

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: ¿Es realmente conveniente la regla de exclusión de prueba ilícita en el derecho de familia? Análisis de dicha regla en contraste con el interés superior del niño, niña y adolescente.

Alumno: Rodrigo Hernán Riquelme Mendoza

Tutor: Dr. Diego Papayannis

Convocatoria Enero 2023

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la procedencia de la exclusión de prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales en áreas distintas a la penal, particularmente en el ámbito del derecho de familia y circunscrito a juicios sobre cuidado personal, relación directa y regular y medidas de protección. Dicho límite extrínseco de la actividad probatoria en Chile se encuentra positivado en el artículo 31 de la ley n°19.968 sobre Tribunales de Familia, el que – pese a su relevancia – no ha presentado mayor desarrollo dogmático ni jurisprudencial. El estudio de los fundamentos de la prueba ilícita, de su fin y de sus destinatarios, permitirá reflexionar sobre la conveniencia de añadir a la constante pugna entre la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba como elementos esenciales del debido proceso, por un lado, y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, por el otro, un elemento esencial en esta clase de controversias, cual es, el interés superior del niño, niña o adolescente. Dicho interés, entendido como derecho sustantivo, principio interpretativo fundamental y, a la vez, como norma de procedimiento, importa para el juez un mandato de consideración primordial al momento de adoptar cualquier decisión que les afecte directa e indirectamente, de manera tal que, en caso de colisión con alguna garantía fundamental o bien jurídicamente protegido diverso, debe primar el primero. Finalmente, se abordará algunos problemas que acarrea la irreflexiva incorporación – en el derecho de familia chileno – de la aludida regla de exclusión de prueba, y se propondrá posibles soluciones.

1. Introducción

Con la entrada en vigor del Código Procesal Penal en el año 2000, se inició en Chile un proceso de modernización de las leyes que regulaban los procedimientos judiciales y administrativos. Siguiendo la tendencia regional, el legislador advirtió la necesidad de dotar a los justiciables de procedimientos alíferos regidos por principios como la oralidad, inmediación, concentración, libertad probatoria y de valoración, consagrando –además– un buen número de garantías en protección de las partes del conflicto, sobre todo aquella que se entiende como la “más débil” en esta tradicional diada.

Dentro de dichas garantías procesales se encuentra el derecho a probar, el que pretende acompañar a la averiguación de la verdad como uno de los objetivos principales –mas no el único– dentro del contexto judicial. Empero, tal derecho, al convivir con otros, en caso alguno puede ser entendido en términos absolutos, sino sujeto a ciertos límites. Uno de ellos es la denominada prueba ilícita, institución que ha acaparado el estudio de distintas áreas del derecho desde mediados del siglo pasado, no solo por sus connotaciones e implicancias constitucionales, sino que también por las consecuencias prácticas que conlleva. Al tratarse de un conflicto tanto probatorio como procesal, que por lo demás incide enormemente en la agenda política –particularmente en materia penal– ha sido ésta el área en que su desarrollo dogmático y jurisprudencial ha sido prolífero. Por lo mismo, el estudio de la regla de exclusión por ilicitud de la fuente probatoria ha tenido un vertiginoso desarrollo en las últimas décadas, permeando las fronteras de la jurisprudencia estadounidense –pionera al respecto– para positivarse legislativa, e incluso constitucionalmente, en buena parte de los países de tradición continental. Por supuesto que Chile no ha sido la excepción, lo que no resulta sorprendente si partimos de la base que, en un Estado de Derecho, la única forma válida de obtener condenas es ciñéndose a los procedimientos legalmente establecidos, con respeto irrestricto a los derechos fundamentales que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Ahora bien, este desarrollo legislativo vivenciado en Chile en orden a modernizar los vetustos procedimientos creados a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, ha incorporado la regla de exclusión probatoria por ilicitud en prácticamente todas las áreas del derecho. No cabe duda de que el proceso penal no es el único escenario en que se observan conductas lesivas o restrictivas de derechos. Sin embargo, áreas del derecho diversas a la criminal presentan características distintas que no se ajustan cabalmente a la razón de ser de esta norma. Solo a modo ejemplar, fuera del derecho punitivo no existe un justiciable soportando el accionar del aparato estatal que busca su responsabilidad a través de la lesión propiamente tal de la libertad mediante una condena. Por el contrario, existe –en general– un plano de igualdad en todas las etapas del proceso, el que incluye a la actividad probatoria de obtención de evidencia, instancias en que no existe intromisión del Estado. Por tal razón, resulta importante desentrañar el motivo por el cual se incorpora esta regla de exclusión –si hay alguno– sobre todo en áreas del derecho en que existen

alteraciones a los procedimientos tradicionales, principios propios y deberes de protección por parte del juez, como es el derecho de familia. Estas diferencias hacen que el fin epistemológico del proceso, al coincidir con otro principio propio del área, se vea revestido de una relevancia adicional.

En lo formal, cabe adelantar que cada uno de los títulos de esta tesis son eslabones necesarios de la cadena argumentativa que, en la práctica, permitirían fundamentar una resolución judicial sobre la materia en estudio, y por lo mismo, todos ellos ameritan ser abordados para una correcta comprensión. Sin embargo, como prevención, debo reconocer que muchos de los tópicos que se expondrán en las líneas venideras serán analizados sin la profundidad que merecen. La limitada extensión de este trabajo conspira en contra de ese anhelo, pero no es la única razón. Buena parte de ellos tiene un nutrido desarrollo doctrinario y otros se encuentran escasamente tratados, diferencia que motiva a asignar a cada uno de ellos una extensión similar de manera de lograr un adecuado balance académico y, más que conformarse como una recopilación, mediante el presente trabajo se pretende aportar en el incipiente desarrollo de esta discusión.

2. El fin epistemológico del proceso

El proceso es una herramienta creada para la resolución de conflictos de intereses jurídicamente relevantes entre partes contradictorias, lo que se logra a través de una decisión de la autoridad judicial aplicando las normas jurídicas pertinentes (Couture, 1985, págs. 145-146). Dentro del proceso confluyen distintos objetivos cuyo abordaje –pese a su relevancia– exceden del tema central de este trabajo. Lo que sí interesa destacar en esta parte, es que uno de los fines o valores del proceso es la búsqueda de la paz social, cuya concreción necesariamente debe ligarse al establecimiento de la verdad. Esta verdad no debe ser entendida en términos dicotómicos (Carnelutti, 1947, pág. 29) como verdad formal, judicial o procesal en contraposición con aquella material, histórica o empírica. La existencia de particularidades relevantes del contexto específico y jurídicamente determinado del proceso judicial, sirven, a lo sumo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero en caso alguno son suficientes para diferenciar totalmente la verdad dentro y fuera del proceso (Taruffo, pág. 29). Luego, a lo que se aspira es a encontrar la verdad como concepto único, que no difiere esencialmente de otras áreas de la investigación. De esta manera, cuando el legislador elige poner a disposición de las partes el proceso como medio de resolución de conflictos, opta por proveer una determinada forma de solucionar la contienda: la caracterizada por resolver el conflicto conforme a la verdad, es decir, con base en la correspondencia del enunciado a probar con la real ocurrencia de los hechos descritos en la norma que se pretende aplicar (Maturana, 2014, pág. 24).

Desde otra perspectiva, la averiguación de la verdad también es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial. En efecto, como sostiene

Ferrer (2007, págs. 28-29), la relación entre prueba y verdad permite explicar el rol de modelador de conducta que tiene el derecho, la importancia de la determinación de la ocurrencia de los hechos y la fuerza vinculante de las resoluciones judiciales. De ello se sigue que solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. En la misma dirección fluye la función de la prueba y de su valoración, pues la determinación de la verdad es una condición necesaria para que pueda operar el silogismo judicial implicado en la resolución de conflictos por parte del juez; solo establecida adecuadamente la premisa fáctica puede ser correcto aplicar la consecuencia jurídica dispuesta en la norma abstracta (Taruffo, 2011, pág. 64). Sin embargo, ante la imposibilidad de alcanzar verdades absolutas, pues la prueba es un medio limitado e imperfecto, la relación que debe existir entre prueba y verdad debe ser entendida como teleológica, es decir, como un medio para la concreción de un fin. Solo de esta manera se puede concebir –sin objeciones teóricas– que la actividad probatoria se dirige a establecer la verdad, reconociendo que se puede fracasar en alcanzar su finalidad. Así las cosas, ante la imposibilidad de tener la certeza racional de que un enunciado empírico es verdadero, entendido como correspondiente con la realidad, se propone por Ferrer (2007, pág. 20) que un enunciado sea aceptado como verdadero en la medida que esté suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial. De esta forma, puede dejarse atrás la relación conceptual entre prueba y verdad, pues ésta deja de ser una condición necesaria para estimar probada una hipótesis, de manera tal que podría decirse que, para que un enunciado esté probado, es necesario que se disponga de elementos de juicio suficientes en su favor, que hagan aceptable esa proposición como descripción de los hechos del caso (Ferrer, 2002, pág. 78).

Asumiendo el riesgo de excesiva simplificación de estos conceptos, cabe concluir esta parte señalando que, mientras más rico y diverso sea el acervo probatorio, mayor probabilidad hay de que se pueda establecer la verdad dentro del proceso y que ésta tenga su debida adecuación con la realidad.

