

La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno

[Illegally obtained evidence in the present chilean labor procedure]

ÁLVARO VERDUGO JAÑA*

Con form
Inglés (E
Comprim

RESUMEN

En este trabajo se plantea un examen de la regla de exclusión probatoria por ilicitud contenida en el artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, la que por su escasa extensión deja sin resolver aspectos de vital importancia al momento de efectuar una aplicación de ésta. Por ello, se aborda el presente estudio desde las nociones fundamentales en materia de prueba para luego, en segundo término, y en base a la doctrina procesal penal, definir los criterios sobre los cuales se analizará y evaluará la regla en la parte final. La insuficiente regulación al respecto, el poder del empleador dentro de la empresa, y la importancia de los intereses involucrados en este asunto, constituyen razones que urgen una pronta solución al problema.

PALABRAS CLAVE

Medios Probatorios – Prueba Ilícita – Procedimiento Laboral.

ABSTRACT

In this paper is presented an enquiry of the rule of exclusion contained in the article 453 N°4 of the Labor Code, which due to its scarce extension leaves unresolved aspects of vital importance when making an application of this. Therefore, this study is approached from the fundamental notions in the field of evidence, to then, secondly, and based on the criminal procedure doctrine, define the criteria on which the rule will be analyzed and evaluated in the final part. The insufficient regulation in this regard, the power of the employer within the workplace, and the importance of the interests involved in this matter, constitute reasons that urge a prompt solution to the problem.

KEYWORDS

Evidence – Illegally obtained evidence – Labor Procedure.

* Egresado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la ilicitud probatoria en Chile ha sido de un interés bastante reciente si tenemos en consideración que hasta antes del año 2000 no había una reglamentación general y el tema se abordaba de manera aislada. Quizás esto se explica por la imperativa necesidad legalista en nuestro país, que demanda continuamente una regulación para todo ámbito, institución o cosa que sea digna de protección o reconocimiento.

Con la Reforma Procesal Penal, el Código Procesal Penal (CPP) en su artículo 276 consagró esta regla conforme al cambio de paradigma respecto del antiguo procedimiento penal inquisitivo, dirigido hacia un proceso penal acusatorio conteste con las garantías del imputado. El año 2006, en materia laboral, el reconocimiento se produjo con la Reforma a la Justicia Laboral, y se consagró en el actual artículo 453 N°4 del Código del Trabajo. Resulta de interés apreciar que ésta cláusula es diferente a la consagrada en el Código Procesal Penal y la Ley de Tribunales de Familia (Art. 31). Esto necesariamente lleva a la necesidad de delimitar sus contornos y potenciales supuestos de aplicación, para concluir, en último término, en la verificación de que tal norma se justifica (o no) dentro de los principios inspiradores de todo proceso, y en caso de no hacerlo, consolidar las críticas esbozadas por la doctrina y proponer alguna solución, en la medida de lo posible.

Para desarrollar esta labor investigativa, consideramos imperioso acudir a la doctrina penalista. En efecto, los parámetros que se utilizan para evaluar esta institución en cada una de las áreas en donde se encuentra regulada, de una u otra forma terminan siendo una remisión a los criterios penales, y por tal motivo no podemos prescindir de ellos en el estudio de esta figura.

Aclaradas las principales ideas respecto a la prueba ilícita, llevaremos el análisis a la regla laboral, y, conjuntamente, se realizará un estudio de jurisprudencia que, en el mejor de los escenarios, será de utilidad para aclarar las dudas en cuanto a la regla de exclusión. Nos servirá, por otra parte, para enriquecer el estudio a través del examen casuístico que permita organizar, graduar, clasificar, agregar, desechar y comparar hipótesis de aplicación de la regla, así como también determinar su rectitud y funcionamiento.

II. NOCIONES GENERALES EN MATERIA DE PRUEBA

1. ¿Qué es la prueba?

Determinar en qué consiste la prueba, a ciencia cierta, no es algo que sea de respuesta sencilla, a pesar de ser una institución de manifiesta importancia en el contexto judicial. La doctrina jurídica se ha encargado de proporcionar una variedad de conceptos sobre la prueba, sin perjuicio de reconocer que la noción de prueba también es utilizada en otras áreas del conocimiento como elemento de validación empírica.

Siempre que nos vayamos a referir al contexto del Derecho, la cuestión sigue siendo compleja, pues puede referirse a una pluralidad de ideas diferentes¹: los instrumentos que se proveen al juez para el conocimiento de los hechos, el procedimiento por el cual se forman e incorporan, la actividad lógica hecha por el enjuiciador respecto de esos instrumentos, y finalmente, el resultado de esa actividad.

Para efectos de este trabajo, no nos abocaremos en profundidad al análisis de cada uno de estos tópicos individualmente considerados. Más nos interesa tener en consideración los fines de la actividad probatoria y sus límites, cuanto son estos factores los que se conjugan en la regulación del régimen probatorio de cada Estado, influyendo en las disposiciones respectivas de todo ordenamiento jurídico y en la determinación de quien tiene el control sobre la toma de pruebas².

Consideramos esto de suma relevancia, ya que son estas tensiones (que subyacen a todo ordenamiento jurídico) las que determinaran, en último término, cuál será la postura que adoptaremos en orden a admitir o excluir la prueba ilícita en nuestra legislación. Claro está, que desde que el legislador ha optado por consagrar tal regla de exclusión por vía legal, ya no es de mayor debate el fundamento de esta institución, pero el fin de este trabajo investigativo no es sino ahondar en la interpretación del art. 453 CT, y en este capítulo, de manera particular, se presentan los conceptos fundamentales para tal análisis.

a) Objeto de la prueba

Si tiene sentido hablar de la prueba, vale la pena aclarar qué es lo que se prueba. Al respecto, en un sentido estricto, podemos entender que el objeto de la prueba se refiere a las realidades que en general pueden ser probadas. En otras palabras, aquello que las normas establezcan como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia jurídica

¹ *Ibid*

² A este respecto, Damaska precisa que el control de las partes sobre la toma de pruebas no puede relacionarse de manera necesaria al propósito que anima a los procedimientos. pues puede transferirse el control de esta actividad a un protagonista independiente e imparcial y aun permanecer como dedicado a la resolución de disputas. Razones de otro orden explicarían que el sistema de “competición” en la toma de pruebas sea más acorde con este sistema de resolución de disputas. Véase DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000) p.207 y ss.

(pudiendo ser las normas mismas si fuere a recaer actividad probatoria sobre aquéllas, aunque la regla general sea que no exista necesidad de prueba)³.

Otros autores, de manera similar, lo entenderían como los elementos fácticos en que las partes fundan sus pretensiones⁴. Aunque en relación con esta última concepción, podría objetársele que las partes, en principio, no fundamentan sus pretensiones en elementos fácticos, puesto que en un contexto judicial la distancia existente entre lo que las partes podrían llegar a afirmar respecto de la realidad, puede distar por mucho (o muy poco) de lo que esa realidad efectivamente es. Tal problema epistemológico se analizará en breve, pero cabe resaltar que lo que se presenta ante el juez para su convencimiento (los medios probatorios) buscan persuadirlo de la veracidad de ciertas afirmaciones sobre los hechos y no sobre los hechos mismos. El hecho no puede ser calificado de “cierto”, “indubitado” o “verdadero”. El hecho existe o no existe, y esa existencia solo puede servir para calificar la verdad de una afirmación de un hecho⁵.

Precisa en este sentido Carocca⁶, que entiende que a través de los distintos medios de prueba se introducen afirmaciones instrumentales que permiten lograr la convicción del juez, y así alcanzar la certeza (procesal) de los hechos. Esta definición salva nuestras críticas anteriores y presenta las nociones de convicción o persuasión, a las que también nos referiremos luego.

b) Función de la prueba

Aclarado ya que lo que se ha de verificar son afirmaciones sobre los hechos, y no los hechos en sí mismos considerados, corresponde relacionarlo con la función de la prueba misma dentro de un proceso. Al referirnos a este tema, la pregunta que cabe hacernos responde, en último término, a qué quiere lograrse mediante la prueba. Por ello, resalta el carácter instrumental anunciado por Carocca en su definición de medios probatorios, pues se encuentra en íntima relación con los fines del proceso⁷ y con los diversos conceptos de proceso⁸. Así, y hablando en términos genéricos, puede decirse que la búsqueda de la verdad es algo que se atribuiría más propiamente a un procedimiento de tintes inquisitivos mientras que aquello no sería algo fundamental en procedimientos adversariales, sin perjuicio de ciertos matices.

La dificultad estriba en que en un contexto judicial toda aproximación a la verdad puede resultar amagada, y por tanto, solo podría alcanzarse una verdad formal o

³ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil* (Editorial Civitas, cuarta edición, 2005, España) pp. 63 s. A su vez, el autor distingue lo anterior (el objeto de la prueba), del tema de la prueba, que se traduce en lo que debe (y no solo puede) probarse para que el juez declare lo solicitado. En este aspecto se atiende a un proceso en concreto, y no en términos generales.

⁴ CABEZAS PINO, René, *Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010) p.65

⁵ GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, cit. (n. 2) pp. 91-92

⁶ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile* (Revista Ius Et Praxis Vol. 4, N°2, 1998, Universidad de Talca, Chile) p.301.

⁷ Reiteramos la precisión hecha por DAMASKA, Mirjan, cit. (n. 4)

⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba* (Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2008) p. 20.

relativa, lográndose únicamente alcanzar una verdad en términos de probabilidad⁹. Por ello, parece razonable que tengamos que conformarnos con un estándar de exigencia menor, pero ¿cuál será este? Aquí retomamos la noción de convicción anunciada anteriormente. Con acierto, Montero Aroca define la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes¹⁰.

Podemos concluir que la actividad probatoria se centra más en el carácter psicológico de los medios presentados, que en la persecución de la verdad en términos absolutos. Por tanto, sería apropiado que nos quedáramos con la siguiente definición:

[La prueba consiste en] “(...) todo medio retórico, regulado por la ley, y dirigido, dentro de parámetros fijados por el derecho y de criterios racionales, para convencer al Estado-Juez de la validez de las proposiciones, objeto de impugnación, hecha en el proceso”¹¹.

De quedarnos con este concepto, no podemos dejar de lado que la búsqueda de verdad en un proceso tampoco puede quedar abandonada, de lo contrario sería un ejercicio fútil la presentación de pruebas, y podría solucionarse toda controversia mediante una ordalía, o dejándolo a la suerte¹². Además, la exigencia de justicia en todo procedimiento (y como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción) impone una cercanía a la verdad en cierta medida.

La coherencia de un conjunto de enunciados dentro de un contexto judicial no puede operar, per sé, como condición de validez de una sentencia judicial, por cuanto debe tener una porción de justicia y razonabilidad acorde a la realidad. Bien acusa Taruffo esta situación al señalar la posible falsedad en los contextos judiciales rechazando las teorías de la verdad como mera coherencia¹³.

Por todo esto, reemplazaremos la noción de verdad por la de convicción o persuasión.

2. La prueba como derecho y carga

a) La prueba como derecho

Reconocida la importancia de la actividad probatoria en el proceso como mecanismo de verificación de las afirmaciones aportadas al juez por las partes, dirigidas a obtener su convencimiento respecto de la pretensión planteada ante él, es menester que entendamos que también constituye un derecho por sí mismo.

Como primera aproximación, sería conveniente descubrir si hay alguna disposición en nuestro texto constitucional que lo consagre. A este respecto,

⁹ *Ibid.*, pp. 30-33. El autor señala que de esta manera el conocimiento es incierto, pero en alguna medida fiable, posible de lograr mediante cálculos matemáticos o patrones lógicos de razonamiento.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, cit. (n. 5) p. 55.

¹¹ GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, cit. (n. 2) p. 36.

¹² TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa* (Ius et Praxis, pp. 95- 122, 2006.) p.21.

¹³ TARUFFO, Michele, cit. (n.10) p. 26-28.

Rocca¹⁴ distingue entre lo que sería una consagración directa de una indirecta. Consagración explícita no la habría, porque aun cuando podríamos admitirlo dentro del art. 19 N°3 inc. 5 CPR, disposición en la que la doctrina se habría apoyado para afirmar la consagración del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico, se deja la determinación de los criterios rectores al legislador, lo que lo deja vulnerable a modificaciones legislativas de quórum simple.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En consecuencia, quedará buscarlo por vías de consagración indirecta¹⁵. Es decir, tratados internacionales ratificados por Chile, doctrina y jurisprudencia.

Por lo extenso de este tema, que excede a los objetivos del presente trabajo, nos limitaremos a mencionar tratados internacionales donde podemos encontrar este derecho, que ratificados, pasan a formar parte del bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile¹⁶, por la vía del reenvío que realiza el art. 5° inc. 2 de nuestra Constitución Política.

En nuestro caso los instrumentos internacionales relevantes son la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero, en el contexto interamericano, lo consagra en el art. 8.2 [(...) *medios adecuados para la preparación de su defensa;*(...)] y el segundo, a nivel mundial, en su art. 14.3 [(...) *A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;* (...)].

No podemos olvidar que este derecho se encuentra vinculado al derecho de defensa en una relación de instrumentalidad, en la medida en que es necesario para que los litigantes puedan desvirtuar las alegaciones de la parte contraria, o justificar las propias, y en último término, hacer efectivo el derecho a la tutela judicial.¹⁷

Finalmente, cabe indicar que se acostumbra distinguir proyecciones de este derecho: derecho a proponer prueba, derecho a la admisión de los medios probatorios

¹⁴ ROCCA DIEZ, Francisco, *Derecho a la prueba y carga probatoria en el procedimiento laboral monitorio* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2014) pp. 11 y ss. No obstante el autor no alude a una consagración directa, se obtiene a *contrario sensu* de lo que entiende por consagración indirecta en p. 11.

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia* (Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, N°2, 2015). P. 11.

¹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Editorial José María Bosch, Barcelona, España, 1996) pp. 35, 37. Respecto al punto MONTERO, Juan, cit. (n.13) p. 101, 103, señala que no se vulnera el derecho a prueba si no ha existido asimismo una vulneración al derecho de defensa. Pero la exigencia de una indefensión material que tenga trascendencia en el fallo vendría a hacer perder sustantividad al derecho, en cuanto "no sería propiamente un derecho, sino un elemento dentro de un derecho más general".

presentados, derecho a la práctica de los mismos y el derecho a una ponderación racional¹⁸.

b) La prueba como carga

Otro asunto igualmente interesante corresponde al tema de la prueba como carga para las partes. Esta puede ser vista como la contracara de la prueba como derecho, pues si entendemos que debe otorgarse a las partes la posibilidad de sustentar sus alegaciones por medios de prueba, también existe un grado de responsabilidad de aquella parte en proveer los medios necesarios para que se acoja su pretensión.

En igual orden de ideas, podría afirmarse que más que una regla de prueba es una regla de juicio puesto que, en lugar de distribuir la prueba, “reparte las consecuencias de la falta de prueba o certeza”¹⁹. La carga de la prueba entendida como regla de juicio tiene, entonces, como principal destinatario al juez (e indirectamente a las partes) pues constituye una serie de criterios que se dirigen a él para que la cuestión no permanezca imprejuizada y a la vez, se elimine cualquier arbitrariedad²⁰.

Sin ánimo de extendernos sobre el punto, en relación con la actividad probatoria de oficio, no puede decirse que esto signifique desechar la idea de carga de la prueba, sino cuando constituya una competencia exclusiva del juez, es decir, que tenga este último el monopolio de la prueba, y nada quede a probar por las partes²¹.

