REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 239 (enero - junio) 2016: 249-255 ISSN 0303-9986

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

GONZALO CORTEZ MATCOVICH
Profesor Derecho Procesal
Universidad de Concepción - Chile

PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL PATRIMONIAL

"Aun cuando no contemple el procedimiento civil una oportunidad procesal que tenga por objeto la exclusión de la prueba ilícita, los jueces están llamados a desestimarla en caso de ser ella acompañada al proceso".

C. Suprema, 18 de febrero de 2016, Primera Sala, Rol Nº 8232-2015.

La idea de prohibición de prueba ilícita se encuentra estrechamente vinculada al proceso penal, lo que podría explicarse por la entidad de los bienes jurídicos comprometidos en el enjuiciamiento criminal y porque diferentemente de lo que ocurre en el proceso civil, la fase de recolección de fuentes de pruebas está bajo la dirección del Ministerio Público. Su justificación inicial aparece asociada al interés de asegurar que en la fase de investigación, realizada bajo la dirección de este órgano público sujeto al principio de legalidad, no se sobrepasen los límites que puedan poner en riesgo el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, esto no significa que en otros órdenes distintos del enjuiciamiento penal no tenga también reconocimiento.

Así lo evidencian las disposiciones de los arts. 31 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia y 435 Nº 4 del Código del Trabajo que regulan, con un distinto alcance, los supuestos de exclusión de prueba ilícita en el procedimiento de familia y el laboral, respectivamente. Sin embargo, para el proceso civil patrimonial no existe una norma equivalente, aunque en el Proyecto de Código Procesal Civil, aprobado por la Cámara de Diputados y que hoy descansa en el Senado está prevista una norma que excluye de ser rendidas en juicio aquellas

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales (art. 292 PCPC).

Pese a la inexistencia de una norma expresa que consagre la prohibición de que los jueces fundamenten sus decisiones con base en pruebas obtenidas ilícitamente, hace tiempo Devis Echandía había sostenido que el proceso no es un campo de batalla en el cual se permitan todos los medios útiles para triunfar y que, por el contrario, se trata de un trámite legal para resolver jurídicamente, con lealtad y buena fe, los litigios y los problemas que presentan los hechos delictuosos, en interés de la colectividad, y también para tutelar los derechos particulares que en él se discuten.[1] Como consecuencia de lo anterior –sostuvo el profesor colombiano– no puede ser lícito utilizar en la investigación de los hechos en el proceso civil o penal, medios que los desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa prohibición legal. Es ésta la línea de razonamiento que inspira la sentencia del máximo tribunal y que constituye, en mi concepto, una señal muy potente en la materia.

La sentencia fue pronunciada en el contexto de un juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual por negligencia médica en que la parte demandante intentó agregar en segunda instancia un documento electrónico consistente en un disco compacto, que contenía el registro de audio de una conversación grabada en la consulta del médico demandado, en forma oculta y sin ningún tipo de autorización. La Corte de Apelaciones de Santiago,[2] negó lugar a decretar la audiencia de percepción documental prevista para estos casos en el art. 348 bis CPC, por estimar que dicha posibilidad se encontraba vedada en virtud de lo previsto en el art. 207 CPC. La decisión de la Corte de Apelaciones no puede ser compartida pues la audiencia de percepción documental no es un medio de prueba en sí misma sino que se trata de la forma procesal en que la fuente de prueba –documento electrónico– se incorpora al proceso, por lo que no se trata de una diligencia probatoria autónoma no prevista en la regla de excepción del art. 207 CPC, que permite la agregación, en segunda instancia, de prueba documental. Frente a esta decisión se alzó la parte demandante interponiendo recurso de casación forma fundado en la causal prevista en el numeral 9 del artículo 768 CPC en relación con el artículo 800 número 2 del mismo cuerpo legal, que establece como trámite o diligencia esencial en la segunda instancia, entre otros, la agregación de los

[1] Devis Echandía, H., *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1ª reimpresión 2007, t. I, pp. 230-1.

[2] C. de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2015, Rol N° 8.070-2014.