3. Derecho a la prueba y sus limitaciones

a. Concepto

Estrechamente ligado a lo anterior se encuentra el concepto de derecho a probar, toda vez que la prueba –entendida como elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho (Taruffo, pág. 328)– es el medio para corroborar que una hipótesis tiene correspondencia con la realidad. De esta manera, es posible definir el derecho a la prueba como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso” (Picó i Junoy, 1996, pág. 441), convicción que debe entenderse no como la mera intuición del juzgador o convencimiento moral, sino que debe estar basado en los elementos probatorios obtenidos en el proceso,

toda vez que la actividad de juzgar es una acción racional, científica y fundamentada en las pruebas practicadas (Miranda, 1997, pág. 122).

Conforme a la concepción cognoscitivista de la jurisdicción, la que busca no solo resolver conflictos, sino que también alcanzar la decisión correcta y justa sobre la base de un adecuado establecimiento de hechos, es indispensable que el ordenamiento jurídico propenda a procurarse de toda la información relevante para ello (Del Río, 2010, pág. 352). Desde esta óptica, la regla general que debiese gobernar la actividad probatoria de las partes debe ser la de inclusión de todo el material epistemológico disponible, es decir, toda prueba que revista utilidad para el desenlace judicial del caso –en favor de la decisión acertada– debe ser admitida.

En definitiva, este derecho, elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, es aquel en virtud del cual todo sujeto que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso, tiene la prerrogativa de producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de los hechos que configuran, o configurarán, su pretensión o su defensa (Bustamante R. , 2000, pág. 141). En otras palabras, el derecho a la prueba presupone que el tribunal predeterminado por la ley admita la prueba ofrecida; a que ésta sea efectivamente practicada en el proceso con intervención o audiencia de las demás partes en litigio; y a que –por último– la prueba sea debidamente ponderada por el tribunal, precisando además las que se rechazan y las motivaciones de tal determinación (Jequier, 2007, pág. 479).

b. Regulación

En el ordenamiento jurídico chileno, el derecho a la prueba se encuentra amparado en la Constitución Política de la República (en adelante CPR) dentro de las garantías del artículo 19 n°3 incisos segundo y quinto, como proyección del derecho de defensa y debido proceso (Hunter, 2020, págs. 288-289), inteligencia que ha sido recogida por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Dicha interpretación es armónica con las disposiciones de tratados internacionales de Derechos Humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8), los cuales ingresarían al ordenamiento jurídico mediante la regla de reenvío al artículo quinto inciso segundo de la Constitución, asegurando de este modo a los intervinientes de la actividad jurisdiccional un estándar de garantías compatibles con un Estado democrático de derecho. Por tanto, se trataría de una condición “*del debido proceso adjetivo*” de impronta constitucional (Jara, pág. 275).

c. Límites

Como todo derecho fundamental, pese a su trascendencia, su ejercicio no es de carácter absoluto. No se trata de un derecho cuyo núcleo sea de una extensión que no admita limitaciones. Por el contrario, debe ser ejercido en consonancia con los demás derechos esenciales que la CPR y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos le reconocen a las personas (Hunter, 2020, pág. 293), en un plano de realización proporcionada y armónica de unos y otros. Además, se trata de un derecho restringido por

sus propios principios que informan su contenido y su ejercicio. En efecto, la prerrogativa de presentar todo medio de prueba para producir convicción tiene al menos dos tipos de limitaciones: los relativos a la pertinencia, relevancia o necesidad –denominados “intrínsecos”– y aquellos relativos a su admisibilidad legal, bien sea en relación al objeto del juicio o a la cualidad de las partes, también llamados “extrínsecos” (Picó i Junoy, pág. 39), dentro de los cuales se encuentra la ilicitud de la prueba que será analizada en lo venidero.

4. La prueba ilícita nace en el derecho penal

Como se previno en la introducción, el objetivo central de este trabajo no es el desarrollo de la prueba ilícita en materia penal, ítem de estudio en que existen excelentes exponentes y un gran desarrollo dogmático. No obstante, como correctamente señala Ferrada (2009, pág. 12), al ser la punta de lanza de esta institución y existir abundante jurisprudencia, es referencia sucinta pero obligada.

El límite extrínseco reconducido a la antijuricidad como causa de exclusión, en términos sencillos, consiste en sacrificar la búsqueda de la verdad y limitar al derecho a probar –a través de la inutilización de un medio de prueba– en pos de valores que se sitúan en un rango superior. Ello tiene muchas vías de explicación. Entre otras, debe considerarse que el Estado, principal destinatario de los derechos humanos y quien tiene el deber de llevar a cabo la actividad indagatoria, donde existen intromisiones regladas en los derechos esenciales de los ciudadanos, al menos debe respetar las reglas fijadas y no incurrir en vulneraciones distintas a las permitidas. Ello implica que, más allá de los fundamentos que se analizarán, siempre pervive –como mensaje disciplinante de la exclusión– la integridad judicial o la necesidad de que los órganos jurisdiccionales tomen sus decisiones en forma correcta (Horvitz & López, 2010, págs. 227-228).

Pese a no existir completo consenso en doctrina sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita, puede ser definida como aquella obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales (Miranda, 2010, pág. 133), ilegitimidad que impide que dicho medio de prueba conforme el acervo probatorio decisorio del caso y sea expulsada del proceso o no considerada en la etapa de valoración (Correa, 2016, pág. 112). Se trata, por tanto, de una regla contra epistémica que restringe el caudal probatorio en aras a la maximización de otros intereses que se estiman más relevantes a la búsqueda de la verdad, coexistentes dentro del proceso.

Es importante, en esta parte, tener en cuenta la conocida distinción entre fuentes y medios de prueba. Las fuentes de prueba hacen referencia a los elementos existentes en la realidad con independencia del proceso y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho; mientras que los medios de prueba solo existen en el proceso, al constituir la actividad procesal mediante la que se incorporan al proceso las fuentes de prueba a fin de obtener en el proceso la información sobre los hechos (Sentis, 1978, págs. 151-158). La

relevancia radica en que, como mantiene la mayoría de la doctrina, aunque la ilicitud puede derivar excepcionalmente de que la vulneración del derecho fundamental se produzca con motivo de la actividad de práctica del medio de prueba, lo más frecuente será que la lesión se produzca en las actividades de búsqueda y obtención de las fuentes de prueba (Bellido, 2010, pág. 80).

a. Origen

La prohibición y exclusión de la prueba ilícita principalmente se asocia al respeto de garantías procesales. Las mayores discusiones se han dado con ocasión del proceso penal por razones de desarrollo histórico, donde la titularidad estatal de la persecución penal permitió el uso de medios probatorios lesivos de las más básicas garantías fundamentales. Es justamente allí el primer lugar en que se entrecruzan intensos intereses en constante tensión, cuales son, por un lado, el legítimo deseo del Estado –y aspiración de todos los ciudadanos– que sean respetadas las normas básicas de convivencia social y que, cuando ello no fuere así, se reprima al responsable; y por otro, la vigencia de los derechos fundamentales y la dignidad humana, de cara a un Estado que ejerce el poder punitivo (Correa, 2016, pág. 106). Por esta razón, los avances en la comprensión de los derechos de las personas buscaron convertir el proceso jurisdiccional en una garantía contra el riesgo de la extralimitación de los órganos de persecución en la búsqueda de la verdad (Roxin, 2000). En el mismo orden de ideas, al detentar el monopolio del *ius puniendi*, en el actuar del Estado –luego de proscribir la autotutela– necesariamente debe perseguirse, en coherencia con la doble función preventiva del proceso penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes, siendo esta última preocupación la que está en la base de todas las garantías procesales que circundan a los gobernados (Ferrajoli, 1995, pág. 604).

b. Fundamentos

Según Horvitz y López (2010, págs. 164-168), tres serían las principales corrientes esgrimidas por quienes intentan explicar la razón de ser de la exclusión por prueba ilícita. Sin embargo, a mi juicio, son solamente dos, pues la primera tratada por dichos autores – esto es, la necesidad de evitar que las decisiones en materia penal se adopten sobre la base de prueba de calidad deficiente– no se presenta en todos los casos. También se ha invocado como argumento la integridad judicial; empero, dicha teoría –rápidamente abandonada por la jurisprudencia norteamericana y desechada por la Corte Internacional de Derechos Humanos– no ha trascendido mayormente (Ferrer, 2019) y, como se dijo, se percibe como subyacente a las demás.

i. *Efecto disuasorio:*

Es probablemente el primer fundamento del reconocimiento jurisprudencial de esta regla. Extraído desde el derecho norteamericano, el *deterrent effect* implica enfocar la exclusión probatoria desde una perspectiva disuasoria. En efecto, las sentencias dictadas por la Corte Suprema Federal en los casos US vs. Calandra (1974) y US vs. Janis (1976), consagraron expresamente que el verdadero fin de la *exclusionary rule* era disuadir a la

policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (Miranda, 2010, pág. 134)¹. En concreto, se trata de una regla jurisprudencial en virtud de la cual las fuentes de prueba obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no pueden aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado (Jequier, 2007, pág. 460). En definitiva, el resguardo de los derechos de los particulares se obtenía indirectamente, toda vez que el objetivo principal era desarraigar el actuar ilegal de las instituciones a cargo de la persecución penal (Jara, 2012, pág. 278) a través de la denominada *evidence wrongfully obtained*.

ii. *Respeto a los derechos fundamentales y eficacia vertical*

Esta corriente, de origen europeo-continental, reconoce en la regla de exclusión un componente no solo ético sino también de origen constitucional. De acuerdo con Ferrajoli (1995, págs. 537-538), el propio reconocimiento del Estado de Derecho, caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la exclusión de pruebas ilícitas. Lo anterior se explica por el monopolio del *ius puniendi* estatal recaído en el Estado. De esta manera, se reconoce la preeminencia o supremacía que el ordenamiento jurídico le confiere al sistema de derechos fundamentales que estructura la convivencia social, por sobre la obtención a ultranza de la verdad que surge del proceso (Jequier, 2007, pág. 462) y por sobre las necesidades prácticas de la persecución penal (Hernández, 2005, pág. 28). Así lo ha entendido también la doctrina y jurisprudencia nacional, refiriendo que el sustento de la regla responde a la eficacia de los derechos fundamentales contra el poder punitivo del Estado, lo que se encuentra respaldado por el debido proceso y la regla de reenvío de la Constitución a legislación internacional sobre la materia, que hace aplicable una serie de garantías judiciales (Zalaquett & Nash, 2005, págs. 68-69).