3. Límites del Derecho a prueba

Bien sea este un derecho fundamental, conforme a lo ya razonado, no es a la vez un derecho absoluto, ya que reconoce limitaciones en su ejercicio. En algunos derechos la protección es absoluta, y en otros se permite la afectación por el constituyente (de estar regulado en la Constitución) o por el legislador, pero en ningún caso, que la afectación sea de tal magnitud que se vulneren los derechos en su esencia, o se impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, en conformidad al art. 19 N° 26 de nuestro texto constitucional.

Esta limitación de los derechos puede explicarse oportunamente por la necesidad de respetar otros derechos fundamentales involucrados en el contexto

¹⁸ Entre otros, véase, MONTERO, Juan, cit. (n. 5) p. 101, 103;

¹⁹ PEYRANO, Jorge, *La carga de la prueba* (Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>) p.959

²⁰ Véase, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal* (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Alicante, 2004. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11013/1/Fernandez-Lopez-Mercedes.pdf>) p. 136. El autor distingue en la carga de la prueba formal (aquella que corresponde a las partes de buscar los medios de prueba necesarios, valorar la necesidad de su práctica, solicitar la práctica, y practicarlos ante el órgano jurisdiccional) de la material, que es la dirigida al juez.

²¹ VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia, *Rol del juez en el nuevo proceso civil en relación a la carga de la prueba* (Tesis para optar al grado de magister en Derecho, Universidad de Concepción, 2014. Disponible en: http://repositorio.udec.cl/bitstream/handle/11594/1660/Tesis_Rol_del_Juez_en_el_nuevo_proceso_Civil.I mage.Marked.pdf?sequence=1) P.28 - 30

judicial²². Dada la oposición de intereses envueltos en un litigio ante un órgano jurisdiccional resulta claro hoy en día que no pueden valerse las partes (o el Estado, en su caso) de todos los medios de que dispongan para obtener la satisfacción de sus pretensiones u objetivos. Tal es una noción propia de todo Estado Democrático de Derecho, pues lo contrario implicaría el logro de cualquier objetivo pasando por encima de toda norma y derechos consagrados por nuestra Carta Fundamental.

En relación con los hechos a probar, no todos son permitidos. Más para que lo sean, deben cumplir una serie de requisitos. Deben ser pertinentes, sustanciales y controvertidos²³. Estos tres últimos requisitos podemos encontrarlos tanto en el art. 318 CPC, en materia civil, como en el art. 453 CT, en materia laboral.

Una útil clasificación de los límites de la prueba nos la provee Joan Picó, el cual distingue entre los límites intrínsecos y extrínsecos. Los intrínsecos son todos aquellos presupuestos o condiciones que debe reunir todo medio de prueba en general (pertinencia, utilidad y licitud) mientras que los extrínsecos se refieren a todas aquellas formalidades de proposición del medio en particular²⁴. Nos abocaremos a los primeros, pues son los que más se aproximan al objeto de este trabajo, en especial, la licitud, cuyo tratamiento se enfocará en el segundo capítulo.

a) Pertinencia

Lo primero al respecto es aclarar que, al hablar de pertinencia, la cualidad de pertinente se predica respecto al medio probatorio, no del hecho a probar. En términos más precisos, la pertinencia se da como un vínculo entre lo que son los hechos a probar y los medios probatorios presentados, y es por tal razón que la pertinencia de esos medios no puede explicarse sin relación a los hechos que se pretenden acreditar²⁵.

Para el profesor Mosquera, un hecho pertinente sería aquel que, sin integrar esencialmente el conflicto, se vincula a él y es necesario para la resolución del órgano jurisdiccional²⁶. Por otro lado, podemos nosotros afirmar que un medio de prueba pertinente, sería aquel que guarda vinculación con el hecho a probar.

A la vez, la relación de pertinencia no significa, en modo alguno, un signo de eficacia de la prueba respecto a su eventual resultado, pues su admisión es independiente de toda posibilidad de que aquel medio permita dar los hechos por acreditados, pues aquello se determinará una vez practicada toda la prueba, y no en una etapa procesal previa²⁷.

²² Véase, a este respecto, la teoría externa de los derechos fundamentales tratada por CIANCIARDO, Juan, *Los límites de los derechos fundamentales* (Revista Dikaion, Vol. 15, N°10, 2001, pp.53-73, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia) p.69

²³ CABEZAS PINO, René, cit. (n. 6), p. 65

²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 19) p.40

²⁵ MONTERO, Juan, cit. (n. 5) p. 153

²⁶ MORALES, Eduardo, *Explicaciones de derecho procesal* (Tomo II, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1987.) p.145. Cit. por CABEZAS PINO, René, cit. (n. 7) P.65

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 19) p.55

Su fundamento se encuentra en la economía procesal, ya que sería un sinsentido preguntarse sobre la admisibilidad de alguna prueba si su adquisición fuera, en cualquier caso, inútil²⁸

b) Utilidad

Ésta no se dará en 2 situaciones²⁹:

a) Cuando el medio de prueba presentado no sea adecuado para verificar las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte.

b) Cuando el medio de prueba sea superfluo. Por ejemplo, se presentan dos pruebas periciales con el mismo fin; o el medio de prueba ya se había practicado con anterioridad.

III. LA PRUEBA ILÍCITA

1. ¿Qué es la prueba ilícita?

Tal como adelantamos en el capítulo anterior, la licitud es uno de los límites generales que se imponen en materia probatoria a todo litigante que pretenda justificar sus alegaciones en el juicio. El tratamiento especial que hacemos de esta figura en el presente acápite se explica en la necesidad de depurar todo el arsenal conceptual, de establecer límites claros entre cada creación similar de la doctrina y jurisprudencia, para finalmente abocarnos sin problemas en el análisis de la prueba ilícita laboral, regulada en el art. 453 CT.

Como una definición general y provisional, diremos que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con infracción de derechos fundamentales³⁰.

Sobre esta concepción trabajaremos, analizando cada uno de sus elementos, y al final del apartado verificaremos si tal concepto es satisfactorio o no, para encargarnos, en el último caso, de las pertinentes correcciones.

2. Momento en que se produce la ilicitud

a) Fuentes y medios de prueba

Para determinar este momento, es preciso recurrir a una difundida distinción entre lo que son las fuentes y los medios de prueba.

²⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Segunda edición, Editorial Trota, Madrid, 2005) p. 364. Cabe destacar que la expresión *inútil* no está usada con la mayor precisión, en cuanto la utilidad y la pertinencia son elementos diferentes. Una parte de la doctrina y jurisprudencia solo distinguen la pertinencia y licitud como criterios, pero consideramos necesario señalar ambas posturas.

²⁹ MONTERO, Juan, cit. (n. 5) p. 156, 157

³⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones* (Revista Catalana de Seguretat Publica, Mayo, 2010, pp.131-151) p. 133.

En relación con las fuentes de prueba, Claudio Meneses, en base a la raíz etimológica de la palabra (del latín *fontem*, *fons*), la cual refiere a aquello que significa un “punto de origen” del cual emana algo, dirá que son el principio o fundamento de la información sobre los hechos, que por consiguiente se ubican fuera y con anterioridad al juicio, y que se componen por personas y cosas³¹.

Al respecto, y de manera preliminar, podría señalarse el carácter extrajurídico que tendrían las fuentes de prueba, en cuanto su existencia estaría desprovista de todo carácter jurídico, del que resultarían imbuidas una vez aportadas al juicio como medios. Por ello, la ley no debiera regular las fuentes, si no, la actividad procesal en virtud de la cual éstas se incorporan al proceso, los medios³².

Sin embargo, una disquisición más detallada de Meneses lo lleva a afirmar que pese a que esta característica se presenta en la mayoría de los casos, hay ciertos supuestos en donde la fuente está innegablemente dotada de un carácter jurídico, como sería en los casos de una escritura pública o documentos con firmas autorizadas ante notario, los cuales tendrían en su raíz una base legal³³.

Por otro lado, de atribuirle tal carácter extrajurídico, no cabría hablar de la ilicitud de la fuente de prueba, como suelen hacerlo los autores al tratar el tema de la prueba ilícita³⁴, pues tales calificaciones no existen sino en el entorno del derecho, predicándose respecto de conductas, cosas, hechos o fenómenos de relevancia jurídica y, que por tanto, son jurídicos en el sentido más estricto.

Lo ilícito (en los términos más generales que podamos usar esta expresión) no es sino lo opuesto a lo lícito, es decir, lo establecido o permitido por la ley, y tal calificación implica una valoración de la juridicidad de la fuente, lo que es realizar una medición de la “porción” de legalidad en esa fuente. Por tanto, las fuentes efectivamente poseen un carácter jurídico, el cual es medible.

Respecto a los medios de prueba, ayudándonos nuevamente del trabajo conceptual de Meneses, el cual atendiendo a la raíz etimológica (del latín *medius*, la que traducida significa “método o instrumento para lograr algo”) los define como personas y cosas que poseen información útil y que la ley considera idóneas para el desarrollo de la actividad probatoria, para cumplir los fines procesales de la prueba judicial³⁵.

Por otra parte, Pérez Ragone y Núñez Ojeda³⁶ los comprenden como el conjunto de formalidades que establece el legislador para incorporar a un proceso las

³¹ MENESES PACHECO, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil* (Revista Ius Et Praxis, Vol. 14, N°2, 2008, Universidad de Talca, pp. 43-86) pp. 57 s.

³² Sobre esto último, MONTERO, Juan, cit. (n. 5) pp. 437 s.

³³ MENESES, Claudio, cit. (n.33) p.60

³⁴ Véase, a modo ejemplar, WELDT UMAÑA, Anderson, *Práctica en el procedimiento de aplicación general y los recursos procesales* (Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2015) p. 158. Señala que la ilicitud se predica respecto a la fuente de prueba, y no necesariamente respecto del medio de prueba en sí mismo.

³⁵ Meneses, Claudio, cit. (n.33) p.61

³⁶ PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Manual de Derecho Procesal Civil: Proceso ordinario de mayor cuantía* (Legal Publishing, Santiago, Chile, 2014) p.150

fuentes de prueba. Esta definición, entonces, alude a ellas como un conjunto de formalidades.

Ahora bien, es posible aceptar ambas concepciones, pues tal como lo mencionamos unas páginas atrás, la noción de prueba tiene varios sentidos los cuales son todos aceptables en la medida en que se tengan presente las varias caras de esta figura. Así, decíamos que se le entienden frecuentemente en el uso jurídico como los instrumentos que se proveen al juez para su conocimiento, el procedimiento por el cual se forman e incorporan, o incluso como la actividad lógica hecha por el juez en cuanto a los instrumentos presentados, y el resultado de esa actividad.

En consecuencia, el entender los medios de prueba como un conjunto de formalidades podría ilustrarse de la siguiente manera: ante una persona que posee un conocimiento de ciertos hechos relevantes en un juicio, en razón de haberlos presenciado por sus sentidos (fuente de prueba), su introducción al proceso se realiza mediante la producción de la prueba la cual consistirá en un acto de deposición que deberá revestir ciertos requisitos establecidos por la ley. En otras palabras, un acto formal regulado por el ordenamiento jurídico.

b) Fuentes y medios ilícitos

Aplicando lo recién expuesto al tema de la prueba ilícita, se aprecian importantes repercusiones en orden a determinar el momento en que se produce la ilicitud que justifica la exclusión: si es en la obtención de la fuente, o en su práctica como medio probatorio.

Dentro de la primera categoría de autores, por ejemplo, Picó I Junoy considera una prueba como lícita cuando no existe infracción de derechos fundamentales ni en la obtención preprocesal del elemento probatorio ni durante la práctica del concreto medio de prueba³⁷. Se desprende de ello, entonces, que la ilicitud no solo se da al vulnerar derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, sino que también dentro del contexto del litigio.

De una opinión contraria es otro grupo de autores, entre estos, Montero, el cual considera que la licitud puede solo afectarse al momento de la obtención, y no así en la práctica del medio de prueba, pues allí lo que más puede llegar a existir es una realización de la prueba de forma ilegal, contraviniendo la norma que la regula, mas no una ilicitud, lo que es propio de las fuentes³⁸. En el mismo sentido, Zapata, que sin perjuicio de lo anterior, justifica la exclusión dentro del proceso en razón de los artículos 5° y 6° de la Constitución, en virtud de los cuales constituye un límite a la jurisdicción el respeto a los

³⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 19) p. 61.

³⁸ MONTERO, Juan, cit. (n. 5) p. 158. Con todo, parece reconocer que en la actividad de incorporación al proceso de las fuentes pueden afectarse una serie de derechos, en cuyo caso, la admisibilidad estará supeditada a un grado de intervención razonable y justificado, y dependerá de la naturaleza del derecho vulnerado. Véase, pp. 161-163.

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo en definitiva, indiferente que se produzca la vulneración dentro o fuera del proceso³⁹.

Con todo, las discusiones al respecto parecen carecer de relevancia si se tiene en cuenta la principal característica de la prueba ilícita, que consiste en la afectación de derechos fundamentales. En este orden de ideas, no parece que lo apropiado sea atender a si la vulneración se produce en la obtención o en la práctica de la prueba (aunque el primer supuesto sea mucho más frecuente que el segundo), pues la afectación de tales garantías impedirán, en principio y por regla general, la incorporación al proceso. Claramente, en el evento de que el legislador expresamente se haya referido a algún momento en específico en el que deba operar la regla de exclusión, habrá que atenerse a éste. Lo que proponemos se aplica a los casos no previstos por norma jurídica expresa.

Por otro lado, la doctrina que distingue entre la vulneración de normas materiales y procesales, asociando la una a un momento pre-procesal y la otra, valga la redundancia, al interior del proceso, no estaría en lo correcto, dado que es posible una vulneración de derecho material dentro del proceso, como ocurriría si un testigo se viera constreñido a declarar en un determinado sentido. Con todo, casos como este último son excepcionales, y la regla general será que la ilicitud en la *producción* derivará de una violación de derecho procesal⁴⁰

c) Entidad de la ilicitud y principio de proporcionalidad

Aclarado lo anterior, podemos observar que solo nos hemos referido a los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, los que, como dijimos, en principio, justifican la exclusión sea en la obtención o en la producción del medio probatorio. Sin embargo, existen ciertos casos en los cuales se permitirá la obtención o incorporación de pruebas que afectan el ejercicio de derechos fundamentales o que infringen la legalidad ordinaria.

i) Vulneraciones de derechos fundamentales o de legalidad permitidas

Este tipo de transgresiones deben ser atendidas apropiadamente, pues como ya adelantamos, lo único que parece constituir un límite razonable a la garantía de las partes de presentar medios de prueba (salvo los requisitos generales) es el mantenimiento de un estado de indemnidad de las partes y terceros en el ejercicio de sus derechos fundamentales, los que por su jerarquía en el orden constitucional del Estado de Derecho no son susceptibles de afectaciones arbitrarias y desmedidas.

El primer paso en esta dirección será buscar alguna norma en la materia que regule la exclusión de la prueba ilícita, por cuanto el legislador puede optar, en ciertos casos, por permitir afectaciones de poca entidad, o en las que existan intereses procesales de mayor relevancia. Baste comprobarlo en nuestro ordenamiento en las materias ya anunciadas. En la Ley de Tribunales de Familia, el art. 31 parte final, que consagra la regla

³⁹ Véase por todos, ZAPATA, María Francisca, *La prueba ilícita* (Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004). p. 47.

⁴⁰ GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, cit. (n. 2) p. 280 y ss.

de exclusión por ilicitud dispone, expresamente, que el juez fundadamente deberá excluir las pruebas que:

(...) hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva.

