



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS

Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público

Alejandro Eugenio Ivelic Mancilla

Profesor Guía: Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Enero 2019

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.....	12
---	-----------

1. Concepto y funciones de la interceptación telefónica.....12
2. Principios reguladores de la interceptación telefónica.....16
 - a) Principio de motivación.....16
 - b) Principio de la especialidad.....22
 - c) Principio de la proporcionalidad.....25

CAPÍTULO II

DERECHOS AFECTADOS POR LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.....	35
--	-----------

1. El derecho al secreto de las comunicaciones.....36
2. El derecho a la intimidad.....45
3. El derecho al debido proceso.....52

CAPÍTULO III

LOS HALLAZGOS CASUALES.....	58
------------------------------------	-----------

1. Concepto de hallazgo casual.....	59
2. Reconocimiento normativo de los hallazgos casuales.....	62
3. Clasificación de los hallazgos casuales.....	64
3.1 Según la autorización judicial habilitante.....	64
a) Hallazgo casual en el cumplimiento de una orden judicial de entrada, registro e incautación.....	64
b) Hallazgo casual en el cumplimiento de una orden judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas.....	65
3.2 Según la gravedad del hecho descubierto.....	65
a) El hecho descubierto tiene pena de crimen.....	65
b) El hecho descubierto tiene pena de simple delito.....	66
3.3 Según su conexión con el hecho principal.....	66
a) Hallazgos de delitos conexos.....	66
b) Hallazgos de delitos autónomos.....	66
3.4 Según el grado de desarrollo del hecho descubierto.....	67
a) Hallazgo casual de un acto preparatorio.....	67
b) Hallazgo casual de un acto de ejecución.....	67
c) Hallazgo casual de un hecho consumado.....	67
3.5 Según el contenido del hallazgo.....	67
a) Hallazgo casual objetivo.....	68
b) Hallazgo casual subjetivo	68

CAPÍTULO IV

HALLAZGOS CASUALES Y LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN.....69

1. Las excepciones a la regla de exclusión de los frutos del árbol envenenado.....70
2. Diferencias entre los hallazgos casuales y la fuente independiente.....75
3. Diferencias entre los hallazgos casuales y el descubrimiento inevitable.....76
4. Diferencias entre los hallazgos casuales y el vínculo atenuado.....80

CAPITULO V

VALIDEZ DE LOS HALLAZGOS CASUALES EN EL TRANCURSO DE UNA DELIGENCIA DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA.....83

1. Conflictos constitucionales de los hallazgos casuales.....84
2. El hallazgo casual como caso de restricción imponderada.....86
3. La regla del artículo 223 del Código Procesal Penal.....93
4. Los hallazgos casuales y la aplicación estricta del principio de proporcionalidad.....105
 - a) Hallazgos casuales respecto de actos preparatorios impunes.....110
 - b) Hallazgos casuales respecto de actos preparatorios punibles.....111

CAPÍTULO VI

SITUACIÓN DEL TELÉFONO UTILIZADO POR PERSONA DISTINTA AL

TITULAR.....116

1. Imputado cede su teléfono a un tercero.....118

2. Imputado utiliza el teléfono registrado a nombre de un tercero.....119

3. Utilización por varias personas del teléfono intervenido.....120

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES.....122

BIBLIOGRAFÍA.....127

INTRODUCCIÓN

La interceptación de comunicaciones¹ telefónicas es una técnica investigativa especial, utilizada para la investigación de delitos graves y contra el crimen organizado, que permite a las policías y al Ministerio Público conocer de forma inmediata y en tiempo real, la planificación y coordinación delictiva de las organizaciones criminales y, eventualmente, acceder a monitorear las comunicaciones que se producen en el alto mando de estas asociaciones o en el interior de sus centros de poder.

Difícilmente otro mecanismo investigativo podría entregar esa ventaja a los organismos de persecución penal. Así por ejemplo, un agente encubierto infiltrado en una asociación ilícita, no siempre estará en condiciones materiales de conocer en forma inmediata la magnitud de una operación criminal en desarrollo, sumado a que las técnicas de contrainteligencia y de compartimentaje delictual² utilizadas por la criminalidad organizada, dificultan

¹ Entendemos por comunicación, la actividad consciente de intercambio de información entre dos o más personas (transmisor y receptor) con el fin de transmitir o recibir significados o pensamientos a través de un sistema compartido de signos y normas semánticas. Esta interacción recíproca, está regida por la ley de bivalencia, en la que todo transmisor puede pasar a ser receptor, y todo receptor puede pasar a ser transmisor, fenómeno también denominado: posibilidad de retorno automático.

² Este modus operandi o patrón delictual tiene como función impedir que los flujos de información (entre ellos, la identidad de sus integrantes) circulen por todos los niveles de la organización, aislando a los miembros de la organización, y éstos de sus líderes. De esta manera, cada célula o unidad operativa criminal, actúa sin conocer más detalles que los estrictamente necesarios a fin de salvaguardar la operación en caso de pérdida o sabotaje de una de ellas, impidiendo además identificar a los líderes.

que un extraño (agente encubierto) pueda acceder a la cúpula o a los niveles donde se toman las decisiones en una organización criminal.

La interceptación de comunicaciones telefónicas puede ser utilizada como guía investigativa, para orientar o corroborar las diligencias ejecutadas por las agencias de persecución penal, o como medio de prueba, situación en que serán presentadas las escuchas telefónicas en un juicio; ya sea en la modalidad de prueba documental o como otros medios de prueba.

Se trata de una técnica investigativa altamente intrusiva, ya que puede afectar diversos derechos fundamentales no solamente pertenecientes al imputado que es objeto de una investigación, sino también los de terceros no investigados que toman contacto telefónico con el imputado. Así, de acuerdo a las distintas funcionalidades de un aparato telefónico, al tipo de datos que son almacenados en el soporte y, al momento en que se produce la vulneración, los derechos fundamentales afectados por la injerencia, podrían ser: el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad o el derecho al debido proceso.

La ejecución de esta medida intrusiva, la forma en que se materializa en el momento en que se produce la recolección de datos (donde la señal telefónica intervenida es derivada automática e íntegramente a un procesador de la policía, sin intervención humana) no permite anticipar y discriminar, ni el contenido de los mensajes ni la titularidad de los interlocutores. Esta situación, podría dar lugar a la interceptación de conversaciones que digan relación con

un delito diferente al investigado, no previsto ni amparado por la autorización judicial habilitante (hallazgo casual objetivo). También puede ocurrir que en las escuchas telefónicas, aparezcan nuevos sujetos involucrados en el hecho ilícito que no estaban siendo inicialmente investigados, o que éstos nuevos sujetos se refieran a un delito distinto al que el Juez autorizó la interceptación (hallazgos casuales subjetivos).

La duda que se va a presentar, es si se le otorgará valor probatorio a esos resultados inesperados (hallazgos casuales) que no se encontraban cubiertos o amparados por la resolución judicial que autorizó la diligencia; o si por el contrario, la circunstancia que el hallazgo casual no se correspondía con la finalidad inicial de la autorización, va a privarle de eficacia probatoria al nuevo descubrimiento.

Para intentar resolver estos problemas, hemos decidido presentar la presente tesis que abordará en el primer capítulo, el concepto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, sus funciones y principios Constitucionales que regulan este instrumento de persecución, los cuales son fundamentalmente: el principio de la motivación, especialidad y proporcionalidad.

En el capítulo segundo, se identificarán cuáles son los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta medida y la dinámica en que se produce su afectación, ello en el contexto de la ejecución de esta técnica investigativa.

En el capítulo tercero, se hará un análisis doctrinario de las distintas categorías de hallazgos casuales que se puedan presentar en la práctica. Así, se conceptualizará esta institución, y sistematizarán las diversas hipótesis de hallazgos casuales, los que serán clasificados de acuerdo a criterios, como los siguientes: el tipo de diligencia que autorizó la resolución judicial (si es de entrada, registro e incautación o interceptación de comunicaciones telefónicas), atendida la gravedad del nuevo hecho que se descubre (si es un crimen o un simple delito), de acuerdo al grado de desarrollo en que se encuentra el nuevo ilícito descubierto (hallazgo casual de acto preparatorio o delito consumado); de acuerdo al grado de vinculación del hecho nuevo con el hecho investigado (hallazgo casual de delito conexo y de delito autónomo); y de acuerdo a la materia del nuevo descubrimiento (hallazgo objetivo o subjetivo).

En el capítulo cuarto, se precisarán las principales diferencias entre los hallazgos casuales y otra institución similar, denominada genéricamente como: excepciones a las reglas de exclusión. Veremos que ambas instituciones se diferencian no solamente en cuanto a su origen histórico (los hallazgos son una categoría procesal de raíz Alemana; en cambio, las excepciones a las reglas de la exclusión tienen su origen en la jurisprudencia Norteamericana) ambas se diferencian fundamentalmente, en que el hallazgo casual conlleva un curso investigativo inicial legítimo y habilitado con una autorización judicial solicitada conforme a derecho; en cambio, los casos de excepciones a las reglas de exclusión, presuponen una actuación investigativa con infracción a derechos o

garantías fundamentales, es decir, adolecen de una ilicitud congénita. Por esta razón, la prueba obtenida en un hallazgo casual no podría tener el mismo tratamiento jurídico que la obtenida en el contexto de alguna de las excepciones a las reglas de exclusión.

En el capítulo quinto, se tratará el problema de la constitucionalidad de los hallazgos casuales, que radica en la imposibilidad del Juez de realizar examen previo de proporcionalidad a la medida restrictiva de derechos a esos hallazgos fortuitos, por ser situaciones no conocidas por él, a consecuencia de lo cual, no pudo pronunciarse previamente sobre los antecedentes que justificaban la medida de injerencia, ni evaluar los distintos derechos e intereses en conflicto. También se analizará la solución normativa a este problema contenida en el artículo 223 del Código Procesal Penal y sus alcances, según la etapa de desarrollo en que puede encontrarse el ilícito descubierto, y al test de proporcionalidad de los derechos e intereses que colisionan.

En el capítulo sexto, se analizarán algunos casos de hallazgos casuales subjetivos, consistentes en escuchas de teléfonos utilizados por personas distintas del usuario o titular (usuario o titular individualizado originalmente en la autorización judicial de interceptación), agrupándose los casos en tres hipótesis: imputado cede teléfono a un tercero, se utiliza línea registrada a nombre de un tercero y teléfono utilizado por varios sujetos.

Finalmente, se detallarán las conclusiones respecto de cada apartado anterior, a la luz de las reglas existentes en esta materia y del test de proporcionalidad entre los derechos en conflicto.

CAPÍTULO I: LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

En este apartado se hará un análisis del concepto (tanto funcional como doctrinal) de las interceptaciones telefónicas y de sus requisitos constitucionales. Ello con la finalidad de acotar el problema de los hallazgos casuales a un tema de constitucionalidad, esto es, la ausencia de motivación judicial previa y la ausencia de ponderación con anterioridad a la recolección de la evidencia, por tratarse de situaciones no conocidas con antelación por el Juez llamado a evaluar los intereses.

1. Concepto y funciones de la interceptación telefónica

La interceptación de comunicaciones telefónicas, es básicamente una técnica de investigación que se encuentra regulada normativamente. Nuestra legislación utiliza un sistema mixto para determinar los ilícitos que pueden ser investigados mediante esta técnica. Por una parte recurre a un criterio general consistente en la gravedad de la pena, y por otra parte, indica además algunos delitos específicos que pueden ser investigados mediante interceptaciones telefónicas (con prescindencia de la pena que puedan tener). De acuerdo a esta técnica legislativa, en primer lugar, el Código Procesal Penal habilita el uso de las interceptaciones telefónicas para la investigación de delitos que tengan asignada (en abstracto) una pena de crimen. Así se encuentra regulada en el

artículo 222 del Código Procesal Penal³ bajo el párrafo 3 referido a las “Actuaciones de la investigación”. En segundo lugar, se encuentra regulada como técnica investigativa especial, para la investigación de los delitos específicos como el de tráfico ilícito de estupefacientes en el artículo 24 de la Ley 20.000, para la investigación de los delitos de lavado de activos en el artículo 33 de la ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero, para la investigación de los delitos de pornografía y prostitución infantil en el artículo 369 ter del Código Penal, para la investigación de los delitos de tráfico de

³ Artículo 222 Código Procesal Penal: “Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente”.

migrantes en el artículo 411 octies del mismo cuerpo legal, para la investigación de conductas terroristas en el artículo 14 de la Ley 18.314, en el artículo 24 de la ley 19.974 sobre el Sistema de Inteligencia del Estado. Además, con la publicación de la Ley 20.931 de fecha 5 de Julio del 2016 denominada ley de agenda corta, se amplió la categoría de delitos susceptibles de ser investigados mediante esta técnica investigativa especial en el Código Procesal Penal⁴, incorporándose al catálogo de las interceptaciones telefónicas los siguientes delitos (siempre que se trate de asociaciones ilícitas o agrupaciones u organizaciones integradas por dos o más personas): delitos de otorgamiento y falsificación de licencias de conducir, permisos provisorios, boletas de citación del art 190 ley de tránsito, ley 17.798 (sobre control de armas), robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso públicos, robo de dispensadores de dinero y receptación.

En relación al concepto de interceptación de comunicaciones telefónicas, un concepto amplio es el que proporciona Jacobo López: "El término interceptación, nosotros lo utilizamos en sentido amplio, comprensivo de

⁴ Artículo 226 bis. Código Procesal Penal: "Técnicas especiales de investigación: Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley N°17.798, en el artículo 190 de la ley N°18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas."

cualquier forma de aprehensión de una comunicación ajena. Por lo tanto, abarca la interceptación como la observación”⁵.

