El derecho a la prueba en el proceso civil**, Op. cit., pp. 40 y s.

al juez un rol pasivo, suponiendo que las partes son las “dueñas del proceso”<sup>10</sup> y a quienes corresponde en definitiva toda iniciativa probatoria, salvo excepciones, constituidas esencialmente por las extemporáneas “medidas para mejor resolver”.

Por su parte, *prueba pertinente* es aquella que versa sobre hechos que suponen un elemento inadecuado para la declaración judicial del *factum probandum*,<sup>11</sup> lo que supone que debe inadmitirse la prueba propuesta que no es idónea para demostrar la afirmación fáctica que se pretende.

Tampoco, por regla existe en nuestro sistema procesal civil, precepto que autorice al juez a excluir la rendición de prueba inidónea. Incluso debemos hacer presente que el art. 318 CPC, al referirse a la “pertinencia” está estableciendo un requisito que debe reunir los hechos alegados por las partes para ser tenidos como parte del *thema probandi*, y, en consecuencia, incluidos en la resolución que recibe la causa a prueba y que fija los hechos sobre la cual ésta deberá recaer.

d) Admitida la prueba propuesta, surge el derecho de la parte a que la prueba sea *practicada*, pues, caso contrario, nos hallaremos ante una “denegación tácita” del derecho a probar y, consecuentemente, ante una situación de indefensión.

e) Y, finalmente, el derecho a la prueba conlleva el derecho a que la prueba propuesta, admitida y rendida, sea *valorada* por el tribunal. Se trata de una *exigencia* de tal relevancia que constituye el momento decisivo y culminante de toda la actividad probatoria.

## II. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

El tema de la ilicitud de la prueba surge, en consecuencia, en relación a la admisión de los concretos medios de prueba que pueden proponer las partes, ya que aunque en general el medio probatorio sea procedente, en el caso concreto pueden aparecer ciertas prohibiciones para su admisión, que tienen que ver con los denominados *límites a la prueba*. Este es entonces la ubicación de esta cuestión en el contexto de una moderna consideración de los problemas en torno a la prueba, con lo que quedamos en condiciones de tratar de determinar en qué consiste realmente.

---

<sup>10</sup> Vid., comprobación de este aserto, en nuestro estudio **Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal**, *Op. cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>11</sup> Taruffo, Michele, **Studi sulla rilevanza della prova**, Ed. Cedam, Padova, 1970, p. 54, cit. por Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, *Op. cit.*, p. 46.

Aunque la expresión “prueba ilícita” no resulta demasiado precisa y su contenido es objeto de muchas polémicas, es la que se ha terminado por imponer en nuestro idioma para referirse a la *fuerza o elemento de prueba obtenido con infracción de determinadas normas o principios jurídicos*. Pero ni siquiera estos últimos está muy claro cuáles son.

Así para algunos e inicialmente prueba ilícita era la contraria al “ordenamiento jurídico”, comprendiendo aquella que contravenía a la Constitución, a la ley, a la moral y las buenas costumbres o las disposiciones o principios jurídicos de carácter general.<sup>12</sup> *Se trata de un concepto extraordinariamente amplio, que importa la exclusión de cualquier diligencia probatoria practicada no sólo en contravención a normas jurídicas precisas, sino a algo mucho más etéreo como es la moral o las buenas costumbres. En esta corriente hay que situar a aquellos autores que conciben a la prueba ilícita como aquella obtenida mediando “dolo”*.<sup>13</sup>

Sin embargo, posteriormente fue prevaleciendo un concepto más restringido, reduciendo el concepto a la fuente de prueba que vulnera normas de carácter legal y, en especial, constitucional.<sup>14</sup>

Finalmente, en lo que es la corriente predominante en la doctrina extranjera, por las razones que veremos a continuación, se ha limitado la existencia de una prueba ilícita a los supuestos de vulneración de determinadas normas constitucionales esenciales, consagradoras de derechos fundamentales.

Este último es también el concepto que nos parece más aceptable dentro de nuestro marco constitucional, ya que el reconocimiento que se contiene en nuestra Ley Fundamental del derecho a la defensa, comprendiendo el derecho a la prueba, obliga a estructurar un concepto de prueba ilícita, que en sí mismo se va a traducir en una limitación al ejercicio de ese derecho, lo más restringido posible.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Devis Echandia, **Teoría general de la prueba**, quinta edición, tomo I, pp. 539 y s.; Vescovi, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, Nº 2, p. 345; etc.

