

COMENTARIO A SENTENCIA ROL N° 35159-2017 SOBRE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO LABORAL

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

RESUMEN: Este artículo pretende exponer las dificultades en la aplicación del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo en lo que respecta al concepto amplio de prueba ilícita que el mismo contiene y el modo en que este problema está siendo resuelto por la jurisprudencia.

ABSTRACT: This paper aims to present the difficulties of the enforcement of the article 453 N° 4 of the Labor Code in regard to the broad concept of illicit proof it provides and the manner such problem is being addressed by the jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Prueba ilícita, regla de exclusión, derecho procesal laboral.

KEYWORDS: Illicit evidence, exclusionary rule, labor procedural law.

1. Con fecha 12 de abril de 2018 se dictó el polémico fallo en causa Rol N° 35159-2017, caratulado *Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Créditos e Inversiones*, por parte de nuestra Excma. Corte Suprema, en virtud de la cual se unifica jurisprudencia en torno a la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita contenida en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo en materia de grabación clandestina de comunicaciones por parte de uno de los interlocutores¹. Nuestra Excma. Corte acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la demandante respecto de la sentencia de 9 de junio de 2017 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que, por su parte, había acogido el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada en contra

* Doctora en Ciencias Jurídicas Università degli Studi di Milano y Universidad de Girona. Profesora Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: agustina.alvarado@pucv.cl.

¹ Para estos efectos se invoca una sentencia de fecha 28 de abril de 2016, de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el recurso ingresado bajo el número 30-2016 que, frente a similares fundamentos fácticos, declaró la licitud de un audio grabado por una trabajadora en una reunión de la empresa.

de la sentencia de 23 de agosto de 2016 emanada del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT S-90-2016, RUC 1640041327-8. Dicho Juzgado de Letras, con fecha 1° de febrero de 2017, había rechazado el incidente de prueba ilícita promovido por la demandada y había acogido la denuncia, declarando que el Banco de Crédito e Inversiones había incurrido en prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva en contra del Sindicato N° 1 de Trabajadores de tal empresa, a través de actos de injerencia sindical que afectaron su autonomía.

2. La demandada de autos impugnó que la sentencia reclamada habría basado su decisión para acreditar la existencia de actos de injerencia sindical en una única prueba, consistente en una grabación de las expresiones vertidas por un representante de la empresa hecha sin su consentimiento, que en su día debió haberse excluido por constituir una hipótesis de prueba ilícita al tenor del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo. A juicio de la reclamante, compartido por la Corte de Apelaciones de Santiago, el debate no debía abordarse únicamente desde la óptica del derecho a la privacidad, sino que desde la perspectiva del carácter ilícito del medio empleado para hacerse de la prueba, el que en la especie es calificado de ilegítimo por su carácter subrepticio y clandestino. Así, respecto del fallo en comento, resulta interesante resaltar dos líneas argumentativas: i) en primer lugar, la delimitación de los supuestos de aplicación contenidos en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, con especial mención a la postura plasmada en el voto disidente, y ii) en segundo lugar, el apreciar una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso.
3. En lo que dice relación con el primer punto, el fallo recurrido, en su considerando quinto, estima que, en el caso de la especie, se configura la obtención de prueba por medios ilícitos. Para ello entiende que el vocablo “*ilícito*”, en su uso frecuente, designa aquello que no está permitido legal o moralmente y, luego, “*que con esa última referencia se está aludiendo a la posibilidad de que el acto mismo de la obtención no implique la lesión de un derecho fundamental*”. Así, si el medio empleado resulta legal, moral o socialmente reproable, su producción debe estimarse inaceptable en el contexto de un debido proceso,

