



Universidad  
de Valparaíso  
CHILE



Universidad  
de Valparaíso  
CHILE

PUBLICACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

Inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual bajo  
el número: 219-167

Proyecto acogido a la Ley de donaciones con fines culturales

ISBN 978-956-200-107-6 (para obra completa).  
ISBN 978-956-200-111-3 (para el presente volumen).

Diseño: Flavia Michell S.

Esta edición es propiedad de EDEVAL  
Valparaíso (Chile), 2012.

Tirada de 300 ejemplares.

**ACTAS DEL CONGRESO  
INTERNACIONAL DE  
DERECHO  
EN HOMENAJE AL CENTENARIO DE LA  
ESCUELA DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**

**TOMO IV  
DERECHO PROCESAL  
DERECHO PENAL**



**2012**

## POR UN ESTÁNDAR AMPLIO DE ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS EN LA JUSTICIA CIVIL

JORGE LARROUCAU TORRES\*

### Resumen

La libertad de medios de prueba es una norma básica en un sistema racional de adjudicación civil, por lo que un estándar de admisibilidad de evidencias en un proceso civil debe ser sensible a la necesidad de recabar toda la información relevante para el debate. Por ello, excluir una evidencia mediante la figura de la prueba ilícita es una posibilidad excepcional que debe encontrar su justificación en reglas previamente establecidas. Mi argumento defiende que mientras no refinemos cánones de exclusión adecuados a las disputas civiles la indemnización de daños (sola o acompañada de otras medidas) ofrece una alternativa plausible al juez en escenarios donde una prueba lastima (ya sea en su obtención o presentación) intereses de la contraparte, o bien, de terceros ajenos al juicio.

### Palabras claves

Estándar de admisibilidad de evidencias – Prueba ilícita – Cánones de exclusión – Indemnización de daños.

\* Doctor en Derecho, Universidad Alberto Hurtado (jlarrouc@uahurtado.cl). Agradezco haber podido participar en las Jornadas de celebración del primer centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en junio de 2011, donde se discutió un borrador de este trabajo. Las observaciones y aportes de Raúl Tavolari, Claudio Meneses y Claudio Fuentes, así como de los asistentes al encuentro, han contribuido a mejorar en mucho la versión actual del argumento.

## Introducción

La apertura de Chile hacia una justicia civil moderna supone hacer frente al desembarco en nuestra práctica judicial de categorías jurídicas cuyo éxito aún no ha sido testeado. La libertad de medios de prueba y la prueba ilícita son dos de las nociones que nuestro proceso civil por buenas razones ha dispuesto incluir en su último período de reforma. En este artículo defiendo que los posibles conflictos entre ambas ideas deben zanjarse mediante un estándar de admisibilidad de evidencias que sea sensible al compromiso epistémico de conocer el caso en sus propios términos. Dicho en palabras sencillas, el estándar de admisibilidad de evidencias debe hacerse cargo de resolver la pugna entre maximizar el conocimiento de los hechos (mediante la inclusión de todas las pruebas) y la protección de otros intereses valiosos (como la privacidad de las personas o los secretos de Estado). El problema, luego, es de índole normativa, de modo tal que la decisión de incluir o excluir evidencias de un proceso judicial es algo que el derecho de prueba debe abordar mediante normas jurídicas. La justificación de esto es simple: la inclusión y exclusión de pruebas supone distribuir entre las partes el riesgo de dictar una sentencia equivocada y dicho reparto no puede quedar en manos de la discrecionalidad judicial sino que precisa de normas que reflejen un compromiso de la comunidad con esa división de los riesgos.

Lo que sostengo a continuación es que un estándar que combine de manera adecuada las nociones de relevancia y admisibilidad de las pruebas en sede civil debe inclinarse por maximizar el conocimiento del conflicto y acotar de forma clara los escenarios de prueba ilícita. Así, cuando no exista una regla de exclusión que avale descartar la prueba por razones de admisibilidad los daños que ella provoque deben abordarse mediante remedios diversos a la no inclusión de ese medio en el juicio. En particular, creo que la indemnización de los perjuicios sufridos a raíz de una prueba calificada de ilícita es una mejor alternativa para los procesos civiles que el reparto discrecional del juez que excluye la evidencia a través de una aplicación directa de la cláusula constitucional del debido proceso (art. 19 N° 3 inciso 5). En esta línea, adelanto que mi argumento es algo escéptico en cuanto a la eficacia

horizontal de los derechos fundamentales en la órbita civil –premisa sobre la cual se han edificado hasta ahora las justificaciones de exclusión de pruebas por ilicitud-, no obstante lo cual pienso que es posible (y necesario) identificar cánones de exclusión en la justicia civil por razones (jurídicas) de admisibilidad y no solo en base a motivos (empíricos) de relevancia. El resultado de este ejercicio de refinar cánones de exclusión será el de proveernos un esquema que avale la exclusión de pruebas ilícitas en el proceso civil por razones intrínsecas (ligadas al conocimiento del asunto concreto) y extrínsecas (que protegen valores ajenos al caso).

Para sostener esta tesis trazo el siguiente camino. En base a (1) una imagen comparada del estándar de admisibilidad de pruebas en materia civil ofrezco (2) una relectura de la tesis benthamiana de la exclusión de pruebas para sostener que (3) la recopilación de datos en el proceso civil depende no sólo de un filtro empírico de relevancia sino que también de (4) un filtro jurídico de admisibilidad. En base a este binomio es posible esbozar (5) una correcta lectura de los cánones de exclusión en la justicia civil que, desmarcada del supuesto de un efecto horizontal de los derechos fundamentales, permita decir que (6) la indemnización de perjuicios (sola o con otros remedios procesales) es una alternativa plausible para hacer frente a los escenarios de evidencias ilícitas donde no hay una regla de exclusión clara. Unas breves conclusiones cierran la presentación.

### 1. El estándar de admisibilidad de pruebas

Entre las nociones claves del derecho de prueba sobresalen la relevancia y la admisibilidad. Así, mientras la primera es un tema de hecho la segunda apunta a la regulación jurídica vigente, o sea, la relevancia de un medio es contingente, pues se determina según el caso concreto que se discute, de manera tal que ella "nunca está cerrada"<sup>1</sup>. Por contrapartida,

1. Montrose, J. L.: "Basic Concepts of the Law of Evidence", en *The Law of Quarterly Review*, 70, 1954, 538-541.

"el concepto de admisibilidad es esencialmente negativo y exclusivamente legal; implica la existencia de "cánones de exclusión" [...] cada regla de exclusión debe estar cuidadosamente vinculada a la política sobre la cual se basa y esas políticas requieren ser continuamente examinadas"<sup>2</sup>.

El estándar que filtra el ingreso de las pruebas en el proceso civil posee en consecuencia un doble filtro: (i) un aspecto lógico (relevancia) y (ii) otro jurídico (admisibilidad). Como es sabido el giro racional de la prueba defiende con fuerza la inclusión de todo elemento relevante para el caso<sup>3</sup>, cuestión que no impide decir abiertamente que uno de los desafíos más interesantes para la dogmática procesal civil consiste en explorar las razones para no sumar una prueba al juicio. En una óptica normativa comparada la libertad de medios de prueba se resume con precisión en las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas al dictar que "toda evidencia relevante es admisible"<sup>4</sup>. La relevancia es sin dudas un mínimo que todo dato que postule a ser considerado por el juez civil debe satisfacer. Pero ¿y si la evidencia afecta intereses valiosos de la contraparte o de terceros, debe ser admitida igualmente? El modelo norteamericano también es útil para abordar este punto ya que procura equilibrar el precepto anterior con el que sigue:

"aunque relevante, una evidencia puede ser excluida si su valor probatorio es sustancialmente superado por el peligro de un perjuicio injusto, la confusión del asunto o la desorientación del jurado, o por consideraciones de retraso indebido, pérdida de tiempo, o presentación de prueba acumulativa innecesaria"<sup>5</sup>.