<sup>13</sup> Es el caso de Monton Redondo, A., **Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso**, Universidad de Salamanca, 1977, pp. 174 y ss.

<sup>14</sup> Sentis Melendo, Santiago, **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**, Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 228; López Barja de Quiroga, J., **Las escuchas telefónicas y las pruebas ilegalmente obtenidas**, Ed. Akal, Madrid, 1989, pp. 134 y s.; etc.

<sup>15</sup> Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, *Op. cit.*, pp. 285 y ss.

Esto significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción a los derechos fundamentales, que en nuestro ordenamiento constitucional, los hay reconocidos directamente, tales como el derecho a la protección de la vida privada y pública y a la honra de las personas (art. 19 N° 4 inc. 1 Constitución); a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5 Constitución); a la libertad de conciencia (art. 19 N° 6 Constitución); a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 19 N° 1 Constitución); a la libertad personal e individual (art. 19 N° 7 Constitución); etc., así como también se encuentran otros reconocidos sólo por remisión a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, de acuerdo al art. 5 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental.

El tema de la prueba ilícita ha sido uno de los de mayor actualidad y preocupación en el ámbito probatorio durante el último tiempo en la doctrina y Derecho Comparado. Si bien es cierto que la doctrina ha centrado su atención en los procesos penales, debido a la importancia de los bienes que se discuten en ellos, el tema de la prueba ilícita incide en toda clase de procesos, sea del orden laboral, de menores y civil, y en estos procesos plantea también numerosas cuestiones y problemas que deben responderse adecuadamente, pero que no resulta fácil hacerlo.

En resumen, consideramos prueba ilícita, a 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.

### **III. DISTINCIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA DE OTROS CONCEPTOS AFINES**

A pesar de la definición que hemos adoptado, debemos reconocer que en la doctrina y en el Derecho Comparado, se han utilizado otros términos en similar sentido, que aluden a cuestiones parecidas y en muchos casos vinculadas, pero susceptibles de ser diferenciadas, por lo que resulta necesario aclarar su relación con el concepto de “prueba ilícita”, como contribución para delimitar con mayor precisión a esta última.

#### **1. Prohibiciones probatorias**

Es el término utilizado en una primera época, a principios de siglo, por la doctrina alemana, para hacer referencia a distintos supuestos en los que la prueba es indebida (*Beweisverbote*), y que afectan tanto a la adquisición de las fuentes de prueba, como a

los medios probatorios a través de los cuales dichas fuentes se introducen en proceso.<sup>16</sup>

Se dice, actualmente, que es un término anticuado para designar este fenómeno, por cuanto se acuñó cuando se admitía que en el proceso existía un deber legal de las partes y del tribunal para la búsqueda y averiguación de la verdad, conforme al que la autoridad estaba legitimada para adoptar todas las medidas necesarias para dicho fin, salvo que excepcionalmente una norma prohibitiva impidiera determinadas actuaciones. Entonces, cuando se actuaba en contra estas últimas prescripciones, se hablaba de “prohibiciones probatorias”, de diligencias llevadas a efecto a pesar de encontrarse prohibidas.

Sin embargo, hoy en día el término no es apropiado, ya en los procedimientos modernos se ha establecido que lo que existe son prescripciones o mandatos acerca de cómo debe procederse, por lo que existen posibilidades ilimitadas de actuar de otro modo; por lo que mal podría considerarse indebida una actuación probatoria, siendo que no existen prescripciones legales que establezcan impedimentos para llevar a efecto diligencias determinadas.

En todo caso, si se quiere seguir utilizando la expresión en Derecho Procesal puede hacerse en el sentido de que alude a las consecuencias o efectos “prohibitivos” que la prueba ilícita comporta, que es lo que sucede en el *Common Law*, cuando se habla de las “reglas o normas de exclusión de la prueba”, ya que la importancia de establecer si se trata de una prueba ilícita es que se prohíbe su admisión y valoración. Se trataría, por tanto, si así se entiende, de conceptos no excluyentes.