siendo ello cuanto ocurre con una grabación clandestina y subrepticia de una conversación, ya que de lo contrario se volvería insostenible la vida en sociedad, anulando la libertad, espontaneidad y sinceridad en las relaciones sociales. A juicio de nuestra Excma. Corte Suprema, en cambio, en primer lugar es necesario determinar que, no obstante el confuso tenor literal de la disposición en comento, la misma no puede entenderse en un sentido más amplio que aquel contenido en materia penal y de familia. Por tanto, no se trataría de una hipótesis de prueba obtenida directa o indirectamente a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales y de prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos, con independencia en este último caso de la efectiva infracción de derechos fundamentales. Por una parte, para la Corte resulta contraintuitivo que, en materia laboral, tratándose de prueba obtenida por particulares, se imponga un estándar más amplio de respeto que el exigido al propio Estado en materia penal². Por otra parte, verificándose una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso, este último solo puede ser sacrificado en la medida en que a través de la obtención del elemento ha existido una inobservancia de una garantía constitucional (considerando tercero).

4. A mi juicio, más allá de que resulte contraintuitivo establecer un ámbito de aplicación de prueba ilícita en materia laboral en relación con el modo en que la misma se encuentra consagrada en sede penal, lo cierto es que parece criticable que la sentencia impugnada sostenga un límite moral propio de una concepción en extremo amplia del instituto en estudio, por lo demás ya abandonada por la doctrina especializada en los contextos comparados donde el tema ha sido tratado³. Sin embargo, tampoco parece adecuada la tesis sostenida por nuestra Excma. Corte

² Esta ha sido la posición sostenida por JARA BUSTOS (2011): “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Chile, vol. 2, N° 3, p. 120.

³ En efecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1ª edición (Madrid, Akal), *passim*, reconocido exponente de una concepción amplia del instituto de la prueba ilícita, reflexiona sobre su contenido siempre desde la perspectiva de la “contrariedad con el derecho”, dejando fuera consideraciones morales.

Suprema en orden a propiciar una completa equivalencia de contenidos entre la prueba ilícita laboral y penal⁴, basándose para ello solo en una interpretación histórico-legislativa de la norma. En efecto, a partir de un análisis exegético de la disposición es insoslayable reconocer que nuestro legislador ha dispuesto dos hipótesis distintas, por lo que corresponde hacerse cargo de su definición y correspondiente correlación. Para ello es preciso conducir el análisis de la cuestión a partir de una interpretación sistemática y útil de la norma. Así las cosas, la utilidad de la expresión “*medios ilícitos*” no puede circunscribirse únicamente a la intención de consagrar legalmente la denominada “*teoría de los frutos del árbol envenenado*”, puesto que, tal como se reconoce en el considerando en comento, este desde el inicio ha tenido plena aplicación jurisprudencial en materia penal. De ahí que resulte interesante analizar el voto disidente que, por el contrario, sí efectúa un distingo entre ambas hipótesis, a saber: medios ilícitos o actos que impliquen violación de derechos fundamentales. En relación con la primera hipótesis, el voto invoca el artículo 161 A del Código Penal, el cual sanciona la grabación de conversaciones de carácter privado hecha sin autorización del afectado en lugares que no sean de libre acceso al público⁵.

5. En definitiva, cabe entonces preguntarse si la expresión “*medios ilícitos*” puede encontrarse referida a una hipótesis en que el elemento

⁴ De hecho, el concepto de “prueba ilícita” en materia penal no incluye únicamente la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sino que también abarca la hipótesis de “prueba nula”, esto es, aquella que proviniere de actuaciones o diligencias que hubiesen sido declaradas nulas. En este sentido, *vid.* HOVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 180 ss., y HERNÁNDEZ BASUALTO (2005): “La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2, pp. 43 ss. Para una aparente sinonimia entre prueba ilícita y prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, cfr. ZAPATA GARCÍA (2004): *La prueba ilícita* (Santiago, LexisNexis), pp. 35 ss.