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

instrumentos presentados oportunamente por las partes.

La Corte Suprema desestimó la casación formal por considerar que aun en el evento que se hubiera omitido un trámite o diligencia esencial, en atención a una posible infracción al artículo 207 CPC, no era posible sostener que la posterior decisión del tribunal de desechar la demanda hubiera sufrido un cambio diametral si la Corte de Apelaciones hubiera procedido de un modo diverso, al haber accedido a la diligencia solicitada.

Sin embargo, a continuación y sin perjuicio de lo expuesto, la Corte Suprema sostuvo que, por tratarse de una conversación grabada en la consulta del demandado sin su consentimiento, en forma oculta, diálogo que tiene el carácter de privado, había en él un germen de ilicitud por haber sido obtenido con vulneración del derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia así como a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, lo que justifica desestimar de plano su valor.

Consideró la Corte Suprema que "…aun cuando no contemple el procedimiento civil una oportunidad procesal que tenga por objeto la exclusión de la prueba ilícita, los jueces están llamados a desestimarla en caso de ser ella acompañada al proceso". Razona el tribunal señalando que "resulta imposible soslayar el germen de ilicitud del documento electrónico que la parte demandante intentó acompañar en segunda instancia, pues trátase de una conversación grabada en la consulta del demandado sin su consentimiento, en forma oculta, diálogo que tiene el carácter de privado, de modo que su obtención y reproducción constituye una violación de los derechos consagrados en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, razón más que suficiente para desestimar de plano su valor".

Desde una perspectiva estrictamente técnica, el diseño de la fase probatoria de un proceso, ya sea se que se instrumente a través de una audiencia o de un periodo para la aportación de las pruebas, debe estar presidido por la idea de su aptitud para proporcionar conocimiento de la realidad. Por consiguiente, un índice de perfección de la fase probatoria está constituido por su idoneidad para suministrar dicho conocimiento y ser un instrumento que permita la más fiel reconstrucción de la realidad de los hechos, contribuyendo de este modo a obtener una decisión de calidad.

Parece poco discutible, además, que mientras más información acceda a través de dicha fase probatoria al proceso, el juez estará en mejores condiciones para lograr óptimos resultados de cara a la prueba de los enunciados fácticos. Una correcta decisión debe estar basada en la mayor cantidad de información disponible.

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde esta perspectiva, no cabe sino patrocinar la más amplia admisibilidad de fuentes de pruebas y como contrapartida la inadmisión de pruebas puede considerarse potencialmente atentatoria de la calidad de la decisión y por lo mismo debe quedar reservada para situaciones de excepción.

Pero la cuestión puede ser analizada también desde otra perspectiva, hoy ineludible, a partir de su lectura constitucional. Actualmente, la consideración de la actividad probatoria como un derecho fundamental es una cuestión insoslayable, pero merece que a su respecto se formulen ciertas precisiones.

Tanto el Tribunal Constitucional[3] como la jurisprudencia de los tribunales ordinarios[4] han sostenido que el derecho a la aportación de pruebas pertinentes forma parte de los presupuestos mínimos del debido proceso y su contenido supone, por descontado, no solo la concesión de una oportunidad para producir prueba, es decir, el derecho a que se abra un término probatorio suficiente,[5] sino también el derecho de las partes a utilizar los medios de convicción idóneos para producir las afirmaciones que sirven para formar el convencimiento del juzgador[6] y correlativamente, el derecho de la parte a que dicho medio de prueba sea admitido y valorado racionalmente.[7]

Sin embargo, el derecho a la prueba concebido en la forma señalada no es un derecho absoluto o ilimitado. El derecho de la parte a que sean admitidos sus medios de prueba lo es sobre la base de que la proposición de ellos haya sido formulada válidamente, esto es, que no concurran prohibiciones que ayudan a configurar los denominados límites a la prueba. Por esta razón, nuestros

[3] Tribunal Constitucional, 21 de octubre de 2010, Rol Nº 1518-2009, c. 23°.