Un concepto integral de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas que comprende el objeto, los sujetos, el bien jurídico, sus etapas, y demás elementos que la integran, es el de Tomás López Fragoso, para quien las interceptaciones telefónicas pueden definirse: “Como aquellas medidas instrumentales restrictivas de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad de un órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”⁶.

También, sobre el concepto de las interceptaciones telefónicas, especialmente respecto al derecho fundamental afectado por la misma y a sus funciones, el Tribunal Supremo Español en una de sus sentencias, sostuvo lo siguiente: “Las interceptaciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “La escucha telefónica y la prueba ilegalmente obtenida”. Editorial Akal, Madrid, 1989, p. 194.

⁶ LÓPEZ FRAGOSO, Tomás, “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”. Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 166.

al secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”⁷.

En conclusión, las interceptaciones telefónicas son una actividad de control sobre las comunicaciones entre personas a distancia. Esta actividad de control tiene una doble naturaleza jurídica y, por lo tanto, una doble función: por una parte, puede cumplir una función probatoria, esto es, como una fuente de prueba de elementos de convicción que serán posteriormente presentados en un juicio, por otra parte puede servir como guía investigativa, esto es, como herramienta orientativa de las diligencias indagatorias y de las decisiones de los órganos de persecución penal⁸.

2. Principios reguladores de la interceptación telefónica

a) Principio de la motivación

⁷ TS Español (RJ 1994/9076) del 31 de Octubre de 1994.

⁸ En las investigaciones complejas por lo general se utilizarán conjuntamente varias técnicas especiales de investigación como el uso de informantes, el empleo de agentes encubiertos, el aseguramiento patrimonial, la cooperación eficaz, la asistencia internacional, etc. Ninguna técnica por si sola es autosuficiente para asegurar un éxito investigativo, sino que deben ser complementadas unas con otras. Así por ejemplo, muchas veces la interceptación telefónica no siempre será utilizada como medio de prueba directo de los hechos ilícitos en un juicio oral, sino también puede ser utilizada en forma indirecta, esto es, para acreditar la veracidad de los datos aportados por otras fuentes de información que sustentarán el caso.

Consiste en el control judicial previo a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, control que se realiza mediante una resolución judicial debidamente motivada; esto es, que exteriorice tanto el presupuesto material que la fundamenta, como el juicio de mérito que la justifica.

Este deber de motivación se funda por una parte, en la necesidad de dar vigencia al principio del debido proceso (en su dimensión de derecho a la defensa y derecho al recurso) haciendo posible el conocimiento y la impugnación de la resolución. Por otra parte, constituye una garantía de control democrático de las decisiones jurisdiccionales.

El principio de la motivación, es un principio característico de un Estado constitucional de derecho; entendiéndose por tal, un poder limitado que tiene que justificar sus decisiones de manera más exigente. En este sentido, para Manuel Atienza: “No basta con la sola referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por lo tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica...la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez”⁹. En la misma línea de control democrático de las decisiones jurisdiccionales, para Robert Alexy, de la motivación racional “depende no sólo

⁹ ATIENZA, Manuel, Constitución y argumentación [en línea] <http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf> [consulta:19 Julio 2015]

el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales”¹⁰.

Al respecto, Robert Alexy, enumera una serie de reglas de la fundamentación que representan un verdadero límite al poder de decisión de los jueces, los cuales no podrían fallar sin contar con el respaldo de estas reglas que legitiman sus resoluciones, siendo una de las más importantes, la regla de la generalizabilidad que, según la concepción comunicativa de Habermas, postularía lo siguiente: “Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos”¹¹. Es decir, sería la generalizabilidad del precepto aplicado, lo que le conferiría su legitimidad. Condición para ello, es que el precepto se construya a través de amplios procesos de deliberación. A este respecto, sostiene Robert Alexy: “el principio de la generalizabilidad de Habermas resulta directamente de la estructura del discurso determinada por las reglas de la razón. Si todos deliberan sobre las cuestiones prácticas con igualdad de derechos, sólo pueden encontrar el acuerdo general aquellas proposiciones normativas y reglas que cada uno puede aceptar”¹².

En nuestro ordenamiento jurídico, la motivación de la sentencia, es un requisito de rango constitucional reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República como una forma de resguardo del debido

¹⁰ ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 19.

¹¹ Ibid., p.197.

¹² Ibid., p.198.

proceso¹³. También se contempla el requisito de la motivación de las sentencias judiciales en materia penal, en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal¹⁴ el cual exige que la sentencia contenga la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, cuya omisión es constitutiva de motivo absoluto de nulidad¹⁵.

La motivación es un requisito común a todas las resoluciones judiciales que limiten, restrinjan o coarten un derecho fundamental, requisito que se encuentra normativizado en el artículo 36 del Código Procesal Penal¹⁶.

En cuanto a la motivación de la resolución que ordena la interceptación de comunicaciones telefónicas, el Tribunal Constitucional Español, ha reiterado la consolidada doctrina que: “la intervención de comunicaciones telefónicas constituye una limitación del derecho al secreto de las mismas y que dicha limitación sólo puede tener lugar mediante una resolución suficientemente

¹³ Artículo 19 Nº 3 Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 3 La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos.

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

¹⁴ Artículo 342 letra c) Código Procesal Penal: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

¹⁵ En general, se podrían resumir los requisitos o presupuestos de la motivación en los siguientes: la racionalidad (argumentación coherente y sin contradicciones), la congruencia (conformidad entre la sentencia y las pretensiones de las partes), la integración (fundamentos integrados al fallo, evitando las motivaciones ocultas, implícitas y las remisiones) y la controlabilidad (por los intervinientes y la ciudadanía).

¹⁶ Artículo 36 Código Procesal Penal: “Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas”.

motivada. Por ello la decisión judicial que la disponga ha de dictarse en el curso de un proceso, debiendo exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, como lo son la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos”¹⁷.

Sobre la motivación de la interceptación de comunicaciones telefónicas, el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, reserva al legislador los casos y condiciones en que puede afectarse tal derecho, prescribiendo que las comunicaciones sólo podrán interceptarse en los casos y formas determinados por la ley. Tal mandato constitucional en concordancia con el del debido proceso, exigen al legislador establecer los casos y requisitos que justifican la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así el artículo 222 inciso 1 del Código Procesal Penal concretiza el principio de la legalidad de la injerencia, al disponer que solamente podrá utilizarse la técnica de interceptación telefónica: “Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados”.

Según esta norma, el contenido mínimo de la motivación estaría determinado por la presencia de fundadas sospechas las cuales deben estar basadas en hechos objetivos (determinados) y además, un juicio de mérito

¹⁷ STC Español 205/2002 del 11 de Noviembre del 2002.

sobre el carácter imprescindible de esta diligencia, esto es sobre la proporcionalidad de la medida.

Por fundadas sospechas, puede entenderse aquellos antecedentes objetivos que pueden ser evaluados por un Juez, antecedentes que acrediten que una persona se encuentra en alguna de estas tres situaciones: preparando un crimen, participando en la preparación de un crimen, o que lo hubiere cometido.

El núcleo de las fundadas sospechas radica en la objetividad de los antecedentes que la fundan; esto es, antecedentes que tengan una base real, que pueden ser apreciados por cualquier espectador imparcial y por un Juez, prescindiendo de consideraciones personales y subjetivas.

Reafirma esta idea de objetividad, la norma del artículo 222 que exige que estas fundadas sospechas deban sustentarse en “hechos determinados”, con lo cual se excluyen aquellas motivaciones basadas en la pura apreciación subjetiva del persecutor, en la mera intuición policial sin sustento probatorio objetivo, en una corazonada, en conjeturas o en base a antecedentes espurios.

En definitiva, el principio de motivación de la resolución judicial que autoriza una medida de interceptación telefónica, posibilita la vigencia de proporcionalidad en la medida intrusiva; ya que, hace posible el control jurisdiccional de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De esta forma, el contenido de la motivación de una medida de interceptación debe exteriorizarse de tal manera, que el afectado pueda posteriormente conocer los antecedentes y fundamentos que se tuvieron en consideración para adoptar la medida y, eventualmente ejercer su derecho a impugnación. Solamente a través de la exteriorización de la resolución que cumpla con el estándar mínimo de coherencia y racionalidad, se puede hacer realizable la pretensión de inteligibilidad del dicho acto comunicativo, esto es, que la resolución sea accesible y comprensible.

b) Principio de la especialidad

Consiste en que la resolución judicial que autoriza una interceptación telefónica, debe contener como elementos mínimos, la determinación concreta del delito y la persona o personas específicas que van a ser objeto de investigación por medio de esta técnica. En concreto, la resolución judicial que autoriza la interceptación de comunicaciones telefónicas, debe referirse a un delito específico y a una persona determinada.

Este principio se encuentra estrechamente vinculado al anterior, en el sentido que la decisión motivada debe contener los antecedentes que justifican la intromisión en un derecho fundamental, dentro de los cuales se encuentra el delito que se investiga y la o las personas que van a ser afectadas por la medida. Únicamente de esa manera, se podría hacer efectivo el conocimiento y control de la diligencia investigativa. De no contener esos elementos específicos

(delito y persona determinada) sería ilusoria la posibilidad de efectuar un control sobre la proporcionalidad entre los derechos fundamentales afectados y la necesidad social en investigar los delitos graves, ya que no se sabría con exactitud qué delitos se investigan ni quiénes son los afectados por la diligencia.

El principio de la especialidad en materia de escuchas telefónicas, se encuentra reconocido expresamente en el artículo 222 del Código Procesal Penal que, inequívocamente, se refiere a personas o imputados como los sujetos pasivos de la interceptación, pudiendo encontrarse éstos en alguna de las siguientes hipótesis: imputado que hubiere cometido un crimen; que hubiere participado en la preparación o comisión de un crimen; que prepare actualmente la comisión de un crimen o que participe actualmente en la comisión de un crimen.

Para delimitar los hechos que pueden ser objeto de investigación mediante las interceptaciones telefónicas, el legislador utilizó una técnica legislativa del tipo mixta; es decir, por una parte estableció una norma general (*númerus apertus*) que determina la categoría de delitos investigables, según la gravedad de los mismos (artículo 222 que exige una pena de crimen para los hechos que van a ser investigados); y, por otra parte, en distintas normas y leyes especiales, estableció categorías o listados de delitos específicos (*númerus clausus*) que pueden ser investigados mediante interceptaciones telefónicas. Dentro de estos catálogos taxativos, se encuentran: el delito de tráfico de migrantes y trata de personas (artículo 411 octies del Código Penal),

delitos de lavado de activos (artículo 33 letra a) de la ley 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero), delitos de tráfico ilícito de estupefacientes (artículo 25 de la ley 20.000) y otras leyes penales especiales.

También dentro de estos listados taxativos, el artículo 226 bis del Código Procesal Penal¹⁸ amplió la categoría de delitos susceptibles de ser investigados mediante interceptaciones telefónicas, siempre que haya participación de una asociación ilícita o una organización agrupación conformada por dos o más personas, destinadas a cometer alguno de los siguientes delitos: otorgamiento y falsificación de licencias de conducir, permisos provisorios, boletas de citación del art 190 ley de tránsito, delitos contemplados en la ley 17.798 (sobre control de armas), robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso públicos, robo de dispensadores de dinero y receptación.

En virtud del principio de la especialidad, no se podría utilizar la técnica para la investigación de delitos genéricos, tampoco hechos predelictivos (anteriores a su aparición), ni para investigaciones prospectivas (utilizadas para despejar sospechas) o sobre personas indeterminadas.

En relación a la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, su artículo 24 inciso segundo, pareciera morigerar el principio de la especialidad en relación a la individualización del sujeto pasivo de la interceptación, al permitir la interceptación de comunicaciones de sujetos que no se encuentran totalmente

¹⁸ Artículo introducido por la denominada ley de agenda corta N° 20.931 de 5 de Julio del 2016.

individualizados. Este precepto recoge la experiencia operativa en la investigación de los delitos de narcotráfico, ya que muchas veces los sujetos que intervienen en estas actividades ilícitas utilizan apodos, nombres falsos para evitar ser detectados por la policía. Sin embargo, este precepto no significa un abandono absoluto al principio de la especialidad por parte del legislador, puesto que la norma exige, a lo menos, consignar las circunstancias que individualicen o determinen al usuario del teléfono a intervenir. Por lo cual, se debiera excluir de esta excepción, la simple alusión a un sujeto no identificado sin ningún otro antecedente que lo singularice.

c) Principio de la proporcionalidad

Desde un enfoque Constitucional, la proporcionalidad consiste en el ejercicio razonable del poder público. Bajo el mismo punto de vista, Javier Barnés, define el principio de la proporcionalidad como: “El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo-) y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas

para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”¹⁹.

El principio de proporcionalidad es inherente a todo Estado de derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos²⁰.

En el ámbito jurisdiccional, consiste en la ponderación que realiza la autoridad judicial de los intereses o principios en conflicto que se presentan cada vez que se pretende (mediante una decisión judicial) afectar o limitar un derecho fundamental, determinando cuál de los principios en pugna prevalece (total o parcialmente) sobre el otro en un caso concreto.

Para Teresa Armenta Deu, la proporcionalidad es un presupuesto a toda restricción de derecho fundamental: “Existe acuerdo general en someter la limitación de los derechos fundamentales a la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) previsión normativa (principio de legalidad formal y material); 2) adoptarse en el marco de un proceso, es decir, jurisdiccionalidad; 3) necesidad cualificada de motivación; 4) estar sujeta al principio de proporcionalidad *sensu stricto*, y 5) ejecución y control judicial de la medida”²¹.

