

Francisco Jara Bustos*

El Derecho a la Prueba y la Prueba ilícita en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

The right to proof and illegal evidence in international human rights law

Resumen

Las normas de exclusión probatoria que se han introducido desde la Reforma Procesal Penal chilena, plantean diversos problemas al ser extrapoladas a cuestiones no criminales.

Esta ponencia se propone, desde esta perspectiva, analizar los principales Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos, para determinar la amplitud del derecho a la prueba, y especialmente las limitaciones que dicen relación con la exclusión de pruebas por ilicitud en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave

Derecho a la prueba, prueba ilícita, debido proceso, Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

* Estudiante de Derecho de la Universidad de Chile Ayudante Ad honorem de las cátedras de Derecho Procesal, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Criminología del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (franciscojara1@gmail.com).

Abstract

The exclusionary rule introduced by the Chilean Criminal Procedure Reform gave way to several problems when extrapolated to non-criminal matters.

From this perspective, the paper aims to analyze the core International Human Rights Treaties, to determine the scope of the right of proof, and specially its limitations concerning to excluding unlawfully obtained evidence in the International Human Rights Law.

Key words

Right of proof, unlawfully obtained evidence, due process of law, International Human Rights Law.

“Escriba joven sin miedo, que en Chile nadie lee”.

Andrés Bello a Diego Barros Arana

“Si no hubiera pasado años, años revisando todas y cada una de sus decisiones; el alma haciéndosele pedazos ante la certeza de que casi todas habían sido equivocadas”.

Cortocircuito. Dante Sandoval

1. Introducción. Reforma Procesal Civil y problemas de prueba ilícita¹.

Este trabajo, que se enmarca dentro de un estudio más amplio, tiene como finalidad aportar elementos al debate –prácticamente inexistente– sobre los problemas derivados de la introducción de reglas de exclusión probatoria en procedimientos civiles².

Nos referiremos brevemente a la cuestión a objeto de situar nuestro enfoque. Esta dice relación con los conflictos entre el derecho a la prueba y la exclusión probatoria en procedimientos entre particulares en el derecho chileno.

La doctrina más autorizada es conteste en que “el ejercicio del poder jurisdiccional solamente es legítimo cuando los interesados (...) pueden efectiva y adecuadamente participar en el proceso, alegando, produciendo pruebas, etc.”³.

La participación en la formación del convencimiento tiene –y debe tener– límites. En materia de averiguación de la verdad en el proceso penal, el ejercicio del *ius puniendi* se encuentra limitado por los derechos de las personas por el riesgo de extralimitación de los órganos persecutores⁴.

¹ En este trabajo se utilizarán principalmente las siguientes abreviaturas: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH); Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH); Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

² La expresión procedimiento civil se utiliza en el sentido amplio del término, comprendiendo todo procedimiento no criminal. Es decir, comprende –entre otros– el proceso civil, de familia y laboral.

³ MARINONI, L. G., et al., *Fundamentos del Proceso Civil*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 282. En el mismo sentido: PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 18–19.; TARUFFO, M., *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 56 y ss.; CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 98–99.

⁴ Incluso cuando el *ius puniendi* es detentado por particulares, como en el caso del querellante particular: ECHEVERRÍA DONOSO, I., *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2010, pp. 83 y ss.

Es sabido que las reglas de exclusión probatoria surgen en el ámbito penal por los desarrollos de la *Supreme Court* de los Estados Unidos⁵, y son un caso paradigmático de la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales contra el poder punitivo del Estado.

En Chile, aun antes de la Reforma Procesal Penal se entendía por la jurisprudencia que no toda prueba debía ser admisible, basado en los arts. 5 y 6 de la Constitución Política (CPR)⁶. Sin embargo, no fue hasta la Reforma, que se introdujera una norma de exclusión de prueba por ilicitud –art. 276 del Código Procesal Penal (CPP)– basada en la vulneración de *garantías fundamentales*⁷.

El relativo éxito de la regla del CPP dio pie a que en nuestro país se establecieran normas de exclusión probatoria en litigios entre privados, específicamente en el art. 31 de la Ley de Tribunales de Familia (LTF) y en el art. 453 del Código del Trabajo (CT).

La Reforma Procesal Civil también contempla la introducción de reglas de este tenor. Aun cuando el Proyecto estudiado por la Comisión Intraministerial dirigida por el ex Ministro Bulnes no se conoce todavía; es altamente esperable que se mantenga la tendencia que anticipamos. Las discusiones sobre el Anteproyecto de Código Procesal Civil 2006⁸, el Foro Procesal Civil y el Proyecto de Código Procesal Civil de 2009⁹ incluyeron reglas de este tipo que fueron mayoritariamente aceptadas. Por esto, “tenemos razones para pensar que al menos en lo sustantivo la regulación se mantendrá idéntica por la experiencia de la discusión parlamentaria de las normas anteriores”¹⁰.

Esta situación, sin embargo, es problemática. Nuestros legisladores, jurisprudencia y doctrina mayoritaria no se han cuestionado la idea de *extrapolar* reglas que hacen tanto sentido para proteger la libertad contra el arbitrio del poder público, a conflictos *inter privados*. Las ideas del *neoconstitucionalismo* que se encuentran detrás de estas innovaciones normativas¹¹, y las nociones de *eficacia horizontal* de los derechos

⁵ ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 27 y ss.; ZAPATA GARCÍA, M. F.; *La Prueba Ilícita*. Lexis–Nexis, Santiago, 2004, pp. 102 y ss. MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, *passim*.