2. Montrose (1954) 541, 543.

3. Por todos Taruffo, Michele: *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 1992 (2002), 357-364.

4. Rule 402 FRE estadounidenses.

5. Rule 403 FRE estadounidenses.

De la combinación de estas dos disposiciones obtenemos un estándar de admisibilidad de las pruebas bastante razonable<sup>6</sup>. Lo estimo así porque se trata de una respuesta al problema del ingreso de pruebas al juicio que prescinde de acudir a la afectación de garantías fundamentales entre particulares para justificar la exclusión de evidencias. En Chile, en cambio, producto de una aplicación indiferenciada durante la primera década del siglo XXI de la categoría de prueba ilícita (entendida como una agresión a derechos fundamentales) en los procesos penal, de familia y laboral, se ha llegado a incubar en los esfuerzos de reforma a la justicia civil la idea de repudiar una evidencia por atentar contra garantías fundamentales de una persona. Así, desde el Anteproyecto de Código Procesal Civil (en adelante ACPC) de 2006 la libertad de elementos de prueba ha sido balanceada con la siguiente regla:

"El juez debe ordenar fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes, hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales o recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que se tratare de cuestiones indisponibles de las partes. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva"<sup>7</sup>.

¿Es este el mejor estándar de admisibilidad de pruebas para las disputas entre particulares? Mi impresión es que sí, salvo en lo que se

6. Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William: *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 2ª Edición, Reimpresión 2009, 238-242, 299-305.

7. Art. 282 ACPC. De forma previa, el art. 13.1 ACPC se explaya acerca de la "libertad y oportunidad probatoria. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la ley", lo cual por cierto no es impedimento para que algunos medios se regulen expresamente (art. 279 a 322 ACPC).

refiere a incorporar de modo genérico la causal de prueba ilícita. Para corroborar esta afirmación vale la pena retrotraerse con más detalle que el habitual en el trabajo de Jeremy Bentham, quizás el mayor inspirador de la libertad judicial de pruebas, para abrir el interrogante por los cánones de exclusión como un campo fértil dentro de la literatura procesal. Las discusiones, remarco nuevamente, son de corte normativo, en tanto se refieren al intercambio de razones que respaldan los repartos de riesgos de error que estamos dispuestos a aceptar para los juicios civiles.

## 2. "Excluir pruebas es excluir justicia"

Cualquiera sea el motivo esgrimido para no incluir una prueba al juicio dicha decisión será siempre "epistémicamente sospechosa"<sup>8</sup>. Bentham, con una singular conciencia de esto (graficada en la frase que encabeza este apartado) postuló dos disposiciones para hacer frente a los escenarios en donde hay razones para pensar en descartar alguna información del proceso:

"Regla primera: En esta clase de pruebas [circunstanciales], como en cualquier otras, no hay que requerirlas ni admitirlas en el caso de que su admisión pudiera resultar más dañosa al fin colateral de la justicia (prevención de aplazamiento, de vejámenes y de gastos), que útil al fin directo (acierto en la decisión o su conformidad con la ley). Regla segunda: Exceptuados esos casos, no se debe excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de pruebas circunstanciales; en particular no se debe excluir nada en razón a que se lo supone carente de fuerza probatoria. ¿Por qué se habría de excluir? Si produce un efecto es útil; y si no lo produce, es inocuo"<sup>9</sup>.

8. Laudan, Larry, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, 2006, 19.

9. Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont, traducción del francés por Manuel Ossorio Florit, Editorial Comares, Granada, 1825 (2001), 303 (destacados en el original), un

Esto es, aunque no suele ser presentado de este modo para Bentham la idea de incluir todas las evidencias disponibles (regla 2ª) puede restringirse por razones de eficiencia (regla 1ª). Es habitual recordar a Bentham como un decidido partidario de la regla 2ª con olvido de su defensa de la exclusión de pruebas en base a un criterio de proporcionalidad, lo cual no es extraño dado que el propio Bentham defiende con vehemencia como precepto central la regla 2ª a lo largo de su trabajo. Pero quiero hacer notar que la combinación de sus dos normas nos enseña no sólo que pueden excluirse evidencias por razones jurídicas sino que también por una cuestión de relevancia. En efecto, una prueba sobreabundante —que "no produce efecto", pues "carece de fuerza probatoria"— puede no ser "inocua" (como el mismo Bentham cree que lo es) cuando influye en la eficiencia del proceso. Es ilustrativo notar que Bentham percibe esta circunstancia cuando sugiere que

"en una cadena de pruebas compuestas de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menos será con relación a éste su fuerza probatoria. ¿Por qué? Porque a cada uno de los hechos que forman la cadena le son aplicables circunstancias invalidantes"<sup>10</sup>.

Es decir, Bentham comprende que todos los hechos dentro de un juicio son eventualmente objeto de "suposiciones informativas" que le restan fuerza probatoria, motivo por el cual a pesar que "la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia" considera que una prueba de testigos superflua debe ser eliminada de la consideración del juez ya que

"decir que un testimonio es *superfluo*, es tanto como decir que, si fuese admitido, no añadiría nada al efecto de los otros

conciso repaso de la tesis benthamiana sobre reglas de exclusión en Kirkpatrick, Laird, "Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to ADR Movement", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 25, 1992, 838-844.

10. Bentham (1825) 305.

testimonios y no podría contribuir en nada al descubrimiento de la verdad"<sup>11</sup>.

Para Bentham el testimonio superfluo "por esencia" es el que se brinda por un testigo de oídas, lo cual da cuenta de un recelo importante que por siglos existe en el sistema anglosajón contra la *hearsay rule*, una reticencia que, cabe decirlo, ha perdido terreno en el proceso civil inglés moderno donde se admite el testimonio de referencia aunque sujeto a condiciones específicas en cuanto a su ofrecimiento y valoración<sup>12</sup>. Me parece que esta confección de parámetros de confiabilidad de la prueba testimonial de referencia es el tipo de estrategia a seguir cuando se trata de diseñar un estándar de admisibilidad de evidencias, en lugar de un abrir la puerta a unas exclusiones mal justificadas mediante la invocación de cláusulas indeterminadas como la prueba ilícita. Entre las múltiples explicaciones que avalan este ejercicio de refinar los cánones de exclusión hay una de índole económica vertida a propósito de la prueba de oídas que no debemos perder de vista: al identificar los criterios de exclusión (por ejemplo con una *hearsay rule* "mitigada") desincentivamos la litigación auxiliar estratégica que las disposiciones probatorias amplias promueven, es decir, evitamos que en el juicio los litigantes discutan sobre el valor de cualquier declaración de oídas que pueda llegar a presentarse ante el juez<sup>13</sup>.

Por lo dicho considero que se debe leer a Bentham como un autor en cuyo pensamiento hay una plataforma para defender la redacción de normas de exclusión de prueba no sólo por razones extrínsecas (admisibilidad), sino que además intrínsecas (relevancia), aunque sobre este último aspecto estoy de acuerdo en que el enfoque benthamiano no es tan explícito como al tratar la dimensión de

11. Bentham (1825) 397 (destacado en el original).

12. Por todos Choo, Andrew L-T: *Evidence*, 2ª Edición, Oxford University Press, 2009, 278-280.

13. Stein, Alex: *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 2005, Reimpresión 2008, 156-157.

admisibilidad. En este segundo espectro su postura no deja lugar a ninguna duda en cuanto a que todas las informaciones que

"sin ser notoriamente superfluas, resultan de naturaleza vejatoria para las partes o los testigos, o comprometedoras a los intereses públicos o a las personas ajenas a la causa, es preciso descartarlas, salvo que resulte de absoluta necesidad"<sup>14</sup>.

Para Bentham la exclusión de una evidencia bajo estos escenarios "es un mal inferior al de las dilaciones, al de los vejámenes y al de los gastos" y da cuatro reglas específicas de corte utilitarario que nos sirven "para contrabalancear las ventajas y los inconvenientes" que supone la eliminación de un elemento de prueba por cuestiones jurídicas de admisibilidad:

"1ª No producir un daño mayor que el que se quiere evitar, 2ª no excluir un beneficio mayor por un beneficio menor, 3ª no producir un daño preponderante queriendo conseguir un beneficio cualquiera y, 4ª no excluir un beneficio preponderante tratando de excluir un daño"<sup>15</sup>.