## 2. Prueba ilegal o irregular

Aceptado que la prueba ilícita es aquella obtenida con violación a los derechos fundamentales, por prueba *irregular o ilegal*, ha de entenderse aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.<sup>17</sup>

Bajo esta denominación se incluirían las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal, así como también a los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado a un derecho fundamental.

<sup>16</sup> Vid. explicaciones en Pico y Junoy, **Op. cit.**, pp. 289 y s.

<sup>17</sup> Pico y Junoy, **Op. cit.**, pp. 290 y ss.

En los ordenamientos que se preocupan especialmente de la materia, la diferencia es fundamental porque en el caso de la prueba ilegal, se establece que podrá ser valorada libremente por el juzgador, por no existir con carácter general una norma que lo impida, lo que no sucede con la prueba ilícita que nunca puede ser tomada en cuenta por el tribunal. En todo caso, la admisión de la prueba irregular o ilegal, sería sin perjuicio de otras sanciones que se puedan establecer.

### **3. Prueba ilegítima**

Se trata de un concepto propio de la doctrina italiana. Se dice, conforme a una clasificación que interesa mucho a la doctrina italiana entre norma sustantiva y norma procesal, que prueba ilícita, sería aquella obtenida con violación de una norma de Derecho material, mientras que prueba ilegítima, en cambio, sería aquella obtenida con infracción de una norma procesal.<sup>18</sup>

La diferencia se reflejaría en la sanción, ya que en el caso de la prueba ilícita, al infringir normas materiales, el juez podría valorarla, lo que no sucede con la prueba obtenida con infracción de la norma procesal -prueba ilegítima-, que sería siempre nula. Sin embargo, por excepción, admiten los mismos autores italianos, debido a la unidad del ordenamiento, en ocasiones también debería declararse inadmisibles prueba ilícita por tratarse de supuestos muy graves, por ejemplo, confesión extrajudicial lograda mediante tortura.

La verdad es que no se trata de una categoría que pueda parecer muy útil en nuestro derecho, ya que pareciera que lo relevante es ver si se infringen o no derechos fundamentales, al margen si la norma es o no de carácter procesal o material, cuestión difícil de resolver, por lo que cabe rechazar la existencia de esta categoría.

### **4. Prueba viciada**

Algunos usan este término para referirse a aquella prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración la forma como se ha obtenido. Se dice que lo destacable de este tipo de prueba no es su ilicitud o ilegalidad, sino la veracidad o certeza de los datos fácticos que la misma aporta al proceso.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> La categorización se debe especialmente a Nuvoione, Pietro, "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino", en *Rivista Diritto Processuale*, N° 3, 1966, pp. 442 y ss.

<sup>19</sup> Monton Redondo, **Op. cit.**, p. 175.

Existen evidentemente determinados medios probatorios -documental, testifical y pericial-, que pueden verse afectados por circunstancias susceptibles de poner en duda su veracidad, razón por la que el propio ordenamiento jurídico establece distintos mecanismos de control como son las tachas, la recusación de peritos o la impugnación de documentos. Es fácil observar que el medio probatorio, al que se califica de “viciado”, debe ser inicialmente admitido, pues el vicio sólo puede ser descubierto a lo largo del proceso, sin perjuicio de que luego se le niegue por el juzgador eficacia probatoria. Así se aprecia que el tema de la prueba viciada debe plantearse en términos de eficacia o valoración, pero no de admisibilidad del medio de prueba viciado, por lo que a estos efectos, es un tema que carece de interés.<sup>20</sup>

### **5. Prueba clandestina**

También se ha llegado a distinguir entre prueba ilícita y prueba clandestina, señalando que esta última sería la obtenida de un comportamiento oculto o realizado sin publicidad, es decir, infringiendo la intimidad o derecho a la privacidad de las personas. Por ende, esta prueba sería aquella en que el derecho vulnerado sería el de la intimidad personal o familiar, o el de la propia imagen.

Tampoco parece que debiera admitirse porque es un concepto que no introduce ninguna particularidad, puesto que si una prueba infringe el derecho a la intimidad personal o familiar o su derecho al honor, se trata de una prueba que habrá sido obtenida o practicada con vulneración de un derecho fundamental, y, por lo tanto, se tratará de una prueba ilícita. Esto es particularmente claro en nuestro Derecho, en que se reconoce constitucionalmente en derecho al “respeto a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia” (art. 19 N° 4) y “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada” (art. 19 N° 5). En consecuencia, no parece necesario ni conveniente mantener esta terminología que sólo introduce confusión.