⁶ ECHEVERRÍA, I., *op. cit.*, pp. 92 y ss.; ZAPATA, M. F., *op. cit.* pp. 46–50. Sobre el análisis de este tópico respecto a la prueba ilícita penal en contraste con el proceso civil, véase: JARA BUSTOS, F., “¿Eficacia horizontal de los derechos fundamentales? El problema del estándar de la prueba ilícita en el derecho chileno”. Ponencia presentada en el V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional, 2011 (por publicarse en la Revista Derecho y Humanidades).

⁷ El criterio del CPP constituye la definición más aceptada de prueba ilícita: HORVITZ, M. I., LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 169. En el mismo sentido: FERRADA, F., *La prueba ilícita en sede civil*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 14.

⁸ En el Anteproyecto encontramos los arts. 267 N° 7 sobre el “Contenido de la Audiencia Preliminar”, y el art. 282 referido a la “Exclusión de prueba”.

⁹ En el Proyecto de 2009 encontramos los arts. 254 N°8 referido al “Contenido de la Audiencia Preliminar”, y el art. 263 que trata sobre la “Exclusión probatoria”.

¹⁰ JARA BUSTOS, F., *op. cit.* (n° 6). En efecto, es posible constatar, sobre la base del análisis de la Historia de la Ley de Tribunales de Familia, de la Reforma a la Justicia Laboral, y de los documentos y proyectos relativos a la Reforma Procesal Civil, que las reglas de exclusión no han sido objeto de mayor análisis o discusión parlamentaria.

¹¹ LARROUCAU TORRES, J., *La prueba en el proceso civil*. Tesis (para optar al grado de Doctor en Derecho) Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2010, pp. 169 y ss.

fundamentales, no sólo son criticadas por la dogmática, sino que han dado resultados caóticos en la práctica¹².

Hay al menos dos tipos de problemas derivados de lo anterior.

En primer lugar, la práctica jurisprudencial genera la máxima incerteza por la falta de una dogmática constitucional¹³. El objetivo de proteger los derechos fundamentales –que inspira las nociones de eficacia horizontal– en virtud del art. 6 CPR¹⁴, no ha contribuido a establecer una cultura de respeto a las libertades civiles, sino que incluso ha propiciado muchísimas violaciones a derechos fundamentales (Caso de *La Última Tentación de Cristo*, Caso *Palamara Iribarne*, o la censura de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*). Asimismo la acción de protección ha generado efectos desastrosos en materia de contratos, convirtiendo en la práctica a las Cortes en una “jurisdicción de equidad inarticulada”¹⁵.

En segundo lugar, genera problemas por afectación de garantías judiciales, lo que hace patente que nuestra preocupación no es un academicismo. En materia de prueba ilícita existe una contradicción en limitar a los particulares en forma tan o más gravosa que al Ministerio Público, considerando que este último no es titular de las garantías del debido proceso¹⁶. En materia de familia el estándar de exclusión es idéntico, y a la vez el sistema fomenta la producción de *pruebas odiosas* en el divorcio por culpa¹⁷. En materia laboral el estándar es amplísimo. Es “la regla de exclusión más amplia del derecho chileno”¹⁸.

¿Cómo podemos conciliar prohibiciones tan extensas en un escenario donde ambas partes detentan el derecho a producir prueba? A continuación intentaremos responder cómo se articula el derecho a la prueba y el debido proceso, con sus limitaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en los Sistemas¹⁹

¹² ALDUNATE LIZANA, E., *Derechos fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 212.

¹³ ACCATINO SCAGLIOTTI, D., “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en: BORDALÍ SALAMANCA, E. (Coordinador) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2006, pp. 19 y ss.

¹⁴ Para una crítica a la interpretación tradicional del alcance del art. 6 inciso II CPR, véase: ALDUNATE LIZANA, E. *op. cit.*, p. 223. Entender un limitado efecto restrictivo de la libertad sería congruente con el sentido y finalidad del precepto (Ibid. pp. 319 y ss.).

¹⁵ JANA, A. y MARÍN, J. C., Recurso de protección y contratos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, *passim*.; JANA LINETZKY, A., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en: VV.AA., *Los derechos fundamentales. Seminario Latinoamérica de Teoría Constitucional 2001*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 69.

¹⁶ Es posible moderar esta afirmación, por ejemplo si pensamos en que el Ministerio Público puede fundar el recurso de nulidad por infracción al debido proceso (art. 373 letra a, CPC). Para un análisis acabado del tema, véase: TAVOLARI, R., *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 260–269.

¹⁷ JARA BUSTOS, F., “Las normas de prueba en materia de Familia. Un análisis al divorcio sanción, y a la violencia intrafamiliar desde la Prueba Ilícita.” Ponencia presentada en el II Congreso Estudiantil de Derecho Civil, 2011 (Se encontrará disponible próximamente en línea en Microjuris).

¹⁸ JARA BUSTOS, F., “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2 N° 3, 2011, pp. 113–128.

¹⁹ “Se habla de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, cuando existe, en ese nivel, al menos un instrumento que los reconoce, una institucionalidad destinada a resguardarlos y procedimientos que

Universal, Europeo e Interamericano, de modo de revisar si verdaderamente los tratados mandarían una prohibición de prueba tan amplia.

2. Aclaraciones sobre el método de la exposición.

En primer lugar se analizarán aquellas manifestaciones del derecho a un juicio justo, que permitan fundar una amplia garantía de presentación de pruebas, como el derecho a la prueba, el derecho a ser oído y el derecho a la defensa.

Seguidamente analizaremos las principales limitaciones a la producción de evidencia. Por motivos heurísticos hemos dividido en dos estas últimas. El primer limitante es indiscutido y abarca las normas sobre proscripción de la tortura. El segundo aborda otras limitantes al derecho a la prueba, fundamentalmente relativas a los incipientes desarrollos de la prueba ilícita en los distintos sistemas.