Por tanto, la expresión “las demás serán admitidas” claramente significa que está permitida la incorporación de pruebas que no afecten garantías fundamentales. En materia penal, el art. 276 inc. 3 del Código Procesal Penal es de igual tenor⁴¹.

Por otro lado, el art. 453 N°4 inc. 3 CT es claro al señalar la exclusión de pruebas obtenidas directa o indirectamente por medios ilícitos o por actos que impliquen vulneración de derechos fundamentales.

Otros supuestos de afectaciones de derechos son de bastante frecuencia en el ámbito penal, por ejemplo, en materia de diligencias intrusivas, donde se permite previa autorización judicial la afectación de derechos. Entre estos, la realización de exámenes corporales cuando la persona se niega a los mismos (art. 197 inc. 2 CPP); la incautación de objetos y documentos (art. 217 CPP); la interceptación de telecomunicaciones (arts. 222 a 225 CPP). A pesar de que estas situaciones no son de regulación de prueba ilícita como tal, es claro que en estas diligencias el objetivo principal es profundizar la labor investigativa del Ministerio Público por medio de la obtención de evidencias que puedan ser incorporadas posteriormente como medios de prueba en el juicio. Por tanto, la relación es evidente.

En el ámbito civil, Montero señala que, en supuestos similares, en que la actividad probatoria dentro del proceso para incorporar ciertas fuentes la realiza el juez, y la intervención es mínima (como son los casos de reconocimientos corporales o análisis de sangre, por ejemplo, en casos de filiación), podrían admitirse. Sin embargo, no podrían imponerse a las partes (al contrario de lo que sucedería en sede penal), sino que tendrían un carácter de carga procesal⁴² y, por lo tanto, su cooperación o su resistencia incidiría en el eventual resultado del juicio a favor o en contra de esa parte.

Sin perjuicio de ello, aclaramos que el autor señala lo anterior a propósito de derechos absolutos (vida e integridad física), pero respecto de derechos relativos (como la privacidad de las conversaciones) u otros derechos su vulneración conducirá a la inadmisión de la prueba. Muy excepcionalmente se permitiría su incorporación al proceso, a pesar de la responsabilidad del causante⁴³.

⁴¹ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, *La prueba ilícita en el nuevo procedimiento laboral* (Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol.1 N°2, 2013) p.41 Señala al respecto que aún en el procedimiento penal podría darse la exclusión de pruebas que vulneren normas de rango infraconstitucional que amparen derechos fundamentales, en razón del artículo 159 CPP. Uno de sus elementos de operatividad es el perjuicio, el cual existe cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento, lo que ha llevado a vincularlo con el debido proceso y la igualdad entre las partes, y justificando, en último término, la exclusión. De todas maneras, es un asunto discutido en doctrina.

⁴² MONTERO, Juan, cit. (n. 5) pp. 161, 162

⁴³ *Ibid* p. 162, 163

En los casos en que no tengamos norma que habilite tal vulneración deberá el juez ponderar los intereses involucrados⁴⁴, es decir, aplicar el principio de proporcionalidad. Y en todo caso, deberá hacerlo respetando los límites esenciales de los derechos del afectado⁴⁵.

ii) Principio de proporcionalidad

En relación con el principio de proporcionalidad, corresponde recordar la estructura básica de aquel principio. Bordalí Salamanca⁴⁶, siguiendo la concepción del Tribunal Constitucional Alemán, distingue:

- a. Idoneidad: Que sea adecuado, es decir, eficaz para el logro de los fines o resultados deseados.
- b. Necesidad: El acto restrictivo de derechos solo puede proceder cuando no haya otro medio, igualmente eficaz, que pueda alcanzar el fin propuesto sin restringir derechos, o hacerlo de manera menos gravosa.
- c. Proporcionalidad en sentido estricto: Significa una prohibición de sobrecargar al titular de derechos con medidas que signifiquen para él una carga desproporcionada en relación con el interés general que se desea preservar.

De esta manera, la diferenciación en el trato conlleva un análisis de la razonabilidad de la medida. Y esa razonabilidad puede hallarse a través un juicio de ponderación. Tamayo Zuluaga da cuenta de la relación entre la proporcionalidad y ponderación, pues es mediante esta última por la que se establece la primera, toda vez que, como concepto relacional, los extremos de la relación deben ser sopesados⁴⁷.

El autor, en este respecto, explica que la ponderación es una operación que se realiza en el caso en concreto y, por tanto, no garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos, lo que resulta criticable dado que se sacrifica la certeza y

⁴⁴ Puede observarse que, evidentemente, aun en los casos en que el juez cuenta con habilitación legislativa para proceder contra garantías fundamentales, estas no son más que eso: habilitaciones, por lo que de todas maneras operará una actividad de ponderación de intereses involucrados por parte del juez, como si no hubiera tal norma. La diferencia parece radicar en una especie de presunción de legitimidad de la que gozará en caso de que exista habilitación normativa, pues la regla de exclusión en atención a pruebas obtenidas ilícitamente en tales diligencias será conocida por el mismo juez que autorizó tales diligencias y, por lo tanto, no tendrá mucho sentido para él dejar de considerar pruebas que se obtuvieron a partir de un proceder que él mismo autorizó. En este sentido (y remitiéndonos al proceso penal), podemos indicar que aun cuando no existieran estas habilitaciones expresas y que regulan diligencias intrusivas, sería posible autorizar limitaciones de derechos en actuaciones del procedimiento en razón del art. 9 CPP, pero siempre sometido a la autorización previa del juez, el que como hemos dicho, deberá realizar una actividad de ponderación.

⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, cit. (n. 32) p. 135. Señala, por otro lado, las críticas que se alzan respecto a estos criterios de afectación esencial o accesoría, por la dificultad que entraña una delimitación razonable, produciéndose, a veces, resultados contradictorios.

⁴⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Fallos del Mes, Universidad Austral de Chile, 2002) pp. 68, 69

⁴⁷ TAMAYO ZULUAGA, Oscar, *El Principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal* (Especialización en derecho penal probatorio) Universidad de Medellín, 2013) pp. 29, 30. Véase en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/113/El%20principio%20de%20proporcionalidad%20y%20restricci%C3%B3n%20a%20derechos%20fundamentales%20en%20el%20proceso%20penal.pdf?sequence=1>

seguridad jurídica al no aludir a criterios generales, y siendo, por ello, una solución irracional y poco confiable.

De tal manera, la forma de salvar aquéllo, es lo que denomina la fórmula del peso, que consiste en considerar algunas variables adicionales: el peso abstracto del principio y la seguridad de las premisas. Adicionalmente, en los casos en que los principios tengan igual peso, jugará un importante rol la carga de la argumentación, que resguarda el principio *in dubio pro libertate*, el cual implica que ningún principio contrario a la libertad o igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes⁴⁸.

En materia de prueba ilícita esto no puede tener menor relevancia, toda vez que, sea en materia penal, o en el resto de la normativa, los bienes jurídicos afectados mediante su incorporación son, asimismo, la libertad, o la igualdad jurídica. La libertad, en cuanto toda incorporación de prueba obtenida con vulneración de derechos implica una constrictión o coerción del ámbito de actuación o privacidad personal de una de las partes. Mientras que la igualdad jurídica se ve afectada por sufrir una de las partes un atentado contra las posibilidades de defender sus afirmaciones por la adquisición injusta de medios de la contraparte, que por apartarse de la legalidad ha logrado una ventaja indebida.

Pese a lo obvia de la siguiente afirmación, cabe señalar que ninguna actividad de ponderación puede llevar a la incorporación o valoración de medios de prueba que por ello afecten el contenido esencial de los derechos garantizados por la Constitución, tal como lo asegura su artículo 19 N° 26, ni tampoco aquellos que perjudiquen la dignidad de la persona, como sería el caso de una confesión obtenida a través de tortura, pues no es posible invocar interés alguno que sea proporcionalmente oponible⁴⁹.

Por último, corresponde destacar que es este análisis de proporcionalidad el que ha llevado a admitir en supuestos precisos prueba ilícita. Estos son estudiados por las teorías atemperadoras de la prueba ilícita, por ejemplo, cuando se invoca en beneficio del propio acusado⁵⁰ o cuando los agentes estatales han actuado de buena fe.

3. Figuras similares a la prueba ilícita

Principalmente por parte de la doctrina penalista se han acuñado una serie de términos para aludir a ciertas figuras que se clasifican según la naturaleza de la norma vulnerada, o la naturaleza de la vulneración misma. Armenta Deu explica que esta diversidad de perspectivas se da, por un lado, por las diferentes connotaciones sociopolíticas que han configurado las reglas de exclusión en cada ordenamiento jurídico,

⁴⁸ *Ibid* pp. 31-35.

⁴⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita* (Segunda edición, editorial Marcial Pons, 2011, Madrid, España) p.187

⁵⁰ Véase, *infra* pp. 23 y ss. Respecto de las posturas doctrinales y jurisprudenciales que aceptan la incorporación de prueba ilícita en ciertos casos (doctrinas atemperadoras).

y por otro, que a ello contribuye la ausencia de un régimen legal, o la falta de sistematicidad del mismo, en lo que a esta materia respecta⁵¹.

Nos encargaremos de referirnos brevemente a éstas, pues posteriormente serán de suma utilidad para descubrir el alcance de la protección de la legislación laboral en este ámbito.

a) Prueba ilegal o irregular

Es aquella prueba que se ha obtenido o incorporado con la infracción de normas jurídicas que no ostentan un rango fundamental. En otras palabras, de legalidad ordinaria.

Carocca, entre otros, dirá que incluyen tanto las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, y las practicadas sin observar el procedimiento legal establecido⁵², sin afectar derechos fundamentales.

De esta manera, la ilegalidad puede darse respecto de transgresiones de derecho material, o derecho procesal. Como ejemplo de transgresión de derecho procesal, cabría la declaración de un testigo que no ha sido precedida de juramento, en los casos en que lo requiera la ley. Ejemplo de transgresión de derecho material, lo sería una diligencia de entrada y registro, con consentimiento del propietario o encargado del lugar, en que no se entrega certificado que acredite la realización de la diligencia, en contravención al art. 205 inc. 2 CPP.

Vemos entonces que, nuevamente, la distinción entre fuentes y medios de prueba tiene relevancia. Más clara al respecto parece la definición de Miranda Estrampes, que la comprende como “(...) aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción a la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”⁵³.

Respecto a su exclusión, corresponderá al juez determinar si el quebrantamiento al requisito legal tiene el carácter de esencial o no, acudiendo con esta finalidad al principio de proporcionalidad.

Y finalmente, en cuanto a la extensión de tal exclusión, y siguiendo el mismo tenor de lo recién mencionado, pensamos que debe igualmente existir una ponderación del tribunal al fijar los límites de la misma, a través del examen del perjuicio provocado, o del eventual perjuicio que puede producir su incorporación en el proceso. Asimismo, deberá evaluar la posibilidad de reparar el perjuicio por otras vías, o recursos.

En palabras similares, Miranda Estrampes señala que quedaría regida por la nulidad de los actos procesales, no aplicándose el régimen de eficacia refleja respecto a evidencias obtenidas lícitamente pero originadas en su fuente por un medio ilícito (prueba derivada), el cual sería exclusivamente aplicable a la prueba ilícita, e incluso admitiéndose

⁵¹ ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) pp. 34 s.

⁵² CAROCCA PÉREZ, Alex, cit. (n. 8) p. 309. En términos similares, ZAPATA, María Francisca, cit. (n. 33) p. 23

⁵³ MIRANDA ESTRAMPES. Manuel, cit. (n. 32) p. 133.

en ciertos casos, su subsanación o convalidación⁵⁴. Un análisis más detallado de la nulidad se verá en el tercer capítulo de este trabajo, en la sección relativa a los mecanismos para impugnar la prueba obtenida por medios ilícitos.

Hacemos presente que, de todas maneras, en una amplia gama de casos en los que puede producirse infracción a garantías fundamentales de las personas, también puede tener lugar una infracción a la legalidad. A este respecto, Núñez y Correa, destacan esta situación, pues los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución como en Tratados Internacionales, normalmente se desarrollan por el ordenamiento a nivel legal. Sin embargo, tal relación no es necesaria en todos los casos, e incluso pueden conjugarse en una variedad de combinaciones posibles, en las se infringen, o ambas disposiciones, o solo una de ellas, cualquiera sea ésta⁵⁵.

b) Prueba ilegítima

Otra denominación similar es la de prueba ilegítima, la cual corresponderá a toda aquella que haya sido obtenida mediante una infracción de norma procesal. De tal manera, al tratar este tema debe entenderse en oposición a la prueba ilícita, la que correspondería a una transgresión de norma material⁵⁶.

Con todo, si la vulneración de norma procesal implicase una afectación de derechos fundamentales, cabría considerarla como prueba ilícita, debiendo excluirse, en consecuencia, tanto el material probatorio que adolece de la ilicitud, como todo aquel derivado de él⁵⁷.

Puede notarse la similitud con la figura anterior, pero la óptica diferente se centra, en este caso, en la diferenciación entre normas sustantivas y procesales, la cual es una clasificación muy propia de la doctrina italiana al tratar el tema de la ilicitud⁵⁸. Al contrario, el tema de la prueba irregular atiende a la infracción de la legalidad ordinaria, sin distinguir, en principio, a la naturaleza de la norma vulnerada (material o procesal), centrándose, en su lugar, en el rango de tal precepto para evaluar si la prueba es ilícita o irregular.

⁵⁴ *idem*

⁵⁵ Véase, NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CORREA ZACARÍAS, Claudio, *La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas* (Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017, pp. 195 - 246) p. 214, 215. Como ejemplo de lo primero, cita el caso del ingreso sin autorización debida de un policía a domicilio particular, lo que contraviene tanto el art. 19 N°5 CPR como los arts. 9°, 205 y 206 CPP, los cuales regulan el allanamiento de morada.

⁵⁶ CAROCCA PÉREZ, Alex, cit. (n. 8) pp. 309, 310; ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) p. 37; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, cit. (n. 32) p. 133.

⁵⁷ En igual sentido, ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) pp. 37. Alude al supuesto de escuchas telefónicas que no preservan las formas prescritas legalmente, pero que, como puede fácilmente apreciarse, implican una afectación de garantías constitucionales.

⁵⁸ CAROCCA PÉREZ, Alex, cit. (n. 8) pp. 309, 310. También se refiere a la poca utilidad de este criterio en nuestro ordenamiento, en cuanto lo realmente relevante para determinar si estamos ante una prueba ilícita es ver si se infringen o no derechos fundamentales (al menos en el ámbito penal). Tal categorización se debe a NUVOLONE, Pietro, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino* (Rivista Diritto Processuale, N° 3, 1996, pp. 442 y ss.)

c) Prueba viciada

Respecto a esta prueba no cabe distinción alguna sobre su ilegalidad o legalidad, sino simplemente centra su atención en la falta de veracidad o certeza que implica su ingreso al proceso. Suele verificarse mediante controles, entre los que se encuentran las tachas de testigos, impugnaciones de documentos, recusaciones de peritos, entre otros⁵⁹.

d) Prueba clandestina

Aquella que es obtenida de manera oculta, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas. Maturana y Montero, entre otros, destacan la poca importancia que tiene esta denominación como criterio de distinción en esta materia, pues como puede apreciarse, configura un supuesto de prueba ilícita al atentar contra las garantías de intimidad o privacidad⁶⁰.

4. Fundamentos de exclusión de la prueba ilícita

La presente sección se incardina en el conjunto de teorías creadas por la jurisprudencia, y (en menor grado), por la doctrina de los autores. Intentaremos descubrir luego cuál es el fundamento aplicable en nuestro país, y posteriormente, trasladaremos la discusión al procedimiento laboral, lo que nos servirá para interpretar los amplísimos términos de su respectiva regla de exclusión.