¹⁹ BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en Revista de Administración Pública N° 135, 495, Madrid, septiembre-diciembre 1994, p. 500.

²⁰ El principio de proporcionalidad tuvo su origen en el Derecho Prusiano de Policía, donde cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones sobre la libertad individual. El Tribunal Superior Administrativo de Prusia sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo acuñando el concepto de prohibición de exceso como criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía.

²¹ ARMENTA DEU, Teresa, “La prueba ilícita. Estudio comparado”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 81.

El principio de proporcionalidad, según Nicolás González Cuellar tiene dos presupuestos: uno formal, que es la legalidad, la cual exige a toda medida limitativa de derechos fundamentales una previsión legal y, otro material o de justificación teleológica, en el sentido que “toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos”²².

En el proceso penal, uno de los intereses que estará en juego cada vez que se quiera afectar un derecho o garantía fundamental, será el interés de los órganos de persecución penal de hacer efectivo el *ius puniendi* estatal. Este interés entrará en conflicto con los derechos fundamentales del afectado cada vez que las agencias de persecución utilicen alguna medida intrusiva para lograr sus objetivos. Este conflicto de intereses en materia de interceptaciones telefónicas, lo explica Marcela de Langhe de la siguiente manera: “toda intervención telefónica judicialmente autorizada plantea la posibilidad de valorar contra el imputado sus expresiones captadas durante la conversación escuchada, afectando la libertad de declarar, al ser obtenidas sin su consentimiento. Tal dualidad –proscripción de autoincriminación y autorización de la injerencia- impone la sujeción de las vigilancias telefónicas a determinados requisitos indispensables...también el secreto de las comunicaciones sea susceptible de ciertas restricciones, excepciones o injerencias legítimas, en aras a la consecución de finalidades de importancia justificativa suficiente y con estricto cumplimiento de determinados requisitos

²² GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 69.

en orden a garantizar el fundamento de su motivo y la ortodoxia de su ejecución”²³.

Normativamente, el principio de la proporcionalidad se puede colegir de la garantía del racional y justo procedimiento del artículo 19 N° 3 de la Constitución, ya que una de las manifestaciones de la racionalidad, es la proporcionalidad entendida como la interdicción de las decisiones y actuaciones arbitrarias.

También el principio de la proporcionalidad se infiere de las normas procesales referidas a la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad del artículo 5 inciso segundo del Código Procesal Penal que ordena la interpretación restrictiva de las medidas intrusivas, prohibiendo su interpretación analógica²⁴. La proporcionalidad, de igual manera, se puede inferir del artículo 122 del Código Procesal Penal, sobre la finalidad y alcance de las medidas cautelares que exige se apliquen excepcionalmente cuando sean absolutamente indispensables²⁵.

Todo lo visto (interpretación restrictiva de las actuaciones limitadoras de derechos, su carácter excepcional, su necesidad, su temporalidad y su fundamentación), implica que necesariamente el Juez debe ponderar los

²³ DE LANGUE, Marcela, “Escuchas telefónicas. Límites del Estado en la privacidad e intimidad de las personas”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 24.

²⁴ Artículo 5 inciso 2° Código Procesal Penal: “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

²⁵ Artículo 122 Código Procesal Penal: “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación. Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”.

distintos intereses que se enfrentan en el proceso, cada vez que se pretenda restringir un derecho a través de medidas limitadoras. De esta manera, la ponderación aparece como un instrumento o sistema de evaluación de los diferentes principios en conflicto en el proceso penal.

Según Nicolás González Cuellar, los requisitos de la proporcionalidad pueden clasificarse en requisitos extrínsecos e Intrínsecos. Los requisitos extrínsecos serían la judicialidad y la motivación; los requisitos intrínsecos serían la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, teniendo los elementos de idoneidad y necesidad un carácter empírico, y el de la proporcionalidad en sentido estricto un carácter valorativo²⁶.

Estos tres requisitos o subprincipios, constituyen criterios hermenéuticos en que se ha de fundamentar toda decisión que limite o afecte un derecho fundamental. En consecuencia, cuando el Estado intente restringir un derecho fundamental o una garantía, esta restricción debe ser apropiada, indispensable y equilibrada.

El subprincipio de la idoneidad sostiene que una decisión que afecte o limite un derecho fundamental, es legítima en la medida que sea apropiada o apta para la consecución de una determinada finalidad constitucionalmente permitida. Debe haber una adecuación entre el medio elegido y el fin que se persigue.

²⁶ GONZÁLEZ, Nicolás, ob. cit., p. 155.

El subprincipio de la necesidad (también llamado principio de la intervención mínima) sostiene que la decisión que afecte o limite un derecho fundamental, solamente se justifica cuando no existan otras alternativas más moderadas o menos invasivas para los derechos del afectado, con el fin de obtener una finalidad legítima. El medio elegido debe ser el menos gravoso entre los medios eficaces que existan en la órbita estatal.

El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto evalúa en concreto si el grado de afectación de un derecho fundamental se encuentra justificado por la gravedad del delito investigado; o como define Nicolás González Cuellar: “Si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”²⁷.

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de escuchas telefónicas, reconoce el subprincipio de la necesidad en el artículo 222 del Código Procesal Penal, exigiendo que la técnica sea utilizada únicamente cuando “la investigación lo hiciera imprescindible”, dejando de manifiesto el carácter subsidiario de esta medida, en el sentido de que debe ser utilizada en forma excepcional, cuando no existiere otra medida menos invasiva, gravosa o afectadora de los derechos fundamentales para lograr el objetivo investigativo (dentro de aquellas medidas disponibles igualmente eficaces), siendo esta

²⁷ GONZÁLEZ, Nicolás, ob. cit., p. 255.

medida intrusiva, la última ratio entre las técnicas de investigación disponibles en un Estado constitucional de derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior, la apreciación de la proporcionalidad, debe estar sujeta a criterios de graduación ajustados con la mayor precisión posible, a la trascendencia de cada caso concreto.

Tratándose de principios en conflicto, éstos pueden satisfacerse o sacrificar en diferentes grados uno en favor del otro, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto no implica la anulación de un principio en forma indefinida, ni se trata de una fórmula para establecer jerarquía ni orden de precedencia absoluto entre los diversos principios en conflicto, sino más bien un orden de precedencia condicionada al caso concreto y específico.

Esta precedencia condicionada puede significar que ante un cambio de las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de realizar el test de ponderación (como un cambio en la apreciación de la gravedad de los hechos, un cambio en la posibilidad o imposibilidad material de investigarlo por otros medios menos gravosos y demás circunstancias concurrentes) se adopte un pronunciamiento diferente. Por lo cual, el test de proporcionalidad es un procedimiento eminentemente dinámico, con vocación realista, que le da plena vigencia a los principios en juego, permitiendo su coexistencia armónica en la mayor medida de lo posible²⁸. Así, para Robert Alexy, el núcleo de la

²⁸ Los principios son entendidos como mandatos de optimización, en el sentido que exigen que algo deba realizarse en la mayor medida de lo posible según las posibilidades jurídicas y reales,

ponderación consiste en una relación denominada ley de la ponderación que no implica atribuir un valor superior a un principio sobre otro, ni menos que el resultado del procedimiento pretenda sentar un precedente de validez general y abstracto para todos los conflictos hipotéticos que en el futuro se puedan presentar. Esta ley de ponderación se formula según Alexy, de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”²⁹. De acuerdo a esta ley, el proceso de la ponderación podría dividirse en tres etapas: el primero es definir el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, el segundo es, medir la importancia de satisfacción del principio que juega en sentido contrario y el último consiste en definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro.

La medida de sacrificio o limitación del derecho afectado, no siempre tendrá el mismo estándar. Va a determinarse de acuerdo al grado de satisfacción del principio contrario y conforme a las múltiples variables que pueda presentar el caso concreto, variables que tampoco serán los mismos para todos los casos. Ni los principios en juego, ni las variables que se presentan en el caso, tienen un valor predeterminado. De acuerdo con ello, para Nicolás González Cuellar: “Los intereses en conflicto son muy diversos y

a diferencia de las reglas que prescriben conductas que deben hacerse o no hacerse. En consecuencia, los principios pueden satisfacerse en forma gradual, en la medida de lo posible.

²⁹ ALEXY, Robert, ob. cit. p. 161.

los indicadores de su importancia, absolutamente distintos, según sea la materia sobre la que se proyecte el principio. Ni siquiera el interés estatal puede ser medido de igual modo en el marco del Derecho procesal que en relación con el resto del Derecho público. Los indicadores deben aislarse dentro de cada sector del ordenamiento y han de adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto”³⁰.

Así por ejemplo, la gravedad de la pena no siempre será la variable más importante para justificar una medida de injerencia como escucha telefónica. La variable de la urgencia puede que sea más relevante para ordenarla. Habrá casos con penas altas que no justifiquen el uso de esta técnica investigativa atendido su estado preliminar que permite ser investigado mediante otras técnicas más moderadas, que no impliquen una afectación grave de los derechos fundamentales de los afectados. También pueden presentarse casos en que la afectación del derecho a las comunicaciones se reduzca a la simple observación de las comunicaciones sin necesariamente intervenirlas (recolección de llamadas entrantes y salientes del celular, geolocalización de las llamadas, tiempo de duración, frecuencia, etc).

La distinta valoración de los principios en juego y de los indicadores de medición dentro del proceso de ponderación, es un tema de relevancia para poder entender la correcta aplicación de la regla del artículo 223 del Código Procesal Penal, relativo a los hallazgos casuales en el curso de una

³⁰ GONZÁLEZ, Nicolás, ob. cit., p. 252.

interceptación telefónica, ya que al introducir la norma del artículo 223, un solo indicador (gravedad de la pena) para validar el uso de la información relevante para otro procedimiento, no impide la ponderación por parte del Juez, de otros indicadores para determinar si esa información puede ser inmediatamente utilizada.

CAPÍTULO II: DERECHOS AFECTADOS POR LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La limitación de derechos constitucionales por el uso, o mal uso de esta técnica investigativa puede ser múltiple; esto es, afectar o coartar en forma simultánea dos o más derechos fundamentales.

Las distintas formas de conculcación de derechos o garantías fundamentales que se producen por una interceptación de comunicaciones telefónicas, pueden examinarse de acuerdo a diversos elementos o factores, tales como: la función o aplicación específica que se intervenga en un aparato telefónico (transmisión de voz, transmisión de mensajería, almacenamiento de datos digitalizados, etc), la etapa procesal en que se produzca la vulneración (etapa de ejecución de la medida de interceptación o etapa de incorporación de la interceptación al proceso), etc.

Para una mejor comprensión de este tema y como propuesta sistemática, en este apartado se hará una distinción entre los derechos directamente afectados por la interceptación de comunicaciones telefónicas y los derechos indirectamente afectados por la diligencia. Además, se comprobará la forma en que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha abordado estas situaciones y los criterios utilizados para discernirlos y valorarlos.

Los derechos directamente afectados por la interceptación de comunicaciones telefónicas (dependiendo de la aplicación que se intervenga al aparato telefónico o al tipo de datos digitalizados que son recolectados desde él) pueden ser: el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la intimidad. Respecto de ambos derechos, se destacarán sus diferencias, las que justifican una intensidad de protección diferenciada para cada uno de ellos.

Los derechos indirectamente afectados por la diligencia, podrían ser algunos de los derechos comprendidos en la garantía del debido proceso como el derecho a la prueba o el derecho a defensa, infracciones que generalmente se aprecian en la etapa de incorporación del material probatorio al proceso.

1. El derecho al secreto de las comunicaciones

Es el bien jurídico principalmente afectado por la diligencia de interceptación de comunicaciones³¹. La protección dispensada por este derecho comprende o se proyecta, sobre la totalidad del proceso comunicativo entre los interlocutores, incluye tanto el contenido de la comunicación (transmisión de voz, transmisión de mensajería), su soporte y datos asociados a estos procesos (identidad de los interlocutores, su ubicación, la duración de la llamada, etc).

³¹ LÓPEZ, Tomás, ob. cit., p. 20.

Es un derecho subjetivo público reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948³², en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de Diciembre de 1966³³, en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de fecha 22 de Noviembre de 1969³⁴ y en la Constitución Política de la República³⁵.

Este derecho tiene una dimensión positiva en el sentido de libertad comunicativa, y una negativa en el sentido de interdicción del acceso al acto comunicativo, esto es, al conocimiento antijurídico de lo comunicado.

El derecho al secreto de las comunicaciones si bien se asemeja al derecho a la intimidad (ambos son derechos subjetivos públicos), es un derecho autónomo y distinto, ya que se trata de un derecho esencialmente formal, por cuanto protege el proceso comunicativo entre interlocutores con independencia del contenido del mensaje. En cambio, el derecho a la intimidad es un derecho material, ya que protege el contenido del mensaje. En este mismo sentido, Tomás López Fragoso sostiene que el derecho al secreto de las comunicaciones es distinto al derecho a la intimidad porque tiene

³² Artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

³³ Artículo 17 N° 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

³⁴ Artículo 11 N°2 Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques legales a su honra o reputación”.

³⁵ Artículo 19 Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: [...] N°5 La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

independencia y autonomía. Mientras el derecho a la intimidad tiene un contenido material que se concreta en un poder de exclusión respecto de terceros “exclusión que se realiza precisamente en razón del contenido íntimo o privado”³⁶, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene un contenido rigurosamente formal; es decir, ampara el proceso comunicativo de interferencias o intromisiones de personas extrañas a él, con independencia del carácter íntimo o reservado de lo comunicado.