5. Prueba ilícita en otras áreas del derecho

a. Generalidades

Dicho lo anterior, corresponde ahora analizar brevemente la procedencia de replicar la regla de la prueba ilícita en el derecho civil, englobando bajo este rótulo aquellas ramas del derecho distintas a la criminal y a la administrativa sancionatoria. Como se adelantó, el legislador chileno no advirtió inconveniente alguno en la creación de reglas similares a la existente en materia penal. En efecto, el artículo 453 N°4² del Código del Trabajo regula la

¹ Sin perjuicio que desde 1914 la misma Corte ya había decidido la exclusión de prueba ilícita en casos penales federales y en 1961 esa jurisprudencia se extiende a los casos penales estatales.

² “El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente. Solo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su

prueba ilícita en términos incluso más amplios que el Código Procesal Penal, mientras que en la ley n°19.968 sobre Tribunales de Familia (en adelante LTF) se limita la libertad probatoria –en sentido cualitativo– a través de la proscripción de incorporar a juicio pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Incluso en el proyecto del Código Procesal Civil³ chileno existe una norma relativas a la materia.

Pese a la proliferación de estas normas, no existe mayor discusión legislativa al efecto en ninguna de las materias señaladas (Jara, 2012, pág. 283). En lo atinente al derecho de familia, de acuerdo con el análisis realizado por Ferrada (2009, págs. 157-158), la redacción original de la norma buscaba, de manera indirecta, impedir la incorporación de prueba obtenida de manera ilícita al solo autorizar los medios “lícitamente obtenidos”, lo que fue modificado para derechamente imponer en el juez el deber de excluir las pruebas obtenidas con infracción de garantías fundamentales. No existe, durante la discusión parlamentaria, mayores disquisiciones en torno al fundamento de la norma como tampoco a la procedencia de la institución en esta materia, dejándose constancia únicamente –por parte de un Senador– que la apreciación de si las pruebas fueron obtenidas con infracción de garantías fundamentales debiese ser determinada por el juez caso a caso, considerando las particularidades de la relación que haya existido entre los cónyuges o, en general, de las partes del juicio.

Por otro lado, a nivel comparado, la tendencia no es diferente. Solo a modo de ejemplo, en España el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 estableció una regla similar⁴, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, posteriormente, el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 incorpora explícitamente una completa regulación sobre la oportunidad y forma de alegar la ilicitud de la fuente de la prueba.

Como pudo advertirse, en el proceso penal es donde la prueba ilícita alcanza toda su significación y mayor frecuencia, pues en la tarea de búsqueda de la verdad y de acreditación de la comisión de un delito por parte del persecutor fiscal puede fácilmente violentarse derechos esenciales del imputado, cualquiera sea su índole. En cambio, en los procedimientos civiles, tradicionalmente inspirados por los principios dispositivo y de oportunidad, son las partes las encargadas de obtener las fuentes y aportar los elementos de prueba al proceso. Por dicha razón, la condición de igualdad procesal que existe entre los litigantes determina, en esta clase de conflictos, que la prueba ilícita no emerja con tanta frecuencia y que los derechos fundamentales que puedan verse afectados por la actividad probatoria de los mismos se circunscriba comúnmente a la esfera de la intimidad y

resolución. Con todo, 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 por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.

³ Artículo 292: “El juez ordenará que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o no idóneas; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que resultaren sobreabundantes; las que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas y aquellas que recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que, en este último caso, se tratase de cuestiones indisponibles para las partes.”

⁴ 11.1 En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales.

dignidad, en sus manifestaciones constitucionales de protección de la vida privada, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación (Jequier, 2007, pág. 480).

Por lo demás, las áreas del derecho distintas a la criminal presentan particularidades compartidas que tienen incidencia en la forma de entender la prueba ilícita, siendo tres de ellas las más importantes. La primera dice relación con que, en el derecho civil, el Estado no actúa como órgano persecutor, sino que se limita a ser aquel tercero imparcial que dirime la controversia entre partes que se encuentran en un plano de relativa igualdad jurídica. La segunda se refiere al hecho de que ambas partes del proceso son titulares de derechos fundamentales. Finalmente, cabe destacar que el derecho penal tiene –como objetivo práctico– sancionar al responsable de un crimen o simple delito, privándolo de uno de sus derechos fundamentales más importante como es la libertad individual, cuestión que no ocurre en las demás áreas del derecho. Fuera del derecho penal no existe amenaza, limitación o conculcación de derechos en la decisión jurisdiccional final, sino que la sentencias versan sobre aspectos patrimoniales y/o personales. No obstante, emerge en este tipo de conflictos un aspecto relevante a destacar, cual es, que la decisión judicial estimatoria de la pretensión de una de las partes inevitablemente causará perjuicio a la otra, lo que muchas veces discurre sobre la base de colisiones de derechos fundamentales durante la substanciación de proceso, como se verá.

b. Fundamento

No están marcadamente claros los motivos que, al menos doctrinariamente, justificarían la inclusión de esta regla en materia civil. Sí existe cierto consenso en que el efecto disuasorio no tendría mayor cabida en este tipo de procesos (Delgado, 2021, pág. 46), particularmente porque la regla de exclusión –por su propia naturaleza– no entra en juego en caso de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares (Jara, 2012, pág. 278). Solo es aplicable en causas penales y para la prueba que sustente la acusación (Ferrer, 2019). Lo anterior es del todo lógico si se considera que no existe –de manera permanente– instituciones que realicen labores investigativas e intervengan en los procesos en calidad de litigantes.

Han sido dos los argumentos que, con mayor fuerza, permiten incluir esta regla en las distintas ramas del derecho.

i. *Eficacia horizontal de los derechos fundamentales*

Para el constitucionalismo clásico, los titulares de los derechos fundamentales son los particulares y su destinatario el aparato estatal. Ello se explica básicamente porque su objeto es ejercerlos frente al Estado, erigiéndose como barreras de protección frente a su poder. Así entendidos, no sería posible que un ciudadano viole los derechos humanos de otro (Ferrada, 2009, pág. 30), cualquiera sea el contexto en que ello se verifique. Sin embargo, la idea del efecto horizontal de los derechos fundamentales, es decir, la exigencia de su respeto a particulares (Aldunate, 2003, pág. 14), hoy en día es un fenómeno aceptado sin mayor discusión (Jara, 2012, pág. 284) y, a menudo, sin mayor reflexión en nuestro

país, en base a normativa constitucional⁵. Ello es consecuencia de la consideración de los derechos fundamentales como derechos objetivos, de manera tal que ya no son concebidos únicamente como límites, prerrogativas o potestades del titular del mismo respecto al poder del Estado, sino también como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico (Anzures, 2010). En síntesis, de acuerdo con Alexy (2001, págs. 510-511) “las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, y en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”.

En España, fue una sentencia del Tribunal Constitucional (114/1984) la que dio pie al posterior reconocimiento legal de esta forma de protección a los particulares ante probanzas espurias producidas por otros. En efecto, ante la inexistencia de regla expresa que dispusiese la inadmisión de material probatorio aportado al proceso en violación de los derechos fundamentales, el Tribunal afirma que sí existen supuestos en que se debe excluir pruebas antijurídicamente logradas como exigencia objetiva e implícita del sistema de los derechos fundamentales, particularmente el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (artículo 14). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional chileno, buenos años más tarde, en causa Rol 976-07 de 26 de junio de 2008, sostuvo que el “deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”.

En definitiva, la posición preferente de los derechos humanos, como pilares del Estado democrático conlleva que estén dotados de una especial tutela jurídica. Independientemente del ámbito procesal del que se trate, el ordenamiento vela por que se sancionen los actos que hayan vulnerado tales derechos. En este sentido, la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida será una sanción de tipo procesal, que reacciona ante el quebrantamiento de un derecho fundamental (Hunter, 2020, pág. 444), bien sea por parte de un órgano del Estado o por una persona natural. Por consiguiente, la exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso civil es una exigencia que se deriva del sistema de los derechos fundamentales y del importante papel que éstos desempeñan cara al Estado y a la sociedad nacional e internacional (Madrid, 2015).

ii. *La buena fe procesal*

Este fundamento, también llamado principio de probidad o lealtad procesal, parte de la base de que, en el proceso, si bien existen intereses contrapuestos, no es permisible utilizar cualquier medio para lograr un resultado, sancionando al litigante con la ineficacia del acto o con la imposibilidad de que el sentenciador pueda conformar su convicción con

⁵ Artículo 6 inciso segundo de la CPR dispone que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, lo que debe ser complementado con la procedencia de acciones constitucionales de amparo y protección precisamente contra particulares, consagradas en los artículos 20 y 21 de la Carta Fundamental.

el elemento de prueba en cuestión (Devis, 2004, pág. 298). Se sostiene que la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de conflictos intersubjetivos y disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, conduce a sostener que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo (Zapata, 2004, págs. 26-27). En concreto, para poder justificar la regla de exclusión, primeramente, debe definirse la exigencia que legalmente puede imponerse a las partes en su desenvolvimiento judicial. Ello implicaría determinar si para verificar las afirmaciones de hecho de las partes todo es permisible o, por el contrario, existe un precio que el ordenamiento jurídico no está dispuesto a transar ni aun con el fin de ejercitar la función jurisdiccional proveyendo una sentencia justa (Montero, 2022, pág. 125).