Constitucionalmente, esta exclusión podría ser fundada sobre los artículos 5°, especialmente su inciso segundo, 6°, en cuanto consagra la supremacía de la constitución, y 19 n°3, que regula mínimos obligatorios para que una decisión jurisdiccional sea válida, impidiendo que un acto espurio y sus consecuencias funden un fallo penal⁶¹.

No pretendemos agotar todas las explicaciones existentes en la materia. En su lugar, solo expondremos las que consideramos más relevantes.

a) Teoría del efecto disuasivo (Exclusionary Rule)

Según esta posición, creada por la jurisprudencia norteamericana, el fundamento principal de la regla de exclusión probatoria se encuentra en la necesidad de prevenir actuaciones lesivas de derechos fundamentales por parte de los órganos policiales en la labor de investigación.

De esta manera, la exclusión de las evidencias obtenidas por tales vulneraciones será un incentivo para garantizar el respeto de estos derechos o, en otras palabras, para disuadirlos de cometer actuaciones que resultarán en una labor inútil si es que se vulneran esas garantías, pues el tribunal no incorporará tales evidencias en el juicio.

⁵⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, Derecho procesal penal (AbeledoPerrot. LegalPublishing, Tomo II, Santiago, 2010) p. 871

⁶⁰ *Ibid* pp. 871, 872.

⁶¹ CENDOYA ÁLVAREZ, Heric Orlando, *La prueba ilícita, su efecto reflejo y la regla de exclusión en el proceso penal chileno* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012) p. 7.

Una clara desventaja de esta posición está dada por la necesidad de la prevención policial como criterio para decidir si se excluye o no tal evidencia. En otras palabras, no existiría dicho imperativo (de excluir la evidencia) si es que el órgano policial ha actuado sin intención de lesionar derechos fundamentales. Esto significa, en consecuencia, que no habrá certeza absoluta en cuanto a la aplicación de este criterio⁶², toda vez que se admitiría en el proceso una evidencia ilícitamente obtenida, pero de buena fe. Buena fe, que por cierto, es difícil de comprobar.

Al respecto, Armenta Deu resalta una tendencia bastante criticable impuesta en algunas sentencias de tribunales norteamericanos que tienden a desconocer este efecto disuasorio, reemplazando la sanción de exclusión por otro tipo de remedios (civiles o disciplinarios), lo cual, como puede notarse, abre la posibilidad a vulneraciones de derechos fundamentales por parte de la policía sin ninguna consecuencia procesal⁶³.

b) *Nemo ex delicto conditionem sam meliorem facere potest*⁶⁴

“Nadie puede beneficiarse de su propio delito”, por lo tanto, la prueba ilícita no puede beneficiar al autor de la ilicitud. Mini Massoni, indica que esta idea apuntaría al profundo sentido de justicia del derecho.

c) Igualdad de armas dentro del proceso

García Suarez señala en relación con este punto, la exclusión llega a establecerse como un mecanismo de restablecimiento de la igualdad de las partes dentro del proceso. Atendido que la prueba ilícitamente obtenida constituiría una ventaja indebida frente a que observó las “reglas del juego”⁶⁵.

Esta teoría sustenta la exclusión por ilicitud en buena parte de los países que la han regulado, pues esta morigeración del derecho a rendir todo medio de prueba se explica, en último término, en el ideal político del prevailecimiento de los derechos de los justiciables frente a la búsqueda de la verdad absoluta de los hechos. Este criterio se encuentra en relación con el siguiente.

d) Confiabilidad de la evidencia

La característica fundante de la exclusión probatoria es una noción de eficacia. Debe descartarse la prueba ilícitamente obtenida por la falta de fiabilidad de ésta en el proceso, o en otros términos, su déficit de aptitud para producir verdad⁶⁶, esto por la posible manipulación de los medios de prueba. Núñez y Correa⁶⁷ critican tales afirmaciones, por cuanto es perfectamente probable que entregue material verídico y contundente a pesar del origen espurio de éste. Véase, por ejemplo, el supuesto de un allanamiento realizado sin causa legal que lo autorice y a través del cual se registre el

⁶² MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal* (Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2005) p. 33.

⁶³ ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) p. 33 s.

⁶⁴ MINI MASSONI, Mario, cit. (n. 64) p. 25.

⁶⁵ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43) p. 24.

⁶⁶ OLIVER, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal* (Inédito, Valparaíso, 2017) p. 84.

⁶⁷ Véase, NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CORREA ZACARÍAS, Claudio, cit. (n. 57) p. 217.

descubrimiento de gran cantidad de estupefacientes. En tales casos, y como consecuencia lógica, su idoneidad para reflejar la verdad permitiría su inclusión como medio probatorio⁶⁸.

e) Integridad judicial

Este criterio pretende evitar la incorporación de medios probatorios ilícitos en atención al sinsentido que supondría exigir el cumplimiento de las reglas impuestas por el legislador nacional si el propio Estado vulnerara tales prescripciones, al aceptar o consentir la obtención y práctica de material probatorio con vulneración de garantías fundamentales.

Por consiguiente, es la consagración de la noción de Estado de Derecho, que se expresa en buena medida en las instituciones jurídicas que regulan el ejercicio de los poderes públicos y de las facultades de actuación de los privados, la que significa un límite al actuar del propio Estado⁶⁹.

Es conexo a las consideraciones tratadas sobre los fines del proceso, que como ya vimos, pretenden alcanzar un equilibrio entre eficiencia y legitimidad, sin que, a la vez, se deje de lado la primera, pues como lo expresa Hernández Basualto, un nivel mínimamente aceptable de eficiencia es al mismo tiempo un requisito de la legitimidad de un sistema⁷⁰. Esto último permitirá explicar la complementariedad con teorías atenuantes de la regla de exclusión.

5. Fundamentos de admisión de la prueba ilícita

Del lado opuesto de aquellos que propugnan la exclusión del material probatorio que adolece de ilicitud, se encuentran posiciones doctrinales y corrientes jurisprudenciales que admiten bajo ciertas premisas su incorporación, e incluso, su valoración. Estas teorías pueden enmarcarse dentro de la denominación de teorías atemperadoras, como bien las llama Armenta Deu quien, a su vez, encuentra en ellas supuestos que significan la ausencia de una conexión de antijuridicidad, concepto que es puntal estructural en la doctrina española a este respecto, y que llevan a aceptar tales atenuaciones de la regla de exclusión⁷¹.

Tales teorías, si bien parten del supuesto de la necesidad de la regla de exclusión, por las razones anteriormente expuestas, colocan en la balanza el peso de otras circunstancias que, razonablemente y con la debida calificación del juez de la causa, podrían permitir considerar este material que debería ser, *prima facie*, excluido. Resultaría, por tanto, paradójico excluirlo del proceso por cuanto produciría una nueva vulneración

⁶⁸ CENDOYA ÁLVAREZ, Héric Orlando, cit. (n. 63) pp. 6, 7.

⁶⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, cit. (n. 32) p. 135.

⁷⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, 2002) p. 62

⁷¹ ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) pp. 125 – 127. Señala también la peligrosidad de admitir esta noción de conexión de antijuridicidad, en cuanto puede llevar, en último término, a vaciar de contenido la regla de exclusión.

de derechos fundamentales, ya que al impedir su uso se afectaría la posibilidad de defensa jurídica que debe asistir en todo momento al imputado, o a las partes⁷².

Entre estas teorías, por mencionar algunas, se encuentran aquellas que hacen primar la justicia como fin en todo proceso, aquellas que distinguen la autonomía de las normas materiales de las procesales y otras que aluden a la buena fe de quien obtiene tales medios probatorios

a) Buena fe del actuar policial

Recordando lo dicho con antelación, en lo relativo a la exclusionary rule (principalmente) norteamericana, la exclusión es una respuesta al fracaso del actuar policial al preservar los derechos fundamentales de las personas investigadas, o terceros. Estos términos no deben confundirse, toda vez que el fundamento de esta regla es de carácter preventivo, pues busca evitar que se cometan tales agresiones o vulneraciones, y en el evento de producirse, se llegará a la sanción de exclusión de este material obtenido ilícitamente.

En palabras más simples, busca disuadir a los órganos policiales de actuar infringiendo derechos, haciéndoles saber, de manera implícita y a la vez previa, que el trabajo de investigación realizado no tendrá ningún provecho si es que no se apegan al respeto de los derechos señalados en las diligencias a realizar. Por consiguiente, si los funcionarios policiales han procedido de buena fe, con la convicción de estar actuando conforme a derecho, no tendrá utilidad la regla de exclusión, pues no ha fracasado en su fin aleccionador toda vez que se ha ignorado que se infringían las reglas previstas.

Se ha criticado, por un lado, por consistir meramente en apreciaciones de orden subjetivo, lo que dificulta un control eficaz, y por otro, por implicar de todas maneras un aprovechamiento estatal de una actuación ilegítima y la propia ilegitimidad del ejercicio del poder punitivo⁷³.

b) Autonomía de las normas procesales respecto de las materiales

Propone que las transgresiones de derecho material no conllevan una de derecho procesal, ya que son ámbitos independientes el uno del otro, siendo solo posible inadmitirla cuando se infrinja el campo procesal. Es una distinción propia del derecho italiano, la cual concibe la prueba como fenómeno judicial que tiene lugar en lo interno del proceso⁷⁴.

Es un punto de vista criticable si atendemos a nuestro ordenamiento jurídico, al tenor de lo que señala Zapata. Según la citada autora, lo que justifica que se sancione dentro del proceso una transgresión ocurrida fuera de éste es el art. 276 CPP, el cual no distingue al respecto, y aún más allá de esta disposición, los arts. 5° y 6°, ambos de la Constitución que consagran, entre otras cosas y conjuntamente, el deber impuesto a los

⁷² Respecto a esto último, véase, CENDOYA ÁLVAREZ, Heric Orlando, cit. (n. 63) p. 25.

⁷³ Sobre esto último, véase, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 72) pp. 74 s.

⁷⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, cit. (n. 61) p. 873.

tribunales de justicia de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile⁷⁵. Asimismo, Cabezas califica esta visión como miope, pues no podemos ignorar que el ordenamiento jurídico es uno solo y que funciona en una relación de complementariedad, no de exclusión, en principio⁷⁶.

c) Justicia como fin de todo proceso

Considera a la prueba como figura primordial en toda actividad probatoria. No resulta posible excluir prueba por causa de ilicitud, pues su inadmisibilidad conllevaría a una denegación de la justicia que deba realizarse en el caso concreto. El respeto a las garantías se obtendrá por vía de la correspondiente sanción civil o penal⁷⁷. Lo relevante sería el interés colectivo, por sobre el individual⁷⁸. Puede fundarse una posición como ésta especialmente en momentos de gran inseguridad ciudadana, lo que lleva a cambios de configuración respecto a tales tensiones, haciendo primar el endurecimiento de la actividad investigativa (y probatoria), con la consecuente dilución de las garantías⁷⁹.

IV. PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO LABORAL CHILENO

En la presente sección de este trabajo, y una vez ya tratados los principales lineamientos creados por la doctrina y jurisprudencia, analizaremos la aplicación de cada uno de estos a la regla de exclusión probatoria en materia laboral, la cual dispone en el artículo 453 N°4 inciso tercero la exclusión de las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.

Adelantamos, en base a esto, la distinción que puede hacerse sobre este precepto de dos supuestos: la prueba obtenida por medios ilícitos, de una parte, y la obtenida con violación de derechos fundamentales, por otra. Es por ello que articularemos los siguientes puntos respecto de cada una de ellas separadamente, ya que si bien el efecto es en principio el mismo (la exclusión del material), los límites, principios y efectos secundarios a considerar en su aplicación pueden presentar importantes diferencias, los que podrán ser interpretados correctamente con la consideración del fundamento bajo el cual se han consagrado cada una de ellas.

⁷⁵ ZAPATA, María Francisca, cit. (n. 41) p. 47.

⁷⁶ CABEZAS PINO, René, cit. (n. 6) p. 81.

⁷⁷ CAROCCA PÉREZ, Alex, cit. (n. 8) p. 311-315. Menciona el autor otros fundamentos similares, como lo son el *male captum, bene retentum*, que hace primar la disponibilidad física por sobre el modo de obtención, y el criterio de la no doble sanción por el mismo acto, en la que se rechaza la exclusión, por ya aplicarse un castigo por la obtención ilícita, sea de carácter civil, penal o disciplinario, según el caso.

⁷⁸ MINI MASSONI, Mario, cit. (n. 64) p. 23.

⁷⁹ ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) pp. 63-66.

1. Fundamento de la regla de exclusión del artículo 453 N°4

a) De la vulneración de garantías fundamentales

Ha sido de amplia aceptación a estas alturas que el fundamento de exclusión, al menos en materia penal (en donde se ha tratado principalmente este asunto en nuestro país), es el criterio de la integridad judicial. En efecto, pocas críticas podrían realizarse a esta afirmación, pues es el Código Procesal Penal, en razón del contexto de su dictación, el que se incardina en dirección a la preservación, respeto y primacía de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal.

La materialización de este objetivo se aprecia en el reemplazo del sistema inquisitivo por uno adversarial, la creación de un Ministerio Público regido por el principio de objetividad en la investigación, la consagración de un sistema de audiencias (en reemplazo de un sistema escrito) con un juez que tiene acceso directo a la prueba, con un énfasis del principio de inmediación, y en definitiva, con una serie de normas que apuntan a la restricción y control de toda medida que afecte derechos o garantías constitucionales (principalmente el art. 5° CPP).

No puede negarse que el resto de los fundamentos planteados podrían llegar a tener alguna incidencia en esta decisión legislativa, pero no pueden ser invocados como razones principales. Al respecto, Núñez y Correa reconocen que la norma sea capaz de tener un fin aleccionador sobre el actuar policial, pero esto es admisible solo como una finalidad secundaria del legislador, siendo ambos intereses, en consecuencia, armonizables⁸⁰.

Además, estos autores redundan en el punto, argumentando que el reconocimiento de derechos fundamentales por parte del Estado implica un compromiso por parte de este en orden a no desconocer aquello que se comprometió a defender: el fundamento es de un innegable contenido ético⁸¹.

Este fundamento ético es plenamente aplicable al procedimiento laboral. Pero a nuestro pesar, poco ha sido el tratamiento de esta materia en la doctrina. Sin perjuicio de ello, los trabajos escritos al respecto no dudan en señalar este fundamento como el adecuado. Así lo aceptan una serie de autores, entre estos, Cabezas, Rocca y García⁸².

Por otro lado, es correcto admitir esta fundamentación considerando las intenciones del legislador manifestadas en la historia de la ley, en orden a proteger derechos fundamentales en materia laboral. Así puede apreciarse en el mensaje del proyecto, enviado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados el año 2003 (Mensaje N° 4-350), en donde expresamente reconoce la necesidad de garantizar el respeto a los derechos laborales no solo mediante una consagración normativa, sino también a través del establecimiento de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos a

⁸⁰ Véase, NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CORREA ZACARÍAS, Claudio, cit. (n. 57) p. 219. Asimismo, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 72) p. 62.