El derecho al secreto de las comunicaciones, es además un derecho más vulnerable que el derecho a la intimidad; y por lo tanto, merecedor de una protección más intensa. Esto se debe a que el mensaje comunicativo se hace más frágil, cuando es sacado de su ámbito natural donde se encontraba protegido (entre los interlocutores presentes) para entrar a un espacio artificial, a un flujo comunicativo a distancia (el cual es posibilitado con la intermediación de un artificio tecnológico que puede ser intervenido). De esta forma, se ven incrementadas las posibilidades de afectar el proceso comunicativo, tal cual lo describe Raúl Arrieta: “las técnicas y medios electrónicos no sólo van produciendo nuevos e importantes canales y formas de comunicación; también se producen paralelamente más modos de interceptarlas”³⁷. Por otra parte, el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho más desvalido, debido a que la injerencia estatal sobre las comunicaciones mediatizadas por un

³⁶ LÓPEZ, Tomás., ob. cit. p. 22.

³⁷ ARRIETA CORTÉS, Raúl, “Derecho a la vida privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones electrónicas”, en Revista Chilena de Derecho informático N° 6, Santiago, 2005, p. 149.

soporte telefónico, tiene la capacidad de afectar a terceras personas no investigadas o imputadas en un proceso penal (personas que toman contacto telefónico con el imputado y que no participaron en el hecho delictivo). En el mismo sentido de afectación a terceros no involucrados en el hecho delictual, argumentó el Magistrado Brandeis, en el voto disidente del caso "*Olmstead vs. United States*"³⁸ del año 1928. En este fallo, la Suprema Corte de Estados Unidos se pronunció sobre las interceptaciones telefónicas y su relación con la Cuarta Enmienda³⁹. Los hechos ocurrieron durante la época de la prohibición, donde unos contrabandistas de alcohol fueron acusados por conspiración para violar el Acta de Prohibición. Durante la investigación, la policía instaló un equipo de intervención de teléfonos, en las calles cerca de las casas de los sujetos investigados y en el sótano del edificio donde operaban, conectando cables en la troncal telefónica para escuchar las conversaciones, todo sin ingresar al domicilio de los acusados. Por mayoría, la Suprema Corte excluyó las interceptaciones telefónicas como parte del contenido de la Cuarta Enmienda, entendiendo que el concepto de registro a que se refiere la enmienda, era aplicable únicamente a las cosas materiales, tales como la documentación, la habitación, y los efectos personales, pero no era aplicable a las intromisiones inmateriales. Este precedente que exigía una intromisión física

³⁸ 277 U.S. 438 (1928).

³⁹ La Cuarta Enmienda reconoce: "El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".

para que se haga operativa la Cuarta Enmienda, perduraría cerca de 40 años, hasta el pronunciamiento en el caso “*Kantz v/s U.S.*” donde se entendió que la vigilancia electrónica, también constituye una especie de registro. El voto disidente del fallo “*Olmstead vs. United States*”, explicaba la razón por la cual la medida de interceptación telefónica era más afectadora las injerencias postales, pues entendía que la interceptación de un teléfono invadía la privacidad de aquellos que no tenían la obligación de soportar una intromisión en sus derechos⁴⁰.

También, el derecho al secreto de las comunicaciones aparece como más desvalido frente a otros derechos, ya que la injerencia sobre éste, puede prolongarse por un período considerable (hasta 60 días prorrogables) a diferencia de las afectaciones a la intimidad o a la inviolabilidad del hogar, que por lo general se podrán ejecutar en un solo acto (como un allanamiento o un registro corporal) y por un plazo mucho más acotado.

La esencia del derecho al secreto de las comunicaciones radica en la expectativa de secreto; es decir, la confianza de los interlocutores que su proceso comunicativo no será intervenido por terceros extraños o ajenos a él. Por ello, los presupuestos para la existencia del derecho al secreto de las comunicaciones, son dos: que éstas se realicen mediante un canal cerrado y que se efectúen entre personas a distancia; esto es, por medio de algún artificio

⁴⁰ GUERRERO PERALTA, Oscar, “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, en Revista Derecho Penal y Criminología volumen XXXIII número 92 enero-junio 2011, p. 58.

tecnológico (como un teléfono) que impida el acceso de lo comunicado a terceros. De esta manera los interlocutores podrán controlar las personas que participarán en el proceso comunicativo y seleccionar aquellas que recibirán los mensajes. De no existir un canal cerrado que garantice o brinde resguardo a la confidencialidad, es imposible contar con una razonable expectativa de secreto respecto de las comunicaciones.

Se afirma por algunos autores, que el derecho al secreto de las comunicaciones protege las comunicaciones a distancia y mediante un canal cerrado. Así, para Javier Díaz Revorio: “Es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que este derecho no proteja la conversación directa entre dos personas -si bien ésta, según el caso, podría estar protegida por el derecho a la intimidad-. Por otro lado, el medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicación de masas como la radio y la televisión, y en cambio quedan incluidos medios que permiten una conversación entre más de dos personas, pero cerrada o con disponibilidad para aceptar nuevos interlocutores, como la multiconferencia o la videoconferencia”.⁴¹ La misma opinión sostiene Javier Jiménez Campo para quien el derecho al secreto, opera solamente respecto de comunicaciones a través de un mecanismo de canal cerrado y entre personas a distancia: “Sólo es

⁴¹ DÍAZ REVORIO, Javier, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en Revista Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 59, Lima, 2006, p. 162.

comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición –aunque no por ello desprovistas de toda protección constitucional- las conversaciones directas o en persona”⁴².

La forma en que puede verse afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, puede ser de carácter material o inmaterial (dependiendo si el tercero, toma o no conocimiento del contenido del mensaje). La afectación material se realiza con la mera captación del proceso de comunicación (interceptación en sentido estricto) o con la aprehensión física del soporte del mensaje (sin conocimiento del mismo, sin su apertura). En cambio, la afectación inmaterial, consiste en el conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

También se pronuncia sobre estas dos formas de afectación al derecho al secreto de las comunicaciones (material e inmaterial), Javier Jiménez Campo, para quien la comunicación: “Es en primer lugar un proceso, esto es un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además el conocimiento por tercero de su contenido”⁴³.

⁴² JIMENEZ CAMPO, Javier, “La Garantía Constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7 N° 20 Mayo-Agosto, Madrid, 1997, p. 49.

⁴³ *Ibid.*, p. 42.

En relación a las formas de afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, existen en la práctica ciertas actuaciones investigativas que implican examinar un aparato celular o indagar ciertos datos asociados a un soporte digital, pero que no necesariamente afectan el núcleo del derecho al secreto de las comunicaciones.

Así por ejemplo, el proceso de reconocimiento de archivos digitalizados en la red internet y la identificación de una dirección IP (protocolo de internet), no vulnerarían el derecho al secreto de las comunicaciones, son actuaciones de tipo marginal, que no afectan el núcleo duro del derecho, ya que no implican entrar a revisar el contenido del archivo ni permiten obtener la identidad del usuario de la plataforma comunicacional. En este mismo sentido resolvió la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3557-2009 de fecha 18 de Agosto del 2009, que rechazó un recurso de nulidad por supuesta infracción al derecho al secreto de las comunicaciones en un caso sobre pornografía infantil, en el cual la policía utilizó un buscador que reconocía en la red, cierta categoría de archivos con material pornográfico infantil sin necesidad de abrirlas, revisarlas ni intervenirlas. En este caso, estimó la Corte Suprema que el solo reconocimiento de archivos no implicaba registro ni apertura, y además, que los archivos que se intercambian en la red internet (sin establecerse mecanismos

privados de comunicación) ignorándose entre los internautas sus identidades, representan comunicaciones genéricas y no comunicaciones privadas⁴⁴.

Tampoco afectarían el núcleo del derecho al secreto de las comunicaciones, aquellas actuaciones investigativas que tienen por objetivo comprobar la numeración de un celular incautado. Así lo resolvió la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8010-2015 de 3 de Agosto de 2015, la que rechazó un recurso de nulidad por supuesta infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, en un caso donde los funcionarios policiales efectuaron una pericia a un celular incautado al imputado, para verificar si la numeración de éste coincidía con el número intervenido con orden judicial en la misma causa. El recurso fue rechazado por cuanto esa diligencia, era de las que el Ministerio Público está facultado para solicitar de acuerdo a lo prescrito en el artículo 180

⁴⁴ “DÉCIMO NOVENO: Que, por otro lado, el sistema de programas utilizados por los acusados para bajar la información cuestionada de autor, se realizó en primer lugar a través de la red internet que es de público acceso, sin establecerse mecanismos privados de comunicación y registro para tales efectos.

Luego se comunicaron a través de un programa gratuito que existe en la red a disposición de quien lo estime procedente denominado “emule” o “emule plus”, el que se basa en un sistema de comunicación que consiste en compartir información, esto es, múltiples internautas repartidos en todo el mundo que a ese momento están conectados a la red para que intercambien sus archivos entre sí, actuando al mismo tiempo como receptores y emisores, ignorándose quienes son unos y otros, por lo que se trata evidentemente de comunicaciones genéricas sin destinatarios prefijados, por lo que mal puede hablarse de comunicaciones privadas, operando como un mercado abierto para obtener –en el presente caso- información pornográfica infantil.

VIGÉSIMO: Que, en cuanto al código “hasch”, este en ningún caso –como lo sostiene la defensa del imputado Middleton- interviene, registra ni revisa el contenido del material ilícito que se está bajando desde la red para su posterior almacenamiento, pues como ya se indicó precedentemente, solo asigna un código a materiales preexistentes respecto de los cuales se sabe fehacientemente que son de contenido pornográfico infantil, y una vez en la red procede a reconocer a otros iguales, sin importar sus diferentes nombres, no siendo necesario revisarlos o abrirlos para saber su contenido. Lo anterior solo se producirá, a partir de la entrada, registro e incautación, respecto de los soportes en que se encuentran para su posterior visualización y peritajes, los que revelarán en definitiva si tienen o no el carácter preliminarmente atribuido...”

del Código Procesal Penal y además no se tuvo acceso al contenido de la mensajería ni a los correos, caso en el cual sí se habría requerido una autorización judicial expresa ⁴⁵.

2. El derecho a la intimidad

La intervención de comunicaciones telefónicas representa en la práctica una medida de tal intensidad, que puede llegar a afectar otros derechos fundamentales distintos al secreto de las comunicaciones.

⁴⁵ “DÉCIMO: Que sin embargo la diligencia probatoria impugnada no es de aquellas que la norma antes transcrita autoriza a realizar excepcionalmente, sino que ella, por su naturaleza y complejidad, corresponde a las susceptibles de ser dispuestas por el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación de que se trata, esto es, el Fiscal de la causa, quien se encuentra facultado por el artículo 180 del Código Procesal Penal para encomendar a las policías las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, sin necesidad de solicitar autorización al juez de garantía, entre las que se encuentra la posibilidad de solicitar la práctica de informes periciales a los miembros de los organismos técnicos que le prestan auxilio o a terceros expertos en una ciencia, arte u oficio, conforme lo autorizan los artículos 321 y 314 del Código Procesal Penal.

Así, entonces, encontrándose la investigación bajo la dirección de un fiscal determinado - sujeta además a control jurisdiccional toda vez que previo a la detención del recurrente se habían dispuesto medidas de carácter intrusivo como interceptaciones telefónicas a otro imputado- la orden del encargado de la dirección de la indagación a los entes técnicos de las policías que le auxiliaban aparece como dispuesta dentro del ámbito de facultades que la ley le confiere, toda vez que los objetos periciados fueron incautados por personal policial que actuaba bajo las instrucciones del fiscal de la causa en una hipótesis de flagrancia, y puestas a su disposición de conformidad a la ley, lo que no ha sido controvertido.

De esta manera, las especies incautadas y periciadas se encontraban todas bajo la tutela del fiscal del caso, encargado de custodiar su integridad al punto que la solicitud de terceros para su análisis debe ser planteada al referido personero o al juez de garantía competente, conforme lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, por lo que aquél, en ejercicio de las facultades generales de investigación que le otorga el ordenamiento jurídico se encontraba facultado para disponer su estudio por personal especializado, como se hizo. Por lo demás, no escapa a la atención de este tribunal que el objeto de dicho análisis no guardó relación con el contenido de las comunicaciones registradas, como lo enfatizara la perito declarante cuando manifestó que no accedió al contenido de la mensajería instantánea ni a los correos que se encontraba en los dispositivos analizados, ya que para ello requería de autorización judicial, aserto que da cuenta del respeto de los derechos del acusado por parte del persecutor y sus auxiliares”.

La amplitud de la afectación en los derechos fundamentales que puede significar una interceptación de las comunicaciones, ha sido correctamente recogida por una sentencia del Tribunal Constitucional Español, que falló lo siguiente en relación al secreto de las comunicaciones y otros derechos fundamentales afectados como la intimidad: “este reconocimiento autónomo del derecho (18.3) no impide que pueda naturalmente contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar”⁴⁶.

Atendido los avances de la tecnología y las diversas aplicaciones de los nuevos aparatos celulares, sus funcionalidades no se limitan únicamente a la transmisión de voz entre personas a distancia, sino que también prestan otros servicios como el almacenamiento o registro de datos (fotografías, videos, documentos, agendas, listados de llamadas entrantes y salientes, etc).