Independientemente del fundamento que legitime la regla de exclusión por ilicitud de la fuente, no puede desconocerse que existen diferencias formales y sustantivas en las distintas áreas del derecho que impiden aplicar –de manera automática– todo lo relativo a la prueba ilícita en materia penal, debiendo la misma adecuarse a las singularidades de cada área del derecho en particular.

6. Prueba ilícita en el derecho de familia

Como se sostuvo, el legislador chileno optó explícitamente por privilegiar la plena eficacia del estatuto garantista que la Constitución reconoce a las personas, antes que la obtención de la verdad cuando ésta se sustenta en elementos de prueba obtenidos por vías y/o actuaciones ilegítimas. En efecto, el artículo 31 de la LTF dispone que “el juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”.

Como se adelantó, la incorporación de la prueba ilícita en el ámbito del derecho de familia, a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial, no ha convocado mayor interés dogmático, pese a la naturaleza de esta área del derecho en donde los intereses y bienes jurídicos en juego son especialmente sensibles. Lo anterior responde, a mi juicio, a una subvaloración del derecho de familia, en que los operadores jurídicos han entendido que las materias que regula no tienen transcendencia pública –pues se enmarcarían en el ámbito de discusiones domésticas– en que el conocimiento y debate jurídico sustantivo es mínimo o de poca complejidad. Así también lo entiende Fuentes (2015, pág. 959). Como consecuencia de ello, académicamente han quedado a la deriva aspectos sumamente relevantes como lo es la permanente intromisión en la vida de los justiciables, en sus relaciones interpersonales y familiares, en la triada padre-madre-infante y en la protección de los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia, como se verá.

Con lo expuesto precedentemente no pretendo abogar por la inexistencia de esa norma en el derecho de familia. Por el contrario, estimo que la existencia de cortapisas mínimas relativas al ofrecimiento y rendición de pruebas en el proceso son sumamente necesarias, en miras a la protección de derechos fundamentales, sobre todo en asuntos de índole patrimonial. Empero, la redacción de la norma resulta problemática, en especial por la trascendencia de otros derechos que –en materias relativas a niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA)- debiesen ser optimizados en la mayor medida posible.

Ahora bien, en lo relativo a esta materia, el fundamento de la regla de exclusión establecida en la LTF parece responder, por un lado –al igual que en las demás del derecho civil– a la supuesta intención del legislador de que los particulares respeten los derechos fundamentales al momento de la obtención de pruebas, y por otro, al deber de respeto que impone la Constitución a los órganos del Estado –tribunales de justicia– que deben de igual forma respetar las garantías constitucionales otorgadas a todas las personas, no permitiéndoles la ley utilizar y valorar pruebas consideradas ilícitas (Delgado, 2021, pág. 48). Esto último, percibido desde el punto de vista contrario, implica el requerimiento de una de las partes en orden a obtener del Estado la tutela judicial efectiva en amparo de derechos legítimos que serían conculcados a través de la incorporación de prueba espuria al proceso.

Dicho lo anterior, es preciso conocer ciertas peculiaridades del derecho de familia que permitirán transitar correctamente hacia la disyuntiva objeto de análisis.

a. Particularidades del derecho de familia

El derecho de familia presenta características que lo distinguen de otras áreas del derecho. No por nada es considerada, por algunos autores, como un área independiente del derecho civil, dejando de lado la concepción decimonónica y reduccionista que la situaron en un punto intermedio entre el derecho patrimonial y el público. Sin pretender retroceder en esta evolución, sí es menester destacar que, pese a que buena parte de sus peculiaridades lo sitúan dentro del área del derecho privado, también posee singularidades que van más allá de lo netamente patrimonial y la inmiscuyen en el ámbito público (Troncoso, 2006, pág. 3). No obstante, el impulso internacional de modernización ha llevado a esta área del derecho bastante más allá, haciéndose cargo de una tensión regulatoria entre dos extremos: un derecho de familia que desarrolla los derechos del individuo, en su autonomía privada, tanto desde una perspectiva que comienza en la niñez para terminar en la edad adulta, y un derecho de familia centrado en la protección de la parte más débil y de la infancia y adolescencia (Barcia, 2020, págs. 5-6). Muestra de ello es la redacción del artículo 8 de la LTF, norma en que se establece el catálogo de competencia de los Juzgado de Familia, el que comprende desde acciones de divorcio, compensación económica, patria potestad y alimentos –por un lado– hasta cuidado personal, relación directa y regular, susceptibilidad de adopciones, procedimiento por violencia intrafamiliar y medidas de protección ante grave vulneración de derechos de NNA, por el otro.

Sin el afán de ser exhaustivo en esta revisión, cabe consignar que el derecho de familia actual comienza a distinguirse de otras ramas del ordenamiento jurídico al carecer de un cuerpo normativo rígido, organizándose en base a distintos principios que lo catalogan como un derecho extrapatrimonial o personal, pero que produce relevantes consecuencias patrimoniales. En él destacan principios tales como el respeto a la autonomía privada de los padres, la intervención mínima del Estado en el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, la continuidad de la relación parental, el principio de no discriminación entre progenitores, el ejercicio progresivo de los derechos de niños, niñas o adolescentes y su interés superior, siendo este último el que se erige como principio base y fundamental del sistema.

Sin perjuicio de las precisiones que se introducirán más adelante, otra característica que parece importante relevar es que, en los conflictos en materia de familia, no existe una asimetría entre las partes del litigio, al menos no asimilable a materia penal. El principio de igualdad entre partes cubre prácticamente todos los contornos de aplicación. Incluso en aquellas competencias en que el Estado tiene una presencia relevante -v.gr. susceptibilidad de adopción- su intervención siempre está supeditada a un principio esencial cual es el interés superior del niño, niña o adolescente (en adelante ISNNA), teniendo los padres la posibilidad de contar con asistencia letrada de forma gratuita, procurándose además una debida representación del NNA a través de curadores *ad litem*, lo que permite situarlos en una condición de igualdad, al menos formal.

La regla general⁶ es que el derecho de familia no tiene un afán sancionador. Por el contrario, su finalidad principal es dirimir conflictos promoviendo la paz social, sin perjuicio del rol tutelar que debe tener el juez en algunas materias y de que el foco siempre debe situarse sobre intereses relevantes dentro del proceso, como aquel mencionado en el párrafo anterior. En este sentido, la interpretación de los poderes del juez de familia no obedece solo a la adopción de exigencias técnicas propias del derecho procesal como instrumento solucionador de conflictos sociales, en la medida que obedezcan a cierta configuración proveniente del derecho sustantivo. Por ello, como correctamente apunta Hunter (2007, pág. 212), “las facultades del juez de buscar la verdad, y de conducir el proceso deben ser interpretadas en forma coherente con la función del juez de proteger ciertos intereses, en especial, ante la grave insatisfacción de los derechos e intereses de niños, niñas y/o adolescentes”.

Finalmente, cabe destacar que, en los litigios de la judicatura de familia –por su propia naturaleza– es esperable que exista una relación de cercanía entre los litigantes, de manera tal que gran parte de la evidencia disponible se posicione en el límite de la vulneración de la privacidad, de la honra, inviolabilidad del hogar, etc., particularmente si se analiza la dificultad de determinar la procedencia o no de acceder a información privada de la otra parte (Ezurmendia, 2020, págs. 104-105). Esta característica reviste particular

⁶ Son dos los procedimientos de la LTF entendidos como sancionatorios: el sobre violencia intrafamiliar y el contravencional, estatuidos en los artículos 81 y siguientes y 102 A y siguientes de la misma ley.

relevancia, pues desde ella nacen las situaciones de hecho que configuran la problemática que se analiza en este trabajo.

b. Intereses en juego

Como se sostuvo, en las materias que atañen a este trabajo, la diada procesal de partes no se percibe en forma tan pura como en otras áreas del derecho. A los conceptos clásicos del derecho procesal de demandante y demandado, debe incluirse al NNA en calidad de tercero interviniente, no como situación excepcional, sino que en forma permanente y con un interés muchas veces independiente.

En efecto, en la gran mayoría de las causas sobre cuidado personal y relación directa y regular tramitadas en los Juzgados de Familia, existe un cuestionamiento a la manera en que los progenitores ejercen sus roles y, por lo mismo, las peticiones concretas que se realizan son muy extremas. En tales materias, probablemente derivado de la subsistencia de conflictos personales, no es extraño ver que los progenitores velen por sus propios intereses, muchas veces pretiriendo el de su progenie. En otros casos, como en las medidas de protección, en un porcentaje no menor de las causas los intereses de los progenitores también se encuentran en permanente tensión e incluso van en contra de los derechos del NNA (Covarrubias & Greeven, 2021, pág. 160).