⁸¹ *Idem*

⁸² CABEZAS PINO, René, cit. (n. 6) p. 78; ROCCA DIEZ, Francisco, cit. (n. 16) pp. 34 y ss. GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43) p. 37.

tales efectos, lo que es propio del marco democrático en el que se sitúa. E incluso al referirse a los objetivos del proyecto, en el N° 8, se refiere a la necesidad de potenciar los derechos del trabajador no solo en cuanto trabajador, sino también como persona (intimidación y vida privada, por ejemplo), los que conformarían los ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Bajo esta idea es que se opta, asimismo, por crear el procedimiento de tutela laboral ante la dificultad, en la práctica, de obtener la tutela de las garantías constitucionales tanto para trabajadores o empresarios por la vía del recurso de protección.

Con todo, tenemos presente que a pesar de que el fundamento ético busca evitar que sea el Estado⁸³ el que vulnere con su propio actuar los derechos fundamentales de los particulares deslegitimando su actuar, en el procedimiento laboral, en la mayoría de los casos, no tenemos un “enfrentamiento” entre un particular y el Estado, y por ende no sería exigible excluir la prueba si es que en el ejercicio silogístico no está presente el Estado como aquel que obtiene y presenta la prueba ilícita.

En términos más claros, si lo que queremos evitar es una desnaturalización del Ius puniendi estatal por atacar el Estado los derechos fundamentales que él mismo se ha comprometido a proteger, sería un sinsentido excluir evidencia si es que no hay conexión con ese fin.

A esto podríamos responder que en el proceso penal aquella prueba obtenida por particulares también suele ser excluida, pues de lo contrario, el Estado impondría una pena fundándose en vulneraciones de garantías, que es lo que se quiere evitar, y por otro lado, el ius puniendi también se comparte con particulares (querellantes)⁸⁴, por lo que tendría sentido aplicar la regla de exclusión. En cuanto a lo primero, adherimos a ello y lo consideramos plenamente aplicable, pues además no resulta nada extraño tal razonamiento.

Si no fuera así, jamás se aceptaría excluir prueba ilícita ofrecida por alguna de las partes (que es precisamente lo que más ocurre en materia laboral) y tendríamos que acudir a otras posibles explicaciones, que como ya lo dijimos, son insuficientes.

Así las cosas, se concluye que lo que verdaderamente persigue el fundamento ético es preservar la legitimidad del actuar estatal tanto en la obtención e incorporación de medios de pruebas, como en la dictación de la sentencia, siendo por ello un principio transversal a todo el proceso.

Cabe resaltar antes de proseguir, que a pesar de lo que señalamos anteriormente, esto es, que la regla general es que el enfrentamiento sea entre particulares, tal regla general es solo eso, pues puede haber casos en que haya intervención estatal que de origen al litigio. Tal es el caso de las entidades fiscalizadoras. Pedro Matamala en columna en El Mercurio⁸⁵, expuso un diagnóstico al respecto, al que adherimos. A su juicio, la exclusión

⁸³ En el proceso penal chileno, a través del Ministerio Público, como ente único a cargo de la investigación.

⁸⁴ OLIVER, Guillermo, cit. (n. 70) p. 88

⁸⁵ MATAMALA SOUPER, Pedro, *La prueba ilícita en los procesos por audiencia laborales y su efecto reflejo en el caso de la actividad del Estado* (Columna, El Mercurio Legal, 15 de abril de 2014) Véase en

por ilicitud es plenamente aplicable a este ámbito, pues es perfectamente posible que un fiscalizador haya realizado su labor infringiendo derechos fundamentales, por lo que existirá ilicitud tanto en la actuación de fiscalización, como en el informe que derive de ella.

El desnivel en contra del empleador podría justificarse por el carácter protector del derecho del trabajo a favor del trabajador, pero no se explicaría en aquellos procesos en que el conflicto se desarrolla entre el Estado y el empleador. Matamala, acorde a estas ideas, critica la tendencia de los juzgados laborales en orden a rechazar los incidentes de exclusión cuando se presentan estas hipótesis y hace un énfasis en un deseable tratamiento igualitario en favor del empleador, pues no parece haber argumento sustentable que justifique las diferencias.

En cuanto a la aplicación de teorías atemperadoras, nos referiremos primero a la de la buena fe. Acoger tal planteamiento nos parece inaceptable. Si hemos llegado a este punto argumentando para excluir toda prueba obtenida por actuación ilegítima, sea de las partes o del Estado, no resulta coherente que aceptemos, en base a razones de subjetividad, la admisión excepcional de esta prueba. Las consideraciones éticas que fundan la exclusión son de contrario sentido a apreciaciones utilitaristas que hagan prevalecer la obtención de prueba valiosa en el esclarecimiento de los hechos por sobre la integridad de los derechos de los justiciables.

No puede aceptarse una inclusión de prueba ilícita obtenida de buena fe, ni aun a pretexto de haberse obtenido de manera razonable e ignorante⁸⁶, pues aunque, por ejemplo, el trabajador entrase a la oficina del empleador encontrando accidentalmente un documento manuscrito donde se le menoscaba y decidiera llevárselo ignorando la ilicitud de su actuar, se encontraría invadiendo un ámbito de privacidad del empleador, en el que existe una expectativa razonable de guardar intimidad de los elementos que allí se encuentran, por lo que aun el encuentro casual y de buena fe implica una vulneración que en lugar de colocar el foco en el agente infractor, debería ponerlo en el titular de la garantía afectada.

Y si bien podemos estar de acuerdo, en congruencia con esta teoría, respecto a ciertas explicaciones doctrinales que arguyen que la finalidad última del derecho penal está encaminada a la prevención, en base al cual no se castigan conductas pasadas (porque ya no es posible que lo sucedido deje de suceder), sino por las faltas que puedan sobrevenir para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás con su castigo⁸⁷, no nos parece justo que paguen unos a cuenta de la negligencia de otros, sobre todo en una materia tan delicada como es esta. Un agente policial, en su formación, por

<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/04/15/La-prueba-ilicita-en-los-procesos-por-audiencia-laborales-su-efecto-reflejo-en-el-caso-de-la-actividad-del-Estado.aspx>

⁸⁶ MATAMALA SOUPER, Pedro, *La carta de triunfo obtenida en forma ilícita en proceso por vulneración de derechos en materia laboral* (Columna, El Mercurio Legal, 9 de mayo de 2014). El autor, al contrario de lo que planteamos, propone admitir esta prueba cuando cumpla con esas dos características.

⁸⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito* (Editorial Civitas, Madrid, España, 1997) p. 85. Remontándose a los orígenes del derecho penal cita el Protágoras de Platón, sección 324b.

básica que esta sea, no puede ignorar los límites de su actuar, especialmente cuando se afectan esferas de tan manifiesta importancia.

Sobre la admisión de prueba ilícita in bonam partem, esto es, en favor del imputado (en sede penal), no resulta aplicable en materia laboral, pues responde a una justificación precisa: evitar una acusación o condena que se visualiza como inminente e injusta⁸⁸, es decir, condenar a un inocente. En materia laboral, como bien apunta García, la sanción que se busca aplicar es meramente pecuniaria, y no una condena penal, por lo que la excepción pierde todo fundamento⁸⁹. Sumado a ello, por sentencia del Juzgado de Letras de San Bernardo⁹⁰ se reconoce, aludiendo a la historia de la Ley N° 19.759 del 2001, que la protección del Código del Trabajo a la ciudadanía dentro de la empresa, protege a ambas partes de la relación laboral, por lo que pese a no haber mención expresa a los derechos fundamentales del empleador en este ámbito, de todas maneras deben entenderse amparados, rechazando prueba ilícita obtenida en vulneración de los derechos del empleador.

b) De los medios ilícitos

Hemos ya redundado bastante al explicar la posibilidad de limitar el derecho a presentar prueba por ciertas causales, sean la pertinencia, utilidad o la ilicitud (en sentido estricto), los cuales parecen ser fronteras razonables atendidos los bienes jurídicos en juego.

Mas no resulta fácil justificar la exclusión de prueba obtenida por medios ilícitos, al contrario de la obtenida por violación de derechos fundamentales. Ciertamente, esta causal ha llamado la atención por dos cosas: una de ellas es la amplitud de los términos en los que la regla se expresa, y la otra es la aparente falta de justificación razonable que presenta, conduciendo a la escasa doctrina al respecto a proponer no una, sino varias probables respuestas al asunto.

El derecho del trabajo no se reduce a proteger únicamente intereses de carácter patrimonial, pues existen elementos que van más allá y que configuran esta rama del derecho. Thayer y Novoa consideran que entre considerarlo público o privado, en realidad éste se ubica en la zona gris de asuntos que evidencian la fragilidad de tal división, ya que surge de la necesidad de armonizar el ejercicio de la libertad y la solidaridad hacia los más débiles. Además, se vincula con áreas como la sociología, economía, psicología, relaciones humanas, ética, etc.⁹¹.

⁸⁸ CORREA, Claudio, *La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo* (Política criminal, Vol. 11, N° 21 (Julio 2016), Art. 5, pp. 104-139) p. 134

⁸⁹ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43) p. 53

⁹⁰ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo de 9 de febrero de 2010, Rol O-83-2009. Considerandos décimo séptimo al vigésimo. Recurre, adicionalmente a un estudio de la OIT sobre derecho de los empleadores, del año 2002 (ISBN 92-312946), y al artículo 20 de la Constitución Política de la Republica, entendiendo que los derechos protegidos por la ley fundamental amparan a todo ciudadano, incluido, por lo tanto, el empleador.

⁹¹ THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de derecho del trabajo* (Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, Chile, 1993) p. 32.

Por esto, adhiriendo a Jara Bustos, parecería razonable establecer límites de exclusión más amplios que en los litigios de carácter eminentemente patrimonial, pero tal criterio de exclusión debiera ser menor que las prohibiciones existentes en materia penal⁹². Y es esta argumentación la que genera los mayores inconvenientes, pues es en la aplicación del ius puniendi (ámbito penal) donde encontramos la máxima reacción estatal a la afectación de bienes jurídicos especialmente importantes para la sociedad, por lo que no respondería a la justicia proscribir con más dureza conductas de menor gravedad que las que son de una mayor, que es lo que ocurriría en materia laboral.

Una forma de entender la expresión “medios ilícitos” puede ser entenderla en su sentido más común, esto es, una infracción a la legalidad ordinaria. Tomando esta posición como punto de partida, habría que acotar su campo de acción.

Concordando con la tendencia jurisprudencial (lo que es de mayor análisis en los capítulos siguientes) esta causal puede invocarse cuando se han presentado medios probatorios prohibidos por la ley, o cuando no se han observado las formalidades pertinentes en su obtención y práctica. Esto, a nuestro parecer, resulta insuficiente para fundar una regla de exclusión especial en esta materia toda vez que tales pautas resultan ser criterios generales de admisibilidad de los medios de prueba presentados⁹³, y por ello, no debiera haber motivos para que aquello se consagrara. Y aun en el caso en que ello fuere necesario, útil o deseable, lo cierto es que no ha sido la mejor alternativa utilizar términos tan imprecisos, pues en lugar de contribuir al respeto a la legalidad y los derechos de los particulares ha creado ciertas discusiones, y más profundamente, hecho prosperar la inseguridad jurídica al respecto. Y teniendo en consideración que el debate, en términos reales, no ha sido mucho, ya se han levantado algunas voces que podrían llegar a constituir un germen de la discusión por venir en el futuro.

A nuestro pesar, sin embargo, nos parece difícil encontrar una mejor respuesta. No creemos que tal causal pueda llegar a fundarse en abstracciones muy elaboradas, ni menos, en la creencia de una regla de exclusión *sui generis*. La expresión medios ilícitos no aparenta tener sustancia suficiente como para elaborar grandes teorías al respecto y, por otro lado, resulta bastante claro que en realidad el fundamento parece estar en el respeto a la legalidad y el derecho a la defensa, que podría mermarse por la ventaja indebida que llegaría a poseer aquel que logre incorporar prueba al proceso sin observar las vías regulares establecidas.

Por todas estas razones, nos inclinamos, de momento, por dejar en relieve la aparente falta de fundamento plausible de esta causal ya que nada relevante aporta a la regla de exclusión, pues en cualquier caso en que se presentaren tales supuestos sería

⁹² JARA BUSTOS, Francisco, *La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno* (Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, Vol. 2, N°3, 2011) p. 120

⁹³ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43) p. 45, 48, 49. Expone varias posibles interpretaciones a esta causal, entre estas señala una que propone que la legalidad se aprecia en cuanto el medio de prueba esté señalado por la ley, se proponga y practique en su conformidad, y que respete los límites propios de cada medio en particular. El autor luego desecha esta interpretación pues correspondería a un asunto de legalidad en la *admisión*, en lugar de la legalidad en la *obtención*.

posible lograr la exclusión mediante los mecanismos procesales idóneos durante el proceso. Así ocurre en las otras ramas del derecho que tienen reglas de exclusión, en las cuales, por cierto, ya se excluía prueba de esta índole aun antes de la entrada en vigencia de los respectivos preceptos. Finalmente, la nula importancia que a esta materia se le dio en la tramitación de la ley indica el poco valor que tiene esta causal dentro de la norma.

2. Momento en que puede producirse la ilicitud.

De acuerdo con la regulación que realiza el artículo 453 N°4, el verbo rector al que se alude es a la obtención del material ilícito. Parece evidente, en consecuencia, la referencia a las fuentes de prueba ya que éstas, por ser ajenas en un principio al proceso, deben ser recabadas u obtenidas para ser posteriormente incorporadas y rendidas por alguna de las partes. Por ello, el enfoque está en la adquisición.

Siguiendo esta línea de ideas, solo sería posible alegar la ilicitud de aquel material probatorio que pretende ser introducido al proceso, realizando un análisis previo a la práctica o rendición del medio en sí mismo. Este estudio, se realizará, por regla general, en la audiencia preparatoria, pues es aquí donde se lleva adelante el juicio de admisibilidad de los medios de prueba para practicarlos posteriormente en la audiencia de juicio, a menos que se reserve este pronunciamiento a tal instancia en los casos en que se reciba el incidente a prueba.

Desde esta última observación, podemos ver que los límites establecidos por la norma del artículo 453 N°4 comienzan a desdibujarse, pues no puede desconocerse que la ilicitud puede darse también en la propia práctica del medio probatorio, como lo sería el caso de un testigo que sea coaccionado a declarar en determinado sentido, lo que constituiría prueba ilícita intraprocesal.

En tales términos, la forma de conciliar el verbo obtener con el fundamento y fines de la regla de exclusión, es realizar una interpretación amplia de la regla de exclusión del artículo 453 N°4, ya que es en el ámbito del proceso jurisdiccional donde el respeto a los derechos fundamentales se manifiesta más fuertemente, y así se protege, en último término, la integridad judicial⁹⁴. De tal manera, la obtención alude tanto a la obtención extraprocesal de la fuente de prueba, como a la incorporación de las mismas en el proceso.

Adicionalmente, instamos a una re-lectura de la disposición que permita conjugar ambos supuestos. El artículo, en su parte pertinente, señala:

“(...) carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente (...).”

Si la intención fuera solamente excluir la prueba *obtenida* en tales condiciones, la expresión “que las partes aporten” no tendría utilidad alguna. De tal modo que la

⁹⁴ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43), p. 39

disposición pudo haber quedado de la siguiente manera, y nada cambiaría tal interpretación:

“(...) carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que se hubieren obtenido directa o indirectamente (...).”

Si se responde que tal expresión estaría destinada a consagrar la regla de exclusión respecto de las pruebas que *las partes* aporten, se estaría aceptando que si hubiera prueba que de alguna manera no fuera aportada por las partes, sino por ejemplo, incorporada a iniciativa del juez, en virtud de su amplia iniciativa probatoria (art. 429), que estuviere afectada por ilicitud o ilegalidad, tal prueba se podría incluir, lo que por un lado parecería forzar demasiado los términos, y por otro, sería aceptar una suerte de procedimiento inquisitivo en materia laboral.