Si bien considero que la idea de proporcionalidad que subyace al esquema benthamiano es un adecuado punto de partida para tratar la no inclusión de pruebas (relevantes) por razones jurídicas creo al mismo tiempo que hoy podemos avalar las exclusiones bajo una luz no utilitarista en el proceso civil. La apertura de la prueba mediante el paradigma de la libertad de medios ha generado hasta cierto punto una inestabilidad en las reglas de exclusión<sup>16</sup>, que ha afectado, insisto,

14. Bentham (1825) 398, 408.

15. Bentham (1825) 391, 395-396.

16. Cfr., Gascón, Marina, "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en *Estudios sobre la prueba*, UNAM, México D. F., 2006, 47 ss.

a las razones que justifican la expulsión de las evidencias del juicio. De allí que el trabajo que tiene por delante la dogmática procesal civil (y la que analiza la prueba en particular) es el de elaborar un estándar que dé cuenta de nuestra forma de comprender las nociones de relevancia y admisibilidad de las pruebas.

### 3. El filtro de hecho: La relevancia

Desde el punto de vista lógico tiene sentido marginar del proceso civil (i) los medios de prueba que son "manifiestamente impertinentes", (ii) aquellos que acreditan hechos notorios o públicos, (iii) los sobreabundantes y (iv) los elementos que apuntan a hechos no controvertidos. Estas cuatro categorías están debidamente incluidas en los borradores de la reforma civil por lo que la tarea hoy no es defender su validez sino determinar los supuestos de hecho que den operatividad a cada una de estas nociones. Dicha labor demanda claro está una investigación propia, por lo que a efectos de este análisis solo remarcaré que la pertinencia de la información es un requisito de corte genérico<sup>17</sup>: las tres clases restantes de justificaciones para excluir una prueba son subconjuntos dentro del universo de pruebas impertinentes. Así, el filtro de relevancia (lógica) cumple una importante función inclusiva, pues vela que todos los elementos idóneos ingresen al proceso civil lo cual incrementa las posibilidades de una decisión correcta y al mismo tiempo sirve para inhibir a litigantes de emprender actividades procesales inútiles.

Nótese que la pregunta por la relevancia es fundamental porque un medio de corroboración que no es relevante para la discusión no es, en sentido estricto, una evidencia<sup>18</sup>. Para dirimir esta cualidad del medio ofrecido el juez debe apelar a un razonamiento inferencial y emitir un juicio preliminar; o sea, una valoración que es provisional (o *prima facie*). Lo delicado de este ejercicio se ve con gran claridad en la

17. Gesto, Blanca, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991, 18, 23 ss.

18. Taruffo (1992) 364-378.

pregunta por las evidencias que son sobreabundantes: ¿cuándo una prueba debe ser eliminada porque no añade nada nuevo al juicio? Uno de los puntos a tener en cuenta cuando se debate acerca de la sobreabundancia de las evidencias dice relación con la cantidad y variedad de pruebas ofrecidas. En efecto, si los datos son de distinto tipo la curva que mide el inferior nivel de corroboración –con respecto a la primera prueba rendida– posee un nivel máximo que es más amplio a partir del cual el poder de comprobación de la nueva evidencia decrece según una regla epistémica que liga la confirmación de una hipótesis no sólo a la cantidad de datos favorables sino que, en especial, a su variedad<sup>19</sup>. Esta enseñanza epistémica fue ya defendida para el proceso judicial por Beccaria:

"Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad del hecho, porque la falacia de una prueba no influye sobre la otra"<sup>20</sup>.

En este sentido, cuando el juez emplee un canon de exclusión que se base en razones de hecho –como la sobreabundancia de la evidencia– debe tener en cuenta la cantidad y la variedad de los elementos recopilados en el juicio. Luego, para intentar conseguir un equilibrio entre la efectiva relevancia de la prueba y su eventual sobreabundancia en el caso, es decir, para saber cómo incide el dato en el grado de probabilidad de ser efectiva la narración de una parte se debe (a) tomar en cuenta la hipótesis que se pretende confirmar o refutar por cada uno de los litigantes<sup>21</sup> y, en conformidad a la norma de contradicción de partes, (b) exigir a los litigantes que argumenten

19. Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid Barcelona-Buenos Aires, 2007, 74-76.

20. Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio De las Casas, Altaya, Barcelona, 1764 (1994), 48.

21. González Lagier, Daniel, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)", en *Jueces para la democracia*, 47, Madrid, 2003, 42.

lo que cada uno de ellos persigue acreditar con el elemento ofrecido. Esta última es una idea clásica del enfoque racionalista de la prueba jurídica que puede ser rastreada desde Bentham<sup>22</sup> a Taruffo<sup>23</sup>. En cuanto a la instancia procesal donde se debe intentar esta justificación de por qué la evidencia debe ser admitida por el juez una alternativa sensata apunta al alegato de apertura de cada litigante en la audiencia preparatoria de juicio: en el proceso civil inglés, por ejemplo, esto tendría lugar en la *preliminary hearing*<sup>24</sup>; la jurisprudencia inglesa, en tanto, por razones de justicia y eficiencia tiende a inclinarse porque la decisión del juez sobre la admisibilidad de la información se dicte

"en la *substantive hearing* de aplicación o en el *trial of the action*, más que en una *preliminary hearing* separada [porque] usualmente, durante una audiencia preliminar sobre admisibilidad, será escasa la mejor información del juez sobre el caso [Por lo demás] las audiencias preliminares también pueden provocar costos y delaciones innecesarias"<sup>25</sup>.

Y, por cierto, (c) la decisión del juez en que admite o rechaza la prueba debe siempre ser motivada<sup>26</sup>. Por ello, como el filtro es empírico el éxito o fracaso de la resolución depende en buena medida de la experiencia que tiene el juez al respecto; en palabras de Friedrich Stein, cada juez

"puede también rechazar la prueba de hechos, y no sólo cuando éstos son jurídicamente irrelevantes, sino también cuando en virtud de su experiencia entiende que el resultado

22. Bentham (1825) 311-314 (n. 25), 442.

23. Taruffo (1992) 303-307.

24. Ferrer (2007) 69 (n. 15).

25. *Stroude v. Beazer Homes Ltda* (2005) EWCA Civ 265, 10 citado en Choo (2009) 12.

26. Nieva, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007, 172-179.

de la prueba carecería de importancia en el aspecto objetivo"<sup>27</sup>.

De allí que el esfuerzo de afinar reglas de exclusiones intrínsecas responda precisamente al anhelo de controlar este juicio de relevancia preliminar del juez. Recuérdese que si el proceso civil busca hechos que son verdaderos como base de la adjudicación del conflicto (por la sencilla razón que al juzgar sobre informaciones verdaderas minimiza las posibilidades de equivocarse) la libertad de medios de prueba supone una estrategia cognitiva óptima cuyas excepciones deben justificarse de modo razonable. Bajo este enfoque el filtro de hecho del estándar de admisibilidad de las evidencias nos enfrenta a lo que Laudan denomina "meta-principios" del discurso probatorio: "relevancia y confiabilidad son *meta-principios* que deben ser usados para evaluar todas las demás reglas probatorias propuestas"<sup>28</sup>, de modo tal que las reglas de exclusión por razones de relevancia deben apelar a fundamentos que la comunidad comparta. Este es el caso los escenarios anotados: la prueba que recae sobre hechos públicos o notorios, las que apunta a hechos que no integran el objeto procesal y, en relación al canon de la sobreabundancia, un lugar clásico lo da el límite al número de testigos que puede presentar cada parte en el juicio para acreditar los hechos de la pretensión que defiende.

Como se puede observar todos estos criterios juegan a favor de obtener una litigación que sea eficiente al evitar el desborde de la información en manos del juez (sobreabundancia) o la distracción de éste sobre cuestiones no debatidas (hechos no controvertidos, públicos o notorios). Visto de este modo, entonces, cobra sentido la sugerencia que en 1887 apuntó el juez Holmes en *Reeve v. Dennett*: la exclusión de las pruebas es una "concesión a la brevedad de la vida". O como apostilla James, "a la estrechez del bolsillo del agobiado litigante"<sup>29</sup>.

27. Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés De la Oliva Santos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1893 (1990), 95.

28. Laudan (2006) 123 (destacado en el original).

29. 145 Mass. 23, 28, 11 N. E. 938 citado en James, George, "Relevancy, Probability and the Law", en *California Law Review*, 29, 1941, 700-701 (n. 26).