## **IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA A PESAR DE SER ILÍCITA**

Constatada la existencia de la prueba ilícita, es decir, de aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales, el gran problema es el de establecer la mejor solución procesal para la cuestión. Es decir, determinar si debe o no dársele valor probatorio a la prueba ilícita. No se crea que se trata de un problema simple de resolver,

---

<sup>20</sup> Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, Op. cit., pp. 309 y s.

sino que por el contrario, ha originado una gran controversia en el extranjero, generando el creciente interés por el tema que se observa a nivel de doctrina y de Derecho Comparado.

Como la cuestión no está resuelta expresamente en nuestro Derecho, conviene examinar los argumentos que se han brindado para una y otra solución, ya que con seguridad ellos serán invocados cuando se adopte una u otra solución.

La primera posición que comenzaremos a examinar es aquella que postula la admisión y eficacia de la prueba ilícita, vale decir, la que sostiene que no debe excluirse del proceso la prueba aunque haya sido obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Esta doctrina, aunque minoritaria en estos momentos a nivel internacional, la fundamentan en base a los siguientes argumentos:

### **1. Principio de la búsqueda de la “verdad procesal” y la Justicia como fin de todo proceso**

Partiendo de la idea de que todo proceso, incluso el civil, ha de aspirar a la reconstrucción de la realidad, es decir, a la búsqueda de la verdad, 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.

En el fondo, esta doctrina importa que en la confrontación de intereses que se producen en todo problema de prueba ilícita, entre el interés por esclarecer los hechos y el interés por la protección de los derechos fundamentales, hacer prevalecer el primero, pues sus sostenedores estiman que el segundo se puede garantizar y preservar a través de la correspondiente sanción civil o penal que se habrá de imponer a quien actuó antijurídicamente en la obtención o práctica de una prueba. Incluso, se ha dicho, la postura contraria - la inadmisibilidad de la prueba ilícita- puede importar una denegación de justicia, toda vez que se negará su obtención si se inadmite la prueba y ella era la única disponible para acreditar los hechos.

En otros términos, se afirma que el rechazo de esta prueba sólo conduce a impedir que se pueda allegar al proceso un elemento de juicio que puede aportar la verdad necesaria para que el juez haga justicia, siendo injusto que deba dictar una sentencia con

una decisión distinta, al tener que prescindir del elemento probatorio así obtenido.

En esta corriente se inscribe incluso una línea jurisprudencial inglesa, conforme a la cual la prueba ilícitamente obtenida puede ser admitida y valorada por el juez si es relevante para el fallo judicial justo, pues “El criterio que debe aplicarse para apreciar su una prueba es admisible o no es el de si dicha prueba es relevante para el asunto debatido. Si lo es, es admisible y el tribunal no debe preocuparse de cómo fue obtenida”.<sup>21</sup>

## **2. El principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales**

La independencia de los ordenamientos procesal y material lleva a sostener a algunos autores que las infracciones a este último, no comporten la vulneración del primero. De esa manera sostienen que la incorporación al proceso de fuentes de prueba es independiente de la forma legal o ilegal en que hayan sido obtenidas, siendo que sólo la prueba producida vulnerando las normas de procedimiento podría ser rechazada por el juez.

En el fondo, estos autores estiman que la autonomía del ordenamiento procesal supone que la ilicitud material del acto a través del cual se adquirió un elemento probatorio, no puede traer aparejada necesariamente la inadmisibilidad del acto que permite dicha prueba, pues se trata de actos que operarían en planos diferentes. Así, entonces, se dice que estas infracciones serían procesalmente neutras, o sea, no tienen relevancia alguna para la formación del juicio jurisdiccional. Por lo tanto, han de ser admitidas aunque hayan sido obtenidas con infracción de normas sustantivas, siempre que se incorporen al proceso en forma legal.

## **3. El carácter “metajurídico” de la prueba**

Estiman algunos autores que la prueba en sí misma tiene un carácter marcadamente metajurídico, en cuanto se trata de una actividad destinada a la reconstrucción o descubrimiento de unos hechos para trasladarlos a la presencia judicial, por lo que mal sus resultados podrían medirse en términos de moralidad, sino que deben medirse en cuanto a su verosimilitud.