Entonces, estos dos momentos estarían reconocidos por la norma, al señalar que es susceptible de ilicitud la prueba que las partes aportan (es decir, que se rinden en el proceso, admitiendo la ilicitud intraprocesal), y aquella que se obtiene (extraprocesalmente).

Finalmente, queremos precisar que el uso de la conjunción *y*⁹⁵ no significaría, en modo alguno, que la ilicitud deba estar presente tanto en la obtención como en la práctica de la prueba, pues aquello implicaría una restricción excesiva de la causal, y su consecuente ineficacia, pues ninguna prueba lograría pasar este filtro. En cambio, la conjunción *y* tendría la función, respecto de estos dos momentos (aportar y obtener), de asignar el mismo predicado, señalando que tanto en relación a la prueba aportada como a la obtenida, es posible aplicar la regla de exclusión.

Ahora nos abocaremos, específicamente, a la causal de exclusión por los medios ilícitos a los que refiere la norma. La jurisprudencia se ha referido a este supuesto, y a modo ejemplar, está lo dispuesto por el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta⁹⁶, el año 2014, que señala que nos encontramos ante esta situación:

(...) cuando nos encontramos frente a un medio probatorio prohibido por la ley o cuando no se han cumplido con las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba;
(...)

Por lo tanto, la aplicación de esta causal no se restringe al momento preprocesal, resultando aplicable a supuestos de ilegalidades al interior del proceso entre las que cabrían las incorporaciones defectuosas de medios de prueba, como por ejemplo, si un testigo no prestara juramento, se practicara una prueba en un orden diverso del establecido por la ley, o se prestare prueba confesional por mandatario que no cumple con las formalidades requeridas.

⁹⁵ En la frase *“(...) que las partes aporten y que se hubieren obtenido (...)”*

⁹⁶ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta de 22 de julio de 2014, Rol O-166-2014. Considerando séptimo. En igual sentido, sentencia del mismo tribunal de 3 de junio de 2014, Rol S-4-2014. Considerando octavo.

En estos últimos casos, no nos encontramos ante cuestiones de ilicitud propiamente tal, sino ante una cuestión de legalidad. Según Montero, la ilicitud es diferente a la ilegalidad, ya que por esta última se refiere a aquellos medios probatorios practicados en contravención a la norma que lo regula⁹⁷. Igualmente, Miranda Estrampes, que comprende el principio de legalidad de la prueba como aquel en virtud del cual los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley, mientras que la licitud se referiría a la obtención y práctica con respeto a los derechos fundamentales⁹⁸.

Sin embargo, nos llama la atención tal criterio por parte de la jurisprudencia, especialmente en orden a incluir dentro de la causal la infracción de formalidades en la práctica, puesto que aunque consideramos de lo más deseable que esta prueba también se excluya (y que el sistema tenga coherencia interna), lo cierto es que tal práctica se realizará en la audiencia de juicio, por lo que no tendría mucho sentido apuntar que la determinación de ilicitud en la práctica se lleve a cabo en una etapa procesal anterior a aquélla en que tiene lugar, sobre todo teniendo en cuenta que la regla de exclusión se regula a propósito de la audiencia preparatoria. Esto podría salvarse en el caso en que se admita que puede invocarse el incidente de ilicitud del art. 453 en la audiencia de juicio, lo que será de análisis posterior. De todas maneras, según nuestro convencimiento, no creemos que estos detalles hayan sido considerados rigurosamente, sino que se han tratado de establecer pautas generales de procedencia, las cuales, como ya observamos, tienen buenas intenciones, pero no son del todo precisas.

3. Entidad de la ilicitud.

Al encontrarnos ante alguna de las causales previstas por el art. 453 N°4 para excluir prueba ilícita, será necesario realizar un análisis de la proporcionalidad en la respuesta jurisdiccional, atendidos los intereses involucrados.

Esta afirmación podría ser criticable desde las ópticas garantistas, pues no parecería coherente llegar a sostener un fundamento ético, protector de la integridad judicial, si es que en ciertos casos (y bajo criterios que pueden ser completamente diferentes y desconocidos, ante supuestos fácticos iguales o similares) se permite incorporar prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Lo cierto es que en la práctica la actividad de ponderación es algo que siempre se lleva a cabo, y sobre todo en materia laboral, donde los posibles derechos afectados por una ilicitud en la obtención son en su gran mayoría disponibles. Así, por ejemplo, la privacidad o inviolabilidad de las comunicaciones. Incluso, de no ser necesaria ponderación alguna, bastaría con verificar el supuesto fáctico que implique un acto atentatorio de derechos para excluir la prueba, lo que no ocurre, pues siempre se motiva la razón de la exclusión, lo que más allá de constituir un requisito de toda sentencia (en

⁹⁷ MONTERO, Juan, cit. (n. 5) p. 158.

⁹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, cit. (n. 32) p. 132.

cuanto es imprescindible la motivación o fundamentación de la decisión) es demostrativo de la actividad mental del juez dirigida a comprobar la efectividad de tal infracción.

Por lo que se refiere a la causal de exclusión por vulneración de derechos fundamentales, este es un estudio que se realiza caso a caso, según el examen del magistrado de los hechos probados en la causa⁹⁹, y no habría, en principio, otra razón para rechazar el incidente que la no acreditación de los hechos constitutivos de la infracción. Sin perjuicio de ello, también será posible rechazar el incidente cuando, por un lado, haya colisiones de derechos fundamentales materiales involucrados, y por otro, cuando exista el consentimiento del afectado. Ambas fundadas, según lo dicho, en un análisis de proporcionalidad.

Respecto a esto último, creemos que es menester atender a la clasificación de bienes jurídicos disponibles y no disponibles, para poder así determinar su procedencia. Estas categorías no son sencillas de dilucidar, por cuanto existe una gran cantidad de supuestos discutibles. A pesar de esto, puede decirse, en primer término, que entre los disponibles caben aquellos que miran el interés individual y, entre los indisponibles, aquellos que miran a un interés colectivo, no siendo procedente, por tanto, el consentimiento respecto de los delitos que afectan bienes jurídicos cuyo titular sea la sociedad toda¹⁰⁰.

En este tema parece cuestionable la ligereza con que la jurisprudencia ha juzgado estas situaciones. Nos referimos no a aquellos casos en que el consentimiento ha sido prestado expresamente, sea por palabra o por actos que no dejen lugar a dudas de su concurrencia¹⁰¹, sino a aquellos supuestos en que se ha presumido tal consentimiento. A modo de ejemplo, por sentencia del año 2011 del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se rechaza el incidente de exclusión de unos documentos presentados por la empresa demandada por dos razones:

- 1) Fueron dejados por la actora en la oficina de la empresa, sacándolos, por lo tanto, de su esfera de privacidad y consintiendo en que la empresa accediera a los mismos.
- 2) Se solicitó por la parte demandante la exhibición de los mismos documentos impugnados, previamente, y lo que las reglas de exclusión probatoria buscan es, precisamente, evitar que tales lleguen a conocimiento del tribunal.

En cuanto al primer argumento, el consentimiento está siendo presumido, y a nuestro parecer, solo cabría hablar de consentimiento presunto cuando exista una imposibilidad de prestarla por quien le corresponde, y cuando esta presunción se equipare a una situación en la que el afectado presumiblemente habría consentido, si hubiera

⁹⁹ Recordamos que la determinación se deja, por regla generalísima, para la sentencia definitiva, una vez que se han rendido ya los medios de prueba.

¹⁰⁰ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I* (Cuarta edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2005) pp. 182-185. El autor señala, en todo caso, que el derecho no llega a permitir renunciar, frente a otros, a su libertad en totalidad, o a una parte esencial de ella sin que existan razones de peso.

¹⁰¹ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción de 9 de octubre de 2015, Rol T-94-2015. Fue la propia víctima la que entregó los mensajes de “Whatsapp” controvertidos a la encargada de la investigación, por lo que fue una acción completamente externa a la gestión o voluntad de la empresa.

conocido las circunstancias concurrentes al prestar realmente tal consentimiento¹⁰². Por tanto, creemos que no correspondía presumir tal actitud.

Respecto al segundo argumento, estimamos que por sí solo sí resulta suficiente para fundar el rechazo de la exclusión, pues la incorporación o exhibición de aquellos medios de prueba por aquella parte que posteriormente los impugna, es acto suficientemente demostrativo del consentimiento¹⁰³.

Hay otras sentencias en que también se produce este fenómeno, a las que por lo pronto solo nos remitiremos¹⁰⁴.

En lo relativo a la exclusión de pruebas obtenidas por *medios ilícitos*, la respuesta parece ser ligeramente distinta. El filtro que se aplica para decidir si se excluye por esta causal es verificar si la infracción se da al encontrarnos frente a un medio probatorio prohibido por la ley, o cuando no se ha respetado un requisito para la obtención y práctica del mismo.

Esta es la posición adoptada por la jurisprudencia de los juzgados laborales. En cuanto al análisis de proporcionalidad sobre la gravedad o entidad de la infracción, consideramos que este no es aplicado en estas situaciones, pues lo que autoriza a excluir la prueba en estos casos es la subsunción del caso presentado en la norma legal infringida, lo que una vez realizado, permite al juez excluir sin mayor análisis posterior.

A modo ilustrativo puede tenerse a la vista sentencia del año 2014, por la que se excluyeron por el tribunal las certificaciones notariales presentadas por una de las partes, por estar suscritas por Notarios, pero no realizadas por ellos, lo que contraviene el tenor del artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales, faltando, por tanto, uno de los requisitos establecidos en la ley para su confección.

En sentido similar, por sentencia del año 2013 se excluyen grabaciones donde hay expresiones del profesor demandado en base al artículo 161 – A del Código Penal, que sanciona tales intromisiones sin la debida autorización, y también en base al Reglamento del Instituto en el que la grabación tuvo lugar. Finalmente, por sentencia del

¹⁰² Seguimos en esto a STRATENWERTH, Günter, cit. (n. 102) pp. 188, 189. Señala, adicionalmente, que en cuanto al conocimiento presunto, el “interés” del afectado no es más que un indicio (refutable) de cual habría sido presumiblemente la decisión que el mismo habría tomado.

¹⁰³ Se invoca también tal argumento en sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Coronel de 31 de marzo de 2015, Rol O-1-2015.

¹⁰⁴ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción de 25 de abril de 2015, Rol T-9-2017. Señala al respecto que considerándose que el ambiente dentro de la empresa estaba agitado, no resulta raro que las grabaciones fueran parte de las prácticas al interior del recinto, debiendo entenderse conocidas por todos. Llaman igualmente la atención los casos en que se presentan conversaciones por medios electrónicos (ej. vía “Whatsapp” o correo electrónico) y se rechaza su exclusión bajo la argumentación de que al sostenerse un dialogo por esa vía, se quebranta por los mismos partícipes la esfera de resguardo de su seguridad privada (Juzgado de Letras de San Miguel, 16 de septiembre de 2016, Rol O-425-2016). En realidad, lo importante en estos casos no es quien tenga acceso a las comunicaciones, sino a quien va dirigido, por lo que se entenderán privados cuando estén dirigidos a persona determinada, pudiendo solamente los destinatarios de aquellas comunicaciones acceder a ellas, y no así los demás, quienes están resguardados del conocimiento de aquellas (2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17 de mayo de 2013, Rol T-84-2013).

año 2016 se excluyen tres print de pantalla de correos electrónicos (los cuales, por lo demás, fueron adulterados) en virtud del mismo artículo 161 – A del Código Penal¹⁰⁵.

En estos últimos supuestos se estaría hablando de “prueba prohibida”, pues son casos en que, de manera expresa, el legislador se ha encargado de proscribir ciertos medios probatorios. A estas hipótesis se referiría la jurisprudencia al señalar la exclusión de los medios probatorios prohibidos por ley, pues ante la escasez de normas de este tipo (prohibitivas) en el Código del Trabajo, nos obliga a buscar manifestaciones en otros cuerpos normativos, como ocurre en las situaciones antes citadas.

Hacemos presente la eventual ventaja práctica que podría llegar a tener aducir la causal de exclusión de prueba obtenida por medios ilícitos, pues como ya se explicó, según la tendencia jurisprudencial parece ser suficiente que el tribunal estime abarcado el caso bajo el amparo de una norma legal como fundamento para excluir el material, sin necesidad de ulteriores ponderaciones. En cambio, al alegarse la ilicitud por vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se verifique que el supuesto fáctico implica una afectación de tales derechos, el tribunal pondera otras circunstancias adicionales, que pueden llevar en definitiva al rechazo del incidente. Un ejemplo de esto se da respecto de conversaciones por medios electrónicos o grabaciones, donde los tribunales, en muchas ocasiones, estiman que por la naturaleza de dichas conversaciones debe entenderse que por medio de ellas se renuncia a la esfera de privacidad de la persona¹⁰⁶.

Esta respuesta de los tribunales es ciertamente particular, pues en el fondo, sería mucho más conveniente invocar siempre la causal de exclusión por medios ilícitos, en preferencia de la causal de afectación de derechos fundamentales, puesto que en tanto se verifique el supuesto dentro de alguna norma legal (lo que sucede en la mayoría de los casos en materia laboral) se libra de todo el problema que ocasionaría una efectiva ponderación del juez de la causa. Piénsese, por ejemplo, que también la sustracción de un documento de la esfera de privacidad del empleador (o trabajador), que es un supuesto de frecuente ocurrencia, constituiría también un hurto, y por tanto, podría excluirse conforme a la norma respectiva del Código Penal.

Por otro lado, quedaría ver qué sucede respecto de los pronunciamientos que se hagan en esta materia y las repercusiones de ellos en materia penal y viceversa. En otras palabras, ¿incide de alguna manera en el proceso penal la exclusión de material probatorio de este tipo? Si se excluye ¿sería vinculante para el tribunal penal en orden a dar acreditado el hecho como típico? Creemos que no, por cuanto la decisión sobre la

¹⁰⁵ Respectivamente, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta de 22 de julio de 2014, Rol O-166-2014; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt de 12 de diciembre de 2013, Rol O-305-2013; sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 2 de noviembre de 2016, Rol S-47-2016.

¹⁰⁶ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel de 4 de marzo de 2011, Rol T-31-2010. Se solicita la exclusión de unos correos electrónicos que no aparecen dirigidos al trabajador que los presenta, por lo que se duda de como tales fueron obtenidos. Concluye determinando que pese a no aparecer este último contemplado en la remisión de los correos, legítimamente tenía derecho a tener copia de tales correos, por ser parte del equipo a quienes iban dirigidos. Similar, sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 26 de enero de 2015, Rol O-4656-2014, el tribunal rechaza el incidente de exclusión pues atendido el cargo que ejercía anteriormente en la empresa, el demandante no podía sino saber que las conversaciones eran frecuentemente grabadas, por lo que se entiende tácitamente aceptada tal situación.

cuestión penal es de exclusiva competencia de los tribunales con competencia en lo penal. Pero de ser así ¿no sería posible, entonces, que hubiera sentencias contradictorias sobre un mismo asunto? Y aún más preguntas, ¿debería iniciarse algún proceso penal para entender cumplido el requisito del art. 453? Según lo que se puede deducir del actuar jurisprudencial, en general, no sería necesario¹⁰⁷. Y, ¿deberían remitirse los antecedentes al Ministerio Público, o algún otro órgano cuando se constate este tipo de ilegalidades? Parecería deseable.