#### 4. El filtro de derecho: La admisibilidad

El rasgo que define al juicio de admisibilidad de las evidencias en un contexto judicial es su sello jurídico. El juez civil a cargo ofrece razones amparadas en el ordenamiento vigente para romper con la regla básica de libertad de medios. Estas justificaciones pueden apelar a circunstancias de hecho, como se indicó en el párrafo anterior, cuando lo que se objeta es la relevancia o pertinencia de la información, o derechamente a razones extrínsecas al proceso, que es el escenario que ahora paso a delimitar y donde las discusiones se concentran en la categoría de admisibilidad. De cualquier forma no se debe perder de vista que en ambos casos la exclusión está contemplada por reglas jurídicas. Piénsese por ejemplo en el caso de los testigos de contexto, que son lo que informan al tribunal sobre conductas pasadas de un sujeto semejantes a los hechos actualmente discutidos: dado que el juez aborda los hechos mediante un razonamiento inferencial se trata en este caso de pruebas relevantes y pertinentes por lo que en principio deberían ser admitidas al juicio, pero el riesgo de sobrevaloración de las declaraciones de estos testigos —que puede ser demasiado alto— fundamenta una norma que declare su inadmisibilidad. Esta es una solución bastante apropiada para el ámbito penal dadas las garantías que pueblan el juicio de imputación criminal<sup>30</sup>, pero su inclusión en el engranaje procesal civil está sujeta, lo mismo que cualquier otro canon de exclusión, a un debate previo acerca de cuál es la política subyacente que avala asumir una distribución de riesgos de ese tipo para los procesos judiciales civiles.

Lo que a continuación me limito a reseñar son tres preceptos de exclusión extrínsecos, o sea, anclados en la categoría de admisibilidad y donde la decisión de marginar la evidencia, aunque respetuosa de su relevancia y confiabilidad (los "meta-principios" del discurso probatorio), opta por conceder una prioridad mayor a otras cuestiones que el derecho asume igual de (o más) valiosas. Lo que estas normas de eliminación grafican es cómo un estándar de admisibilidad puede

30. Cfr., Hernández, Héctor, "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba", en *Formación y valoración de la prueba*, Daniela Accatino coordinadora, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, 21 ss.

sortear el persistente conflicto entre aumentar el conocimiento de la discusión y dar preferencia a otras consideraciones externas a la litigación sin resignarse en ello a la discrecionalidad del tribunal competente.

(i) La situación más difundida en este campo se refiere al caso de la honra y privacidad de las personas como respaldo al canon de exclusión. Para no detenerme en cuestiones que ya han sido bien explicadas por otros trabajos solo apuntaré que es importante recordar que la mejor justificación de esta norma colaciona no sólo la protección constitucional de la privacidad, sino que además razones epistémicas: por ejemplo, la regla que establece el secreto profesional (de abogados o psicólogos) no resguarda sólo la intimidad de quien consulta al experto sino que también cuida de la calidad de las informaciones que podrían llegar a ser vertidas en un proceso, pues si miramos a la litigación en una óptica dinámica podemos ver que al minar las barreras de ingreso al juicio de los datos que suelen intercambiarse dentro del secreto profesional lo que puede ocurrir es que a la larga la calidad de esas informaciones resulte ser menoscabada porque si las personas temen que ellas puedan ser reproducidas en los procesos judiciales tenderán a guardar una mayor reserva cuando dialoguen con el profesional que les asesora<sup>31</sup>.

(ii) Para alentar que las empresas de salud brinden una mejor cobertura a sus pacientes ante los posibles perjuicios que ellos sufran en las prestaciones médicas el proceso civil puede contemplar como regla de exclusión de evidencias que dichas propuestas de cobertura médica no puedan entrar al juicio como un antecedente para establecer la responsabilidad civil médica de los sujetos demandados. Esta es una interesante normativa que consignan, por ejemplo, las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas con el propósito de desincentivar que esas acciones —las de proveer, ofrecer o prometer a la víctima el pago de

31. Damaška, Mirjan, "Epistemology and Legal Regulation of the Proof", en *Law, Probabilities & Risk*, II, Yale Law School, Public Law Working Paper N° 103, 2003, 118, Ferrer (2007) 72-74.

asistencia médica por los daños sufridos— desaparezcan si las empresas saben que esos pactos serán usados en juicio como un reconocimiento de su responsabilidad<sup>32</sup>.

(iii) Un escenario muy nítido donde la evidencia es eliminada por razones estrictamente normativas es aquel en que se apela a los "valores de la forma del acto jurídico". Como señala Wróblewski, si para la validez de un acto la ley requiere una determinada forma (por ejemplo, la escritura pública en la tradición de los bienes inmuebles, art. 686 Código Civil) no se puede cuestionar ese acto por medio de una declaración de testigos o por otro medio de prueba: "una solución diferente sería pragmáticamente contraria a la institución de la forma. Y la axiología de la forma especial es simplemente la seguridad jurídica"<sup>33</sup>.

Es interesante ver que dentro de la lectura clásica de la libre valoración de las pruebas estas normas de exclusión son vistas, en palabras de Alex Stein, como "reglas motivadas en políticas 'extrínsecas', i. e., por consideraciones de valor *excepcionalmente* fuertes que relegan la rectitud de la decisión", lo cual es una forma en cierto modo reduccionista de entender el protagonismo del razonamiento jurídico en el derecho probatorio<sup>34</sup>. No estoy en la instancia de sopesar el valor de esta crítica pero sí de mencionar que incluso en la más extendida de las versiones del modelo de la libre valoración hay consenso en que las exclusiones de prueba deben anclarse en reglas comunes, pues de lo contrario —para decirlo con las palabras de un defensor de la visión extensiva de la prueba ilícita—

"el juez del procedimiento declarativo civil, al conocer una reclamación de ilicitud, se transforma en un juez

32. Rule 409 FRE estadounidenses.

33. Wróblewski, Jerzy: "La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación", en Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, Fontamara, México D. F., 1981 (2001), Reimpresión 2008, 246.

34. Stein, Alex: "Against 'Free Proof'", en *Israel Law Review*, 31, 1997, 578 (destacado en el original).

constitucional por definición, dado que debe determinar si hay o no vulneración de derechos fundamentales"<sup>35</sup>.

Como analizo en lo que resta de este artículo, es la exclusión amparada en "garantías fundamentales" a través de la figura de la prueba ilícita uno de los mayores desafíos de la adjudicación civil moderna en materia de prueba. Para evitar que la aplicación discrecional de esta categoría disuelva el estándar civil de admisibilidad de evidencias considero necesario emprender el mismo sendero de la dogmática procesal criminal y refinar un catastro de escenarios de exclusión<sup>36</sup>. Creo que la extensión del catálogo en materia civil puede oscilar según el uso de la analogía entre los casos identificados por el ordenamiento procesal con los que la práctica revele; es decir, no considero fértil discutir si el estándar de admisibilidad es una regla (seguridad) o un principio (flexibilidad) porque me parece que el mejor modo de calificar el estándar es mediante el flujo vaguedad-precisión: así, hemos de formularnos la pregunta acerca de "¿cuán vago? o ¿cuán preciso?" es el estándar de admisibilidad respecto del asunto controvertido y en base a ello resolver si corresponde o no que el juez deje fuera una información que es útil para el litigio<sup>37</sup>. Darle una forma y un sentido a este flujo es significativo porque los cánones de exclusión no sólo modelan la actividad probatoria dentro del juicio sino también en sus fases preliminares. Otra vez encontramos en la literatura penal una conciencia clara de este aspecto —con la regla que prohíbe las estrategias de engaño durante los interrogatorios policiales, la cual incide en el material probatorio que se rendirá en las audiencias—<sup>38</sup>

35. Ferrada, Francisco, *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2011, 139.

36. Cfr., Hernández, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2005, 97-100.

37. Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009, 190.

38. Cfr., Ross, Jacqueline, "Do Rules of Evidence Apply (only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, N° 3, 2008, 443 ss.

pero el alcance también es válido para el proceso civil si reconsideramos, como espero hacer en otra ocasión, las medidas prejudiciales a la luz de la buena fe procesal.