Finalizaremos con algunas conclusiones.

3. Debido proceso, derecho a ser oído y derecho a la defensa.

El derecho a un juicio justo ha sido un principio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la adopción de la Declaración Universal²⁰.

Entre los Tratados Internacionales y otros instrumentos que consagran garantías judiciales, contamos la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en sus arts. 10 y 11, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH)²¹, arts. XVIII y XXVI, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 14, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), art. 6 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), arts. 8, entre los más importantes. Estos muestran la consolidación por la preocupación internacional por los derechos de las personas en el siglo XX.

Si bien las garantías más detalladas se encuentran en materia penal, durante las últimas décadas, las garantías fundamentales se han comenzado a tomar en serio para toda la actividad jurisdiccional del Estado. El progresivo reconocimiento de derechos y

permitan promover su cumplimiento y eventualmente sancionar su transgresión". Así: ALDUNATE LIZANA, E., *op. cit.*, p. 35.

²⁰ WEISSBRODT, D., *The right to a Fair Trial under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2001, p. 111.

²¹ Tanto la DADH, como la DUDH "son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes de las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente". O' DONNELL, D., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago, 2007, p. 56.

garantías ha repercutido en una mayor atención a los medios de prueba en el contexto de las garantías de la justicia civil²².

El debido proceso ha servido para fundar el desarrollo de una serie de garantías, constituyendo un verdadero principio y fuente del derecho²³. Sin embargo lo dúctil de esta formulación –y en general de las normas sobre derechos fundamentales²⁴– lleva a pensar que al tener significados tan distintos dependiendo del prisma con que se mire, lo haría carecer de contenido²⁵.

Por lo mismo preferimos hablar de determinadas garantías que integrarían el debido proceso. Entre estas, contamos el derecho a la prueba, que ha dejado de entenderse como simple carga procesal, para resignificarse como una garantía de enorme importancia, sea en forma autónoma o integrando el derecho a la defensa²⁶, que ha sido reconocido en diversas constituciones²⁷.

De este modo, los derechos a la prueba, a la defensa y al contradictorio llevan a sostener que las limitaciones a estas garantías deben reducirse al mínimo, y la fundamentación para su limitación debe tener rango constitucional²⁸.

La interpretación armónica de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es importante, pues constituyen un *corpus juris* que debe ser integrado para su mejor comprensión. El sistema de protección es un todo integral “que permite hacer uso, para la interpretación de cualquiera de sus normas, del desarrollo del respectivo derecho humano en cualquier otro tratado internacional o en cualquier jurisprudencia, nacional o internacional”²⁹.

²² TARUFFO, M., *op. cit.* (n°3), p. 56; también: TARUFFO, M., “Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado”, en: *Revista Sufragio*, N° 2, 2008–2009, *passim*.

²³ TORO JUSTINIANO, C., *El debido proceso penal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, p. 29. Siguiendo a ESPARZA LEIBAR.

²⁴ ENDICOTT, T., “La vaguedad y el Estado de Derecho: Una crisis en la adjudicación de Derechos Humanos”. Ponencia Presentada en la Sesión Plenaria del V Congreso de Teoría Constitucional, 2011 (Por publicarse en la Revista Derecho y Humanidades).

²⁵ DWORKIN, R., *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2002, pp. 454–455; 461 y ss.; y últimamente en: DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.

²⁶ FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 27. En doctrina nacional ha sido desarrollado por: CAROCCA PÉREZ, A., *op. cit.* (n°3), *passim*; TAVOLARI, R., “El debido proceso”, en su: *El proceso en acción*. Libromar, Valparaíso, 2000, pp. 537–543; BORDALÍ, A. “El debido proceso civil”, en: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (Coord.). *La constitucionalización del derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 277 y ss.; entre otros. Hay jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional respecto de algunas atribuciones de la Tesorería General de la República. Con limitaciones en su alcance, también: ALVARADO, A., *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011.

²⁷ CAROCCA PÉREZ, *op. cit.* (n°3), p. 36.

²⁸ TARUFFO, *op. cit.* (n°3), p. 57.

²⁹ MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003; véase también: O’ DONNELL, D., *op. cit.*, pp. 55 y ss. “En su opinión Consultiva 16/99, la Corte sostiene esta idea al decir que “[e]l corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” y procede a examinar el tema de la opinión “en el marco de la evolución

1.1. Debido proceso en el Sistema Universal.

Es de general aceptación que el art. 14 configura las garantías del debido proceso³⁰, aunque la idea de un juicio justo sería más amplia que la suma de las garantías contenidas en los arts. 14 y 15³¹.

En lo relativo a las reglas del tratado, la primera garantía relevante del art. 14(1) PIDCP es la igualdad de los individuos ante los tribunales y cortes de justicia. De acuerdo a la Observación General (*General Comment*) N° 13, el Comité de Naciones Unidas enfatizó que la protección del art. 14 no se aplica solamente a materias criminales, sino también a asuntos civiles³²; no obstante lo anterior, el Comité no ha tenido la oportunidad de aplicarla en acciones civiles³³.

El derecho a ser oído del art. 14(1), evoca el efectivo acceso a la jurisdicción, y el derecho al contradictorio. Esta norma debe ser interpretada a la luz del art. 6 CEDH, porque aun cuando en inglés se emplean términos distintos: “*suit at law*” (PIDCP), y “*civil rights and obligations*” (art. 6(1) CEDH), lo que se debe a diferencias de la tradición angloamericana; no obstante las traducciones oficiales al francés y al español de ambos tratados son idénticas³⁴.

Se reconoce también el derecho a interrogar testigos (art. 14(3)) con ciertas limitaciones. Con todo, las reservas de alto alcance realizadas al PIDCP en este ámbito relevan la problemática de incluir detalladas garantías procesales en tratados internacionales³⁵.