Por todo ello sigue pareciéndonos inadecuada la forma en que se ha abordado este tema, e incluso podemos llegar a afirmar la impropiedad en haberse establecido esta causal, pues parece traer más problemas que los que soluciona, ya que los criterios con los que se comprende, en realidad, podrían quedar enmarcados en temas de admisibilidad y práctica generales de los medios de prueba.

Surge, además, la cuestión de si los medios ilícitos deben serlo solo en contravención de una norma de rango de ley, o si resulta aceptable que proceda cuando se actúa en contra de normas de rango inferior, por ejemplo, un reglamento. Al contrario de García¹⁰⁸ quien cree que no sería procedente en estos últimos casos, estimamos que si sería aplicable toda vez que la terminología parece perfectamente comprensiva de la legalidad en sentido amplio. Además, durante la tramitación de la ley poco y nada se dijo respecto a esta causal, por lo que difícilmente puede llegar a creerse que se tuvo en mente la precisión técnica que se le atribuye. Finalmente, a pesar de que el punto no se solucionó de manera específica, si se trató tangencialmente en sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt¹⁰⁹, la que además de excluir en base al artículo 161 del Código Penal, se basó en el reglamento del Instituto Alemán de Puerto Montt para apoyar su argumentación. Si las normas reglamentarias no fueran útiles para fundar la exclusión, no tendría ningún sentido que el tribunal siquiera las trajera a colación. Por estas razones, creemos que la norma, en este respecto es bastante amplia.

4. Efectos de la declaración de ilicitud

Una vez constatada la ilicitud por parte del tribunal y declarada ésta, no hay duda de que se procederá a la exclusión del material probatorio originario, o su no valoración, según el momento en que esto suceda. Si es que la exclusión se realizó por una contravención de norma legal, es posible que esta norma prevea consecuencias (civiles, penales, etc.), pero estas no son propiamente consecuencias de la declaración de ilicitud y deberán ser aplicadas en la oportunidad y ante el tribunal correspondiente.

¹⁰⁷ Particularmente sobre el punto, sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 11 de Febrero de 2015, Rol T-617-2014, expresa que la hipótesis de ilicitud estaría sancionada por el artículo 161-A del Código Penal, pero que en ese respecto no es competencia del tribunal (laboral) determinar si se configura o no el hecho típico descrito. Por lo que al no existir a la fecha sentencia ejecutoriada que haya sancionado tal actuar, se concluye que no se habría obtenido por medios ilícitos. Creemos que esta tendencia debiera ser la correspondiente, pues así se evita la intromisión del tribunal en esferas de competencia que no le son propias; pero por otro lado, la causal en comento devendría en inútil.

¹⁰⁸ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43), p. 49. Señala el autor que no incluye la infracción al reglamento interno de la empresa, o prohibiciones contractuales que al respecto puedan haber acordado las partes.

¹⁰⁹ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt de 12 de diciembre de 2013, Rol O-305-2013.

Lo relevante a este respecto es el reconocimiento de la exclusión de prueba derivada de la prueba ilícita. Tal reconocimiento, a nuestro parecer, está en las expresiones “obtenidas directa o indirectamente” del art. 453. También de esta opinión son Castillo, Cabezas y García¹¹⁰. A pesar de ello y aisladamente, sentencia del 1° Juzgado de Letras de Talagante¹¹¹ da para pensar en algo distinto, pues en su considerando séptimo expresa: “(...) *La ilicitud de prueba en el caso de marras, dice relación con la forma de obtención de los documentos que se incorporan en juicio, ilicitud que puede ser directa con infracción de garantía, o, la derivada o indirecta, esto es, la que emana de una actividad ilícita.*”. Lo anterior parece indicar que las expresiones cuestionadas en realidad aluden una y otra, respectivamente, a cada una de las causales de la disposición.

De todas maneras, no encontramos obstáculo a reconocer la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado en esta materia, e incluso la consideramos muy deseable de aplicar, pues lo contrario supondría desconocer la eficacia de los derechos fundamentales en este ámbito, y por otra parte, sería fácil de esta manera recurrir a subterfugios y siniestras (pero no por eso menos posibles) elucubraciones destinadas a introducir prueba ilícita por esta vía.

Asimismo, esta afirmación goza de apoyo jurisprudencial. Incluso en expresos términos, sentencia del tribunal de San Bernardo hace aplicable la regla de exclusión a la prueba derivada¹¹².

Sin ánimo de agotar el tema, debemos apuntar que siempre será necesario un análisis del efectivo nexo de causalidad entre la fuente y el fruto contaminado. Luego, una vez comprobada tal conexión natural será necesario verificar que exista una conexión de antijuricidad para que la prueba sea excluida, no bastando, por lo tanto, solo el cumplimiento del primer requisito¹¹³. Esta conexión de antijuricidad, en términos amplios, concurre toda vez que mediante su incorporación se lleve a la afectación de derechos fundamentales, y por ello, la teoría de la contaminación solo tiene sentido cuando la eliminación de la segunda prueba aporta efectividad a la tutela de los derechos fundamentales¹¹⁴.

Según el Tribunal Constitucional español, esta apreciación de antijuricidad dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho afectado,

¹¹⁰ CASTILLO GARCÍA, Cristian, *La prueba ilícita en el procedimiento de tutela laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2013) p. 186; CABEZAS PINO, René, cit. (n. 6) p. 82; GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43) p.39.

¹¹¹ Véase, sentencia del 1° Juzgado de Letras de Talagante de 11 de agosto de 2016, Rol O-4-2016. Considerando séptimo.

¹¹² Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo de 9 de febrero de 2010, Rol O-83-2009. Considerando décimo octavo. Hace aplicable la teoría de los frutos del árbol envenenado.

¹¹³ WELDT UMAÑA, Anderson, cit. (n. 36) p. 165.

¹¹⁴ GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, cit. (n. 2) pp. 298, 299.

siendo esto último lo que podría explicar en determinadas hipótesis la excepcional admisión de prueba derivada¹¹⁵.

Uno de estos casos es la teoría del vínculo atenuado, en virtud de la cual se permite la incorporación legítima de prueba obtenida ilícitamente mediando la voluntad saneadora del afectado, lo que en rigor no se trata del saneamiento de una actuación ilícita pretérita, sino de la nueva práctica, ahora lícitamente, de la actuación¹¹⁶. Este tinte de ilicitud se diluye bajo los criterios de proximidad temporal, extensión de la cadena causal, actos de libre voluntad, flagrancia, naturaleza saneable de la evidencia derivada¹¹⁷. En cuanto a las teorías de la fuente independiente y del descubrimiento inevitable, estimamos que no resultan aplicables, la una, porque ha sido reconocido que en realidad no constituye una verdadera excepción¹¹⁸; la otra, porque se desarrolla en un ámbito en que actualmente se realiza una investigación, lo que responde a lógicas muy diferentes a las del proceso laboral, en principio¹¹⁹.

Respecto a la causal de medios ilícitos, no podemos pensar en supuestos en que pueda darse prueba derivada, pero si los hubiera, creemos que no sería procedente excluir tal prueba derivada, pues aquello implicaría una afectación desproporcionada del derecho a la prueba, ya que la razón suficiente para excluir tales medios probatorios solo es la vulneración de garantías fundamentales, cuyo respeto es fundamental en un Estado de Derecho.

5. Oportunidad para solicitar la exclusión

a) Audiencia preparatoria

Esta es la primera oportunidad para solicitar la exclusión del material probatorio, pues es en esta ocasión en la que las partes presentarán los medios de prueba de los que pretenderán valerse en la audiencia de juicio oral, correspondiendo a las partes alegar la respectiva ilicitud como incidente. Por otro lado, de la ubicación de esta causal se desprende lo antedicho, pues se establece dentro de la regulación de la audiencia preparatoria.

Destacamos la importancia, en términos teóricos, de excluir en esta oportunidad, ya que de postergarse la resolución a la sentencia definitiva puede producirse una contaminación en el juzgador, el que formará su convicción a partir de pruebas que por sí solas, tal vez no habrían logrado formar ese convencimiento¹²⁰. Lo cierto es que no puede desconocerse la función retórica de los elementos de prueba, que

¹¹⁵ ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) p. 124-126. Crítica, posteriormente, la inseguridad que estas hipótesis de admisión conllevarían, pues podrían llevar a vaciar de contenido la disposición que establece la regla de exclusión.

¹¹⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 72) pp. 84-85.

¹¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, cit. (n. 32) p. 146.

¹¹⁸ Véase, TAMAYO ZULUAGA, Oscar, cit. (n. 49) p. 67; GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, cit. (n. 3) p. 301; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 74) p.78.

¹¹⁹ Podría resultar aplicable en los casos en que en la controversia una de las partes sea el Estado, como lo sería en actos de fiscalización.

¹²⁰ WELDT UMAÑA, Anderson, cit. (n. 36) p. 161; ZAPATA, María Francisca, cit. (n. 41) p. 10, mencionado en el prólogo de Raúl Tavolari.

aquí adquiere relevancia, pues más allá de la falsedad o verdad de lo establecido por los medios de prueba, se origina en la mente del juez una creencia acerca de la credibilidad de alguno de los relatos contados en el litigio¹²¹, por la relación del medio ilícito presentado y el resto de las pruebas.

Por otro lado, estas afirmaciones parten del supuesto de que es el juez de la audiencia preparatoria el mismo que preside la audiencia de juicio, lo que en materia laboral no es claro. En términos normativos, no hay ninguna disposición legal que regule el asunto, por lo que queda determinado según los usos que se lleven en cada tribunal. De tal manera, en ciertos lugares se lleva adelante por el mismo magistrado, y en otros no. Aunque parecería deseable crear una regulación sobre esto, nosotros no nos inclinamos por tal necesidad (al menos en esta materia), pues de todas maneras es de la mayor frecuencia que la determinación de la ilicitud se deje al momento de la audiencia de juicio, por lo que igual termina conociendo el juez en el juicio oral. Excluir de manera inmediata implica también pagar el precio de no contar con el concurso de otras fuentes o medios de pruebas que puedan conducir a aplicar el principio de proporcionalidad o alguna doctrina atemperadora¹²².

Expresamos anteriormente que esta etapa es la primera oportunidad para alegar la exclusión del material probatorio ilícito. Pero es posible que, excepcionalmente, el material ilícito se utilice para decidir cuestiones previas, como lo serían medidas cautelares. Si se utilizara material de este tipo para fundar las solicitudes de medidas cautelares ciertamente nos encontramos ante aquello que se quiere prevenir. A pesar de que aquel no es material probatorio en estricto sentido, la preservación de la integridad judicial y un fundamento ético hacen improcedente fundar medidas cautelares en este material ilícitamente obtenido, pues esto no sería sino corolario de aquello¹²³.

b) Audiencia de Juicio

Es en esta fase del procedimiento cuando realmente se discute sobre la ilicitud de las pruebas impugnadas. Pese a ser la audiencia preparatoria la oportunidad donde debe alegarse, la decisión del tribunal respecto a ella se deja para la sentencia definitiva, pues se considera necesario en la gran mayoría de los casos rendir prueba al respecto para realizar una evaluación completa y ponderada.

De tal manera, por sentencia del año 2009¹²⁴, se expresó, siguiendo ciertos términos del artículo 453, que debe determinarse la ilicitud en la sentencia definitiva, ya que es allí donde han de apreciarse y valorarse las pruebas aportadas por las partes, y que no puede realizarse en una fase anterior, toda vez que estaría emitiendo un pronunciamiento anticipado, puesto que no hay ni apreciación ni valoración previa a la sentencia. Consideramos, además, que el excluir previamente, sin mayor información al

¹²¹ TARUFFO, Michele, cit. (n.10) p. 26-28.

¹²² ARMENTA DEU, Teresa, cit. (n. 51) p. 133.

¹²³ Análogamente, se plantea algo similar en materia penal por HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, cit. (n. 72) pp. 87-89.

¹²⁴ Véase, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo de 9 de febrero de 2010, Rol O-83-2009. Considerandos décimo cuarto y siguientes.

respecto, puede estimarse limitador del ejercicio del derecho de defensa en el juicio, al no permitirse fundar las afirmaciones que se sostienen. Refuerza esta idea el inciso primero del artículo 453 N°4, al decirse que: “*El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes (...)*”, pues, como lo indica Castillo, para resolver fundadamente es menester que el magistrado conozca de la prueba en cuestión, lo que reafirma la idea de la no valoración¹²⁵.

Con todo, señala que excepcionalmente se podría excluir en una etapa previa, si es que pudiera determinar el juez que la ilicitud invocada es manifiesta, aunque no precisa en que consiste aquello.

Cuestión distinta es la relativa a la facultad de alegar la ilicitud en la audiencia de juicio. Pues no obstante señalamos que la oportunidad correspondiente para ello es la audiencia preparatoria, no hay disposición expresa que la limite a ella. Para responder a esto, primero debemos responder a si es posible para las partes ofrecer prueba en la audiencia de juicio. Por regla general, la oportunidad procesal correspondiente para el ofrecimiento de los medios de prueba será la audiencia preparatoria, momento en el cual se analizará la pertinencia de los mismos, y eventualmente, su ilicitud, conforme a lo ya explicado anteriormente.

¿Qué sucede si se ofrece prueba una vez iniciada la audiencia de juicio? Pues el tribunal deberá rechazarlo por no haber sido aquello realizado en la oportunidad que corresponde a tales fines. Pero ¿qué sucede respecto a los medios de prueba que se han obtenido, o conocido una vez terminada la audiencia preparatoria? El Código del Trabajo no resuelve la cuestión. Pese a ello, el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, en la sentencia antes citada permite la práctica de prueba nueva atendida la persecución en materia laboral de la verdad material, lo que se desprendería claramente de las amplias facultades que la ley procesal laboral le entrega al juez, pues el procedimiento no puede rigidizarse al extremo de que las prueba han de ser rechazadas por no preservarse los límites. Argumenta a su favor, el art. 454 N°8. En tales eventos, en consecuencia, se permite realizar una alegación de ilicitud de los medios de prueba presentados en la audiencia de juicio oral.

Ahora nos preguntamos por una cosa distinta. Esto es, si resulta posible alegar, en la audiencia de juicio, la ilicitud de prueba presentada en la audiencia preparatoria pero respecto de la cual no se solicitó oportunamente, por ejemplo, por un olvido¹²⁶. Creemos que resulta posible reclamar al respecto, promoviendo un incidente. Así, la inclusión de la prueba en el acta levantada en la audiencia preparatoria se extendería solamente a la obligación de admitir la práctica de tales medios, pero mientras no se haya discutido la ilicitud aquello no quedaría cubierto, ya que, además, el conocimiento del fondo en este respecto del juez, es superficial e insuficiente¹²⁷.

¹²⁵ CASTILLO GARCÍA, Cristian, cit. (n. 112) p. 178

¹²⁶ El supuesto antes analizado parte de la base de prueba que recién se ofrece en la audiencia de juicio, y no en la audiencia preparatoria.

¹²⁷ GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, cit. (n. 43), pp. 58-60. También, CASTILLO GARCÍA, Cristian, cit. (n. 112) p.160

A mayor abundamiento, el art. 454 N° 2 expresamente se refiere a la impugnación de la prueba instrumental acompañada, lo que puede formularse tanto en la audiencia preparatoria como en la de juicio, dentro de lo cual podría incluirse la alegación de ilicitud. Por otra parte, la misma disposición en su numeral 5° inciso tercero permite al juez reducir el número de testigos, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus manifestaciones pudieren constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos. Por tanto, si es que se autoriza al juez a excluir testigos por simple reiteración, parecería de toda lógica excluirlos cuando con su testimonio, o la información que ellos poseen haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, lo que es mucho más relevante que evitar una reiteración.