Ahora bien, como en el juicio civil también es imposible anticiparse a todas situaciones de ilicitud posibles lo que vuelve a adquirir gran trascendencia es el entrenamiento jurídico del juez civil. Para explicar este punto voy a tomar prestada la discusión en torno a la *similar facts rule* de la litigación civil en Inglaterra y la manera cómo allí se debate acerca de incorporar o rechazar un tipo de evidencia muy singular: aquella que se refiere a hechos acreditados contra el demandado en casos similares anteriores. Como aludí en el ejemplo de los testigos de referencia este tipo de pruebas aplica en principio solo a los procesos criminales ("el policía que propina malos tratos durante las detenciones") y también a los laborales ("el empleador que no da a sus trabajadores la indumentaria adecuada para cumplir las faenas") pero lo sugestivo de la jurisprudencia inglesa es que ella también ha reconocido su operatividad en sede civil mediante tres fallos sucesivos<sup>39</sup>. Creo que el tipo de reflexión hecho aquí por la jurisprudencia inglesa ha capturado de manera nitida el problema de fondo de las informaciones ilícitas: por un lado la necesidad de aumentar el respaldo probatorio del debate y, por otro, la posibilidad de dañar a la contraparte (o a un tercero) al tener en consideración su comportamiento en ocasiones pasadas. En el caso líder *O'Brien* Lord Phillips sintetiza de buena forma cómo el juez civil debe proceder cuando enfrenta un escenario de esta índole. Así,

"la prueba de hechos similares no necesariamente provoca riesgos de daños injustificados respecto de la parte contra la cual se adopta [...] aunque ésta puede, no obstante, llegar a soportar tal riesgo [Es por ello que] cuando se considera si admitir una evidencia o permitir un interrogatorio (*cross-*

39. *Mood Music Publishing Co v. De Wolfe Ltd*, 1 Ch 119 (1976), *Berger v. Raymond Sun Ltd*, 1 WLR 625 (1984) y *Thorpe v. Chief Constable of Greater Manchester Police*, 2 ALL ER 627 (1989) citadas en Ho, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford Monographs on Criminal Law, Oxford University Press, 2008, 317 (n. 151).

*examination*) sobre aspectos colaterales al tema central, el juez debe tener en cuenta las necesidades de proporcionalidad y rapidez"<sup>40</sup>.

Este razonamiento apela a la estructura misma del proceso civil porque es el equilibrio entre cuestiones de eficiencia y justicia donde encontramos la síntesis de la litigación civil moderna. En esta búsqueda de proporcionalidad Hock Lai Ho da una especial importancia a la dimensión de justicia (*fairness*) puesto que entiende que el equilibrio entre una evidencia (relevante) y el daño que ella puede ocasionar está directamente vinculado con el imperativo que recae sobre el juez de brindar un trato igualitario a los litigantes. De hecho, bajo esta luz Ho considera que la posibilidad de excluir datos mediante la *similar facts rule* exige de una regulación específica ya que desborda las amplias atribuciones que tiene el juez sobre manejo del asunto (*case management power*) otorgadas por las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998, como igualmente la regla general de exclusión de pruebas<sup>41</sup>. Tenga o no razón Ho su idea es interesante porque pone de manifiesto que el respeto de la simetría en juicios entre particulares —que en nuestro medio emana de la regla de contradicción entre partes— también aplica en el tema de la incorporación o rechazo de las pruebas que se hayan disponibles para el juicio<sup>42</sup>.

En resumen, tengo la impresión que este tipo de reflexiones puede servir para enfocar en Chile el problema de las pruebas ilícitas en la medida que visibiliza las cuestiones en juego al momento de evaluar la exclusión y, además, porque si bien se demuestra una confianza razonable en el examen que el juez practica acerca de la relevancia de las pruebas (la sentencia *Thorpe* habla del "entrenamiento [del juez, por oposición al jurado] para distinguir lo que es y no una

40. *O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police* (2005) UKHL 26 citado en Choo (2009) 247.

41. *Rule 32.1 (2) CPR* inglesas.

42. Ho, Hock Lai: "Similar Facts in Civil Cases", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, N° 1, 2006, 146, 150-151 y (2008) 335-336.

evidencia") nos recuerda que la tensión entre cuestiones valiosas excede el nivel de análisis epistémico y reclama una discusión en términos normativo, la cual debe comenzar por algo muy puntual: preguntarnos hasta qué punto la premisa del efecto horizontal de los derechos fundamentales sirve como soporte suficiente para excluir elementos de prueba en los procesos civiles. Una visión escéptica como la que cultivo no rechaza la categoría de prueba ilícita en sede civil sino que postula que los supuestos de aplicación deben ser afinados por reglas específicas que revelen la política que en cada caso fundamenta el rechazo de las informaciones.

##### 5. La prueba ilícita como expresión del efecto horizontal de los derechos fundamentales

No deja de ser algo curioso cómo una postura tan discutida a nivel teórico ha conseguido posicionarse como el punto de cierre para la construcción de los límites y alcances de la prueba ilícita en nuestros procesos judiciales. Así, en Chile la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se ha abierto paso en el ámbito penal para extender las exclusiones por ilicitud a las pruebas de descargo del acusado y a las evidencias inculcatorias del querellante particular<sup>43</sup>, perfilándose luego de un modo inusitadamente pacífico como el soporte legal para la exclusión en sedes de familia<sup>44</sup>, laboral<sup>45</sup> y, al menos en el plano de los proyectos de ley y análisis publicados, en la litigación civil<sup>46</sup>.

43. En esta perspectiva Echeverría, Isabel: *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2010, 73-75, 81-122.

44. Art. 31 Ley N° 19.968.

45. Art. 453 N° 4 inciso 4 Código del Trabajo.

46. En esta senda se enmarcan Carocca, Alex: "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", en *Jus et Praxis*, N° 2, Universidad de Talca, 1998, 308, 318-319, Jequier, Eduardo: "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, 34, N° 3, PUC, 2007, 490-492 y Ferrada (2011) 24-37.

Digo que es un hecho sorprendente porque basta un breve repaso del origen histórico de las reglas de exclusión para notar que su propia existencia no ha sido una cuestión exenta de reparos. Es ilustrativo destacar que el 'descubrimiento' de la *exclusionary rule* en el proceso judicial estadounidense tuvo lugar ciento veinte años después del *Bill of Rights*; en palabras de Carlos Fidalgo, "oculta entre las exigencias implícitas del sistema de garantías procesales configurado por las Enmiendas constitucionales [la] Corte Suprema necesitó otros casi cincuenta años para desarrollar la doctrina hasta su máxima extensión en un proceso que fue a la vez parte importante y manifestación destacada del proceso paralelo de autoafirmación de la autoridad del Alto Tribunal en el sistema jurídico político estadounidense"<sup>47</sup>. Una historia similar a la acontecida en otras latitudes, como por ejemplo en la experiencia española mediante la sentencia del Tribunal Constitucional (114/84) en materia laboral<sup>48</sup>. ¿Qué importancia puede tener el hecho que las reglas de exclusión por razones de ilicitud compartan un origen de este tipo? Estimo que parte de la respuesta apunta al terreno ganado por la doctrina de la irradiación de los derechos fundamentales entre los ciudadanos y por lo mismo ella debe estar presente al analizar la prueba ilícita, pues como se indicó al comienzo de este artículo las exclusiones de pruebas entrañan un reparto de riesgos que precisa de una justificación que la comunidad respalde y cuya carencia puede acarrear problemas para la administración de justicia. Baste recordar que el esquema tasado de pruebas en su versión codificada no sólo fue resentido por sus preceptos de peso o valoración anticipada de la prueba sino que también por contener reglas de exclusión entregadas a un ejercicio discrecional del tribunal como fue el caso de los *témoins reprochables* (testigos desacreditados) de los que hizo gala desde un comienzo la ley procesal de Francia<sup>49</sup>.

47. Fidalgo, Carlos: *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, 44-48.

48. Por todos González, Jesús María: "El proceso penal español y la prueba ilícita", en *Revista de Derecho*, XVI, N° 2, Universidad Austral, Valdivia, 2005, 196.