[4] No resulta lícito de manera alguna que pueda entrar a revisar, ponderar y decidir todo aquello vertido en un proceso que carece de una de sus esenciales etapas. La posibilidad y más que eso, el derecho de rendir prueba válida dentro del juicio forma parte del debido proceso (C. de Apelaciones de La Serena, 11 de junio de 2014).

[5] Por este motivo, la ley eleva a la categoría de trámite esencial la recepción de la causa cuando es procedente (795 Nº 3 CPC). El debido proceso exige que, en caso de ser necesario, el juez reciba la causa a prueba y se haga cargo de las alegaciones vertidas por las partes (C. de Apelaciones de Santiago, 8 de octubre de 2015).

[6] No resulta cuestionable que el derecho a producir prueba es un elemento fundamental del debido proceso, desde que asegura a los intervinientes del procedimiento judicial la posibilidad de demostrar la efectividad de las afirmaciones que sustentan su teoría del caso (C. Suprema, 15 de marzo de 2016, Rol Nº 171-2016). El artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier norma de derecho sustantivo y garantiza el derecho a defenderse probando con todos los medios de prueba que permita la ley (C. de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2014, Rol Nº 1009-2013).

[7] Carocca Pérez, A., "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en chile", *Ius et Praxis*, 1998 vol. 4, núm. 2, pp. 304-306.

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tribunales han debido precisar que el derecho fundamental a la prueba no significa que deban aceptarse todas y cada una de las pruebas propuestas por las partes, sino que lo que exige es que cuando se decida rechazar una prueba se den los fundamentos adecuados para hacerlo.[8] Esta tesis que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional, que ha debido puntualizar que el derecho a la prueba es eventual y dependerá de las circunstancias del caso y de la pertinencia de la misma, por lo que el derecho sólo se verifica cuando dicha prueba es pertinente o necesaria para el concreto tipo o especie de juicio que se verifica en un caso determinado.[9]

La protección de los derechos fundamentales también puede justificar una limitación del derecho a la prueba. La corriente predominante en la doctrina ha circunscrito la concurrencia de prueba ilícita a los supuestos de vulneración de determinadas normas constitucionales que consagran de derechos fundamentales. Esto significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción a los derechos fundamentales reconocidos directamente en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la protección de la vida privada y pública y a la honra de las personas (art. 19 Nº 4 inc. 1 CPR); a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 Nº 5 CPR); a la libertad de conciencia (art. 19 Nº 6 CPR); a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 19 Nº 1 CPR); a la libertad personal e individual (art. 19 Nº 7 CPR), entre otros. También cabe hacer mención a aquellos reconocidos por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, conforme al art. 5 inciso 2 CPR.

La tensión entre el derecho a la prueba y la protección de derechos asegurados por el ordenamiento constitucional, tiene expresa solución en el ordenamiento penal (art. 276 inc. 3º CPP) y, como se dijo, en el de familia y el laboral, pero no en materia civil patrimonial, de ahí la trascendencia de la doctrina que sienta la sentencia que se comenta. Sin embargo, este fallo lejos de cerrar por completo la indefinición del legislador en la materia, plantea un conjunto de problemas de compleja solución. Sólo por mencionar algunos, la consecuencia procesal de la ilicitud no queda suficientemente precisada, es decir, sí opera como causal de exclusión probatoria, es decir, en fase de admisibilidad o bien como prohibición de valoración de la misma, lo que supone que la prueba superó la fase de admisión e incorporación. Esta indefinición se advierte de la propia sentencia que se comenta, pues mientras, por un lado, se dice que en

[8] Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), 24 de diciembre de 2015, Rol Nº 21 2015.

[9] Tribunal Constitucional, 17 de noviembre de 2015.

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuestra legislación procesal civil no se contempla una oportunidad procesal para la "exclusión de la prueba ilícita", más adelante concluye que en razón de la ilicitud constatada procede "desestimar de plano su valor".

La ilicitud probatoria debiera conducir a la ineficacia procesal de la prueba ilícitamente obtenida. Esto significa que, en primer lugar, tales pruebas no serán admisibles en el proceso y, si por cualquier razón fueron admitidas y practicadas, la ilicitud se traducirá en su falta de aptitud para formar la convicción del juez, es decir, para motivar la sentencia.