Pese a que la ley otorga preferentemente la representación judicial de los NNA a sus padres o tutores, en casos como los comentados es evidente que existe un obstáculo de tal naturaleza que produce un quiebre en la protección especial en de quienes están llamados a brindársela (Pinto, 2019, pág. 289). De ello se sigue que existe un evidente conflicto de intereses, entendido como la incompatibilidad que deriva de la oposición de ciertos fines, que –en casos de las relaciones parentales– puede definirse como aquella situación en la que existen intereses opuestos entre progenitores e hijos (Lathrop, 2007, pág. 7). En estos casos de intereses contrapuestos, no se defienden necesariamente los del hijo, pupilo o representado, sino que se hacen valer, veladamente, los propios. Lo mismo ocurre cuando la contraposición de intereses no se produce entre los del hijo y uno de sus progenitores sino entre los de estos últimos.

El artículo 18 de la LTF aborda esta problemática, estableciendo que en todos los asuntos en que aparezcan involucrados intereses de NNA, el juez debe velar porque estos se encuentren debidamente representados, debiendo asignarles un abogado perteneciente a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en la medida que carezca de representante legal o se estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los que aquel a quien corresponda legalmente su representación. Por su parte, la ley n°21.430, dictada con fecha 15 de marzo del 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, vino a reforzar lo anterior. En efecto, su artículo 88 modifica el recién citado, estableciendo como obligatoria la intervención de un abogado del NNA en los casos de procedimientos sobre medidas de protección, sancionando –con nulidad de todo lo obrado– su omisión.

Ello discurre sobre la base de que los NNA son titulares de derechos y que además su opinión resulta relevante.

De esta manera, queda claro que son tres los intereses que lidian constantemente en este tipo de litigios, todos sobre un plano de igualdad, gozando cada uno de sus titulares de derechos fundamentales que pueden, eventualmente, entrar en colisión ante la pretensión de uno de ellos de introducir prueba obtenida con infracción a las garantías de los otros.

c. Interés superior del NNA y rol del juez de familia

El ISNNA es, sin lugar a duda, el principio más importante dentro del derecho de familia. Su desarrollo ha sido impulsado por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, creado por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN). Destaca, como la más relevante, la Observación General N°14, cuyo propósito fue mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y que constituya una, y en algunos casos, la consideración primordial. El artículo 3.1 de la CDN prescribe que en todas las medidas que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social de los Estados Parte, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, concernientes a los niños, una ponderación primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. Por su parte, el artículo 16 de la LTF dispone que la ley tiene por objetivo garantizar a todos los NNA que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, precisando que el ISNNA es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Ahora bien, definir qué se entiende por interés superior es una tarea difícil, pues es un concepto dinámico, complejo, flexible y adaptable, que debe determinarse en cada caso, con arreglo a la situación concreta del NNA afectado y teniendo en cuenta su contexto, la situación y las necesidades personales o del grupo en particular (DECS, 2019, pág. 25). Sin embargo, la Observación General N°14 del Comité refiere que el concepto abarca una amplia variedad de situaciones, sugiriendo la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. A su vez, reconoce que el ISNNA, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses y derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres), y que tienen que resolverse caso a caso. Empero, enfatiza que, si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que estos intereses tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (Naciones Unidas, 2013). De igual manera lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyendo que, de no ser posible armonizar el ISNNA con los derechos de otras

personas, debe darse máxima prioridad al primero, es decir, más importancia a lo que sea mejor para el NNA⁷.

Este deber de consideración primordial que, tácitamente, se entiende aplicable a las decisiones jurisdiccionales por la redacción del artículo 3.1 de la CDN, ha sido explícitamente recalcada y precisada por el Comité en su párrafo 27 y 29, prescribiendo que los tribunales deben velar por que el ISNNA se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente, obligación que alcanza a todos los procedimientos judiciales, de mediación y arbitraje y a todas las actuaciones conexas relacionadas con NNA, sin restricción alguna, sean estas llevadas por jueces, profesionales o personas que no lo sean.

Para concluir esta parte, conviene precisar que la citada Observación General establece pautas interpretativas y argumentativas que buscan evitar la mera mención del principio como la única cobertura jurídica que justifique una decisión, práctica sumamente arraigada aun en la práctica jurisdiccional chilena. A su vez, tales propuestas –pese a su relevancia– forman parte del *softlaw* del derecho de la infancia y, por tanto, carecen de efecto vinculante. Finalmente, y sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente subtítulo, es importante resaltar que el ISNNA, en la forma que se analiza en este trabajo, no se concibe como un principio con contenido propio, sino instrumental o coadyuvante de otros derechos fundamentales de los NNA, que son los que pueden entrar en verdadera colisión con los derechos de igual naturaleza que detentan otros sujetos del proceso.

i. *Triple faceta del ISNNA*

El mismo Comité ha conceptualizado que el ISNNA tiene tres facetas, debiendo ser entendido como un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento. El primero es el reseñado precedentemente, es decir, entender el interés como la consideración primordial al momento de ponderar eventuales colisiones de principios y resolver un conflicto.

La segunda faz dice relación con su trascendencia hermenéutica, es decir, como principio jurídico interpretativo fundamental que determina que una disposición o norma – que admita más de una interpretación– debe ser interpretada de la manera que más efectivamente satisfaga el ISNNA, debiendo el adjudicador –en cada caso concreto– hacerse cargo de argumentar adecuación de la interpretación con el ISNNA, siendo insuficiente una motivación abstracta de la sentencia⁸.

Por último, en su faceta procesal, se requiere –para la evaluación de ISNNA– contar con garantías procesales que permitan evaluar y fundamentar el interés en el caso concreto. Dentro de las garantías procesales destacan, entre otras, la participación del NNA en el proceso expresando su propia opinión; la determinación de los hechos a través de la obtención y verificación de la información y datos por parte de profesionales perfectamente capacitados; que el NNA cuente con representación letrada, sobre todo cuando exista

⁷ Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, párrafo 129.

⁸ Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Atalla Riffo vs. Chile”, párrafo 100.

conflicto entre las partes (Naciones Unidas, 2013); que la decisión debe estar motivada, justificada y explicada, lo que quiere decir que se debe indicar todas las circunstancias de hecho, los elementos que se han considerado pertinentes, el contenido de estos en el caso concreto y cómo se han ponderado, cómo se relaciona la decisión con la opinión del NNA y las consideraciones que prevalecieron al interés superior, en el caso de que ello haya ocurrido y los motivos de ellos⁹.

Finalmente, cabe destacar que estas dimensiones del ISNNA han sido recogidas recientemente en el artículo 7 de la ley n°21.430, norma que incluso precisa ciertas garantías procesales que deben ser respetadas en cualquier tipo de procedimiento.

ii. Obligación reforzada

Lo expuesto en el párrafo anterior dice relación con la concepción del NNA como sujeto de derecho. No obstante, también es deber del Estado –en atención a la especial condición de los NNA– desplegar medidas tendientes a evitar cualquier tipo de vulneración. Con relación a ello, el artículo 2.2 de CDN establece que los Estados Parte deberán tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Pese a que dicho mandato únicamente impone una obligación negativa, existe consenso en la necesidad de contar con un régimen de protección que vaya más allá y que confiera derechos sustantivos. Ello implica dotar a los NNA de una regulación normativa que provea una garantía reforzada de la infancia –no siendo suficiente solo la igualdad de trato y no discriminación– sino que, además, implemente medidas positivas o especiales a su favor, con reconocimiento expreso en la ley. Estas medidas descansan en criterios específicos de protección y responden a la especial condición de vulnerabilidad –e interseccionalidad, en gran parte– de NNA, y son de carácter indispensables (Lovera, 2015, pág. 7).

La aprensión formulada también fue recogida por la ley 21.430, normativa que creó un sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, integrado –entre otros– por los tribunales de justicia, cuyo objetivo es respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los NNA, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado, estatuyendo un amplio catálogo de derechos y garantías judicialmente exigibles, y estableciendo un deber de protección reforzado y especializado respecto de NNA vulnerados en sus derechos (artículo 51).

7. Colisión, preponderancia del ISNNA y del fin epistémico

Todo lo desarrollado hasta el momento ha tenido por finalidad hacer evidente la pugna entre la prueba ilícita y el derecho a la prueba y búsqueda de la verdad en el derecho

⁹ Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Atalla Riffo vs. Chile”, párrafo 200.

de familia. Si aterrizamos lo anterior a las acciones de cuidado personal, relación directa y regular y medidas de protección, es posible advertir que esa tensión aumenta, pues se trata de ámbitos en que normalmente existe profunda discrepancia entre los progenitores y, muchas veces, con intereses contrapuestos o independientes a los de su progeñie. Por lo mismo, llevado todo lo dicho hasta ahora a la faz judicial, durante la secuela del juicio normalmente será un hecho sustancial, pertinente y, sobre todo, controvertido la circunstancia de que alguno de los padres se encuentre inhabilitado física o moralmente para ejercer uno de los derechos reclamados y el beneficio o ventajas que representa para el hijo o hija que uno de los padres mantenga su cuidado o que se fije un régimen de visitas como proponen los progenitores. En medidas de protección, el objeto del juicio será determinar si el NNA ha sido gravemente vulnerado en alguno de sus derechos y cuál sería la medida de protección más idónea para restituir el debido ejercicio de tal derecho.

También es recurrente que muchas de las aseveraciones formuladas por las partes en sus respectivos libelos digan relación con conductas reñidas con la moral, que sean maltratantes o derechamente delictivas, y que –por lo mismo– representen amenazas o configuren vulneraciones de derechos realizados por un progenitor en desmedro de su hijo o hija. Ellas pueden ser de la más variada índole e intensidad, pero normalmente presentan una característica común: son realizadas en forma subrepticia. Por ello, ante la gravedad de tales acusaciones, en este tipo de proceso, más que en cualquier otro, se requiere que se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica (Hunter, 2007, pág. 216). Empero, como cualquier enunciado fáctico, se requiere contar con elementos de corroboración suficientes que permitan tener por establecido los hechos denunciados. Luego, para su acreditación, no es común que exista un caudal probatorio contundente, cualitativa ni cuantitativamente, salvo en casos en que se obtenga la prueba con infracción de derechos fundamentales de una de las partes.