49. Cappelletti, Mauro: *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes*

Lo que pretendo aquí, por cierto, no es abordar el tema de fondo sino que simplemente defender que la postura que se siga acerca del efecto horizontal tiene una gravitación enorme en el asunto de la prueba ilícita y, muy en especial, que para la dogmática procesal civil no puede ser un hecho intrascendente que esa lectura de los derechos fundamentales tiende a ser resistida por nuestra literatura civil, sobre todo patrimonial<sup>50</sup>. Ya que las exclusiones por ilicitud son —como nadie discute— decisiones contra-epistemológica nos hemos de ceñir en su operatividad a los escenarios que sean necesarios en virtud de la idea de amplia inclusión de pruebas que rige en un proceso judicial sensible a los hechos<sup>51</sup>. ¿Cuál es la mejor lectura de la prueba ilícita en el entramado del proceso civil? Para dar comienzo a una respuesta es útil la mirada comparada a la experiencia de otros ordenamientos: así, en el citado escenario norteamericano lo que la tardía introducción de la regla pone de manifiesto es que un proceso judicial puede en principio funcionar sin exclusiones por la ilicitud de las evidencias y, más aún, que buena parte del desarrollo del *Law of Evidence* con las exclusiones de pruebas responde a un intento por cuidar al jurado de la posible manipulación de los abogados litigantes<sup>52</sup>. Si a estas consideraciones sumamos la aguda reseña de Carlos Fidalgo del caso español podemos formarnos una mejor imagen del problema que se aborda:

"[La regla de exclusión] tampoco vino a llenar un vacío, sino que desplazó, o más bien distorsionó, un sistema preexistente en que las irregularidades en la actividad probatoria se

*tendencias evolutivas*, traducción de Santiago Sentís Melendo, ARA Editores, Lima, 1970 (2006), 100-119.

50. Sobre esto Jana, Andrés: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003 y Barros, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, N°s 161-162, 248-254.

51. Taruffo, Michele: *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, 41-56.

52. Por todos Stürner, Rolf: "Derecho procesal y culturas jurídicas", traducción de Álvaro Pérez Ragone, en *Ius et Praxis*, XIII, N° 1, Universidad de Talca, 2007, 442.

despachaban fundamentalmente a través de la valoración por el juzgador del resultado de la práctica de los medios de prueba, atendiendo a si en el caso concreto la irregularidad viciaba o no la credibilidad de la fuente y la fiabilidad de la información de ella extraída, y que funcionaba sin cerrar el camino de la sanción al que realizó acciones ilícitas en el proceso de aportación de materiales probatorios. [La prueba ilícita constituye una interpretación forzada y voluntarista] de unas pretendidas e indefinidas garantías implícitas en la estructura de derechos y libertades configurada por nuestra Carta Magna. Garantías cuya interpretación y desarrollo correspondería precisamente en España al mismo Tribunal Constitucional, con carácter definitivo y vinculante, sin posibilidad práctica de revisión o vuelta atrás, tanto para las demás instituciones del Estado —incluyendo el legislativo— como para la generalidad de los ciudadanos"<sup>53</sup>.

La advertencia no es menor porque una aplicación indiscriminada de estas exclusiones basadas en la ilicitud de la información no hará otra cosa que diluir o distorsionar todo el progreso logrado por la reflexión procesal en torno al modelo de valoración libre de las pruebas. Por ello, mientras no podamos acotar el universo y los supuestos de aplicación de los cánones que justifican eliminar un dato en base a la protección de intereses valiosos ajenos al proceso civil mi postura es que los posibles perjuicios que esa prueba ocasione deben ser enfrentados bajo la lógica de la responsabilidad civil. Cabe recordar que la "dignificación constitucional" de lo que acostumbramos a llamar derechos fundamentales ha sido recogida en nuestra práctica judicial por la reconducción de los atentados de esos bienes bajo la categoría civil de perjuicio de manera tal que los atentados que ellos padecen han sido cubiertos por la responsabilidad civil extracontractual<sup>54</sup>.

53. Fidalgo (2003) 44-48.

54. Barros (2006) N° 146, 228-230.

## 6. ¿Excluir o indemnizar? Tres historias

La mirada comparada nos enseña que dentro del proceso civil estadounidense concurren al nacimiento de la *exclusionary rule* el deseo de conseguir un efecto disuasivo (criterio pragmático) y la integridad judicial (criterio ético) del trabajo de la acusación. De ambos no hay duda que el anhelo de disuadir a los litigantes de un comportamiento nocivo con la contraparte y terceros mantiene plena vigencia para la justicia civil. Si esto es así debemos prestar atención a lo siguiente: la reflexión norteamericana ha advertido en este punto que no es posible lograr la disuasión de los litigantes si la exclusión de pruebas no va acompañada de otras medidas procesales concretas. Y la explicación es bastante obvia: los mandatos de excluir pruebas solo producen un efecto retrospectivo –vuelven a las partes al estado anterior al de la presentación de la evidencia– lo cual es por sí solo insuficiente si lo perseguido es una finalidad de corte prospectivo –la disuasión–. Por eso, para lograr que el fundamento principal de la *exclusionary rule* cobre sentido en sede criminal la adjudicación estadounidense asume que debe desincentivar el uso de las evidencias ilícitas por otras sendas, entre las que sobresale la indemnización de daños, mientras que para la administración de justicia civil se muestra derechamente reticente a usar la regla de exclusión de pruebas<sup>55</sup>.

Por lo demás, el sentido de la *exclusionary rule* no se ha quedado para nada petrificado en los fallos de la *Supreme Court* norteamericana sino que más bien ha transitado desde un derecho constitucional de las personas hacia un remedio de rango procesal, en *United States v. Calandra*<sup>56</sup>. Este desplazamiento tiene coherencia con la premisa de

55. Carlos Fidalgo refiere varios fallos en este sentido: así, por ejemplo, *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380 U.S. 693 (1965), sentencia penal en donde un *obiter dicta* alude a que las pruebas excluidas serían admitidas en sede civil, *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976) se declara la inaplicabilidad de la *exclusionary rule* dentro de un proceso tributario, *I.N.S. v. López-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984), expresa de modo directo la no aplicabilidad de la *exclusionary rule* al procedimiento de deportación salvo que exista mala fe que es la regla de cierre en el modelo estadounidense, *Cfr.*, Fidalgo (2003) 297-346, 415-416.

56. 414 U.S. 338 (1974) citado en Fidalgo (2003) 346-353.

introducir al proceso todo material relevante para el asunto aunque pueda adolecer de irregularidades, en tanto el sistema jurídico abra algunas salidas ante los perjuicios sufridos. ¿Cuáles son estas otras vías diversas de la exclusión? Entre las principales opciones se cuentan, además de la referida responsabilidad, la sanción administrativa, el pago de las costas del juicio y el empleo del tipo criminal que corresponda<sup>57</sup>. Por cierto que un sistema procesal sofisticado permite combinar los remedios según sea el caso: así, por ejemplo, en *Hudson v. Michigan* la judicatura norteamericana consideró que dado el asunto debatido las reglas de responsabilidad conseguían por sí solas una disuasión suficiente<sup>58</sup>.

En mi opinión lo señalado tiene importancia ante el aterrizaje de la figura de la prueba ilícita en nuestros juicios civiles a efectos de asumir que en ciertos casos la alternativa más apropiada no será la de excluir la información sino pensar el caso en términos de responsabilidad civil: por ejemplo, cuando alguien presenta documentos sin revisar sus cláusulas de confidencialidad y daña a un tercero debemos hablar de una conducta negligente que amerita un juicio de responsabilidad (donde, como es fácil ver, será en cierto modo sencillo fijar la culpa del demandado). Si bien son dos cuestiones diferentes, me parece útil recordar que la forma tradicional de nuestra práctica civil de resguardar la integridad en los debates judiciales ante irregularidades en los actos procesales ha sido la nulidad, cuyo margen de acción ha sido siempre interpretado de manera restringida tanto en la dogmática procesal<sup>59</sup> como en la jurisprudencia chilena, donde "ha sido estimada como aplicable solamente a aquellos actos que miran al orden público, o al interés general, y no a aquellos que miran el interés privado de las partes"<sup>60</sup>. Digo que este rasgo de la nulidad procesal civil

57. Laudan (2006) 219.

58. 126 S. Ct. 2159 (2006) citado en Armenta, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, 31, 146-147.