⁵ Para el voto disidente, dado que el carácter privado de la conversación no depende del contenido de lo conversado sino únicamente de las condiciones pragmáticas en que la misma tuvo lugar, concluye que el afectado sí podía tener una razonable expectativa de privacidad, que es precisamente el punto divergente con la sentencia de contraste. Por este motivo, fue de opinión de rechazar el recurso por no concurrir en la especie los requisitos del artículo 483 inciso 2° para el recurso de unificación.

probatorio haya sido obtenido a través de conductas que pueden ser *eventualmente* constitutivas de delito. Para contextualizar la discusión, es preciso poner en evidencia un aspecto del surgimiento de la “*exclusionary rule*” que suele pasar inadvertido. El origen del instituto suele ubicarse en Estados Unidos a propósito de la discusión —en materia penal— sobre si una prueba, incluso decisiva, de la culpabilidad del imputado debía ser admitida, no obstante la ilegitimidad de los actos que habían llevado a su obtención, o si, por el contrario, la esfera de libertad del ciudadano, aunque culpable, debía ser de todas maneras respetada por los órganos establecidos en tutela de la ley; en modo de atribuir un valor prioritario al interés público por la represión de los delitos o bien al interés, igualmente público, de la tutela de la libertad de cada uno en contra de invasiones injustificadas por parte de los poderes públicos⁶. Suele también indicarse que en Estados Unidos la exclusión de las pruebas ilegales (*improperly obtained evidence*) no obedece al objeto de garantizar la atendibilidad de los elementos obtenidos (*intrinsic policy*), sino que con la finalidad de tutelar intereses violados con la adquisición de la prueba (*extrinsic policy*)⁷. Sin embargo, un acercamiento histórico sugiere apreciar que —en realidad— el instituto no nace en directa relación con la vulneración de un derecho o garantía fundamental, sino que la protección del interés violado apuntaba a un asunto bien concreto: las modalidades de obtención de prueba a través de comportamientos eventualmente constitutivos de delitos, en particular respecto de la propiedad⁸. En este sentido, la tutela frente a la infracción de un derecho o garantía fundamental surge en su evo-

⁶ VIGORITI (1968): “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 64 ss., p. 66. Para un análisis de la evolución del tema en el *commonwealth*, vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO (1996): “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9, pp. 59 ss.

⁷ La historia evolutiva de la jurisprudencia norteamericana puede consultarse en la sentencia de la CS de fecha 7 de junio de 1965, *Linkletter v. Walker*, publicada en *Foro Italiano*, 1967, IV, considerando 38. En doctrina en español, una breve síntesis, desde la perspectiva del efecto reflejo, puede revisarse en VELASCO NÚÑEZ (1996): “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en AA. VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1ª edición (Madrid, CGPJ), pp. 427 a 445.

⁸ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ (1999): “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 3 (primer semestre), p. 329.

lución solo a continuación, para justificar por qué la prueba obtenida mediante un hecho delictivo no debía ser admitida ni valorada⁹.

6. La conexión entre prueba ilícita y prueba obtenida con infracción de Derecho Penal sustancial queda de manifiesto en las posiciones jurisprudenciales antagónicas representadas por los jueces Holmes y Benjamín Natham Cardozo. Mientras Cardozo defendía la posición tradicional a partir de la cual, cuando se acreditaba la autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, debían castigarse *ambos ilícitos*: “el crimen descubierto y la obtención de la prueba, de otra manera un delincuente podía quedar libre por el error policial [*The people vs. Defoe*, 242 N.Y. 413 (1926)]”¹⁰. En otras palabras, optaba por la utilizabilidad de la prueba, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado¹¹. Holmes, en cambio, entendía que la única sanción real y eficaz para impedir los abusos en la obtención de pruebas consistía en establecer la no admisibilidad en juicio de la prueba ilegalmente obtenida. De esta manera, la policía y los particulares no intentarían obtener ilícitamente la prueba, pues sabrían que no tendría eficacia alguna en juicio¹².
7. En este orden de ideas, si en observancia del *principio de lesividad u ofensividad* del Derecho Penal, se asume que la selección de comportamientos constitutivos de delitos tiende a la protección de bienes jurídicos, que generalmente coinciden con valores esenciales de la sociedad, que terminan en gran parte por coincidir con la protección de derechos fundamentales, lo cierto es que es posible trazar una línea de acercamiento entre ambas hipótesis. Si la inobservancia de dere-

⁹ Con todo, la búsqueda de soluciones en el marco norteamericano debe efectuarse con cautela, toda vez que el recurso de importar respuestas estructuradas por dicha jurisprudencia se basa en un fundamento de la regla de exclusión que no coincide con la configuración que la misma reviste en nuestro medio.