En esta funcionalidad de almacenamiento y registro de datos digitalizados, el acceso antijurídico o no autorizado por su titular, podría afectar el derecho a la intimidad, entendido según Álvarez-Cienfuegos como aquella “zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no solamente las relaciones afectivas, sexuales, sino también la esfera de la confianza, que comprende toda la

⁴⁶ STC Español 123/2002 de 20 de Mayo del año 2002.

información de un sujeto, ligado a otro por lazos de afectividad o parentesco o por razones ideológicas, raciales o profesionales”⁴⁷.

El derecho a la intimidad, a diferencia del derecho al secreto de las comunicaciones (de carácter formal, ya que protege el proceso comunicativo con independencia de su contenido), es un derecho material, protege el contenido del mensaje.

El derecho a la intimidad se caracteriza por la expectativa de reserva o expectativa de la intimidad⁴⁸, esto es, la confianza o seguridad que determinada información no sea conocida ni divulgada por terceros. Este concepto de expectativa razonable de intimidad fue desarrollado por el Magistrado Harlan en el caso “*Katz vs. United States*”⁴⁹ sobre instalación de micrófonos en una cabina telefónica sin autorización judicial por parte de agentes de gobierno, en

⁴⁷ ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “La defensa de la intimidad de los ciudadanos y de la tecnología”, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1999, p.19.

⁴⁸ El concepto de expectativa de intimidad es una construcción jurisprudencial norteamericana. Después del fallo “*Olmstead vs. U. S.*” de 1928, la Suprema Corte de EEUU mantuvo el criterio que la protección dispensada por la Cuarta Enmienda era contra la intromisión física o material. Así, en el caso “*Silverman vs U.S.*” de 1961, en el cual la policía había instalado un micrófono en el muro de una vivienda contigua que captaba las conversaciones de los moradores de la vivienda vecina, la Suprema Corte, tal como lo había establecido el fallo “*Olmstead vs. U. S.*”, concluyó que mientras no se invadiera la propiedad, era lícito instalar micrófonos para escuchar conversaciones entre presentes como medio de investigación. Fue posteriormente en el año 1967 cuando se acuñó el término de expectativa de la intimidad, en el caso “*Kanz vs. United States*” donde el acusado fue condenado por violar una ley federal, al transmitir telefónicamente información sobre apuestas desde Los Ángeles a Miami y Boston. Durante la investigación, agentes de gobierno captaron las conversaciones de Kantz a través de un dispositivo de escucha electrónico ubicado en la cabina de un teléfono público desde el cual se realizaban las llamadas. La Suprema Corte aceptó analizar si las grabaciones habían sido realizadas infringiendo la Cuarta Enmienda. El gobierno alegó que la actividad de investigación no debía pasar por el examen de la Cuarta Enmienda, debido a que la técnica de vigilancia empleada, no implicaba ingreso físico a la cabina, de manera que resultaban aplicables los criterios de la decisión “*Olmstead vs. U. S.*” limitados al registro e incautación de cosas tangibles. La Corte abandonó dicho criterio y extendió el contenido de la Cuarta Enmienda no solo a la incautación de cosas tangibles, sino también a la grabación de conversaciones.

⁴⁹ 389 U.S. 347 (1967).

el entendido que la Cuarta Enmienda protege personas, no lugares y que la protección de la intimidad requería de dos elementos: primero que la persona haya exhibido una expectativa actual (subjetiva) de intimidad y segundo, que la sociedad esté preparada para reconocer tal expectativa como razonable”⁵⁰.

Sobre la expectativa de intimidad, también ha razonado nuestra Corte Suprema en causa por recurso de protección Rol N° 18.481-2016 de fecha 1 de Junio de 2016, en el caso conocido como los globos de Lo Barnechea, donde rechazó el recurso de protección presentado por algunos vecinos que sentían afectado su derecho a la intimidad por la presencia de este sistema de televigilancia en la vía pública. Destaca el fallo de la Corte que en los espacios públicos no es posible reclamar una mayor expectativa de intimidad, siendo legítima la actividad de video vigilancia en esos lugares atendida su finalidad legítima⁵¹.

El derecho a la intimidad, podría verse afectado en una interceptación de comunicaciones telefónicas, cuando lo que se devela son datos almacenados

⁵⁰ GUERRERO, Oscar, ob. cit. p. 61.

⁵¹ “OCTAVO:...En este orden de ideas, la video vigilancia en el espacio público, donde no puede pretenderse una mayor expectativa de privacidad –exceptuándose actos de intrusión que pueden constituir ilícitos penales-, encuentra su legitimidad en pos de la protección de personas y bienes, como en la disuasión de posibles actividades delictivas, las que en caso de suceder, la grabación de imágenes posibilitará eventualmente la identificación de los autores, adquiriendo una aptitud probatoria... En la especie, siendo la seguridad ciudadana una necesidad pública y la instalación de cámaras de televigilancia una medida idónea para tal fin, en tanto capten imágenes de la vía pública, cuyo es el objetivo declarado por las municipalidades recurridas para su instalación, no resulta acertado lo decidido por la sentencia que se revisa en orden a prohibir de manera absoluta la captación, grabación y almacenamiento de toda clase de imágenes, aun cuando las cámaras se encuentren adosadas a un globo que se eleva a 150 metros de altura, pues no resulta aceptable postular algún tipo de derecho sobre el espacio aéreo. De ello se sigue que captar imágenes en la vía pública para los propósitos antes descritos constituye una actividad legítima que no puede atentar contra los derechos que se dicen afectados”.

en el soporte tecnológico, como por ejemplo, fotografías, videos, agendas, listados de llamadas, mensajería documentada, etc. Sobre esta misma forma de afectación al derecho a la intimidad, se pronunció la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1836-2007 de fecha 11 de Junio de 2007, la cual acogió un recurso de nulidad en un caso en que la madre de un menor de edad, víctima de abusos sexuales, ingresó a la oficina del imputado donde ella trabajaba como secretaria, copiando clandestinamente fotografías y videos con pornografía infantil que aquel mantenía en su computador, para luego presentarlos a la Fiscalía como medio de prueba. Como consecuencia de esa actuación invasiva de la madre de la víctima, posteriormente se pudo allanar el inmueble y recoger evidencia incriminadora que fue presentada en el juicio⁵².

Una clara descripción de la protección dispensada por el derecho constitucional a la intimidad, a los mensajes almacenados (una vez finalizado el proceso comunicativo), es la que describe Javier Jiménez: “Después de la

⁵² “CUARTO:... Resulta claro que conforme los hechos particulares denunciados por el recurso, la acción inicial de la madre de la víctima al invadir los lugares, espacios, CDs y videos privados del encausado quebrantó estas normas y en modo alguno actuó en situación legal de excepción. Ciertamente es que por sus funciones de secretaria al servicio de su empleador podía acceder al inmueble, pero limitada a las dependencias y especies destinadas a tal servicio, mas no a aquellas que, por haberlas reservado para sí su dueño, estaba en la obligación de respetar. A este respecto, don Enrique Evans afirma que “...la inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas.” (ob.cit pág. 177). Por tanto, para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar, desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían. Así las cosas, las piezas signadas con las letras C.- y D.- del fundamento tercero, en cuanto sirvieron a los jueces de medios probatorios para dar por acreditado en autos la comisión del delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil como también la participación de autor del mismo del recurrente (considerando decimoprimer), en circunstancias que debieron ser excluidas por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como lo declara el artículo 276 en su inciso 3° del Código Procesal Penal, transformándola en prueba ilícita...”.

conclusión de la comunicación, su hipotética documentación –escrita o de otro modo- podría, eventualmente, ser objeto de protección jurídica, pero esta protección no estaría ya al servicio de la comunicación misma, sino de sus contenidos o de su medio de documentación y en virtud, como se comprende, no en la ratio que anima el precepto que se considera, sino de otro tipo de estimaciones, que pueden ir desde la defensa de la propiedad privada hasta la garantía misma de la actividad”⁵³.

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, ha reconocido en una serie de fallos, al teléfono celular como un espacio de privacidad merecedor de protección constitucional, pero solamente respecto de aquellas personas que tienen legitimidad activa para ello, es decir, los titulares del derecho amagado.

Así, el fallo de la Corte Suprema Rol N° 14.639-2015 de fecha 4 de Noviembre de 2015, reconoció en el celular un espacio de garantía protegido constitucionalmente. Sin embargo, rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa del imputado, por falta de legitimidad activa, ya que el reclamante era el acusado quien robó el celular a la víctima, no declarando ilegal el procedimiento policial de carabineros, consistente en responder una llamada telefónica del celular incautado al imputado⁵⁴. De igual forma, el fallo de la Corte

⁵³ JIMENEZ, Javier, ob. cit. p. 43.

⁵⁴ “CUARTO: ...Pues bien, no puede estimarse que el teléfono celular en cuestión brindaba un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente, ni al acusado en cuyo poder fue incautado ni a los demás, porque la causal de nulidad se ha esgrimido en favor de todos ellos, pues no les pertenecía, lo que no ha sido puesto en duda, según consta del fallo. Dicha especie era el producto del delito que afectó momentos antes a P.A.B.R.

QUINTO: Que, en consecuencia, los reclamos descansan únicamente en infracciones que la defensa observa respecto del registro de la información contenida en una especie perteneciente

Suprema Rol N° 12.541-2015 de fecha 19 de Octubre del 2015 reconoció el contenido del teléfono celular como merecedor de protección a través del derecho a la intimidad, pero solamente al titular del derecho⁵⁵. También la Corte Suprema en fallo Rol N° 21.430-2015 de fecha 23 de mayo de 2016, en un caso en que el acusado arrojó al suelo el celular sustraído a la víctima, el cual fue revisado por carabineros para determinar la identidad de la afectada, rechazó la nulidad deducida por la defensa, por no haber afectación al debido proceso y por no haberse afectado el derecho de la intimidad de quien no es su titular⁵⁶.

a un tercero, por lo que es evidente que tal anomalía atañe únicamente al propietario de tal bien, quien no ha formulado reclamo alguno... Así, al contestar el policía un llamado telefónico en el móvil incautado, no ha podido catalogarse esa actuación como transgresora del ámbito o espacio de "intimidad" constitucionalmente protegido.

SEXTO: Que, entonces, el aparente atentado al respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, supuestamente cometido con ocasión del registro del celular perteneciente a la víctima P.A.B.R., éste en ningún caso habría afectado derecho alguno de los responsables de su sustracción, pues dicho acto no confiere una posesión legítima de las especies sustraídas, posesión que permanece en la víctima, quien no ha reclamado en contra de la actuación policial, por el contrario, ha colaborado con ella precisamente al llamar a su teléfono para dar con el mismo".

⁵⁵ "DÉCIMO: Que por lo demás, la impugnación que se realiza a la revisión del teléfono celular que tenía el acusado en su poder no resulta admisible, al pretender la extensión de la órbita de protección de la intimidad del detenido respecto de un objeto que reconoció no pertenecerle, de manera que no resulta pertinente el reproche de la revisión del teléfono en comento, tanto por encontrarse expresamente autorizada por el artículo 85 citado, como porque dicha actuación de carácter mínimo (tocar la pantalla del móvil) se advierte revestida del objetivo de otorgar certeza de lo obrado, en favor de la persona retenida".

⁵⁶ "NOVENO: Que, conforme lo expresado, la impugnación a la revisión del teléfono celular encontrado con ocasión del seguimiento del acusado no resulta admisible, al no ser posible advertir cómo se vincula dicha actividad con alguna lesión de garantías procesales del acusado, ya que nada se dice sobre un presunto derecho conculcado, una facultad coartada, una prerrogativa cuyo ejercicio se ha impedido a propósito de la referida exploración. De esta manera, la referencia genérica al derecho al proceso legalmente tramitado, desde la perspectiva de la legalidad de los actos del procedimiento, no es suficiente para los fines propuestos, toda vez que la tutela que el ordenamiento procesal reconoce a los justiciables cuando sus derechos les han sido desconocidos, demanda que esta lesión sea efectiva, concreta, que produzca consecuencias apreciables en el devenir del proceso, todo ello con el objeto de adoptar las

3. El derecho al debido proceso

En forma indirecta, la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas podría afectar alguna de las garantías comprendidas dentro del debido proceso, con independencia de la afectación al derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la intimidad.

Nos referimos al debido proceso, como un conjunto extenso y dinámico de garantías que lo conforman cuyo contenido debe ser precisado judicialmente en cada caso concreto, correspondiendo a los actores del sistema judicial llenarla de contenido, tal como lo expresa Alex Carocca: “La garantía del debido proceso, por lo tanto, está compuesta por una serie de garantías específicas, algunas de las cuales incluso son reconocidas por la propia Constitución, pero también por otras, desconocidas a nivel normativo”⁵⁷.

En materia de interceptaciones telefónicas, las vulneraciones al debido proceso podrían verificarse en la práctica, en una etapa posterior a la autorización judicial de la medida, ya sea durante el proceso de la ejecución de la misma o al momento de la incorporación del material probatorio en el juicio.

medidas efectivamente pertinentes tendientes a la reparación del vicio cometido, lo que no se advierte en la especie.

DÉCIMO: Que, por el contrario, del examen del recurso y de las afirmaciones vertidas por la defensa en estrados aparece que la impugnación atiende más a la lesión de la intimidad de la víctima del delito, por lo que el reproche de la revisión y/o manipulación del teléfono en comento no resulta pertinente, tanto por encontrarse acorde al contexto del procedimiento adoptado, como porque dicha actuación se advierte revestida del objetivo de obtener certeza de lo obrado, sea en favor de la persona retenida como de la afectada.