Por otro lado, suele suceder que, como derivación de la prueba obtenida ilícitamente, se ha practicado otra que, considerada en forma aislada, es lícita. Piénsese, por ejemplo, en la carta ilegítimamente sustraída o la comunicación indebidamente interceptada, que dan cuenta de testigos u otros documentos y con el examen de éstos se logra el fin probatorio perseguido. Surge la interrogante de qué ocurre, entonces, con estos otros medios que, siendo lícitos en sí, se descubren a consecuencia del empleo de medios ilícitos. ¿Son alcanzados por la ilicitud? En el procedimiento laboral, la exclusión alcanza a aquellas pruebas obtenidas directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales, lo que sugiere que la prohibición se extiende no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita, sino también para las pruebas practicadas en principio por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas para cuya obtención fueron vulnerados derechos fundamentales.

En fin, otra interrogante que puede plantearse es qué sucede respecto de la persona del juez que tomó conocimiento del contenido de todas estas pruebas ilícitas, de las grabaciones, de las cartas, etc. Quizás sería más adecuado separar a este juez de la causa, para que quien lo reemplace, sin conocimiento de esos antecedentes probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad. Como lo sostuvo Sentís, la solución drástica sería anular todo lo actuado y separar al juez que ha intervenido hasta entonces, para que su sucesor, sin conocimiento de esos elementos probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad.[10] El problema de la posición psicológica del juez frente a la prueba ilícita ha merecido una dispar opinión de la doctrina,[11] aunque en mi concepto, la exigencia de una debida motivación racional de la sentencia hace que carezca de especial significación la posición subjetiva del juez, siendo lo importante la adecuada explicitación de las

[10] Sentís Melendo, S., *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Edit. EJEA, Buenos Aires. 1979, p. 229.

[11] Ferrada Culaciati, F., *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 120 y ss.

Artículo: JURISPRUDENCIA
Prueba ilícita en el proceso civil patrimonial
Revista: Nº239, año LXXXIV (Ene-Jun, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

razones que le han conducido a estimar como probados los hechos.

En fin, si se parte de la base, como lo hace el máximo tribunal, de la existencia de un principio y no una regla, cabe plantearse si este principio proscriptor de la prueba ilícita podría estar sujeto a algunas limitaciones como ocurre por lo demás en prácticamente todos los ordenamientos que consagran la prohibición de la prueba ilícita, en que las circunstancias han impuesto la necesidad de establecer excepciones, como la doctrina de la fuente independiente, la del descubrimiento inevitable y la del vínculo atenuado.

Desde luego, como queda claro de la sentencia que se analiza, para la Corte Suprema el propósito del descubrimiento de la verdad no puede considerarse justificativa de la prueba ilícita, pero como sostienen Marinoni y Cruz, ello no excluye la posibilidad de ponderación entre el derecho que se pretende tutelar y el derecho violado por la prueba ilícita. Dicha ponderación no es entre el descubrimiento de la verdad y el derecho violado por la prueba, sino entre el derecho material que se desea tutelar en la forma jurisdiccional y el derecho material violado por la prueba ilícita. De haber colisión entre dos derechos igualmente dignos de tutela, el uso de la prueba ilícita podría ser admitido, según la lógica de la regla de proporcionalidad, que siempre ha de considerar el valor del bien jurídico que se busca proteger por medio de la prueba ilícita y el valor del bien opuesto, por ella perjudicado.[12] No parece completamente desacertado patrocinar que, sin perjuicio de sancionar a quien se haya procurado en forma ilícita una fuente de prueba, una vez admitida e incorporada al proceso, ésta debe ser plenamente eficaz, toda vez que la reconstrucción fidedigna de la realidad es el principio inspirador del proceso y resulta discordante desechar pruebas formalmente correctas sólo por la existencia de defecto en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de un elemento de convicción relevante para obtener una decisión de calidad en el proceso.

[12] Marinoni, L.G. y Cruz, S., *La prueba* (trad. Núñez A., R.), Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 290 y ss.