Así las cosas, es en la fase de ofrecimiento de prueba en que se conocerán aquellos medios que pretenden hacer valer las partes y saldrán a la luz las colisiones de derechos. Ello es natural, pues –como se dijo– ningún derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido se encuentra aislado en el ordenamiento jurídico y, por tanto, concurren conjuntamente ocasionando una influencia recíproca que amerita delimitar sus respectivos contenidos (Bustamante R. , 2000, pág. 149). Esta situación de conflicto es precisamente la que presenta problemas con la prueba ilícita, toda vez que –por un lado– se encuentra el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad (ambos componentes esenciales del debido proceso), que exigen que se admita al procedimiento todo el material probatorio que ha sido ofrecido para acreditar los hechos controvertidos o que configuran una pretensión o defensa; y por otro lado, el irrestricto respecto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente tutelados que exigen no ser vulnerados. Luego, el conflicto se genera cuando, para acreditar algún hecho, se obtienen medios de prueba con afectación de derechos fundamentales que luego se quieren hacer valer al interior del proceso. Como se sostuvo, esta situación de conflicto se genera en la etapa de conformación judicial del material probatorio, porque mientras el derecho a la prueba y la

búsqueda de la verdad parecen propugnar la admisión del medio de prueba, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y los derechos fundamentales afectados exigirán su exclusión o pérdida de su eficacia probatoria (Bustamante R. , 2000, pág. 150)

Como se ha venido señalando, esta discusión es de común ocurrencia en la práctica forense ante Tribunales de Familia, particularmente porque la vinculación que subyace el litigio discurre sobre la base de relaciones de familiaridad y cercanía que implican situar a la privacidad en un área no muy claramente limitada. Corolario de lo anterior es que los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la actividad probatoria de los intervinientes en estos juicios se sitúan comúnmente en la esfera de la intimidad y dignidad, en sus manifestaciones constitucionales de protección a la vida privada e inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada, consagradas en los artículos 19 N°4 y 5 de la CPR (Jequier, 2007, pág. 482) (Delgado, 2021, pág. 49).

Útil resulta graficar este análisis con dos casos paradigmáticos relativos al material audiovisual obtenido con vulneración al derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar. En ambos el conflicto jurídico es el mismo, pero presentan matices distintos. La primera fluye en el contexto de una reciente separación de pareja, en que el padre ejerce el derecho a relacionarse con su hijo en su domicilio. Ante cambios conductuales del niño –de tan solo dos años– y presentación de conductas sexualizadas, la madre sospecha que algo inadecuado se está verificando durante las visitas y decide ingresar al domicilio del padre, contra su voluntad, e instalar una cámara. Las grabaciones registran que el padre ve películas pornográficas y se masturba mientras su hijo juega en otra habitación, percibiendo casualmente su actuar. Otro caso dice relación con el mismo contexto, en que el niño -al retornar de las visitas- presenta desbordes emocionales, agresividad y cambios conductuales inusitados antes del quiebre matrimonial y de las visitas a la casa del padre. Vulnerando el mismo derecho, la madre advierte de las imágenes ilícitamente obtenidas a través de la cámara secretamente instalada, que el padre maltrata físicamente a su hijo. La única diferencia entre ambos casos es que el primero, al menos en Chile, no sería constitutivo de delito. El segundo sí.

No cabe duda que los medios de prueba –videograbaciones– presentan una calidad epistémica altísima, considerando que –para hacer más claro los ejemplos– las cámaras utilizadas graban en tecnología 8K y registran el día y la hora de comisión de los hechos. Tampoco es posible negar que la instalación fue realizada con vulneración del derecho a la inviolabilidad del hogar del padre. La relación de pareja había concluido, por lo que el progenitor debió hacerse de un lugar distinto para vivir, casa a la que ingresó la expareja, por vías no destinadas al efecto –ventana– e instaló la cámara en lo alto de una repisa, oculta entre unos libros.

Como puede intuirse, se trata de casos difíciles, en los que la ilicitud de la prueba genera dilemas, no solo porque se contaría con un medio de prueba de inmenso valor epistémico que debiese ser sacrificado al haberse obtenido ilegítimamente, sin que exista otra fuente de prueba que permita acreditar el hecho, sino que además porque se espera que el ordenamiento jurídico sea coherente y proporcione una respuesta similar en las distintas

áreas del derecho. En efecto, en materia penal es esperable que dicha prueba no supere el tamiz de la audiencia preparatoria, pues –pese a no haber sido obtenida en forma ilícita por el Ministerio Público o por las policías– sería el *ius puniendi* estatal que se aprovecharía de sus efectos para obtener una condena (Echeverría, 2010, págs. 89-90). En cambio, en el procedimiento de familia la situación no parece tan clara. El conflicto sigue siendo el mismo: de un lado, el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad y, por otro, el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de una de las partes, en este caso, de uno de los progenitores.

Es aquí donde las características propias del derecho de familia y sus principios rectores debiesen inclinar la balanza. En efecto, la preponderancia del ISNNA y el deber tutelar del juez respecto a los derechos de los NNA son elementos que no ha sido debidamente considerados en este debate. Si nos tomamos en serio la faz sustantiva analizada y el deber de protección reforzado, necesariamente se debe concluir que, ante un conflicto con otros intereses de imposible armonización, debe darse máxima importancia a lo que sea mejor para los NNA. En la especie, la videograbación es un medio probatorio valiosísimo que permitiría al juez conocer la verdad y adoptar una decisión correcta, prueba cuya percepción resultaría incompatible con el respeto el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio del progenitor. En casos como estos, no es posible sacrificar lo primero en pro de lo segundo, pues ello implicaría desatender que el ISNNA debe ser la consideración primordial al momento de resolver conflictos en que estén comprometidos sus derechos.

De comprenderse cabalmente lo anterior, se entendería también que la diferencia entre los ejemplos citados es más aparente que real. En nada incide que la conducta realizada por el padre sea constitutiva o no de delito. Lo que mueve la aguja en esta colisión no es la conducta realizada por él, sino la trascendencia que debe representar para el juez de familia la averiguación de la verdad a fin de proteger el bienestar del NNA.

8. Dificultades de la regulación en el derecho chileno

Son varias las dificultades que presenta el tratamiento de la prueba ilícita en el derecho de familia chileno. Para comenzar, la redacción de la norma. Su tenor literal es claro –impone al juez de familia la obligación de excluir la prueba ilícitamente obtenida– y, por tanto, no existen distintas interpretaciones que permitan utilizar el ISNNA en su faceta de principio jurídico.

Por otro lado, no existe regulación de la forma en que debe probarse la ilicitud en la audiencia preparatoria. Ello se verifica normalmente como incidente, pero la forma de percibir la prueba de dicha incidencia no se encuentra reglada, habida consideración además de que no existe una carpeta investigativa fiscal a la cual se pueda recurrir para corroborar el reproche de ilegalidad. A ello debe añadirse que, en materia de familia, no existe bifurcación de juez de instrucción y de juicio como ocurre en materia penal. Por

tanto, existe un alto grado de contaminación del juez si en la preparación se percibe el medio de prueba que posteriormente es inadmitido. Lo mismo ocurre si ello se realiza durante el juicio oral y posteriormente se valora negativamente la evidencia cuestionada.

Otro aspecto que se percibe como problemático es el insuficiente régimen recursivo ordinario previsto para impugnar la resolución que acoge o rechaza una incidencia de exclusión probatoria. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 67 N°1 de la LTF, solo procede el recurso de reposición. Por dicha razón, los pronunciamientos que se han podido conocer de tribunales superiores son a través de recursos extraordinarios (protección o queja), muchos de los cuales no prosperan por defectos formales.

Como consecuencia de lo anterior, dado el momento procesal en que se verifica la incidencia de exclusión, que conlleva resoluciones verbales muchas veces sin mayor preparación, y el precario régimen recursivo ordinario disponible, no existe mayor desarrollo jurisprudencial al respecto. En todo caso, la tendencia general ha sido entender la exclusión como una excepción a la regla general de libertad probatoria y, por tanto, se predica interpretación restrictiva en su aplicación. A su vez, los escasos fallos sobre la materia dan cuenta de una propensión a reducir el ámbito de protección del derecho fundamental vulnerado a fin de permitir el ingreso de la evidencia reprochada al juicio. Siguiendo a Ezurmendia (2020, págs. 105-106), en un primer caso¹⁰, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, conociendo un recurso de queja en contra de la resolución del Juzgado de Familia de dicha ciudad que excluyó una videograbación en que se apreciaba al padre viendo una película pornográfica con su hijo –al considerar que se afectaba la inviolabilidad del hogar– señaló que no se advertía una vulneración al derecho supuestamente conculcado habida consideración de que dicha garantía resguarda el ingreso, registro o allanamiento del hogar o espacios reservados para el trabajo o uso privado de individuos por parte de terceros, en circunstancias que, en el caso de marras, el espacio físico donde se efectuó la grabación fue en el hogar común en que habitaba la familia. En otro caso¹¹, relativo a correos electrónicos y fotografías obtenidas por uno de los progenitores afectando la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que dicho derecho fundamental, establecido en el artículo 19 N°5 de la CPR, solo puede vulnerarse en las formas y en los casos determinados por ley, reenvío recogido por el artículo 146 del Código Penal que tipifica el delito de violación de correspondencia y sanciona a quien abriere o registrare la correspondencia de otro sin su voluntad, norma que –según su inciso segundo– no es aplicable entre cónyuges, convivientes civiles, ni a los padres, guardadores respecto de sus hijos, de manera tal que no advierte vulneración de derechos fundamentales al momento de obtenerse el medio de prueba.