UNDÉCIMO: Que de acuerdo a lo expresado precedentemente, entonces, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que razonado sobre la base que el actuar policial resultaba ajustado a derecho, sin que el acusado se encuentre legitimado para reclamar la vulneración de la esfera de intimidad de la víctima”.

⁵⁷ CAROCCA PÉREZ, Alex, “Manual del nuevo sistema procesal chileno”, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 83.

De esta manera, se podría vulnerar el derecho a la defensa, si por ejemplo se interceptasen las comunicaciones telefónicas entre el abogado defensor y su cliente sin que exista una autorización judicial específica para ello. También se podría afectar el derecho a la prueba, si se le impidiera a la defensa conocer el material probatorio o impugnar las grabaciones.

En relación a la vulneración al derecho a la defensa, en un caso en el cual un funcionario policial interceptó, grabó y transcribió en un informe policial unas escuchas telefónicas entre el abogado defensor y su cliente, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 2663-2011 de 19 de Octubre del 2011 acogió el recurso de queja deducido contra la Corte de Apelaciones que había confirmado el sobreseimiento de tal hecho por estimar que no concurrían los presupuestos del tipo penal del artículo 161- A del Código Penal⁵⁸. Resulta interesante el fallo de la Corte Suprema, por cuanto, por una parte desecha el argumento de la legitimidad del obrar del policía por cuanto obedeció instrucciones del Fiscal, y por otra parte (en el voto de prevención del Ministro

⁵⁸ Artículo 161-A Código Penal: “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”.

Señor Rodríguez) se señala que en este caso se vulnera el debido proceso por cuanto hay una afectación al derecho a la defensa⁵⁹.

En otro caso en que el Fiscal solicitó a un Juez de Garantía la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un abogado, sin informarle previamente al Juez que el sujeto intervenido obraba en tal calidad, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo en causa por indemnización de perjuicios Rol N° 2765-2009 de fecha 2 de Abril del 2009 en contra de la sentencia de segunda instancia que no dio lugar a la demanda indemnizatoria, dictaminando la Corte Suprema que además del principio de

⁵⁹ “CUARTO: ... La conversación que, como fruto de la interceptación efectuada, obtuvo, grabó y transcribió el agente policial y entregó en su informe al fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley. El artículo 222 inciso 3º del Código Procesal Penal, sólo le permitía grabar aquella conversación específica en la medida que el Juez de Garantía se lo hubiese ordenado, quien podía hacerlo -únicamente- sobre la base de antecedentes que debían constar en la resolución respectiva y cuando el abogado pudiera tener responsabilidad penal en el hecho investigado.

Ya que no estaba facultado por la ley, porque carecía de mandato judicial para proceder como lo hizo, el comportamiento del querellado no encuadra en el inciso final del artículo 161 - A del Código Penal y resulta infundado sostener la inexistencia del delito, como motivo determinante del sobreseimiento definitivo cuestionado.

QUINTO: Que, del mismo modo, cuando los jueces han aducido la inexistencia de voluntariedad en el actuar del inculpado, porque aquél habría procedido en el cumplimiento de una instrucción, vuelven a caer en el mismo yerro antes anotado. El policía conoce sus obligaciones legales y debe conducirse de acuerdo a las órdenes y facultades que le son conferidas por la autoridad que dispone de ellas, de modo que el cumplimiento de la orden no es un argumento válido para descartar sin más, su voluntad. Otro asunto es el proceder del fiscal, que no fue indagado en la causa [...] Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez concurre al acogimiento del recurso disciplinario teniendo además presente que el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República establece el derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que “ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado, constituye una restricción o perturbación a su actividad, debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encentra de manera principalísima contemplado el derecho-deber del secreto profesional. Las confidencias del cliente se enmarcan en la esfera de protección de su intimidad, derecho explícitamente reconocido en el artículo 19, N° 4, de la Carta Fundamental. Todo ello en los términos que desarrollan los artículos 180, inciso tercero, 217, inciso segundo, 220, inciso quinto y final, y 303, inciso primero, del Código Procesal Penal”.

objetividad, se atentaba en contra del derecho a la defensa, ello por la forma en que se había solicitado la autorización judicial al Juez de Garantía (sin informarle que el sujeto a intervenir era un abogado defensor)⁶⁰.

En relación al derecho a la prueba, el fallo del caso conocido como BICRIM de Pudahuel dictado por el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en causa Rit N° 17-2014 de 5 de Enero del 2015, en el cual se condenó a nueve funcionarios de la Policía de Investigaciones por delitos de apremios ilegítimos, falsificación de instrumento público y otros ilícitos, la defensa alegó la infracción al debido proceso por la pérdida de los registros de interceptaciones telefónicas por parte de carabineros que estaba a cargo de ejecutar la medida. La situación se originó en la etapa de investigación, con la pérdida de algunos registros de interceptaciones telefónicas, a raíz de un desperfecto técnico que sufrió el ordenador donde se bajaban las señales

⁶⁰ “UNDÉCIMO: Que, como se dijo, en el caso de marras quedó establecido que la solicitud de interceptación telefónica del demandante señor Ortega Manosalva fue hecha a sabiendas de que se trataba del abogado defensor de algunos de los imputados de la causa en que aquella se otorgaba, lo que no se hizo saber al tribunal.

En tales circunstancias, por consiguiente, el Ministerio Público sólo necesitaba acreditar las exigencias de menor intensidad que fija el inciso 1 ° del citado artículo 222 para obtener la autorización de escuchas telefónicas que por afectar al defensor suponía estándares más elevados.

DUODÉCIMO: Que de esta manera, no obstante que el legislador dispuso de ciertos resguardos que estimó necesarios para intervenir las comunicaciones entre un imputado y su abogado, el Ministerio Público no respetó tales parámetros e impidió con ello que el órgano jurisdiccional resolviera acertadamente el conflicto que se suscita entre esa actuación y los derechos del imputado, entre éstos, el de la defensa jurídica. En efecto, se traspasó un ámbito reservado o protegido, en el cual los supuestos de intrusión y sus límites están expresamente regulados en la ley, incluyendo en la situación en estudio controles más estrictos por ser la intrusión más intensa;

DÉCIMO TERCERO: Que en este orden de ideas, habiendo ocultado los fiscales al juzgador el vínculo exacto que ligaba al afectado con la medida intrusiva y los imputados, violó los límites fijados por el legislador que permiten salvaguardar la licitud de una actividad investigativa aun cuando pugne con garantías inconstitucionales”.

telefónicas intervenidas (sistema ETI) del Departamento OS-9 de Carabineros. Tal situación fue reclamada por las defensas de los acusados como una afectación sustancial del derecho a defensa y del debido proceso derivada de la imposibilidad de acceder a los registros íntegros de las interceptaciones de las comunicaciones, autorizadas judicialmente, alegación que fue rechazada por el Tribunal de la instancia, entre otros argumentos: por no concurrir los presupuestos para la infracción de garantías fundamentales, por tratarse de escuchas pertenecientes a los propios imputados y por no ser el único elemento para lograr la convicción condenatoria⁶¹.

⁶¹ “OCTOGESIMO PRIMERO:...el desperfecto en comento, afectó a todas las partes que participaron en el juicio, desprendiéndose de tal circunstancia que la prueba compuesta por las interceptaciones telefónicas fue una sola para todos, lo que acarrea que no pueda concluirse que la prueba referida pueda ser catalogada de no íntegra...debe destacarse que el desperfecto en cuestión respondió a un problema técnico, que obedeció a una cuestión fortuita o de fuerza mayor, considerando que no se estableció lo contrario, el que afectó a todos los intervinientes por igual, máxime si muchas de estas interceptaciones fueron excluidas en la etapa intermedia por el órgano jurisdiccional de control pertinente...que cada parte en el juicio tuvo a su disposición la totalidad de la reseñadas escuchas, toda vez que pretender que la Fiscalía Local de Pudahuel o el resto de los acusadores tuvo otras escuchas adicionales a las que existen en la carpeta de investigación o que se incorporaron en la audiencia de juicio oral, no fue probado en estrados, pudiendo añadirse al respecto, que manifestar lo contrario, constituye una especulación sin la más mínima base.

A mayor abundamiento, es dable señalar que tampoco se advirtió que se vulnerara alguna garantía constitucional en relación a la integridad de las comunicaciones telefónicas interceptadas con ocasión de la investigación de los hechos que se ventilaron en juicio, teniendo presente que la supuesta pérdida de algunas escuchas se refirieron necesariamente – acorde a la identidad de los usuarios de tales aparatos de telefonía-, a comunicaciones en las que tenían intervención los propios acusados.

Además, la propia defensa de los enjuiciados que en sus alegatos impugnó la integridad de las interceptaciones telefónicas ya singularizadas, también se valió de los referidos audios para fundamentar y motivar una parte relevante de sus argumentaciones de descargo...Finalmente, a modo de colofón, resulta relevante recordar que las interceptaciones telefónicas no fueron el único antecedente que se valoró para fundar las decisiones adoptadas por el tribunal, cuyos integrantes en lo que compete a las convicciones legales de condena que se alcanzaron, tuvieron en consideración un cúmulo de elementos de prueba adicionales para pronunciarlas...Así las cosas, acorde a los razonamientos y análisis efectuados, se desecharon esta parte de las alegaciones incoadas por los letrados defensores, al estimarse que la inclusión y valoración de escuchas telefónicas no violentó garantía fundamental alguna, al estarse en presencia de una prueba íntegra y en consecuencia legítima”.

Contra esta sentencia, las defensas presentaron recurso de nulidad ante la Corte Suprema, que en fallo Rol N° 1323-2015 de 24 de Marzo del 2015 rechazó el recurso, bajo el argumento que se trató de un caso fortuito que había afectado a todos los intervinientes por igual⁶².

En relación al derecho a guardar silencio; en principio, la técnica de interceptación no lo afectaría. Como Señala Claus Roxin, el Estado “únicamente espía comunicaciones que el imputado realiza por iniciativa propia...no existe una lesión al principio *nemo tenetur* pues el estado no ocasiona la autoincriminación, sino que sólo escucha y saca provecho de ella”⁶³. En efecto, si en el proceso de interceptación telefónica, la escucha no fue obtenida con engaño, ni inducida para que el imputado deliberadamente se refiera a ciertos hechos, ni hay mecanismos que afecten su voluntad, no habría vulneración al derecho a guardar silencio.

⁶² “DECIMO SEGUNDO...A su turno, los sentenciadores recurridos han asentado que las interceptaciones telefónicas aludidas han sido hechas valer por la defensa; que todo lo invocado ha estado a disposición de todos los intervinientes, de suerte tal que los referidos jueces acertadamente han descartado que ellas no sean íntegras; como que tampoco se ha demostrado la existencia de escuchas adicionales a las que obraban en la carpeta de investigación, de manera que no se divisa la conculcación alegada, sin perjuicio de resultar llamativa la nula impugnación de los recurrentes de cada uno de los aspectos que el tribunal echa en falta para establecer la vulneración de garantías constitucionales en el motivo Octogésimo Primero de la sentencia atacada.

Por lo demás, resulta de suyo diverso imputar una infracción a la legalidad del procedimiento constitutiva de lesión de garantías constitucionales por una inobservancia a las obligaciones que gravan al Ministerio Público en la custodia de los diversos antecedentes recopilados en la investigación, toda vez que una no supone por sí la existencia de la otra y, en este caso, se ha establecido que las circunstancias fácticas que giran en torno a la pretendida falta de integridad de las interceptaciones son constitutivas de una cuestión fortuita o de fuerza mayor, que afectó a todos los intervinientes por igual”.

⁶³ ROXIN, Claus, “La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2008, p. 72.

CAPÍTULO III: LOS HALLAZGOS CASUALES

Los hallazgos casuales, también llamados hallazgos ocasionales o fortuitos, consisten en el descubrimiento que se produce en el curso de una investigación, de hechos nuevos o sujetos, distintos a los que fueron autorizados investigar en la orden judicial respectiva.

Los hallazgos casuales tienen como elementos o requisitos básicos los siguientes:

- La autorización judicial que permite la realización de una diligencia investigativa específica.
- El descubrimiento de hechos o sujetos diversos a los contemplados en la autorización judicial.
- La falta de previsibilidad del hallazgo.
- La ausencia de su búsqueda.

Su conceptualización ha sido construida por la doctrina, de acuerdo a los elementos que la componen, como: la materia de la autorización judicial, el objeto del hallazgo, la gravedad del delito, su conexión con el hecho originalmente investigado, etc.

Estos requisitos permitirán clasificar los diversos tipos de hallazgos casuales que puedan presentarse.

1. Concepto de hallazgo casual

Para Lourdes Noya, el concepto de hallazgo casual proviene de Alemania y, en él habría una disociación entre la autorización judicial habilitante y el fin inmediato de la investigación: “la doctrina alemana ha denominado como descubrimientos casuales a los conocimientos adquiridos mediante un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones telefónicas legítimamente ordenados y ejecutados, que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación en la que se autoriza la medida, y que además afectan a personas frente a las cuales no ha ordenado dicha investigación o no se hubiera podido ordenar por no cumplirse los presupuestos imprescindibles”⁶⁴.

Para Raúl Núñez, el hallazgo casual: “importa que la evidencia obtenida con ocasión de una medida intrusiva ha excedido el ámbito objetivo de la investigación bajo cuyos presupuestos fue concedida”⁶⁵.

Para Susana Álvarez De Neira, uno de los presupuestos del hallazgo casual es la autorización judicial habilitante, y lo define de la siguiente manera: “Por hallazgo o descubrimiento casual debemos entender, por lo tanto, la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente

⁶⁴ NOYA FERREIRO, Lourdes, “La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 270.