1.2. El debido proceso en el Sistema Interamericano³⁶.

Al igual que en los sistemas universal y europeo, la CADH es pletórica en garantías penales. El mayor desarrollo de las garantías judiciales en su texto también se explica por la época de su adopción.

de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”. Opinión Consultiva-16/99, párr. 115. Citado por: MEDINA QUIROGA, C., *op. cit.*, 5.

³⁰ Respecto de sus reservas, “aun cuando reservas a cláusulas particulares del Art. 14 pueden ser aceptables, una reserva general al derecho al juicio justo/debido proceso no lo sería”. Comité de Derechos Humanos Observación General 24(52). Reservas. Vid: WEISSBRODT, D., *op. cit.*, p. 140.

³¹ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. N. P. Engel Publisher, Estrasburgo, 1993, p. 246.

³² Comité de Derechos Humanos. Observación General 13, Artículo 14 (vigésimo primera sesión), párr. 2. Citado por: WEISSBRODT, D., *op. cit.*, p. 139.

³³ WEISSBRODT, D., *op. cit.*, p. 130 (al menos hasta 2001).

³⁴ Así el CEDH y el PIDCP usan la formulación “*droits et obligations de caractère civil*”, y “derechos y obligaciones de carácter civil”, para sus versiones en francés y español.

³⁵ NOWAK, M., *op. cit.*, p. 237. El análisis de las reservas a esta norma merece un análisis.

³⁶ Para este acápite: MEDINA QUIROGA, C., *op. cit.*, *passim.*; O’ DONNELL, D., *op. cit.*, *passim.*; QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim.*; GARCÍA RAMÍREZ, S., “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: TAVOLARI, R. (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Punto Lex – Thomson Reuters, Santiago, 2010, *passim.*

La posibilidad de aplicar estas garantías al proceso civil, cuando sea posible atendida la naturaleza del asunto, ha sido zanjada por la CorteIDH en su Opinión Número 11/90, que expresamente señala que el art. 8(2) CADH sería aplicable también a las cuestiones civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter³⁷.

En diversos pronunciamientos la CorteIDH ha manifestado esta idea. Así en el “*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*”³⁸ sobre juicio político, y en los casos “*Ivcher Bronstein vs. Perú*”³⁹ y “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*”, ambos sobre procedimientos administrativos sancionatorios⁴⁰.

Aunque por varias razones creemos que los casos son malos ejemplos, dado que el derecho administrativo sancionador es parte del *ius puniendi*, al que *per se* son aplicables las garantías del art. 8(2) CADH⁴¹; es innegable que el valor de esta Opinión Consultiva basta por sí solo para establecer –*mutatis mutandis*– la aplicabilidad de determinados estándares penales al proceso civil.

Del art. 8(1) contamos también las garantías del derecho a ser oído, a la igualdad, al contradictorio⁴². El derecho a ser oído, como condición para el efectivo acceso a la jurisdicción, ha sido interpretado ampliamente por la CorteIDH⁴³.

La Opinión Consultiva 18/03 de la Corte sobre los derechos humanos de los migrantes y particularmente sobre el derecho al debido proceso, señala:

“Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”⁴⁴.

Todas estas reglas y jurisprudencia establecen una amplia garantía de acceso a la jurisdicción, pues sólo de esta manera es posible tutelar y hacer efectivos todos los demás derechos de las personas.

³⁷ CorteIDH, Opinión Consultiva OC–11/90t del 10 de agosto de 1990. Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 28.

³⁸ CorteIDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 70.

³⁹ CorteIDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 103.

⁴⁰ CorteIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 124–128. Citado por: O’ DONNELL, D., *op. cit.*, pp. 365–366.

⁴¹ Esto es un ejemplo claro de que los pronunciamientos de la CorteIDH muchas veces pueden ser cuestionables a la luz de los desarrollos doctrinales más autorizados como ha constatado: TORO JUSTINIANO, C., *op. cit.*, p. 140.

⁴² GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, pp. 30–31.

⁴³ MEDINA QUIROGA, C., *op. cit.*, pp. 273 y ss.

⁴⁴ CorteIDH, Opinión Consultiva–18/03, de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados, párr. 113. Véase también en la misma el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en las pp. 35–39.

4. Prueba obtenida mediante el tormento.

Para la dogmática la falta de regulación sobre normas de exclusión debería repercutir en la admisibilidad de prueba en la mayoría de los casos⁴⁵, sin perjuicio de las sanciones correspondientes, por vulneración de otras normas del ordenamiento jurídico (aplicando las sanciones civiles, administrativas o criminales que correspondan); y por supuesto con la salvedad de excluir aquellas que sean resultado de vulneraciones de *especial gravedad*.

¿Cuáles podrían ser casos de especial gravedad? La tortura configura lo que podríamos llamar un *caso fácil*⁴⁶ a la hora de buscar límites a la prueba, y con creces permitiría satisfacer semejante formulación jurídica indeterminada, estableciendo el deber del adjudicador de excluir dicha evidencia.

La prohibición de la tortura tiene un estatus especial en la protección internacional de los derechos humanos. No sólo es un derecho no derogable, sino tampoco tiene posibilidad de ser restringido⁴⁷. Se trata de una *prohibición universal* que se reconoce incluso en sistemas penales donde las prohibiciones de prueba se entienden dirigidas exclusivamente a los órganos estatales (como Alemania)⁴⁸.

Se encuentra reconocida en los principales instrumentos internacionales de protección de derechos. Así en el Sistema Universal art. 7 PIDCP⁴⁹, Europeo art. 3 CEDH⁵⁰, e Interamericano art. 5(2) CADH⁵¹.