Esta postura lleva, por ejemplo, al profesor español MUÑOZ SABATE, a afirmar que “el carácter expoliativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los

---

<sup>21</sup> Caso Kurama son of Kaniu v/s R. (1955), Cfr. Williams, Glanville, "Evidences obtained by Illegal Means", *The criminal Law Review*, 1955, p. 344, cit., por Pico y Junoy, **Op. cit.**, pp. 293 y s.

museos de Londres o París no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schliemann, un Champollion o un Howard Carter”.<sup>22</sup>

Aun admitiendo que la Justicia debe velar por la corrección de los medios, prosigue, “ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política”.<sup>23</sup> Incluso otro añade que inutilizar la prueba obtenida de modo ilícito, supone convertir el juicio de admisibilidad que necesariamente ha de efectuarse para determinar si un determinado medio cae en esta categoría, en un mecanismo para la salvaguarda de intereses ajenos al proceso.

#### **4. El principio “*male captum, bene retentum*”**

Este principio significa que desde el punto de vista procesal, la cuestión ha de centrarse en la disponibilidad física del elemento probatorio, más que en el modo de adquisición. Por eso se afirma que siendo lo trascendental la posesión del elemento probatorio, éste debe ser admitido en el proceso, sin perjuicio de que si ello se debe a un actuar ilícito, éste debe ser debidamente sancionado, ya sea desde el punto de vista civil, penal o disciplinario, pero, incorporado a los autos, en nada debería afectar su fuerza probatoria.<sup>24</sup>

En realidad, señala Guasp, autor que defiende con particular vehemencia este principio, si el medio de prueba se halla en poder de la parte a quien interesa su presentación, entonces el problema de la disponibilidad no se plantea porque basta con su mera detentación física para que, cualquiera sean las consecuencias extraprocerales de tal detentación, pueda hacerlo valer en el proceso.

#### **5. El argumento de la no doble sanción por un mismo acto**

A través de este argumento, la doctrina destaca la indebida acumulación de “sanciones” que supondría la inadmisibilidad de la prueba ilícita, ya que aparte de la sanción que pueda merecer el autor por la infracción del derecho fundamental infringido, se une la inadmisibilidad de la prueba.

---

<sup>22</sup> **Técnica probatoria (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)**, cuarta edición, Ed. Praxis S.A., Barcelona, 1993, p. 78.

<sup>23</sup> Muñoz Sabate, **Técnica probatoria**, *Op. cit.*, p. 78.

<sup>24</sup> Guasp Delgado, J., **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**, tomo II, vol. 1º, Ed. Aguilar, Madrid, 1945, p. 584.

Y es que en realidad, se puede constatar, la eficacia de tales pruebas no supone una complacencia con la forma en que han sido obtenidas o producidas, y de allí que la mayoría de los autores estén de acuerdo en que el autor de la infracción debe sujetarse a la correspondiente responsabilidad civil, pena o administrativa que corresponda según las reglas generales.

#### **6. El principio “*factum infectum fieri nequit*”**

Este principio, que equivale a decir que “lo hecho no puede devenir no hecho”, es utilizado por algún autor para propugnar por el reconocimiento de validez a la prueba obtenida con infracción de normas jurídicas, concretamente cuando se trata de actos, declaraciones y comportamientos que las partes eventualmente han podido realizar en el proceso respecto de esta prueba. Es decir, en el fondo, se distingue entre resultado del medio probatorio irregularmente practicado y actividad de las partes en el desarrollo de dicha prueba, atribuyendo al menos, eficacia probatoria a dicha actividad.