⁶⁵ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “Código procesal penal”, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 227.

no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando, es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados”⁶⁶.

De igual forma, para Fermín Echarri Casi, la orden judicial que autoriza la diligencia intrusiva (de entrada y registro o de interceptación) es un presupuesto de los hallazgos casuales, no siendo estos últimos un medio de prueba, sino una fuente de prueba que: “se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenía noticia con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella”⁶⁷.

Para Tomás López Fragoso, específicamente en relación a los hallazgos casuales que puedan presentarse en el desarrollo de una interceptación telefónica, utiliza un parámetro teleológico para determinar si se encuentran o no amparados por la autorización judicial. Ese parámetro consistente en el fin inmediato de la investigación, con lo cual, los hallazgos casuales no se

⁶⁶ ALVAREZ DE NEYRA, Susana, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, en Revista internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje N°2, Madrid, 2011, p. 2.

⁶⁷ ECHARRI CASI, Fermín, “Prueba Ilícita, conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en Revista del Poder Judicial N° 69, Madrid, 2003, p. 286.

corresponderían a esa finalidad, describiéndolos como: “los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación penal para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan –o provienen- de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiera podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos”⁶⁸.

Para Anna Marco, son dos componentes que el hallazgo casual puede poner en conflicto. “el ámbito objetivo de la investigación, en el sentido que se descubren posibles infracciones criminales no amparadas por el ámbito de la autorización o el ámbito subjetivo, esto es, se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa, o de algún modo relacionadas con la misma”⁶⁹.

En todo caso, sea cual fuere el concepto que se adopte sobre esta materia, es importante destacar que el hallazgo casual siempre se debe referir al descubrimiento de hechos presumiblemente ilícitos con categoría de ilícito penal. Por tanto, los descubrimientos fortuitos que se produzcan en el curso de una interceptación telefónica, que tengan un carácter contravencional o administrativo, no podrían ser utilizados válidamente como medios de prueba

⁶⁸ LÓPEZ, Tomás, ob. cit. p. 82.

⁶⁹ MARCO URGELL, Anna, “La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia”, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 307.

en sede judicial ni en sede administrativa por tratarse de medidas intrusivas de excepción que el legislador ha reservado exclusivamente para investigar algunos ilícitos penales, ya sea por la gravedad de la pena asignada al delito o por la materia a que están referidos.

2. Reconocimiento normativo de los hallazgos casuales

Los hallazgos fortuitos, se encuentran reconocidos en nuestro Código Procesal Penal a propósito de dos diligencias o actuaciones investigativas limitadoras de garantías fundamentales: la primera es la diligencia de entrada, registro e incautación y la segunda es la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas.

En relación a la diligencia de entrada, registro e incautación, la nueva normativa introducida por la ley 20.931 de fecha 5 de Julio de 2016, modificó el artículo 215⁷⁰ del Código Procesal Penal autorizando la incautación inmediata y sin autorización judicial de evidencias que digan relación con un hecho distinto al investigado⁷¹.

En relación a los hallazgos casuales que puedan presentarse durante el desarrollo de una diligencia investigativa de interceptación de comunicaciones

⁷⁰ Artículo 215 Código Procesal Penal: “Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará”.

⁷¹ Con anterioridad a esa modificación legal, se exigía autorización judicial para la incautación de objetos nuevos no relacionados con la orden habilitante.

telefónicas, el artículo 223 del Código Procesal Penal en sus inciso cuarto y quinto⁷², distingue entre información irrelevante y relevante, disponiendo que la última, en el caso que fuera pertinente para otros procedimientos, pueda ser usada si es que el hecho tuviese pena de crimen.

De acuerdo a lo descrito en estos artículos y a los conceptos aportados por la doctrina, se pueden extraer ciertos elementos configurativos de los hallazgos casuales:

- La existencia de una investigación previa respecto de un delito determinado y de una o varias personas determinadas.
- La existencia de una orden judicial que autoriza la medida intrusiva para investigar el delito específico.
- La individualización en la resolución judicial de la o las personas investigadas.
- El descubrimiento fortuito de medios de prueba, que digan relación con un hecho punible distinto o con personas distintas a las mencionadas en la orden judicial.
- La ausencia de previsibilidad y de búsqueda de los medios de prueba nuevos.

⁷² Artículo 223 Código Procesal Penal inciso 4° y 5°: “Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes”.

3. Clasificación de los hallazgos casuales

Pueden ser clasificados acorde a los siguientes criterios:

3.1 Según la autorización judicial habilitante

a) Hallazgo casual en el cumplimiento de una orden judicial de entrada, registro e incautación: Se encuentra regulado en el artículo 215 del Código Procesal Penal.

La regla autoriza la incautación de objetos y evidencias no relacionadas con la investigación original, sin necesidad de una nueva orden judicial. Se exige que la policía informe este acontecimiento al Fiscal.

Con anterioridad a la modificación de dicho artículo por ley 20.931, denominada agenda corta antidelincuencia, la norma del artículo 215 exigía una nueva autorización judicial para la incautación de objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto al originalmente investigado. La Jurisprudencia de la Corte Suprema había interpretado esa norma sobre la base del concepto de sospecha, para diferenciarlo de las situaciones de flagrancia (que no requerirían de orden judicial para incautar las especies). Fue así como el fallo de la Corte Suprema Rol N° 7007-2007 de fecha 23 de Abril de 2008 rechazó un recurso de nulidad presentado por la defensa en un caso en que la policía ingresó a un inmueble con autorización judicial, encontrando sorpresivamente droga en su interior. La sentencia resolvió que se trataba de un caso de flagrancia, diferenciando este supuesto de un hallazgo casual. El elemento diferenciador fue el concepto de

sospecha que exigía el antiguo artículo 215, el cual constituye un grado de certeza menor al que se tiene en una flagrancia⁷³.

b) Hallazgo casual en el cumplimiento de una orden judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas: Es aquel descubrimiento que se produce en el transcurso de una diligencia de interceptación telefónica, respecto de hechos o sujetos no previstos ni vinculados al delito principal. Se encuentra regulado en el artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal.

3.2 Según la gravedad del hecho descubierto

a) El hecho descubierto tiene pena de crimen: Son aquellos descubrimientos de ilícitos penales que en abstracto tienen asignada alguna de las penas de crimen enunciadas en el artículo 21 del Código Penal, que en el caso de ser temporales, tienen una duración de cinco años y un día a veinte años.

⁷³ “QUINTO: ... Como sabemos, la sospecha constituye un grado de aproximación a la certeza, inferior a lo evidente u ostensible de un ilícito, parámetro este último utilizado tradicionalmente para la flagrancia. En el rango de la sospecha, se imagina una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, no es flagrancia, constituyendo ésta, un estado de conocimiento superior, manifestado normativamente en los distintos literales del artículo 130 del Código Procesal Penal. En este caso había flagrancia puesto que el hecho que lo constituye y le sirve de sustento, se está ejecutando actualmente, en el mismo momento se está cometiendo el delito sin que el autor haya podido huir[...]. Por lo tanto y en lo pertinente, la sola posesión de sustancias de esa naturaleza en circunstancias que permitan inferir el propósito de tráfico completan la figura típica. Entonces, resulta aceptable concluir que el imputado era el poseedor de las evidencias encontradas, aún antes de la consulta concreta al efecto, pues se trataba del dormitorio que ocupaba y el hallazgo inicial se hace en su cama. El reconocimiento posterior sólo vino a confirmar la convicción inicial de los funcionarios policiales. En consecuencia, analizados los hechos a la luz del tipo penal, se puede afirmar que la policía, al momento de proceder autónomamente, entendió de un modo razonable, estar amparada por la hipótesis de flagrancia del artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal vale decir, el que actualmente se encontrare cometiendo el delito. La valoración precedente se hace, además, teniendo en cuenta las especiales circunstancias bajo las cuales los policías deben adoptar sus decisiones, de modo que el análisis debe ser hecho a la luz de ese contexto y no ex post, con el estándar exigido a un profesional del derecho”.

La importancia de la penalidad, consiste en que si se trata de un crimen descubierto fortuitamente en el curso de una interceptación telefónica, la información obtenida, en principio, podrían servir como fuente de prueba para otro procedimiento sin necesidad de una autorización judicial.

b) El hecho descubierto tiene pena de simple delito: Son aquellos descubrimientos de ilícitos penales que en abstracto tienen asignada alguna de las penas para simples delitos enunciadas en el artículo 21 del Código Penal, que en el caso de ser temporales tienen una duración de sesenta y un días a cinco años.

Según la regla del artículo 223 inciso final, estos hechos descubiertos en el curso de una interceptación telefónica, no podrían servir como como prueba para otro procedimiento, lo cual no significa que esta fuente de prueba sea ilegal, puesto que no tuvo su origen en una actuación con infracción a garantías fundamentales.

3.3 Según su conexión con el hecho principal

a) Hallazgos de delitos conexos: Son aquellos que tienen vinculación con el delito original que ameritó la intervención, vinculación que puede ser objetiva (por surgir un nuevo hecho que depende del investigado) o subjetiva (si en la conversación el sospechoso alude a otras personas como partícipes del mismo hecho, o éstos toman contacto con él).

b) Hallazgos de delitos autónomos: Aquellos que están totalmente desconectados por el delito investigado, que también pueden ser objetivos

(sospechoso se refiere a un hecho ilícito distinto) o subjetivos (sospechoso alude a terceras personas respecto de un delito diferente, o estos toman contacto con él).

3.4 Según el grado de desarrollo del hecho descubierto

a) Hallazgo casual de un acto preparatorio: Consiste en el descubrimiento de una actividad predelictiva, anterior a su principio de ejecución. Esta hipótesis se encuentra prevista por el legislador en el artículo 222 del Código Procesal Penal, donde se menciona como sujeto pasivo de la interceptación de comunicaciones, a quien “preparare actualmente la comisión o participación de un hecho punible”, entendiéndose por tal, aquel que en forma individual realiza conductas dirigidas a la ejecución del hecho punible o, propone o se concierta con otras para la ejecución de un delito específico.

b) Hallazgo casual de un acto de ejecución: Consiste en el descubrimiento del principio de ejecución de un hecho típico que aún no se ha consumado, ya sea porque no se ha completado la conducta por parte del sujeto activo o aún no se ha producido el resultado típico.

c) Hallazgo casual de un hecho consumado: Consiste en el descubrimiento de un hecho típico completo, en que se realizó la totalidad de las exigencias típicas.

3.5 Según el contenido del hallazgo

a) Hallazgo casual objetivo: Consiste en el descubrimiento de hechos típicos nuevos, diversos a los contenidos en la autorización judicial habilitante. Pueden encontrarse en distintas etapas de desarrollo.

b) Hallazgo casual subjetivo: Consiste en el descubrimiento de sujetos nuevos, que no estaban individualizados en la autorización judicial habilitante.

Respecto de este tipo de hallazgos subjetivos, habrá que distinguir por una parte, aquellas situaciones en que el sujeto individualizado en la orden judicial, no correspondía al usuario del teléfono (ya sea; porque lo cedió a un tercero, porque el celular estaba registrado a nombre de otro o es utilizado por varias personas, etc), de aquellos casos que el imputado individualizado en la orden judicial, toma contacto con terceros no individualizados en la orden, encontrándose éstos comprometidos en el mismo ilícito. Esta última hipótesis constituye un caso de restricción inevitable, propia de la interceptación telefónica, en la cual la autorización judicial no pudo prever esa circunstancia porque se desconocía *a priori* la identidad del otro sujeto que interactuaba con el imputado.

Tratándose de una restricción inevitable, no se debiera exigir orden judicial como veremos al tratar en específico la validez de los hallazgos casuales, entendidos estos como casos de restricción imponderada de derechos.

CAPÍTULO IV: HALLAZGOS CASUALES Y LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La regla de la exclusión consiste en la invalidez de las pruebas obtenidas con violación a derechos y garantías fundamentales, así como también la transmisión de ese efecto a las pruebas que sean producto de la prueba originalmente inválida⁷⁴ (doctrina de los frutos del árbol venenoso o eficacia refleja de la prueba ilícita).

Esta regla no ha sido aplicada en forma absoluta, se han admitido ciertas excepciones llamadas “excepciones a las reglas de exclusión” que tienen en común la desconexión entre la prueba originalmente ilícita y la prueba nueva utilizada. Estas excepciones son: la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

Los hallazgos casuales, si bien se asemejan a las denominadas “excepciones a las reglas de exclusión”⁷⁵, son instituciones procesales esencialmente diferentes, por cuanto las excepciones a las reglas de exclusión parten de la base de una prueba obtenida con infracción a garantías

⁷⁴ HAIRABEDIAN, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, p. 33.

⁷⁵ Los hallazgos casuales y las excepciones a las reglas de exclusión, son instituciones que se asemejan en los siguientes aspectos:

1. La una y la otra dicen relación con la valoración de la prueba en dos fases o etapas: en la etapa de obtención de la prueba originaria y en la etapa de la prueba derivada.
2. Ambas instituciones involucran el estudio, de la existencia, naturaleza y características del vínculo o la relación entre ambas fases de recolección de material probatorio.

fundamentales, es decir, hay una ilegalidad congénita en la obtención de la prueba originaria, a diferencia de los hallazgos casuales que tienen un curso investigativo originario legítimo, con una autorización judicial obtenida conforme a derecho.