En el mismo sentido va el art. 15 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (CAT por su sigla en inglés), y el art. 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985, prohíben admitir como evidencia cualquier declaración obtenida como resultado de tortura, salvo, claro, aquella que la víctima realice después contra el torturador⁵².

⁴⁵ CAROCCA PÉREZ, A., “Una primera aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 4, N°2, 1998, p. 319.

⁴⁶ En la terminología usada por Dworkin en “*Taking rights seriously*” de 1977. (Hay una traducción al español: *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1993).

⁴⁷ NOWAK, M., *op. cit.*, pp. 126.

⁴⁸ ROXIN, C., *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 206.

⁴⁹ Art. 7 PIDCP. “Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

⁵⁰ Art. 3 CEDH. Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos degradantes”.

⁵¹ Art. 5(2) CADH. “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁵² Art. 15 CAT. “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

Art. 10. “Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”.

4.1. La tortura en el Sistema Universal.

Para analizar la prueba ilícita es necesario delimitar la extensión de la norma a actuaciones particulares. Aun cuando el contexto del art. 1 de la CAT se refiere expresamente a funcionarios del Estado o a personas actuando en capacidad oficial⁵³, el Comité contra la Tortura⁵⁴ ha reconocido también un efecto horizontal para esta norma. En este sentido ha afirmado que:

“Es también deber de las autoridades públicas asegurar la protección legal contra ese tipo de tratos incluso cuando son cometidos por personas actuando fuera o sin ninguna autoridad oficial”⁵⁵.

También en su “Lista de deberes preventivos”, el Comité contra la Tortura señala, entre otras la: “prohibición de detención “incomunicado”, visitas rutinarias de médicos, abogados y familiares, registro central de información de todas las personas privadas de libertad, prohibición del uso de evidencia obtenida a través de la tortura, así como el correspondiente entrenamiento de los oficiales de policía y personal médico”⁵⁶.

Para Nowak, “el Comité ha ido más allá al reconocer, al menos en principio, un deber de los Estados partes –análogo a la segunda oración del art. 6(1)– de proteger por ley el derecho a la integridad personal contra interferencia de privados”⁵⁷. El autor entiende que el Comité se ha extralimitado en su mandato, pues el art. 1 CAT “sólo prohíbe la tortura cometida por agentes públicos, o por lo menos atribuibles a ellos posteriormente. Como carece de base expresa comparable a la segunda oración del art. 6(1), este deber no debe ser interpretado ampliamente”⁵⁸.

En nuestra opinión la interpretación del Comité parece más correcta por las siguientes razones: (i) Una interpretación armónica de los instrumentos tanto del Sistema Universal y los regionales; (ii) asimismo por el deber de buscar una interpretación teleológica *pro persona*⁵⁹; (iii) porque la CAT consagra deberes preventivos y sancionatorios, lo que es concordante con su propósito; y finalmente, (iv) debe hacerse notar que para casos de incorporación de prueba obtenida por medio de tortura, esta siempre estaría mediada por la *autorización* del órgano jurisdiccional para su incorporación, lo que configuraría responsabilidad estatal⁶⁰.

La doctrina y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos apuntan en la misma dirección. En su Observación General N° 13, el Comité establece que: “Debe

⁵³ Es sabido que “las infracciones más brutales ocurren durante el arresto y el período inicial de la detención”, al no haber supervisión. Por todos: NOWAK, M., *op. cit.*, p. 135.

⁵⁴ El Comité contra la Tortura es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del CAT por sus Estados Partes.

⁵⁵ Comité contra la Tortura. Citado por: NOWAK, M., *op. cit.*, p. 130. La traducción es nuestra.

⁵⁶ Comité contra la Tortura. Citado por: NOWAK, M., *op. cit.*, p. 136. La traducción es nuestra.

⁵⁷ NOWAK, M., *op. cit.*, p. 136. La traducción es nuestra.

⁵⁸ *Ibid.* La traducción es nuestra.

⁵⁹ ALDUNATE LIZANA, E., *op. cit.*, p. 127 siguiendo a: CANÇADO TRINDADE.

⁶⁰ Inclusive en sistemas civiles donde los jueces tienen poco control sobre la prueba ofrecida, como en el caso del CPC chileno, esta obligación existe.

establecerse por ley que las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables⁶¹.

En su jurisprudencia sobre la prohibición de autoincriminación ha establecido que:

“(…) El Comité observa que de la redacción del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 –es decir, nadie será “obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”– debe interpretarse en el sentido de falta de toda presión física o psicológica directa o indirecta sobre el acusado de parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiese culpable⁶².”

4.2. La Tortura en el Sistema Europeo.

El art. 3 CEDH consagra un valor fundamental en las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa⁶³, imponiendo un deber de exclusión. La jurisprudencia del TEDH ha desarrollado bastante este tema, estableciendo precisiones respecto a la irregularidad probatoria. Citamos por ejemplo “*Jalloh vs. Alemania*”⁶⁴, donde la policía obligó a un traficante a ingerir un emético para escupir bolsas de estupefacientes ingeridas durante la detención. Esto fue calificado como un trato inhumano, pero no constitutivo de tortura⁶⁵. Se trataba, en suma, de un caso donde la actuación de los agentes policiales no fue particularmente grave, y resultaba determinante para la condena.

Respecto de la eficacia de la prohibición, se estima que los actos prohibidos por el art. 3 CEDH sólo entrañan responsabilidad estatal si son cometidos por personas en el desempeño de una función pública, no obstante el deber general de velar por la protección de las víctimas e investigar las denuncias⁶⁶.

4.3. La Tortura en el Sistema Interamericano.

La CADH no contempla normas sobre exclusión probatoria, sin embargo, existen varios derechos cuya vulneración o limitación ilegítima, podría acarrear la consecuente

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 14. Citado por: O’ DONNELL, D., *op. cit.*, p. 404.