Concretamente, refiriéndose al interrogatorio irregularmente practicado, se dice que debe distinguirse entre los actos de las partes en el proceso y el resultado de las pruebas ilegalmente admitidas o practicadas, pues el margen de discutir si el juez podrá o no fundar su convencimiento sobre la base del resultado del medio probatorio, lo cierto es que la actividad o comportamiento de los litigantes que han participado en la práctica de esta prueba ha tenido lugar, y como tal no puede ser desconocida por el juzgador, conforme al principio *factum infectum fieri nequit*.<sup>25</sup>

### **V. ARGUMENTOS POR LOS QUE SE NIEGA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA**

Por el contrario, en contra la admisión y eficacia de la prueba ilícita, que es la posición que prevalece en la doctrina y Derecho Comparado, se formulan también numerosos argumentos, entre los cuales cabe destacar los siguientes:

#### **1. La concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico**

Concebido el proceso como el medio de resolver jurisdiccionalmente los conflic-

---

<sup>25</sup> Cappelletti, Mauro, "Eficacia di prova illegittimamente ammesse e comportamento della parte", en VV.AA., *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1963, p. 187, cit. por Pico y Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. cit., p. 296.

tos intersubjetivos, regulado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, ello conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema jurídico debe ser excluido del mismo.

De allí que deba concluirse que sólo los elementos probatorios obtenidos legalmente, con respeto absoluto a las normas jurídicas, deben admitirse y valorarse en el proceso. Como se ha dicho, la prueba que se puede tomar en cuenta por el juez para formar su convencimiento en el proceso es aquella que se obtiene en el respeto a la ley, pero no la que de haber sido debidamente observada la ley, nunca habría podido ser materialmente incorporada al proceso. Incluso, se añade que el concepto mismo de derecho a un debido proceso excluye la prueba ilegal, así como también y con mayor razón la ilícita, por la entidad de los bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente que compromete.

## **2. La admisión de tales pruebas conculcaría el principio de probidad o de lealtad procesal**

La probidad o lealtad procesal que es concebido como “principio fundamental del procedimiento” o “principio general de la prueba judicial”, sería severamente afectado por la mala fe de los litigantes, por lo que debe necesariamente conducir a la ineficacia del acto probatorio obtenido mediando infracción de este principio tan importante.

Esto se traduce en la absoluta imposibilidad de que el elemento de prueba así conseguido pueda concurrir a conformar la convicción del juez.

En rigor, se afirma, si bien el proceso tiene por objeto la búsqueda de la certeza de ciertos hechos, ella no puede lograrse de cualquier modo; el proceso no es un juego o una guerra donde el fin justifique los medios. Lo contrario conduciría a convertir al proceso en campo abonado para todas las artimañas con el fin de obtener una sentencia favorable.

## **3. El principio general del derecho “*nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*”**

Este principio general del derecho, de muy antigua data, significa que los actos ilícitos no pueden nunca aprovechar o beneficiar a su autor y sería plenamente aplicable a la prueba ilícitamente obtenida.

Consecuentemente se ha sostenido que la norma de que el elemento probatorio obtenido por medio de un acto ilícito no pueda aprovechar a su autor, “tiene su raíz en

un profundo sentido de justicia, sin el cual no se puede concebir el derecho”.<sup>26</sup> De allí, entonces, que conforme a este principio ningún acto que sea producto de una violación de la constitucionalidad, podría beneficiar a su autor, pues como se ha dicho, “nadie puede constituirse un derecho con su propio delito”.<sup>27</sup>

#### **4. Su efecto disuasorio, garantizador de la eficacia de la norma vulnerada**

Sancionando a la prueba ilegalmente obtenida con la inadmisión procesal, se alcanzan dos trascendentales objetivos:

i) Disuadir a los potenciales infractores del orden jurídico de que su actuación no les producirá resultados beneficiosos. En este sentido, se señala que la única respuesta que el ordenamiento jurídico debe dar a su violación es el rechazo absoluto de lo obtenido con dicha actuación, de manera de desalentar totalmente a quienes pretendan recurrir a tales artimañas. El Estado no podría colaborar al cumplimiento de las finalidades de los infractores de la normas, reconociendo valor al resultado de actos ilícitos.

ii) Proteger la norma vulnerada, negando toda eficacia jurídica a lo logrado con su infracción. Lo contrario, se ha puesto de relieve, equivaldría a legitimar o convalidar judicialmente los actos contrarios a derecho, a través de los cuales se obtuvo el elemento probatorio cuestionado.

En definitiva, se produce un claro efecto disuasorio de la vulneración del ordenamiento jurídico, ya que queda claro de antemano que nada se podrá aprovechar de la prueba ilícitamente obtenida, lográndose de ese modo que todas las personas, pero especialmente agentes estatales que podrían verse tentados a obtener prueba vulnerando derechos (policías, fiscales), tengan claro que ningún beneficio podrán obtener.