¹⁰ ARMENTA DEU (2011): *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons), p. 31.

¹¹ Idéntica posición es sostenida en España por DEL MORAL GARCÍA (2001): “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), pp. 139 y s.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1989), (n. 3), p. 85.

chos fundamentales exige analizar la existencia o no de una injerencia ilegítima de los mismos, la obtención de un elemento probatorio a través de una conducta (eventualmente) delictiva también debiese considerarse dentro de dicho espectro. Cuanto se ha anotado induce al siguiente cuestionamiento: ¿una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales debe plantearse únicamente en atención a la infracción de normas de desarrollo de dicha injerencia?, esto es, ¿debe apreciarse solo en relación a una eventual infracción de normas de naturaleza adjetiva (como ocurre en materia penal a propósito de las denominadas *diligencias intrusivas*? o bien, por el contrario, ¿también cabe apreciar una injerencia ilegítima a partir de la infracción de normas sustantivas como sucede en el caso de infracción de normas de carácter penal? Mientras en España el supuesto que se analiza es considerado una mera hipótesis de prueba irregular por constituir una infracción de normas de legalidad ordinaria de carácter penal sustancial, en Italia el punto ha sido ampliamente discutido. De hecho, “*prueba ilícita*”, en sentido técnico-italiano, es aquella obtenida con infracción de Derecho Penal sustancial. A mi juicio, un análisis desde la perspectiva del bien jurídico protegido por cada tipo en particular podría conducirnos a su exclusión por infracción de derechos constitucionalizados (sin perjuicio de ser partidaria de conducir la interpretación desde la perspectiva de las denominadas *prohibiciones probatorias* y, por ende, desde los medios probatorios prohibidos por ley, cuyo desarrollo excede los objetivos del presente comentario).

8. En apoyo de la posición que se viene exponiendo, es conveniente traer a colación dos líneas argumentales que en su día sirvieron para sustentar la utilizabilidad de las pruebas obtenidas con infracción de derecho sustancial (penal y constitucional), a saber: la supuesta autonomía de las normas procesales respecto de las materiales y la supuesta infracción al principio de no doble sanción por un mismo hecho (en la especie representada por el castigo a que quedaría sujeto quien vulneró derechos fundamentales y la sanción procesal relativa a la inadmisibilidad de la prueba así obtenida). En Italia, FIORE —a propósito del colapso en la actual justicia penal italiana— se une a la tendencia doctrinal que incipientemente viene formándose desde hace dos décadas, contraria a una tajante distinción entre proceso y sustancia. El citado autor tiene el mérito de introducir en el debate

la necesidad de propender a un sistema penal integrado entre normas sustanciales y normas procesales en correlación funcional. A su juicio, “la búsqueda de una adecuada integración funcional entre la teoría general del delito y la estructura del proceso, representa una exigencia ‘mínima’ de coherencia sistémica: gracias a la teoría general del delito, tanto desde un plano lógico-formal como teleológico, es posible empalmar las reglas y principios normativos al material real ofrecido por los acontecimientos históricos, pero es solo a partir de la activación de los instrumentos que componen la segunda área funcional, esto es, la del proceso penal, que aquellas construcciones adquieren validez para el ordenamiento jurídico y son capaces de producir consecuencias jurídicamente significativas”¹³.