⁶² Comité de Derechos Humanos, caso *Kelly (Paul) vs. Jamaica*, párr. 5.5. (1989); y *Berry vs. Jamaica*, párr. 11.7 (1994). Citados por: O’ DONNELL, *op. cit.*, p. 404.

⁶³ Expresamente: Judgment of 7 July 1989, *Soering*, párr. 88. Citado por: VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (Revisado por VERMEULEN, B.), “Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3)”, en: VAN DIJK, et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Cuarta Edición. Intersentia, Amberes–Oxford, 2006, p. 440.

⁶⁴ TEDH, *Jalloh vs. Alemania*. Sentencia de la Gran Sala de 11 de julio de 2006, párrs. 75–92.

⁶⁵ Así: SANTAMARÍA ARINAS, R., “Artículo 3. Prohibición de la tortura”, en: LASAGABASTER HERRARTE, I. (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Segunda Edición. Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 56. (La votación fue diez votos contra siete).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 61.

inutilizabilidad de la prueba, tornándola en ilícita si la afectación al derecho puede circunscribirse en el art. 8 CADH.

La CIDH se ha manifestado al respecto en varias ocasiones sobre la tortura, en particular respecto del art. 8(3) de la Convención. En el caso de *Manuel Manríquez*, la víctima fue detenida y forzada a firmar una confesión bajo tortura, producto de la cual fue condenado. Ahí la Comisión sostuvo lo siguiente:

“Que de acuerdo a los artículos 5.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe una prohibición de emplear la tortura, y los elementos provenientes de dicho método deben ser privados de todo valor probatorio, abarcando no sólo la tortura sino cualquier medio que constituya coacción (...)”⁶⁷.

En este mismo caso –en el Informe de Fondo– la Comisión se pronuncia contra una odiosa práctica que posibilitó este tipo de abusos: la erróneamente conceptualizada tesis de la “*inmediatez*” o “*inmediación*”. En efecto, en el sistema mexicano la primera declaración del inculpado era considerada como la más relevante y el sistema la dotaba de gran fuerza jurídica⁶⁸; aun cuando la experiencia ha demostrado que las primeras fases de la detención son aquellas donde existe más peligro de que se cometan irregularidades y confesiones forzadas⁶⁹. Esto sin mencionar la falta de rigor conceptual, por el hecho de que doctrinariamente por *inmediación* siempre se ha entendido la presencia del juez en las actuaciones procesales y no otra cosa⁷⁰.

Por su parte entre los casos contenciosos conocidos por la CorteIDH, podemos citar distintos ejemplos donde la prohibición de autoincriminación bajo tortura generó la responsabilidad de los Estados.

La lucha antsubversiva ha dado pie a numerosas vulneraciones de derechos, así en “*Cantoral Benavides vs. Perú*”⁷¹ el hermano de un imputado fue torturado, y forzado a inculparse como miembro de Sendero Luminoso. En el caso de “*Lori Berenson Mejía vs. Perú*”⁷², la víctima fue detenida y torturada por su presunta afiliación terrorista. Luego, esos elementos obtenidos por el fuero militar se usaron por la jurisdicción penal ordinaria. La CorteIDH expresamente señaló su inadmisibilidad, “tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron”.

⁶⁷ CIDH, *Manuel Manríquez c. México*. Informe sobre Admisibilidad de 12 de marzo de 1997, párr. 20.

⁶⁸ CIDH, *Manuel Manríquez c. México*. Informe de Fondo de 23 de febrero de 1999, párr. 76. Por confesión se entendían las: “Primeras declaraciones del reo. De acuerdo con el principio de *inmediación* procesal, y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores”. Apéndice de Jurisprudencia (citado párr. 76).

⁶⁹ Por todos: Nowak, M., *op. cit.*, p. 135.

⁷⁰ En este sentido: CIDH, *Manuel Manríquez c. México*. Informe de Fondo de 23 de febrero de 1999, párr. 77.

⁷¹ CorteIDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 104.

⁷² CorteIDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrs. 171–174.

En este último caso se establece una definición jurisprudencial importante, pues afirma que la eficacia de las pruebas recabadas ante tribunales ordinarios no son competencia de la Corte, pues “corresponde a la jurisdicción interna”⁷³.

Lo interesante, y asimismo preocupante del fallo, es cuestionado en el voto disidente expresado por Jueza Medina Quiroga⁷⁴, donde hace patente que si en el juicio penal ordinario se hizo uso de estas pruebas, y la sentencia no distinguía qué pruebas se habían usado, se habría transgredido el art. 8(2) CADH. Así:

“al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas por no haberse cumplido con las exigencias mínimas de dicha disposición; que debió declararse que, adoleciendo el segundo juicio realizado en contra de la señora Berenson de una falla substancial en materia de debido proceso, la sentencia no tenía validez y la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson”⁷⁵.

Citamos también el caso “*Maritza Urrutia vs. Guatemala*”⁷⁶, donde –con fines de lucha antisubversiva– la víctima fue detenida ilegalmente y torturada⁷⁷ (lo que podría constituir un reconocimiento de la ilicitud de la prueba derivada).

Respecto al estándar probatorio, se ha destacado que debe poder constatarse la existencia de afectaciones al derecho⁷⁸. Por ejemplo, en “*Castillo Petruzzi vs. Perú*”⁷⁹ no se pudo probar que los imputados al ser exhortados a decir la verdad fueran amenazados en modo alguno o requeridos de rendir juramento o promesa, por lo que no fue probada afectación alguna al art. 8(3) CADH⁸⁰.