Finalmente, existe un interesante fallo, de fecha reciente, que se asemeja a uno de los casos ejemplificados en este trabajo. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 1 de agosto de 2022, acogió parcialmente una acción constitucional de protección

¹⁰ Rol 33-2017 de la Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

¹¹ Rol 504-2010 de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

deducida por la madre de una niña objeto de una causa de medida de protección ante un Juzgado de Familia. En el recurso se reprochaba la admisión de un registro audiovisual como medio de prueba, el que califica como ilegítimo al haber sido obtenido en forma subrepticia y sin el consentimiento suyo ni de la menor de edad. En la audiencia preparatoria verificada en la causa sobre medida de protección, el padre ofreció videograbaciones que darían cuenta de conductas maltratantes, por parte de la madre, hacia su hija de cinco años, reprochándose su ilicitud tanto por la madre como por la curadora *ad litem* de la niña.

El juez recurrido, luego de escuchar a las partes, en una fundada resolución verbal, en síntesis, manifestó que los derechos constitucionalmente garantizados reconocen como límite los demás derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por los tratados internacionales, siendo uno de ellos la CDN cuyo principio rector es el ISNNA. En ese orden de ideas, hace ver una eventual colisión de principios que debiesen ser debidamente ponderados, resolviendo que –ante la eventualidad de haberse obtenido las imágenes en forma ilícita, conculcando el derecho de intimidad de la madre– de todas formas el interés superior de la niña debiese primar, toda vez que dichos medios probatorios permitirían generarse convicción sobre la dinámica real y concreta que pueda haberse dado entre madre e hija y eventuales vulneraciones de derechos ésta última.

La sentencia de la Corte¹² entiende como hechos pacíficos –en lo pertinente– que los cónyuges se encuentran separados de hecho y que las imágenes fueron captadas a través de una cámara de seguridad existente en la vivienda que habita la madre y la hija común, y que fueron instaladas en el otrora hogar familiar sin autorización de la recurrente. Luego de explayarse acerca de los alcances del derecho a la vida privada y a la honra, como también respecto de la naturaleza de la prueba ilícita, la sentencia advierte ilegalidad y arbitrariedad en la obtención de la prueba, pues ella ha afectado la vida privada y la honra de la recurrente y de su hija. Pese a ello, el fallo precisa que, en lo concerniente a declarar la ilicitud del material audiovisual admitido en la audiencia preparatoria, al versar sobre un asunto netamente jurisdiccional, escapa de las medidas que la Corte pueda adoptar por vía cautelar, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer la recurrente en el marco del conflicto jurídico existente entre las partes, el que deberá ser resuelto en la respectiva sentencia en la causa sobre medida de protección ya incoada. En definitiva, la Corte acogió el recurso, solo en cuanto se ordenó al progenitor a entregar a la madre los videos objeto de reproche.

9. Conveniencia de la prueba ilícita y propuesta de solución judicial

Con lo dicho hasta ahora, se evidencia que la forma en que se encuentra tratada la prueba ilícita en el derecho de familia chileno no es adecuada. Qué duda cabe que el Estado, en tanto garante de la institucionalidad y la vigencia de los derechos esenciales, no

¹² Rol 37.173-2021 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

puede fomentar ni tolerar ninguna vulneración de garantías fundamentales, independiente de donde provenga la misma. Pero tampoco puede desconocerse que el Estado tiene como deber el precaver vulneraciones de grupos desaventajados como son los NNA. De tal guisa que los términos excesivamente rígidos del artículo 31 de la LTF hacen incompatible el cumplimiento de ambos fines dentro del procedimiento.

Parece claro que la solución a este problema, que más seguridad jurídica otorga, es de *lege ferenda*: pasa por modificar la norma, dejando de ser una obligación para el juez excluir prueba obtenida con infracción a garantías o derechos fundamentales, pasando a ser una facultad. Por supuesto que el ejercicio de dicha prerrogativa debe ser realizada en forma motivada, en materias específicas que digan relación con aquellas en que el Estado asumió compromisos internacionales de deber reforzado. Ello no significaría dejar en la indefensión al sujeto cuyos derechos fundamentales fueron vulnerados. Por el contrario, el ordenamiento jurídico, en muchas de las hipótesis de obtención de prueba ilícita, tipifica penalmente la conducta y además las instituciones propias del derecho de daños prevén la posibilidad de obtener reparación económica en sede civil. En casos como los tratados, coincidimos con Ferrer (2018) en que esa debiese ser la vía, pues en nada resarce el impedir a la otra parte incorporar un medio de prueba ilícitamente obtenido, en la medida que su fiabilidad y valor epistémico sea alto.

Mientras ello no ocurra, judicialmente existen distintas vías de solución que se pasan a exponer sucintamente.

a. Colisión de principios

Sin en afán de examinar a fondo la teoría desarrollada por Robert Alexy, cabe señalar que, en términos simples, frente a una colisión de derechos fundamentales o principios protegidos por el ordenamiento jurídico, como es el caso que nos ocupa, debe analizarse la proporcionalidad de la afectación de un derecho fundamental a través de la revisión escalonada de sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Debe recordarse que se parte de la base de que el derecho de niño a ser protegido, unido al derecho a la prueba y a la búsqueda de la verdad, en el caso generaría una afectación del derecho a la intimidad de su progenitor, dado que este último exige que, para grabar en un espacio físico que forma parte de su hogar o ambiente privado, se cuente con su autorización. En los ejemplos expuestos previamente esta autorización no existe y por eso su derecho se vería lesionado.

En el primer subprincipio, la idoneidad, se debe analizar si la medida de instalar una cámara en el domicilio del progenitor es idónea o apta para proteger los derechos de su hijo y para conocer la verdad. En la especie, se estima que es efectivamente así, pues mediante la grabación de imágenes y sonido se obtiene información clara y directa sobre conductas maltratantes y riesgosas para el niño. Se trata de la producción de un medio de prueba altamente fiable que —en el caso— entrega no solo las acciones desplegadas del adulto, sino que además el contexto y la data.

El segundo subprincipio exige que la medida en cuestión sea necesaria para los fines previstos precedentemente, de modo tal que no exista otra forma que sea menos gravosa para obtener la misma finalidad. En el caso, la medida consiste en un medio de prueba que permite conocer que el niño está siendo maltratado y puesto en riesgo, lo que permitirá adoptar decisiones que lo protejan. La cuestión que debe determinarse, entonces, es si existía otra forma de conocer la misma información, pero de una forma que conculque en menor medida el derecho del progenitor. Se estima que no, pues las conductas ejecutadas por el padre son realizadas precisamente en la esfera y espacio privado, desprovisto de testigos que pudieran dar cuenta de los hechos del mismo modo que lo hace la grabación, y tampoco se habría obtenido la información de esta manera tan pura en caso de que el progenitor hubiera autorizado o conocido la existencia de la videocámara. Por otra parte, se trata de un infante que no habla ni se expresa de modo claro, por lo que tampoco se podría contar con su relato o con algún otro modo de expresión suficiente. Por lo tanto, la medida –además de idónea– es necesaria para los fines de protección previstos y no se advierte la existencia de un medio menos lesivo para conseguir el mismo fin.

Zanjado lo anterior, corresponde realizar el ejercicio de proporcionalidad en sentido estricto, relativo al tercer subprincipio. Este paso consiste, en palabras de Ugarte (2011, págs. 100-102), en realizar una comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión. Lo que se pretende con este ejercicio en general y en este subprincipio en particular, explica el mismo autor, es procurar que exista un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen por la protección del derecho, valor o fin que motiva la limitación del derecho fundamental, y los perjuicios que derivan para el derecho que se ha visto limitado.

En el caso se tiene, por un lado, el derecho a la prueba y a la averiguación de la verdad; y por otro, el derecho a la intimidad del progenitor. Sentados frente a frente estos derechos, debe revisarse el grado de importancia de los primeros frente al grado de afectación de cada uno.

En efecto, el derecho fundamental a la intimidad protege al individuo en su esfera privada, lo que comprende su vida personal entendida como su espacio íntimo, el que no puede ser accedido o registrado por terceros sin autorización del titular, sino en los casos previstos en la ley. La grabación realizada en la forma descrita en el ejemplo, no está amparada por ley, y por ello es un actuar ilícito. Cómo afecta esta grabación –en concreto– el derecho a la intimidad del progenitor, es lo que se debe esclarecer. Para determinarlo, debe considerarse la circunstancia de que el registro audiovisual que vulnera la intimidad lo hace, no por tratarse de una conducta privada, sino únicamente porque se verifica al interior del hogar, espacio asegurado de privacidad. No podría estimarse que su conducta es por sí una que deba ser protegida por la garantía en comento, pues se ejecuta en presencia y en contra de otro. Luego, también ha de considerarse para estos efectos, que el video es usado únicamente como medio de prueba, en el seno de un procedimiento de carácter reservado, es decir, no puede ser visto por el público general. Finalmente, en el caso que se utiliza en

este ejemplo, el video no fue publicado previamente en ningún medio de comunicación o red social como ocurre cuando se realizan autotutelas masivas y públicas por particulares. Con base en lo anterior, se puede concluir que la afectación del derecho fundamental del padre, en la especie, no presenta una profundidad tal que afecte su núcleo esencial, habida consideración a las circunstancias mencionadas precedentemente que permiten limitar la mayor extensión de la afectación. Es decir, en el caso concreto, resultaría compatible el uso de la videograbación con el respeto del núcleo irreductible del derecho a la intimidad.