En cualquier caso, nada obsta a que la parte afectada, en la audiencia de juicio y una vez finalizada la prueba, pueda señalar la ilicitud al momento de realizar las observaciones que le merezca la prueba rendida, en virtud del art. 454 N°9 del Código del Trabajo¹²⁸.

Una vez aclarado lo anterior, queda reiterar, entonces, que a falta de excluirse la prueba en la audiencia preparatoria (por no ser la ilicitud manifiesta), el pronunciamiento de esta quedará para la sentencia definitiva y consistirá, en el evento de acogerse el incidente, en una no valoración de aquella prueba por el tribunal. Si bien es susceptible de críticas, por la eventual contaminación del juzgador que aprecia esta prueba ilícita, es una respuesta sensata, atendida la necesaria fundamentación de su decisión en base a otras pruebas que puedan rendirse para acreditar la licitud o ilicitud, según el caso. Por ello, el juez deberá llevar adelante un proceso mental destinado a omitir esta prueba respecto a su apreciación sobre los hechos de la causa. Este proceso inconsciente se basa en una elevada confianza al juzgador, que en su calidad de miembro profesional del aparato burocrático judicial, se considera capaz de tomar decisiones racionales acordes a la justicia exigida caso a caso, y con el debido respeto a la legalidad y las limitaciones que ésta impone. Pero la regla de la sana crítica, como método de valoración, puede llevarlo a apartarse de tales márgenes aun cuando no lo haga deliberadamente. Podría suceder, por ejemplo, en un procedimiento de tutela laboral, que el juez ponga más atención en la prueba rendida por el empleador, el que ya tendrá bajo sus antecedentes el haber infringido derechos fundamentales, por lo que el magistrado podría ser más susceptible a la calificación de la prueba ilícita de los medios probatorios presentados por el demandado¹²⁹.

c) Recurso de reposición

El recurso de reposición regulado en el art. 475 CT, es de amplísima procedencia, pues es aplicable en contra de los autos, decretos y de las sentencias interlocutorias que no pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. Por tanto, estimamos que en cuanto a la resolución que se pronuncia acerca de admisibilidad

¹²⁸ ORELLANA TORRES, Fernando, *Comentarios al nuevo proceso laboral* (Segunda edición, Librotecnia, 2008, Santiago) pp. 198-199.

¹²⁹ CASTILLO GARCÍA, Cristian, cit. (n. 112) p. 195, refiriéndose a la sana crítica en relación con la prueba incidiaria.

o exclusión de la prueba, es posible oponerse mediante la oportuna reposición, la que deberá interponerse en forma verbal, por dictarse esta resolución en audiencia. Sin embargo, creemos en el poco éxito que este recurso puede llegar a tener, pues si se interpone ante el mismo tribunal y consideramos los escasos antecedentes de los que dispone el tribunal para resolver el incidente, es difícil que cambie su parecer, tanto por disposición psicológica como por la misma (escasa) información que se tiene al respecto.

d) Recurso de nulidad

A nuestro parecer también sería posible entablar un recurso de nulidad cuando con ocasión de la sentencia se haya valorado prueba ilícita. Esto en tanto el artículo 477 del Código del Trabajo, en su primera parte, somete su procedencia a que en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, lo que acontece cuando se decide incorporar prueba ilícita en el acta de audiencia preparatoria, o cuando se dicta sentencia en base a ella, toda vez que por su incorporación o valoración, se consolida la afectación antedicha.

En este caso, como señala Hernández Basualto análogamente para el proceso penal, el vicio que permite fundar la nulidad del juicio y de la sentencia no es el vicio propio de la obtención de la prueba, sino uno específico del juicio oral, que consiste en la incorporación de prueba que debió ser excluida en la audiencia de preparación de juicio oral¹³⁰.

Por otro lado, creemos que también sería posible encuadrar tales resoluciones en la segunda causal genérica de esta disposición, que consiste en dictarse sentencia con infracción de ley, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues expresamente se regula la exclusión probatoria en el art. 453 N°4, que al no cumplirse por el juzgador omite aplicar el mandato prescrito por el legislador en orden a no valorar esta prueba, y que ciertamente, puede llevar a influir en lo dispositivo del fallo.

Recordamos que el recurso deberá estar suficientemente preparado, por lo que debe haberse alegado oportunamente la ilicitud en alguna de las etapas señaladas anteriormente.

En cuanto a la sentencia que acoge el recurso, deberá determinarse si se dicta sentencia de reemplazo o se produce reenvío al tribunal respectivo. Tal solución vendrá dada por la calidad del vicio invocado, y en este respecto vuelve a adquirir relevancia lo discutido previamente, en orden a determinar si la verificación de la ilicitud implica la exclusión en la audiencia preparatoria, o una no valoración en la audiencia de juicio.

De esta manera, si se sostiene que la exclusión debiese darse en la audiencia preparatoria, el juicio deberá retrotraerse a este momento, realizándose una nueva audiencia, pues fue la incorporación en esta etapa la que produjo el vicio. Pero sí, por el

¹³⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La prueba ilícita y recurso de nulidad* (Gaceta Jurídica, N°332, Santiago, Febrero, 2008) p. 613.

contrario, se sostiene que la sanción es una no valoración, debería dictarse sentencia de reemplazo, pues es con ocasión de la sentencia que se produce la afectación.

e) Recurso de protección

En cuanto a la procedencia del recurso de protección por la inclusión o valoración de prueba de carácter ilícito, nos inclinamos por su negativa. Pese a que existan un sinnúmero de supuestos que podrían, en abstracto, resultar encasillados dentro de alguna de las garantías protegidas por el artículo 20 de la Constitución, no creemos en el éxito de tal recurso. En el fondo, esta discusión nos remite a la problemática de la procedencia del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales, lo que no pretende ser tratado en este trabajo investigativo. Sin perjuicio de ello, creemos que no es posible que se acoja un recurso de protección contra resoluciones judiciales, porque se entiende que estas resoluciones están conforme a la legalidad, por lo que no cumplirían el requisito de ser arbitrario o ilegal, salvo que el error fuera de tal entidad que no pueda sino estimarse que la decisión carece de cualquier razonabilidad, y los derechos sean gravemente perjudicados (como sucedería si, por ejemplo, hubiera un error completo en un embargo, por una equivocación en la dirección del deudor). Además, no puede ser éste el medio idóneo para volver a pronunciarse sobre aspectos ya decididos por un tribunal de la República en la sede pertinente o para modificar resoluciones judiciales, pues se convertiría en un recurso subsidiario de los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley¹³¹.

f) Recurso de unificación de jurisprudencia

Creemos en la eventual procedencia de este recurso, en cuanto puedan presentarse sentencias de contrario sentido, dictadas por los tribunales superiores de justicia y que digan relación con la materia. Piénsese, como un mero ejemplo, en el caso en que se sostuviese el rechazo del incidente de exclusión de ciertas grabaciones de audio presentadas por una parte, por no referirse éstas a cuestiones relativas a la intimidad o privacidad de las personas, sino a cuestiones estrictamente relativas a la empresa; y por otro lado, una sentencia que acoge el incidente de su exclusión, bajo similares supuestos, y sostiene que lo relevante a estos efectos es el medio de obtención de la prueba, y no el contenido de la misma, por lo que no interesaría la materia sobre la que versa la prueba presentada.

En casos como estos, sería posible entablar este recurso frente a Corte Suprema para solicitar que se uniforme la jurisprudencia en el sentido que proponga el recurrente.

¹³¹ ZAVALA ORTIZ, José Luis, *Jurisprudencia Recurso de Protección* (Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2016) p. 23-26.

V. CONCLUSIONES

Concluimos el presente trabajo investigativo esperando haber expuesto los principales lineamientos relativos a la prueba ilícita en materia laboral. En mérito de los aspectos analizados solo nos queda por puntualizar algunos detalles.

1. En cuanto al fundamento de esta regla de exclusión, hemos dejado de manifiesto la dificultad al tratar de encontrar alguno, tanto por la escasa discusión parlamentaria, como por las soluciones asistemáticas que se han planteado. En efecto, la regla laboral se ve bastante más amplia que la solución penal, la cual es prevista para situaciones de suma gravedad (en último término, vulneración de derechos fundamentales), mientras que la norma del artículo 453, en lo relativo a la causal de medios ilícitos y según los criterios asentados en la jurisprudencia, llegaría incluso a regular situaciones de admisibilidad general de los medios de prueba, lo que es innecesario, puesto que es obvio que al analizar su incorporación debe efectuarse en conformidad con las normas legales.
2. Hacemos presente, igualmente, que la jurisprudencia analizada corresponde a sentencias de tribunales de primera instancia, y como se ha podido apreciar, su sentido suele ser del más diverso. Algunas no llegan, ni menos, a distinguir entre las causales de la norma, confundiéndolas, mientras que otras pocas las distinguen, pero superficialmente. De todas maneras, los casos de exclusión por medios ilícitos se presentan con muy poca frecuencia. Esto, sin embargo, no quita importancia al problema, pues ya se ha visto cómo pueden generarse trastornos de cierta entidad, como ocurre cuando se excluye prueba en base a disposiciones de otros cuerpos normativos (Código Penal, por ejemplo) sin considerar los efectos que puede llegar a tener en procedimientos de otro tipo, planteándose problemas en materia de cosa juzgada y sentencias contradictorias.
3. Finalmente, si bien podemos diagnosticar una eventual ventaja práctica al invocar esta causal por la facilidad con la que parece operar, no nos apresuramos a asegurar su éxito, pues el mismo escaso y errático tratamiento en la materia dificulta dar respuestas seguras, y si al final, lo mejor fuera invocar ambas causales conjuntamente, no es lo que deseáramos como solución, ya que ello significa evitar el problema de dotar de contenido la legislación.
4. Por lo pronto, debemos esperar que los juzgados laborales uniformen su criterio interpretativo en esta materia, lo que puede ser logrado en base a los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia y, sobre todo, un mayor análisis de la doctrina laboral chilena.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita* (Segunda edición, editorial Marcial Pons, 2011, Madrid, España)
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Fallos del Mes, Universidad Austral de Chile, 2002)
- CABEZAS PINO, René, *Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010)
- CARocca PÉREZ, Alex, *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile* (Revista Ius Et Praxis Vol. 4, N°2, 1998, Universidad de Talca, Chile)
- CASTILLO GARCÍA, Cristian, *La prueba ilícita en el procedimiento de tutela laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2013)
- CENDOYA ÁLVAREZ, Heric Orlando, *La prueba ilícita, su efecto reflejo y la regla de exclusión en el proceso penal chileno* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012)
- CORREA, Claudio, *La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo* (Política criminal, Vol. 11, N° 21 (Julio 2016), Art. 5, pp. 104-139)
- DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000)
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal* (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Alicante, 2004. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11013/1/Fernandez-Lopez-Mercedes.pdf>)
- GARCÍA SUÁREZ, Ignacio, *La prueba ilícita en el nuevo procedimiento laboral* (Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol.1 N°2, 2013)
- GUILHERME MARINONI, Luiz; CRUZ ARENHART, Sergio; NÚÑEZ ÁVILA, René, *La prueba* (Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015)
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, 2002)
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La prueba ilícita y recurso de nulidad* (Gaceta Jurídica, N°332, Santiago, Febrero, 2008)
- JARA BUSTOS, Francisco, *La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno* (Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile, Vol. 2, N°3, 2011)
- KIRIGIN DÍAZ, Tamara, *La prueba ilícita en el procedimiento laboral* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010)

MATAMALA SOUPER, Pedro, *La prueba ilícita en los procesos por audiencia laborales y su efecto reflejo en el caso de la actividad del Estado* (Columna, El Mercurio Legal, 15 de abril de 2014)
Véase en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/04/15/La-prueba-ilicita-en-los-procesos-por-audiencia-laborales-su-efecto-reflejo-en-el-caso-de-la-actividad-del-Estado.aspx>

MATAMALA SOUPER, Pedro, *La carta de triunfo obtenida en forma ilícita en proceso por vulneración de derechos en materia laboral* (Columna, El Mercurio Legal, 9 de mayo de 2014)

MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal* (AbeledoPerrot. LegalPublishing, Tomo II, Santiago, 2010)

MENESES PACHECO, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil* (Revista Ius Et Praxis, Vol. 14, N°2, 2008, Universidad de Talca, pp. 43-86)

MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal* (Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2005)

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones* (Revista Catalana de Seguretat Publica, Mayo, 2010, pp.131-151)

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil* (Editorial Civitas, Cuarta edición, España, 2005)

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia* (Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, N°2, 2015)

NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CORREA ZACARÍAS, Claudio, *La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas* (Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017, pp. 195 - 246)

OLIVER, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal* (Inédito, Valparaíso, 2017)

ORELLANA TORRES, Fernando, *Comentarios al nuevo proceso laboral* (Segunda edición, Librotecnia, 2008, Santiago, Chile)

PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Manual de Derecho Procesal Civil: Proceso ordinario de mayor cuantía* (Legal Publishing, Santiago, Chile, 2014)

PEYRANO, Jorge, *La carga de la prueba* (Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>)

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Editorial José María Bosch, Barcelona, España, 1996)

ROCCA DIEZ, Francisco, *Derecho a la prueba y carga probatoria en el procedimiento laboral monitorio* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2014)

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito* (Editorial Civitas, Madrid, España, 1997)

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I* (Cuarta edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2005)

TAMAYO ZULUAGA, Oscar, *El Principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal* (Especialización en derecho penal probatorio) (Universidad de Medellín, 2013)

Véase en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/113/El%20principio%20de%20proporcionalidad%20y%20restricci%C3%B3n%20a%20derechos%20fundamentales%20en%20el%20proceso%20penal.pdf?sequence=1>

- TARUFFO, Michele, *La prueba* (Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2008)
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Segunda edición, Editorial Trota, Madrid, 2005)
- TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa* (Ius et Praxis, pp. 95-122, 2006.)
- THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de derecho del trabajo* (Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, Chile, 1993)
- VÁSQUEZ GUÍÑEZ, Claudia, *Rol del juez en el nuevo proceso civil en relación a la carga de la prueba* (Tesis para optar al grado de magister en Derecho, Universidad de Concepción, 2014. Disponible en: http://repositorio.udec.cl/bitstream/handle/11594/1660/Tesis_Rol_del_Juez_en_el_nuevo_proceso_Civil.Image.Marked.pdf?sequence=1)
- WELDT UMAÑA, Anderson, *Práctica en el procedimiento de aplicación general y los recursos procesales* (Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2015)
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita* (Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004)
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Nuevo proceso penal y Constitución Política* (Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N°1, Diciembre, 2003)
- ZAVALA ORTIZ, José Luis, *Jurisprudencia Recurso de Protección* (Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2016).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta de 22 de julio de 2014, Rol O-166-2014.
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta de 3 de junio de 2014, Rol S-4-2014.
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción de 9 de octubre de 2015, Rol T-94-2015.
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción de 25 de abril de 2015, Rol T-9-2017.
- Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Coronel de 31 de marzo de 2015, Rol O-1-2015.
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo de 9 de febrero de 2010, Rol O-83-2009.
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel de 16 de Septiembre de 2016, Rol O-425-2016
- Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel de 4 de marzo de 2011, Rol T-31-2010.
- Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 17 de mayo de 2013, Rol T-84-2013.
- Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 26 de enero de 2015, Rol O-4656-2014.
- Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de 11 de febrero de 2015, Rol T-617-2014.

Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 2 de noviembre de 2016, Rol S-47-2016.

Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt de 12 de diciembre de 2013, Rol O-305-2013.

Sentencia del 1° Juzgado de Letras de Talagante de 11 de agosto de 2016, Rol O-4-2016.