9. Luego, en lo que respecta al segundo argumento anunciado, es decir, la supuesta infracción al principio de no doble sanción por un mismo hecho, además de encontrarse superado, envuelve en sí mismo una falacia. En efecto, los sujetos activos de la conducta ilícita desplegada para la obtención de prueba en la esfera extraprocesal, e incluso procesal, difícilmente podrán satisfacer las exigencias subjetivas específicas de los respectivos tipos, a pesar de tener consciencia de que con su conducta están infringiendo una norma. Piénsese, por ejemplo, en el robo o hurto de un documento o en el testimonio que revele información cubierta por el secreto profesional. En el primer caso, es claro que siempre faltará el requisito del ánimo apropiatorio que viene transversalmente exigido en todos los ordenamientos jurídicos: el sujeto no aprehende materialmente el documento con ánimo de señor y dueño, por el contrario —y siendo evidente que se trata de un documento ajeno—, lo hace con el único objetivo de presentarlo en juicio en favor de su pretensión, lo que en la mayoría de los casos implicará, a su vez, reconocer dominio ajeno. En el segundo caso, por su parte, dado que típicamente se exige que la revelación se produzca “sin justa causa”, resulta casi imposible que un tribunal no la estime configurada cuando el sujeto justifique la revelación en su ánimo bien intencionado de colaborar a la acreditación

¹³ FIORE (2007): *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, 1ª edición (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 13 y ss., 48 y s., 50. Recalca que estas consideraciones ya pueden encontrarse en Beccaria.

de un determinado ilícito¹⁴. Es por estos motivos que, en realidad, no sea plausible el fundamento según el cual el ciudadano se encuentra debidamente protegido o reparado a través de la responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del acto ilícito, ni sea necesario poner en evidencia que en raras ocasiones esta responsabilidad sea efectivamente perseguida. Según esta reflexión, ocurre que en estos casos nos encontraremos frente a una conducta reñida con el Derecho, pero que no satisface los estándares para ser calificada de delito y que, no obstante poder configurar la infracción de un derecho fundamental, terminaría sin reproche alguno, ni a nivel penal ni a nivel procesal. De ahí que, a mi parecer, resulte relevante elucubrar una interpretación útil de la expresión “*medios ilícitos*” contenida en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, desde la perspectiva de una eventual infracción de Derecho Penal sustancial.

10. Por último, en lo que respecta a la apreciación por parte de la Excma. Corte Suprema de una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso, creo necesario evidenciar las consecuencias derivadas de tal consideración. La consideración de la regla de exclusión de prueba ilícita como límite al derecho a la prueba se encuentra profusamente arraigada en el contexto español¹⁵. En efecto, PICÓ I JUNOY explica que el derecho fundamental a la prueba consagrado en el artículo 24 N° 2, inciso 1° de la Constitución española, entre los derechos fundamentales de carácter procesal, que habilitan a su titular a *utilizar los medios de prueba pertinentes* para su defensa, despliega las siguientes consecuencias: “a) la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; b) la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba; c) la subsanabilidad

¹⁴ Véanse también los obstáculos procedimentales y materiales en el tratamiento de la prueba ilícita por infracción de legalidad penal analizados por ASENSIO MELLADO (2013): “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013, pp. 10 y s.

¹⁵ A vía ejemplar, ver también GONZÁLEZ MONTES (1990): “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, *passim*, pp. 29-44.

de los defectos procesales en materia probatoria, y *d*) la irrenunciabilidad del derecho”¹⁶. Según el citado autor, los primeros dos aspectos tienen en común la necesidad de no subordinar la eficacia del derecho a la prueba a otro tipo de intereses de rango inferior, de modo que sus límites solo puedan justificarse en bienes, intereses o derechos constitucionalmente reconocidos, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria (STC 10/2000, de 17 de enero, f.j. 4º). De ahí que se sostenga que dichos límites deban ser, además, interpretados *restrictivamente* (STC 140/2000, de 29 de mayo, f.j. 4º), mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada (STC 236/2002, de 9 de noviembre, f.j. 4º)¹⁷. En otras palabras, “la necesidad de realizar siempre una interpretación del mismo [derecho a la prueba] lo más amplia posible, con objeto de darle la máxima virtualidad y eficacia, exige realizar nuevas lecturas de las normas procesales, buscando y favoreciendo aquella más acorde con el Texto Fundamental, así como concebir restrictivamente los límites del derecho a la prueba”¹⁸.