#### **5. La nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio comporta la nulidad posterior de toda su eventual eficacia (*quod nullum est, nullum producit effectum*)**

Teniendo en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico, se indica que toda violación de una norma que lo integra, sea sustancial o procesal, afecta a éste en su conjunto, de modo que la infracción de una norma material despliega también sus

---

<sup>26</sup> Carnelutti, Francesco, "Ancora sulla inefficacia dei documenti dolosamente sottratti", *Rivista Diritto Processuale*, 1959, II, p. 337.

<sup>27</sup> Opinión de Escriche, citada por Vescovi, Op. cit., p. 342.

efectos en el ámbito procesal. De esta manera la invalidez del acto originario ha de provocar inexorablemente la ineficacia probatoria de lo obtenido con dicho acto.

En otras palabras, la prueba irregularmente obtenida es siempre una prueba procesalmente ineficaz,<sup>28</sup> llevando incluso a que al acto que llegara a admitir una prueba lograda antijurídicamente sea a su vez un acto viciado, que debe ser sancionado con su propia nulidad.

### **6. La inadmisión de esta prueba como manifestación de la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho**

Partiendo del principio fundamental del ordenamiento jurídico que otorga la tutela de los intereses en conflicto a la autoridad jurisdiccional, y de la prohibición penal del ejercicio arbitrario del propio derecho, se sostiene que la utilización procesal de las pruebas logradas en forma ilegal equivale precisamente a la imposición arbitraria de las propias razones.

Esto por cuanto el efecto que produce la admisión de la prueba ilícita es que la parte que la utiliza llega a obtener, a través de un acto ilícito, un pronunciamiento jurisdiccional, que jurídicamente, no habría podido conseguir, de modo que en último término la utilización de la prueba ilícita viola la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho.

### **7. La debida sanción al fraude de ley**

La prueba producida o realizada con infracción de ley, no podría ser admitida porque equivaldría a la ejecución de un acto realizado con fraude de ley, esto es, utilización de la propia ley o del proceso para obtener un fin ilícito, lo que se encuentra especialmente proscrito en el ordenamiento procesal de muchos países.

## **VI. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO**

El problema de la prueba ilícita, no se encuentra abordado expresamente en la legislación procesal chilena, particularmente en la de carácter civil, aunque el tema de la prueba ilícita cobra especial importancia en materia penal.

---

<sup>28</sup> Según la ecuación que formula Allorio: "*prova irritualmente ammessa = prova processalmente inefficace*" ("Efficacia giuridica di prove ammese ed esperite in contrasto con un divieto di legge?", en VV.AA., **Studi in onore di B. Biondi**, Giuffrè, Milano, 1965, p. 214, cit. por Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, Op. cit., p. 303.

Sin embargo, nos pronunciamos abiertamente por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, es decir, aquella obtenida precisamente con violación de derechos fundamentales, principalmente porque importará una infracción a preceptos constitucionales, que son todos aquellos que consagran tales derechos a nivel Constitucional, ya sea directamente o a través de las referencias a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Desde luego, tratándose de un acto que infringe preceptos constitucionales, es evidente que no podría ser admitido en nuestro Derecho, ya que como tal incurriría expresamente en la sanción de nulidad que para tales actos prescribe la propia Constitución. En efecto, un acto dirigido a la obtención de un elemento de prueba, que infrinja un derecho fundamental, importa la infracción primero del art. 19, en la parte en que contiene expresamente el derecho constitucional, y, luego, de los arts. 6 y 7 de la propia Constitución, tanto si se trata de órganos o funcionarios públicos, como si se trata de personas naturales. No de otro modo, se puede interpretar la norma que prescribe que “1.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. 2.- Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (art. 6), o la que señala que “1.- Los órganos del Estado actúan previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. 2.- Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. 3.- *Todo acto en contravención a este artículo es nulo* y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

De todos modos haría falta una regulación legal expresa, que no es común tampoco en mucha de la legislación comparada, ya que se trata de un tema relativamente nuevo.