59. Tavorari, Raúl, *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago de Chile, 2000, 264-266.

60. Entre otras C. A. Santiago, 09 noviembre 1961, *RDJ* t LVIII, sec. 2ª, 119, cons. 6ª, C. S., 1º junio 1950, *RDJ* t XLVII, sec. 1ª, 232, cons. 5ª y 7ª.

es relevante cuando hablamos de exclusiones de pruebas por ilicitud porque una vez que matizamos la premisa del efecto horizontal de los derechos fundamentales y tomamos en serio la regla de maximizar el conocimiento del asunto debatido, el acordarnos que la nulidad solo ha tenido lugar en Chile en casos calificados por su impacto en el interés público nos brinda una pista por donde encauzar el estudio de los cánones de eliminación de evidencias en razón de su ilicitud: el ejercicio de proporcionalidad que efectúa el juez debe en algún sentido colacionar la vocación de la administración de justicia civil de conocer el caso en sus propios términos.

Para concluir con esta presentación aludo a tres decisiones de jurisprudencias dispares —una inglesa, otra chilena y una última norteamericana— donde se enhebran los diversos aspectos analizados en los párrafos anteriores de manera que nos ofrecen un terreno útil para reflexionar sobre cuál es la mejor forma en que el juicio civil ha de enfrentarse a una ilicitud en las informaciones recopiladas:

(i) En *Jones v. University of Warwick* se resolvió la acción presentada por un trabajador herido en su mano a causa de un accidente laboral. Su empleador admitió la responsabilidad en el accidente pero no aceptó como válida la pretensión del actor en cuanto a padecer de una invalidez permanente por lo que, a solicitud de la empresa aseguradora del empleador, un agente de investigación tuvo acceso en dos ocasiones al hogar del trabajador y con una cámara oculta le grabó sin su conocimiento. Al observar dicha grabación los expertos médicos de la demandada concluyeron que la mano del trabajador funcionaba a completa satisfacción y se solicitó al juez tener en cuenta la grabación como evidencia a favor de la postura del demandado. Frente a esto el demandante exigió excluir la prueba del litigio por haberse violado su derecho a la privacidad (en virtud del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Tras considerar ambas aristas el fallo señala que

"existen dos intereses públicos en conflicto. El peso asignado a cada uno de ellos varía con las circunstancias. La significación de la prueba diferirá tanto como la gravedad de la infracción

del art. 8, en conformidad a los hechos del asunto en particular [En esta demanda] el juez no puede ignorar la realidad de la situación. Este no es el caso en que la conducta de la aseguradora del demandado es tan intolerable (*outrageous*) que la defensa debe ser tachada. El asunto, por tanto, debe ser acogido. Sería artificial e indeseable que la actual evidencia, la cual es relevante y admisible, no fuese puesta ante el juez que tiene la pesada tarea del juicio"<sup>61</sup>.

Pero,

"aunque no se excluye la evidencia es apropiado dejar en claro que la conducta de la aseguradora fue inapropiada e injustificada [...] Excluir la evidencia no es, con todo, la única arma del arsenal del juez. El tribunal puede seguir otros pasos para desalentar las conductas de este tipo. En particular, puede expresar su desaprobación ordenando el pago de las costas"<sup>62</sup>.

La decisión es interesante porque, además de recoger varias de las ideas ya expuestas, el fallo inglés marca un horizonte que a mi juicio es el adecuado para comprender la buena fe procesal: los diversos deberes de colaboración que tienen los litigantes se explican mejor dirigidos hacia el proceso y a favorecer un correcto entendimiento del juez civil sobre el caso. Entre las partes, en cambio, parecería más sensato decir que la buena fe solo impone un límite negativo, cual es evitar los comportamientos dolosos. Por ello, fuera del universo de conductas maliciosas es significativo saber qué medios tiene el proceso civil en su "arsenal" que sirvan de alternativas a la exclusión.

(ii) En *Opazo con Sánchez* la Corte de Apelaciones de Rancagua estableció la responsabilidad civil de quienes al tenor de una actividad de corroboración suficiente acreditaron en un juicio de filiación como

61. (2003) EWCA Civ 151 citado en Choo (2009) 188.

62. Choo (2009) 189.

un hecho verdadero que el demandado no era hijo biológico de quien suponía su madre. ¿Por qué? El fundamento de la Corte para imputar responsabilidad a pesar de que los elementos rendidos fueron relevantes para comprobar la hipótesis del actor fue que dicha práctica probatoria se enmarcó en una conducta contraria a la buena fe procesal que causaba un perjuicio injustificado a la demandada por la sencilla razón que la demanda de filiación se sustentó en normas inaplicables al caso. Nótese que lo interesante del asunto es que en lugar de excluir las pruebas se optó por la responsabilidad civil como un remedio suficiente frente a los perjuicios ocasionados. La Corte dijo que

"si bien es efectivo que la verdad en sí misma es un bien superior, condición loable en toda persona, [también es] cierto que su revelación en determinadas circunstancias puede ser fuente de obligaciones. Ello acontecerá cuando aquella revelación cause un daño injustificado a quien se ve impactado con el conocimiento de la misma y que el contarla no obedece a obligación alguna"<sup>63</sup>.

Es cierto que tal vez en este caso la actitud del actor fue dolosa, lo que habría justificado la eliminación de la prueba, pero creo que el veredicto es valioso porque introduce un puñado de cartas claves en el juicio de proporcionalidad que define la eliminación o inclusión de una prueba: la búsqueda de hechos verdaderos, la buena fe procesal, el "daño injustificado" y la existencia de una "obligación" que sustente la actividad probatoria, como cuestiones que juegan a la hora de aplicar el estándar de admisibilidad. Y en especial el uso de la responsabilidad como un disuasivo que es eficiente en escenarios de ilicitud.

(iii) De la justicia estadounidense cito para concluir el caso *Tarasoff* donde se introduce con fuerza el problema de los deberes de cuidado que giran en torno a la actividad probatoria en un juicio. Vale la pena mencionar con cierto detalle las circunstancias que motivaron el fallo:

63. C. A. Rancagua, 1° abril 2008, Rol N° 592-2007, LegalPublishing N° 38642, cons. 5° (redacción del Ministro Miguel Vásquez).

"Prosenjit Poddar, nacido en India, llegó a estudiar a California a fines de los sesenta. En ese estado conoció, en el otoño de 1968, a Tatiana Tarasoff, durante actividades recreativas de la residencia estudiantil donde vivía. Iniciaron una relación que Prosenjit interpretó como seria, visión que no era compartida por Tatiana. Al darse cuenta Tatiana de la disparidad de opiniones le dijo a Prosenjit que estaba comprometida con otro hombre y que no deseaba iniciar una relación con él. El rechazo provocó en el estudiante una seria crisis emocional; descuidó su apariencia personal y su ánimo se tornó fuertemente depresivo. Durante 1969, con posterioridad a un viaje de Tatiana a Brasil, Prosenjit buscó apoyo profesional y en agosto de ese año figuraba como paciente externo en el Cowell Memorial Hospital. En un comienzo fue visto por el Dr. Stuart Gold, psiquiatra, para posteriormente ser derivado al cuidado del psicólogo Lawrence Moore. En su novena sesión con Moore, el 18 de agosto de 1969, el estudiante le confidenció que iba a matar a una mujer, claramente identificable como Tatiana, cuando ésta retornase de Brasil. Dos días después, Moore notificó a la policía que Poddar sufría de una reacción esquizofrénica paranoide y que se encontraba en riesgo de dañarse a sí mismo, o de dañar a otros. La policía del campus retuvo a Poddar y lo liberó una vez satisfecha que el estudiante había cambiado de actitud y, aparentemente, por la intercesión del Director de Psiquiatría del centro asistencial, quien solicitó al Jefe de Policía la devolución de la carta de Moore y ordenó a este último la destrucción de sus registros de la terapia, así como las copias de la carta enviada a la policía. En octubre siguiente Tatiana, al regresar de Brasil, continuó siendo acosada por Poddar, siendo acuchillada y muerta por éste el 29 de ese mes, al negarse a sus requerimientos"<sup>64</sup>.

64. Cfr., Salinas, Rodrigo: "La confidencialidad de la consulta psiquiátrica y el deber de protección a terceros: El caso Tarasoff", en *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 45, N° 1, 2007, 68 ss.