5. La búsqueda de otras limitaciones.

Sin embargo existen casos menos aberrantes, donde la afectación de garantías fundamentales no es tan evidente, por lo que la discusión parece requerir otro tipo de salidas.

⁷³ *Ibíd.*, párr. 174.

⁷⁴ Voto disidente de la Jueza Medina Quiroga en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el *Caso Lori Berenson Mejía*, de 25 de noviembre de 2005, párrs. XI–XXVII.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. XXV.

⁷⁶ CorteIDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrs. 62–77.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 67.

⁷⁸ ARMENTA DEU, T., *op. cit.*, p. 143.

⁷⁹ CorteIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 163–168.

⁸⁰ En el mismo sentido véase: CorteIDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, párrs. 61–67. Aquí no pudo probarse que la interceptación ilegal y registro de las comunicaciones de la víctima –un abogado–, haya sido ordenada por el Procurador General de la Nación; no obstante se declaró vulneración del derecho a la vida privada por la divulgación de esas grabaciones.

La prueba ilícita como tal no ha sido un tópico para la jurisprudencia de la CorteIDH, aunque podemos citar el caso “*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*” donde la Corte señaló que pruebas irregulares –documentos falsos atribuidos a la CIA– debían excluirse⁸¹. En el mismo caso el voto concurrente del Juez García Ramírez⁸² aborda admisibilidad de las pruebas, afirmando la importancia de que el proceso sea una lucha leal, donde el fin no justificaría los medios:

“A partir de los hechos se construirán las consecuencias jurídicas. Por ende, el juzgador debe poner especial atención en los temas de prueba antes de entrar a la consideración jurídica, y justamente para hacerlo de manera firme y razonablemente segura, a fin de hacer justicia en el caso concreto”⁸³.

Por su parte en el Sistema Europeo es posible identificar una doctrina más clara sobre la ilicitud probatoria, compuesta en su mayoría por causas penales.

Los comentaristas del CEDH, reconocen que la idea de “un proceso con todas las garantías evoca sin duda la cuestión de la prueba ilícitamente obtenida”⁸⁴. Sobre su eficacia, “quedaría fuera de los límites de lo admisible en el proceso que el CEDH diseña, si de ella se derivara una vulneración de alguno de los derechos que integran el proceso con todas las garantías”⁸⁵.

Para Armenta Deu a falta de reglas expresas sobre admisión o eficacia de la prueba, la ilicitud probatoria se incardinaría indirectamente en el art. 6 CEDH, en lo relativo al art. 6(2) que exige que la culpabilidad se establezca legalmente⁸⁶.

La doctrina jurisprudencial permite identificar algunos lineamientos. De este modo, tanto la Comisión como el Tribunal han sostenido que el examen del proceso equitativo debe considerar no sólo la ilicitud según la legislación interna –lo cual no la hace *per se* incompatible con el art. 6 CEDH–, sino que;

“(…) es preciso recurrir a la abstracción y examinar si en el conjunto del proceso el acusado ha disfrutado de un proceso equitativo. Expresado en otros términos, del solo hecho de la obtención ilícita de las pruebas no cabe inferir violación del art. 6 CEDDHH”⁸⁷.

⁸¹ CorteIDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 105.

⁸² Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo del *Caso Bámaca Velásquez*, párrs. 26–29.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 26.

⁸⁴ CHIAVARO, M., “Diritto a un processo equo”, en: BARTOLE, S. et. al., *Commentario della Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Cedam, Padua, 2001, p. 199. Citado por: ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, en: LASAGABASTER HERRARTE, I. (Director), *op. cit.*, p. 239.

⁸⁵ ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 239.

⁸⁶ ARMENTA DEU, T., *op. cit.*, p. 126.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 127.

De acuerdo a la citada autora, las resoluciones más importantes sobre el tema permiten destacar: “*Adolf vs. Austria*”, Sentencia de 26 de marzo de 1982, “*De Cubber vs. Bélgica*”, Sentencia de 12 de julio de 1988); “*Schenk vs. Suiza*”, Sentencia de 16 de diciembre de 1992; “*Khan vs. Reino Unido*”, Sentencia de 12 de mayo de 2000; “*P.G. y J.H. vs. Reino Unido*”, Sentencia de 25 de septiembre de 2001; “*Allan vs. Reino Unido*”, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, permiten extraer la siguiente doctrina jurisprudencial⁸⁸:

La jurisprudencia del TEDH no ha desarrollado mayormente el concepto de la ilicitud probatoria, puesto que el CEDH no regula la admisibilidad probatoria. De este modo, queda “entregada al derecho interno de cada Estado”⁸⁹.

Por tanto el TEDH no cumple el papel de revisar la correcta o incorrecta admisión de pruebas, sino si el proceso en su conjunto (incluyendo la incorporación de la evidencia), reviste un carácter justo de acuerdo a los estándares del art. 6 CEDH⁹⁰.

Finalmente, existe consenso en que violentan un proceso justo las pruebas obtenidas mediante provocación policial, o violando el derecho del acusado a guardar silencio, y a no declarar contra sí mismo. También se rechaza el testimonio anónimo, con excepciones en casos de infiltración policial⁹¹.

Respecto de la ilicitud probatoria entre privados, en especial en lo relativo a las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a la privacidad e intimidad –art. 8 CEDH–, no existe jurisprudencia. No obstante en materia penal se han dado casos que ponen en relieve este conflicto, donde la mayoría han sido rechazados a favor de la persecución criminal⁹², salvo por el contenido de votos de minoría.

Por ejemplo, en “*Schenk vs. Suiza*”⁹³, el demandante asesinó a su mujer por medio de un sicario, quien registró la llamada telefónica y posteriormente reveló lo ocurrido a la policía. ¿Podían los agentes estatales hacer uso de ella? El TEDH consideró que la violación no era de la entidad suficiente. El voto de minoría –sostenido por cuatro jueces– argumentó preocupado qué pasaría si el derecho comprometido hubiera sido la tortura en vez de la privacidad.