En cambio, la inutilización procesal del registro audiovisual implicaría maximizar – en toda su expresión– el derecho a la intimidad del agresor, a costa de dañar la esencia del derecho a la prueba, la averiguación de la verdad y, consecuentemente, la seguridad e integridad física y psíquica del niño. En este supuesto, la afectación es total, toda vez que el medio de prueba derechamente no se podrá rendir. En el ejemplo, además, no hay otro medio probatorio que dé cuenta del hecho, por lo tanto, no se podrá demostrar que el progenitor ejerce un maltrato en contra del niño y menos se podrá adoptar alguna decisión para brindarle la protección que necesita. Por este motivo, la afectación a los derechos del niño es sumamente intensa, impidiendo de modo total su ejercicio y así la protección judicial idónea.

Así las cosas, encontrados ambos derechos, es posible colegir que la afectación de aquellos cuyo titular es el niño, es mayor, por lo que –considerando la proporcionalidad que se busca– el derecho menos afectado debería ceder en su beneficio. Si a ello se adiciona la perspectiva de infancia tratada en acápites anteriores, esta conclusión se ve corroborada, pues la no satisfacción de los derechos del progenitor –solo en el contexto judicial– implicaría la optimización real y efectiva de los derechos del niño.

b. Otras vías de solución

Adicional a lo expuesto precedentemente, o para el caso de entender que el legislador ya realizó el ejercicio de ponderación para proscribir la prueba ilícitamente obtenida, existen otras vías que pueden ser utilizadas para dar solución judicial al conflicto y satisfacer de manera efectiva el ISNNA. Al tratarse de cuestiones de orden jurídico, solo se enunciarán brevemente al exceder –su cabal tratamiento– la extensión de este trabajo.

Una primera vía es advertir una cuestión de constitucionalidad. Al tenor del artículo 93 N°6 de la CPR, se podría recurrir al Tribunal Constitucional por vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 31 de la LTF, regla simplemente legal que atentaría contra el derecho a la prueba, reconocido constitucionalmente y a nivel del derecho internacional sobre derechos humanos, regla que también transgrediría el principio de ISNNA, internacionalmente reconocido en la CDN y desarrollado en la Observación General N°14 del Comité.

Una segunda opción es que el juez de familia realice un control de convencionalidad difuso e invalide la regla interna al ser contraria al *corpus iuris* de la infancia, compuesto – entre otros– por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que asegura sus derechos de manera genérica en el artículo 19 y la CDN, además de los protocolos

complementarios, sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y observaciones del Comité de Derechos del Niño (Nogueira, 2017, pág. 416).

Una tercera solución judicial, y a mi juicio la más clara de todas, es advertir la existencia de una antinomia entre dicha regla y el artículo 7 de la Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Esta última regla –en lo pertinente– dispone que en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten a NNA, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, debe considerarse primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en la misma ley. Al proscribirse la prueba ilícita a través del artículo 31 de la LTF, en términos absolutos, en el caso concreto podría avizorarse una incompatibilidad entre ambas normas que debe solucionarse por medio de los principios de temporalidad y especialidad, habida consideración –además– de que la primera debe interpretarse de manera restrictiva, al ya ser una excepción al principio de libertad de prueba tratado en el artículo 28 de la misma ley.

10. Conclusiones

Con base en lo expuesto precedentemente, espero haber contribuido a aclarar que la aplicación de la prueba ilícita fuera del ámbito penal resulta problemática. Por lo mismo, la extrapolación de la regla –pese a responder a fines loables– no puede realizarse en forma irreflexiva, sino que atendiendo a las particularidades de cada área jurídica en la que se busca exportar. Ello implicará amoldarla o morigerarla de manera tal que resulte coherente y compatible con los fines propios de la rama del derecho a la que se pretende asilar, particularmente si presenta relevantes alteraciones sustantivas y adjetivas como ocurre en el derecho de familia.

El deber del Estado de velar por la protección de NNA presenta una característica común con el derecho a la prueba: ambos están indisolublemente ligados con la búsqueda de la verdad. Solo maximizando lo anterior es posible que el juez decida de forma correcta, justa y legítima. Por lo mismo, cualquier regla contra epistémica debe ser revisada, sobre todo la prueba ilícita, máxime si su aplicación es cada vez más restringida en materia penal y si existen otros mecanismos, más idóneos, para tutelar los derechos fundamentales agredidos.

Para concluir, cabe señalar que los obstáculos existentes en el derecho de familia chileno obligan al adjudicador a desplegar un esfuerzo argumentativo adicional. Las vías de solución propuestas pretenden colaborar en dicha labor. Al contrario de lo que opina Alvarado (2018, pág. 233), el ejercicio de ponderación propuesto no busca inmiscuirse en facultades legislativas y tampoco implica instrumentalizar la regla de exclusión. El procedimiento de subsunción que amerita la regla se entiende derrotado por los principios rectores del derecho de familia. En consecuencia, más que incitar el activismo judicial, se convida a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado relativas a NNA.

11. Bibliografía

- Aldunate, E. (2003). *El efecto de la irradiación de los Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado, A. (2018). Comentario a sentencia Rol N°35159-2017 sobre prueba ilícita en el proceso laboral. *Revista de Estudios Judiciales*, 223-235.
- Anzures, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales N°22*, 3-51.
- Barcia, R. (2020). *Estructura del derecho de familia y de la infancia*. Santiago: Thomson Reuters.
- Bellido, R. (2010). La prueba ilícita y su control en el proceso civil. *Revista Española de Derecho Constitucional N°89*, 77-114.
- Bustamante, R. (2000). El problema de la "Prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. *Thémis 43 - Revista de Derecho*, 137-158.
- Carnelutti, F. (1947). *La prova civile*. Roma: Edizioni dell'Ateneo.
- Correa, C. (2016). La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política Criminal Vol. 11 n°2*, 105-139.
- Couture, E. (1985). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma.
- Covarrubias, S., & Greeven, N. (2021). *Manual procesal de familia*. Santiago: DER Ediciones.
- DECS, D. d. (2019). *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*. Santiago: Dirección de Estudios de la Corte Suprema.
- Del Río, C. (2010). Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°34*, 349-283.
- Delgado, C. (2021). *La prueba ilícita en el derecho de familia*. Santiago: Tesis Pregrado Universidad de Chile.
- Devis, H. (2004). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Echeverría, I. (2010). *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

- Ezurmendia, J. (2020). Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho* vol.47 N°1, 101-118.
- Ferrada, F. (2009). *La prueba ilícita en sede civil*. Santiago: Tesis Postgrado Universidad de Chile.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2002). *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (24 de agosto de 2018). Repensar la prueba ilícita. (Video I. 360)
- Ferrer, J. (8 de julio de 2019). La doctrina de la ilicitud probatoria y sus efectos revisitada. (Video Cátedra de Cultura Jurídica Girona)
- Fuentes, C. (2015). Los dilemas del juez de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 935-965.
- Hernández, H. (2005). La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Código Procesal Penal chileno. *Colecciones de Investigaciones Jurídicas* n°2, 3-100.
- Horvitz, M., & López, J. (2010). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica .
- Hunter, I. (2007). Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia. *Revista de Derecho*, 205-229.
- Hunter, I. (2020). *Rol del juez. Prueba y proceso*. Santiago: DER Ediciones.
- Jara, F. (2010). La facilidad probatoria en el procedimiento de tutela laboral. Constitucionalidad y tramitación procesal. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* vol.1 N°2, 153-184.
- Jara, F. (2012). ¿Eficacia horizontal de los derechos fundamentales? El problema del estándar de la prueba ilícita en el derecho chileno. *Derecho y Humanidades* N°19, 273-296.
- Jequier, E. (2007). La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. *Revista Chilena de Derecho* vol.34 n°3, 457-494.
- Lathrop, F. (2007). Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos. *Gaceta Jurídica* N°330, 7-25.
- Lovera, D. (2015). *Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas*. Santiago: UNICEF.
- Madrid, C. (2015). *La prueba ilícita en el proceso civil (con especial referencia a los procesos de tutela de crédito). Un análisis comparativo entre las legislaciones española y hondureña*. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I.

- Maturana, J. (2014). *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago: Thomson Reuters.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 131-151.
- Montero, J. (2022). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas.
- Naciones Unidas, C. d. (2013). *Observación General N°14*.
- Nogueira, H. (2017). La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños. *Revista Ius et Praxis año 23 N°2*, 415-462.
- Picó i Junoy, J. P. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Pinto, J. (2019). *El niño: Sujeto de derechos procesales en la justicia de familia*. Santiago: Hammurabi.
- Roxin, C. (2000). *La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sentis, S. (1978). *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Troncoso, H. (2006). *Derecho de Familia*. Santiago: Lexis Nexis.
- Ugarte, J. L. (2011). *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*. Salamanca: Tesis Doctoral Universidad de Salamanca.
- Zalaquett, J., & Nash, C. (2005). Proceso Penal y Derechos Humanos. *Revista de Derecho Procesal vol. 20*, 61-97.
- Zapata, M. F. (2004). *La prueba ilícita*. Santiago: Lexis Nexis.