Por excepción puede citarse, el art. 11.2 de la Ley de Organización de los Tribunales española de 1985, aplicable a toda clase de materias, que dice expresamente “1. El ejercicio de las acciones y la oposición, en todo tipo de procesos, respetarán las reglas de la buena fe. 2. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. El mérito de la introducción de esta norma fue que consagró a nivel legal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, había establecido ese principio. Aunque su aplicación no es fácil, implica que ni siquiera se puede admitir la práctica y mucho menos la valoración de la prueba ilícita, siempre que violente derechos fundamentales.

## VII. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El tema de la prueba ilícita con ser muy importante en materia civil cobra, sin embargo, particular trascendencia tratándose del proceso penal.

Es en razón de las características que reviste el proceso penal, que se presta especialmente para abusos en este sentido, de manera que existe siempre el riesgo de que las partes, especialmente, la acusadora, que generalmente será un organismo estatal como es el ministerio público, asistido por otro organismo de control social que detenta la autorización del uso de la fuerza para estos fines, cual es la policía, incurran en infracción de derechos fundamentales para tratar de obtener a toda costa determinados medios probatorios.

Por esta razón, es que en casi todos los ordenamientos se han ido estableciendo normas expresas o criterios jurisprudenciales que proscriben la prueba ilícita del juicio penal.

Así, por ejemplo, en el nuevo *Código di Procedura Penale* italiano de 1988, se dispone que: “1.- La prueba adquirida con violación de prohibiciones establecidas en la ley no pueden ser utilizadas. 2.- La inutilidad es declarable también de oficio en todo estado y grado de procedimiento”.

A su vez, en el nuevo *Código de Proceso Penal* portugués de 1987, se señala: 1.- Son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa a la integridad física o moral de las personas (...). 3.- Salvo los casos previstos en la ley, son igualmente nulas las pruebas obtenidas mediante la intromisión en la vida privada, el domicilio, la correspondencia y las telecomunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular”.

No obstante, en nuestro actual procedimiento penal no existe norma expresa que declare con carácter general, como debiera ser, la ineficacia de cualquier elemento probatorio obtenido con infracción de derechos fundamentales.

La situación mejorará sustancialmente con la entrada en vigencia prevista para dentro de poco del actual proyecto de un nuevo “Código Procesal Penal”,<sup>29</sup> que en

---

<sup>29</sup> Para todos los efectos utilizaremos el Proyecto de Código Procesal Penal, aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, y publicado como Anexo al Boletín 1630-07-1.

estos momentos se encuentra en el Congreso, en el cual se contienen varias normas que hacen referencia a esta cuestión y todo un sistema para conseguir la plena vigencia de los derechos fundamentales durante la tramitación de todo el proceso, alcanzado en particular a la prueba producida con infracción de tales garantías constitucionales.

Este sistema de protección comienza con el art. 9 del Proyecto, que dispone que “Serán directamente aplicables al procedimiento penal las normas constitucionales que fijen las bases generales del ordenamiento jurídico y las que establecen los derechos y garantías individuales. También lo serán las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes”

Luego, ya en relación a las declaraciones del imputado, en norma extensible también a los testigos (art. 216), se preceptúa “Art. 122.-Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviera expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. No podrán dirigírsele preguntas capciosas o sugestivas, como será aquélla que tendiera a dar por reconocido un hecho que el imputado no hubiere verdaderamente reconocido, ni se usarán medios para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos tendentes a obtener su confesión”.

En seguida, se añade que: “Se encuentra, asimismo prohibido todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, la administración de psicofármacos y la hipnosis”.

En la parte más importante de la norma, finalmente se concluye que: “Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados”; y, que “Las declaraciones prestadas con infracción de estas prohibiciones no podrán ser objeto de valoración en el juicio, ni aun cuando el imputado consintiere en ella”.

En cuanto otros derechos fundamentales, tales como los derechos a la privacidad y a la honra, que pueden resultar afectados por la práctica de la investigación penal, se establecen normas precisas para impedir que puedan ser menoscabados sin los debidos resguardos y concurriendo causales que lo justifiquen. Y, en consecuencia, cualquier elemento probatorio obtenido con infracción a tales prescripciones deberá ser considerado prueba ilícita y, por tanto, carente de todo valor probatorio.

Por lo demás así se concluye de la regulación que sobre la nulidad procesal contiene el Proyecto, en cuanto se sujeta esta sanción a la infracción de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por Chile o en las demás leyes de la República (art. 193 Proyecto).