11. Sin embargo, frente a ello, a mi parecer cabría legítimamente preguntarse sobre la plausibilidad de tal tensión. Para estos efectos, se debiese convenir en que nos encontramos ante una especial regla de exclusión, que se constituye en una norma de mandato dirigida al juez para impedir el ingreso de una prueba así obtenida en atención a un fundamento eminentemente ético (o más precisamente, extraepistémico). De este modo, mientras se encuentre en debate el “*carácter ilícito*” del elemento probatorio, no podría hablarse previamente de “*prueba*” susceptible de ser comprendida en el derecho fundamental a la prueba, ya que “aquí no se trata de una regla que imponga al juez cómo valorar, sino qué cosa debe valorar”¹⁹. Ahora bien, en todo caso,

¹⁶ PICÓ I JUNOY (2008): “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 527 y ss.

¹⁷ PICÓ I JUNOY (2008), (n. 16), pp. 530 y ss. En el mismo sentido, para otras referencias jurisprudenciales del autor véase nota 11.

¹⁸ PICÓ I JUNOY (1997): “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19, p. 1871.

¹⁹ DINACCI (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè), p. 25.

dicho derecho fundamental a la prueba se encontraría suficientemente protegido por la motivación que el juez debe desplegar en la resolución que disponga la expulsión de dicho elemento, permitiendo el control externo de parte del titular del derecho.

12. En mi opinión, plantear una eventual ponderación entre el derecho fundamental de base afectado y el derecho fundamental a la prueba, podría implicar un eventual ejercicio de facultades legislativas, en cuanto sede competente para determinar una injerencia legítima en derechos fundamentales. La función jurisdiccional, por su parte, solo podría entenderse facultada para una función esencialmente negativa, esto es, “nunca ampliadora de límites legales a los derechos que las normas no prevén”²⁰. El introducir un criterio de “ponderación” entre dicha tensión desconoce el mecanismo natural en que opera una regla de exclusión, esto es, a través de un procedimiento de “subsunción”. En otras palabras, partir de la premisa que renunciar a prueba ilícita, que aporta conocimientos verdaderos, constituya un sacrificio que solo puede justificarse cuando efectivamente se alcance el fin perseguido de *tutela de derechos fundamentales* no solo representaría una concepción meramente instrumental de la regla, sino que además constituiría una aporía, ya que si siempre se planteara su tensión con la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso en ejercicio del derecho fundamental a la prueba, entonces se terminaría por negar la premisa según la cual no basta a tal efecto la verdad a cualquier precio²¹.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa (2011): *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons).

²⁰ ASENSIO MELLADO (2009): “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66, p. 95. Insiste en ello también ASENSIO MELLADO (2012): “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26, pp. 7 y s.

²¹ En este sentido, en términos claros y expresamente vinculados a una exigencia autoimpuesta por el Estado social y democrático de derecho, RAMOS RUBIO (2000): “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, en *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada*, N° 12, CGPJ, p. 15. Cfr. DEL MORAL GARCÍA (2001), pp. 138 y s.

- ASENCIO MELLADO, José María (2009): “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66.
- (2012): “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26.
- (2013): “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2001): “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia).
- DINACCI, Filippo (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè).
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (1996): “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9.
- FIGORE, Stefano (2007): *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, 1ª edición (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane).
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis (1990): “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005): “La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2.
- HOVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JARA BUSTOS, Francisco (2011): “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Chile, vol. 2, N° 3.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1ª edición (Madrid, Akal).

- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19.
- (2008): “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*.
- RAMOS RUBIO, Carlos (2000): “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, en *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada*, Nº 12, CGPJ.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999): “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril”, en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 3 (primer semestre).
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy (1996): “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en AA. VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1ª edición (Madrid, CGPJ).
- VIGORITI, Vincenzo (1968): “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*.
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004): *La prueba ilícita* (Santiago, LexisNexis).