La respuesta es bien obvia. En el caso de tortura debería excluirse la prueba y sancionarse a los culpables. Probablemente la preocupación que motiva al juez es comprensible –cómo controlamos el actuar estatal–, pero la analogía propuesta no resiste análisis⁹⁴, por el conflicto del caso particular, y las limitaciones que pueden admitirse en el caso del art. 8 CEDH.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 128. La autora cita equivocadamente el nombre de “*De Cubber*”.

⁸⁹ ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 239–240. Comparar con nota (73).

⁹⁰ ARMENTA DEU, *op. cit.*, p. 128.

⁹¹ Para un análisis pormenorizado: *Ibíd.*, p. 129 y ss.

⁹² Si se permite que el Estado persecutor lo puede hacer, con mayor razón podrían los particulares.

⁹³ TEDH, *Schenk vs. Suiza*. Sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 1988.

⁹⁴ Salvo que entendamos que cualquier limitación a cualquier derecho reconocido en el Convenio debe excluir la prueba necesariamente; o que si limitamos lo más, debemos limitar lo menos.

6. Conclusiones.

El debido proceso es un concepto maleable, y diversas interpretaciones –a menudo contradictorias– son susceptibles de sostenerse sobre la base de la intuición, por lo que resulta preferible revisar las garantías que lo componen.

Si entendemos seriamente la idea de que en litigios entre particulares, ambas partes detentan el derecho a la defensa, a ser oídos, a la prueba, al contradictorio, etc., las limitaciones a la prueba deben restringirse al mínimo.

La solución mecánica de excluir cualquier vulneración parece una solución fácil, pero sus resultados pueden ser caóticos. ¿Pueden la intimidad o el honor siempre excluir evidencias? Pensemos en un juicio de familia donde se ventilan intimidades, o en juicios laborales donde el empleador controla el ambiente de trabajo y puede limitar las pruebas del trabajador. Asimismo recordemos situaciones límites como los casos de violencia contra menores captada por cámaras ocultas. ¿Debe necesariamente excluirse esa prueba? Pareciera que no.

Una cláusula tan amplia como la prohibición que empieza a abrirse paso en nuestro sistema jurídico, no es el mandato necesario que hacen los tratados para el resguardo de las garantías procesales y, aunque queda pendiente el análisis, creemos que la norma tampoco se ajustaría a los mismos.

Esperamos que estas palabras contribuyan a la reflexión del tema, de cara a la futura Reforma Procesal Civil, porque la exclusión de pruebas como política generalizada es –en último término– excluir la posibilidad de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, D., “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en: BORDALÍ SALAMANCA, E. (Coordinador). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2006.
- ALDUNATE LIZANA, E., *Derechos fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2009.
- ALVARADO, A., *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011.
- ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- BORDALÍ, A. “El debido proceso civil”, en: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (Coord.). *La constitucionalización del derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

- CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- CAROCCA PÉREZ, A., “Una primera aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 4, N°2, 1998.
- DWORKIN, R., *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2002.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.
- ECHEVERRÍA DONOSO, I., *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2010.
- ENDICOTT, T., “La vaguedad y el Estado de Derecho: Una crisis en la adjudicación de Derechos Humanos”. Ponencia Presentada en la Sesión Plenaria del V Congreso de Teoría Constitucional, 2011 (por publicarse en la Revista Derecho y Humanidades).
- FERRADA, F., *La prueba ilícita en sede civil*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2011.
- FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: TAVOLARI, R. (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Punto Lex – Thomson Reuters, Santiago, 2010.
- HORVITZ, M. I.; LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- JANA LINETZKY, A., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en: VV.AA., *Los derechos fundamentales. Seminario Latinoamérica de Teoría Constitucional 2001*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- JARA BUSTOS, F., “¿Eficacia horizontal de los derechos fundamentales? El problema del estándar de la prueba ilícita en el derecho chileno”. Ponencia presentada en el V Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional, 2011 (por publicarse en la Revista Derecho y Humanidades).
- JARA BUSTOS, F., “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2 N° 3, 2011.
- JARA BUSTOS, F., “Las normas de prueba en materia de Familia. Un análisis al divorcio sanción, y a la violencia intrafamiliar desde la Prueba Ilícita.” Ponencia presentada en el II Congreso Estudiantil de Derecho Civil, 2011 (Se encontrará disponible próximamente en línea en Microjuris).
- LARROUCAU TORRES, J., *La prueba en el proceso civil*. Tesis (Para optar al grado de Doctor en Derecho), Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2010.

- LASAGABASTER HERRARTE, I. (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Segunda Edición. Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- MARINONI, L. G., et. al., *Fundamentos del Proceso Civil*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010.
- MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2003.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. N. P. Engel Publisher, Estrasburgo, 1993.
- O' DONNELL, D., *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago, 2007.
- PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROXIN, C., *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- TARUFFO, M., *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO, M., “Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado”, en: *Revista Sufragio*, N° 2, 2008–2009.
- TAVOLARI, R., “El debido proceso”, en su: *El proceso en acción*. Libromar, Valparaíso, 2000.
- TAVOLARI, R., *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- TORO JUSTINIANO, C., *El debido proceso penal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009.
- VAN DIJK, et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Cuarta Edición. Intersentia, Amberes–Oxford, 2006.
- WEISSBRODT, D., *The right to a Fair Trial under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2001.
- ZAPATA GARCÍA, M. F.; *La Prueba Ilícita*. Lexis–Nexis, Santiago, 2004.