¿Qué lecciones sacó la *Supreme Court* de California de este asunto? Para el problema que ahora se aborda lo que interesa reseñar es que en opinión del tribunal norteamericano si un terapeuta determina (o debe llegar a establecer) de acuerdo a los estándares de su profesión que su paciente es un serio peligro para otros le asiste la obligación de ejercer un cuidado razonable dirigido a proteger a las víctimas de aquel peligro y entre las medidas tendientes a cumplir está la de poner sobre aviso a la administración de justicia, si corresponde. La decisión es relevante, entonces, porque entrelaza el tema de la prueba ilícita con la confección de deberes de cuidado para con terceros desconocidos –como el deber del terapeuta para con Tatiana– lo cual es una cuestión muy delicada ya que abre la puerta a los falsos positivos –un psicólogo que previene a una persona de un peligro irreal–, pero que guarda coherencia con nuestro sistema de responsabilidad civil basado en culpa y que ofrece, al mismo tiempo, una solución que no implica reducir el conocimiento del juez de los hechos jurídicamente relevantes para su sentencia.

Por último, el caso *Tarasoff* nos advierte de otro punto significativo para la construcción de un estándar de admisibilidad de pruebas civil: las normas contra-epistemológicas (como la prueba ilícita) tienen sus propias excepciones las cuales restablecen la regla original de permitir el ingreso al juicio de todas las evidencias relevantes. Así, como lo dispone el art. 38 del Código de Ética del Colegio Médico: "Excepcionalmente, y después de una debida deliberación, el médico podrá develar información sobre su paciente, en los siguientes casos: b) Cuando así lo ordenen los Tribunales de Justicia; d) Cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros".

### Conclusiones

La relevancia y admisibilidad de las pruebas son dos nociones básicas en la confección de un estándar que filtre el ingreso al proceso civil de las evidencias disponibles. A mi juicio la pugna entre maximizar el conocimiento del caso y dar protección a otros intereses valiosos debe zanjarse en principio a favor de la primera favoreciendo que la

exclusión de pruebas se base no en la discrecionalidad del juez competente sino que en preceptos que revelen con claridad las políticas detrás de los cánones de exclusión. Estas reglas pueden ser intrínsecas o extrínsecas al proceso y amparadas en razones de hecho (relevancia de la prueba recopilada) o jurídicas (admisibilidad de la información) que justifiquen para la comunidad el reparto de los riesgos de errores entre los litigantes que supone el juicio provisional del juez en la aplicación del estándar.

La necesidad de invocar estas normas se vuelve más sensible cuando la exclusión apela a la ilicitud de la evidencia. Para estos casos mi argumento sugiere un cierto escepticismo en cuanto al efecto horizontal de los derechos fundamentales dentro de la litigación civil y propone que las cuestiones valiosas afectadas por la prueba ilícita disponen de otras vías alternativas (o sumadas) a la exclusión para hacerles frente. En particular creo que la eliminación de la evidencia debe ser algo residual y mostrarse respetuosa de una idea de proporcionalidad donde se exprese el interés público de un tribunal que conozca el caso en sus términos relevantes. Así, mientras la práctica argumentativa chilena no afine para la justicia civil las principales hipótesis de prueba ilícita la indemnización de los daños sufridos por la contraparte o un tercero se presenta como una mejor opción para los supuestos de ilicitud que abrir la puerta a la discrecionalidad del juez mediante la aplicación a estos escenarios de la cláusula constitucional del debido proceso.

### BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William: *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, 2ª Edición, Reimpresión 2009.
- ARMENTA, Teresa: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- BARROS, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio De las Casas, Altaya, Barcelona, 1764 (1994).
- BENTHAM, Jeremy: *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont, traducción del francés por Manuel Ossorio Florit, Editorial Comares, Granada, 1825 (2001).
- CAPPELLETTI, Mauro: *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, traducción de Santiago Sentís Melendo, ARA Editores, Lima, 1970 (2006).
- CAROCCA, Alex: "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", en *Ius et Praxis*, N° 2, Universidad de Talca, 1998, 301 a 322.
- CHOO, Andrew L-T: *Evidence*, 2ª Edición, Oxford University Press, 2009.
- DAMAŠKA, Mirjan: "Epistemology and Legal Regulation of the Proof", en *Law, Probabilities & Risk*, II, Yale Law School, Public Law Working Paper N° 103, 2003, 117 a 130.
- ECHEVERRÍA, Isabel: *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2010.
- FERRADA, Francisco: *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2011.
- FERRER, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.
- FIDALGO, Carlos: *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- GASCÓN, Marina: "Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en *Estudios sobre la prueba*, UNAM, México D. F., 2006, 47 a 88.
- GESTO, Blanca: *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991.
- GONZÁLEZ, Jesús María: "El proceso penal español y la prueba ilícita", en *Revista de Derecho*, XVI, N° 2, Universidad Austral, Valdivia, 2005, 187 a 211.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)", en *Jueces para la democracia*, 47, Madrid, 2003, 35 a 50.

- HERNÁNDEZ, Héctor: "Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba", en *Formación y valoración de la prueba*, Daniela Accatino coordinadora, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, 21 a 44.
- "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, en Colección de Investigaciones Jurídicas", N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2005, 7 a 100.
- HO, Hock Lai: *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford Monographs on Criminal Law, Oxford University Press, 2008.
- "Similar Facts in Civil Cases", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, N° 1, 2006, 131 a 152.
- JAMES, George: "Relevancy, Probability and the Law", en *California Law Review*, 29, 1941, 689 a 705.
- JANA, Andrés: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- JEQUIER, Eduardo: "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, 34, N° 3, PUC, 2007, 457 a 494.
- KIRKPATRICK, Laird: "Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to ADR Movement", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, 25, 1992, 837 a 852.
- LAUDAN, Larry: *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, 2006.
- MONTROSE, J. L.: "Basic Concepts of the Law of Evidence", en *The Law of Quarterly Review*, 70, 1954, 527 a 555.
- NIEVA, Jordi: *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROSS, Jacqueline: "Do Rules of Evidence Apply (only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, N° 3, 2008, 443 a 474.
- SALINAS, Rodrigo: "La confidencialidad de la consulta psiquiátrica y el deber de protección a terceros: El caso Tarasoff", en *Revista Chilena*

- de Neuro-Psiquiatría*, 45, N° 1, 2007, 68 a 75.
- SCHAUER, Frederick: *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009.
- STEIN, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés De la Oliva Santos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1893 (1990).
- STEIN, Alex: *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 2005, Reimpresión 2008.
- "Against 'Free Proof'", en *Israel Law Review*, 31, 1997, 573 a 589.
- STÜRNER, Rolf: "Derecho procesal y culturas jurídicas", traducción de Álvaro Pérez Ragone, en *Ius et Praxis*, XIII, N° 1, Universidad de Talca, 2007, 435 a 462.
- TARUFFO, Michele: *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 1992 (2002).
- TAVOLARI, Raúl: *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda, Santiago de Chile, 2000.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy: "La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación", en Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, Fontamara, México D. F., 1981 (2001), Reimpresión 2008, 231 a 258.

## ¿ES TIEMPO DE REVISAR LAS FUNCIONES DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO ORAL EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL CHILENO?

ENRIQUE LETELIER LOYOLA\*

### Abreviaturas

CE (Constitución Española); CPP (Código Procesal Penal); CPP para IA (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica); DFL (Decreto con Fuerza de Ley); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal española); LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado); StPO (*Strafprozeßbuch* u Ordenanza Procesal Penal Alemana); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

### Resumen

Sin perjuicio de las varias funciones que las leyes le atribuyen, en esta importante fase el objeto del proceso se dibuja con mayor claridad y lo que sobre este punto se debata y decida, vincula al jurisdiscente en razón del principio congruencia. Y sin dudas en la etapa intermedia hay concreción del ejercicio de la acción penal, por medio de una acusación del órgano público competente para formularla; los debates sobre ella inevitablemente influyen sobre el éxito del proceso, pues si en esta sede el juez es competente para ejercer un control

\* Magister y Doctor © en Derecho, Universidad de Antofagasta. Correo electrónico: eltelierl@uantof.cl