Los hallazgos casuales presuponen la existencia de una investigación desarrollada conforme a las garantías del debido proceso, amparada por una orden judicial legalmente obtenida, en cuyo cumplimiento se descubren ilícitos nuevos, no previstos en la autorización judicial habilitante. Es por esta razón que los hallazgos casuales no implican que la nueva prueba obtenida, *per se* pueda calificarse de ilegal. En consecuencia, el problema de los hallazgos casuales en las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas no debiera tener el mismo tratamiento que las excepciones a las reglas de exclusión.

1. Las excepciones a la regla de exclusión de los frutos del árbol envenenado

La doctrina de los frutos del árbol venenoso, tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana derivada de la infracción de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos.

Esta garantía contra detenciones, allanamientos e incautaciones arbitrarias, no sólo ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre su contenido inmediato; esto es, sobre los presupuestos de legalidad de tales

injerencias en la esfera de los derechos, sino también sobre los efectos de la inobservancia de tales presupuestos⁷⁶.

El primer fallo que aplica esta doctrina es del año 1914 conocido como “*Weeks vs. United States*”⁷⁷ en que la Suprema Corte resolvió por primera vez que no podía emplearse como prueba de cargo en juicio, prueba material obtenida con infracción a la Cuarta Enmienda. Su fundamento fue que la exclusión estaba impuesta implícitamente en la Constitución Federal para garantizar los derechos en ella establecidos, señalando el fallo en lo pertinente: “si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito...la protección de la Cuarta Enmienda declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor”⁷⁸. Sin embargo, este fallo solamente tuvo efectos para la jurisdicción Federal y no para los Estados de la Unión.

La sentencia que por primera vez utilizó la expresión alegórica de los frutos del árbol venenoso, fue la del caso “*Nardone vs. United States*”⁷⁹ del año, donde fue intervenido sin autorización judicial, el teléfono de un contrabandista de alcohol de nombre Nardone. La sentencia resolvió que no solamente debía excluirse como prueba en contra de un procesado, grabaciones de sus

⁷⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado N°2, Santiago, 2002, p. 12.

⁷⁷ 232 U.S. 383 (1914).

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ 302 U.S. 379 (1937).

conversaciones sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones: “El juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado”⁸⁰.

En lo sustantivo, la doctrina del fruto del árbol envenenado postula que no solamente es inválida la prueba directamente obtenida con infracción de garantías fundamentales, sino también la prueba que se deriva de aquella. Coincide con este planteamiento Manuel Miranda Estampres, para quien esta doctrina puede formularse de la siguiente forma: “la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en información o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial”⁸¹.

Esta doctrina no ha sido aplicada en forma incondicional, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado las llamadas excepciones a la regla de exclusión, que son categorías de situaciones que tienen en común la desconexión o desvinculación (total o relativa) entre la prueba obtenida con infracción de garantías y la prueba nueva que se pretende emplear en el juicio.

El carácter no absoluto de la regla de exclusión en la jurisprudencia norteamericana, radica en las características del nexo causal entre la prueba

⁸⁰ 308 U.S. 308 (1939).

⁸¹ MIRANDA ESTAMPRES, Manuel, “La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, en Revista Catalana de Seguridad Pública, Mayo 2010, p. 139.

ilícita y la que se desprende de ésta. Es así como, la jurisprudencia de ese país, según Héctor Hernández: “ha ido reconociendo ciertos límites al principio, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede considerarse purgado”⁸².

En nuestro sistema jurídico, también se reconoce la regla de exclusión, cuyo fundamento Constitucional se encuentra en la garantía del debido proceso, y a nivel legal, tiene reconocimiento normativo expreso en el artículo 165 del Código Procesal Penal⁸³, que proyecta o extiende los efectos de la nulidad a los actos consecutivos, que emanen o dependieren del acto viciado.

Tanto la doctrina nacional como nuestra jurisprudencia, han admitido excepciones y limitaciones a la regla de exclusión. Así lo manifiesta Iván Díaz: “No resulta viable sostener que la regla de exclusión de pruebas ilícitas tenga carácter absoluto. Desde el propio sistema jurídico chileno es posible sostener algunos casos en que debe exceptuarse su aplicación”⁸⁴.

Nuestra Corte Suprema mediante un proceso de recepción de la jurisprudencia de Estados Unidos, ha tomado los argumentos de algunos fallos

⁸² HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit. p. 14.

⁸³ Artículo 165 Código Procesal Penal: “La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanen o dependieren”.

⁸⁴ DÍAZ GARCÍA, Iván, “La prueba en el nuevo proceso penal oral”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 148.

de ese país, que explican la regla de la exclusión de los frutos del árbol venenoso, como algunas de sus excepciones. De esta forma, el máximo Tribunal, ha reconocido expresamente que la doctrina de los frutos del árbol envenenado, no tiene una aplicación absoluta, relativizando así la regla de la exclusión en la sentencia Rol N° 1741-2010 de 25 de mayo del 2010⁸⁵.

En concreto, las excepciones a las reglas de exclusión, reconocen validez a la prueba obtenida en un procedimiento, no obstante existir en él una infracción de garantías fundamentales.

Estas excepciones son principalmente la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y vínculo atenuado, cuyas diferencias con los hallazgos casuales se verán a continuación⁸⁶.

⁸⁵ “VIGÉSIMO SEGUNDO: ...a) el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que “una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención” en los derechos de la persona del inculpado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. (“La prueba en el proceso penal”, Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro 1, Enero-Abril 1994, p. 28)

b) las reglas de exclusión de pruebas no se aplican en forma absoluta y reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

c) el legislador chileno no se pronunció expresamente en el Código Procesal Penal sobre casos de excepción a las reglas de exclusión.

d) la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, cuyo origen es el fallo *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 1920), que tiene el rango de un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba, reconoce limitaciones concretas...

e) se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada...”

⁸⁶ HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit., p. 23.

2. Diferencias entre los hallazgos casuales y la fuente independiente

La fuente independiente, es una excepción a la regla de exclusión de los frutos del árbol envenenado y opera cuando la prueba se obtiene a través de una vía diversa a aquella que adolece de la ilegalidad contaminante. De esta manera, la prueba se consigue por un cause independiente, diferente al de la infracción de garantía fundamental.

La jurisprudencia de nuestro país, ha reconocido y aplicado la excepción de la fuente independiente, así lo deja de manifiesto la misma sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1741-2010 de 25 de Mayo del 2010. En este caso, la policía en una primera etapa investigativa recibió antecedentes a través de un informante sobre unas mujeres que se dedicaban a la venta de drogas, producto de ello se realizaron diligencias investigativas autónomas tendientes a individualizarlas, sin autorización del Fiscal. En una segunda etapa, la misma policía solicita al Fiscal una autorización para actuar contra las mujeres utilizando la figura del agente revelador, la que fue otorgada y ejecutada correctamente. Entendió la Corte Suprema que la ilicitud de las actuaciones de la primera fase no se comunicaba a la segunda⁸⁷.

⁸⁷ “VIGESIMO TERCERO...En tal virtud, aún en el evento que la prueba lograda mediante los primeros contactos con Yanina Furlong pudiera ser calificada de ilícita, el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era el relato de un informante. Cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluir la prueba obtenida, ya que ésta no es un “fruto” de la ilicitud. En este evento no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir (Hernández, cit., p.p. 22, 77 y 78), cual es en este caso el obtenido el día en que se llevó a cabo la venta de la droga al policía encubierto. La evidencia supuestamente calificable de ilícitamente obtenida sirvió para confirmar sospechas previas y focalizar la investigación en determinadas

La fuente independiente se diferencia del hallazgo casual, por cuanto este último tuvo su origen en una diligencia legítima, con una autorización judicial previa otorgada legalmente, conforme a los antecedentes del momento que fueron debidamente ponderados, a propósito de la cual, se descubrió un hecho delictivo nuevo. En cambio, la fuente independiente, tiene como presupuesto, la existencia de una evidencia producida con infracción a garantías fundamentales, discutiéndose si esa prueba contaminada, se proyecta o no a la prueba nueva descubierta en un curso investigativo autónomo y separado.

Por tanto, tratándose de instituciones diferentes, el problema de la validez de la prueba obtenida en un hallazgo casual, no debiera asimilarse ni tener el mismo régimen dogmático que la fuente independiente.

3. Diferencias entre los hallazgos casuales y el descubrimiento inevitable

El descubrimiento inevitable es una excepción a la regla de exclusión. Sostiene que no se aplica la exclusión del medio de prueba, cuando a pesar de haber tenido su origen en un cauce investigativo desarrollado con infracción a garantías fundamentales, a la evidencia igualmente se habría llegado por una conducta respetuosa de dichas garantías.

imputadas, por lo que la ausencia de un nexo causal concreto impide la exclusión de las pruebas legítimamente obtenidas. (Hernández cit., p. 79)”

Un caso emblemático en Estados Unidos fue el de “*Nix vs. Williams*”⁸⁸ del año 1984 también conocido como el de la cristiana sepultura, caso en que el imputado de nombre Williams (respecto de quien existían testigos que lo vinculaban con la desaparición de una menor de 10 años de edad), fue arrestado e interrogado por la policía con infracción a su derecho a guardar silencio (Sexta Enmienda) para que indicara el lugar donde había ocultado el cuerpo de la víctima bajo el pretexto humanitario que sus padres podrían darle cristiana sepultura. El imputado llevó a los policías al lugar donde se encontraba el cuerpo de la menor. Paralelamente, en ese sector se desarrollaba un amplio operativo de búsqueda con 200 voluntarios, dirigidos por el Departamento de Investigación de Iowa, por lo cual, el descubrimiento del cuerpo de la menor sería inminente. La Suprema Corte de Estados Unidos estimó que si bien había una infracción a la Sexta Enmienda (se asimiló la conversación del policía a un interrogatorio), el operativo de búsqueda que venía desarrollando la policía igualmente habría encontrado el cuerpo de la víctima en breve tiempo y en similares condiciones, por lo que procedía dar valor al descubrimiento, ya que la ilegalidad producida en la obtención previa de la prueba, no impedía su posterior redescubrimiento⁸⁹.

Esta doctrina ha sido aplicada por nuestros tribunales. La ha acogido expresamente la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 14.781-2015 de fecha 3

⁸⁸ 467 US 431 (1984).

⁸⁹ LUENGO MONTT, Trinidad, “Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 92.

de Noviembre del 2015, en un recurso de nulidad deducido por la defensa. El caso consistió en una investigación por presunta desgracia ordenada por un Fiscal, en que la policía mantenía sospechas de la participación en un menor adolescente, los funcionarios de la PDI concurrieron al domicilio del menor (sin instrucción del Fiscal) donde le manifestaron que sabían todo lo ocurrido recomendándole cooperar en la investigación, ante lo cual el menor confesó el homicidio (sin presencia de abogado) y trasladó a los policías al lugar donde había enterrado el cuerpo de la víctima. Si bien se declaró en el proceso la ilegalidad de la confesión del menor y la prueba vinculada a ella, se valoró la existencia de un curso investigativo paralelo llevado a cabo por un grupo de rescatistas que se encontraba rastreando el lugar donde fue depositado el cadáver, lugar que sería inspeccionado según lo habían planificado. La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad; ya que, no obstante la ilegalidad de la confesión, el descubrimiento del cuerpo y evidencias en torno a él, era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente⁹⁰.

⁹⁰ “UNDÉCIMO: Que, por tanto, para rechazar o no la nulidad invocada en razón de la incorporación y valoración de las pruebas derivadas del hallazgo del cadáver de la víctima en el lugar indicado por el condenado en la declaración ilegalmente obtenida, debe analizarse si las probanzas del juicio permiten o no al tribunal de instancia establecer si dicho cuerpo hubiese o no podido ser descubierto a través de medios lícitos, anteriores o independientes de la declaración del imputado que indicó dicho lugar...En su declaración, dicho rescatista añade que formaba parte de la cuadrilla que llevaba a cabo la búsqueda del cuerpo conforme con dicha planificación, que comenzó sus tareas previamente a la declaración del adolescente, y que se encontraba, como manifestara en estrados la representante del Ministerio Público, en la ribera opuesta pero a una altura similar, en el Río Chalinga, en los momentos que la policía de investigaciones apareció junto con el condenado en el preciso lugar donde se encontró el cadáver.

Sobre la base de dicha declaración, concluyó el tribunal cuya sentencia se recurre que el lugar de hallazgo del cadáver sería inspeccionado según la planificación, por lo cual el descubrimiento era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente.

También menciona expresamente esta doctrina, el fallo de la Corte Suprema Rol N° 15.342-2013 de fecha 13 de Enero del 2014, caso en el cual, Carabineros detuvo a un imputado, sindicado como autor de robo con intimidación a víctimas en buses del Transantiago, a los que sustrajo sus teléfonos móviles. Al momento de ser detenido, los funcionarios de carabineros revisaron las agendas y contactos de los móviles hallados en poder del imputado, con lo cual lograron ubicar a parientes y amigos de las víctimas y luego a éstas. La defensa presentó recurso de nulidad por la intromisión en los teléfonos móviles, como infracciones a la privacidad de las comunicaciones. El fallo de la Corte rechazó el recurso, adscribiendo a la doctrina del descubrimiento inevitable, fundado en que la prueba puede valorarse siempre que se acredite que ella se habría obtenido igualmente por medios lícitos, situación que habría ocurrido en este caso, ya que al momento de la detención, concurrió el Fiscal a la unidad policial, lugar donde el contacto con las víctimas era inminente y donde habrían reconocido sus especies y al imputado que las sustrajo⁹¹.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver de José Alegría hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso”.

⁹¹ “SÉPTIMO: Que en cuanto a las imputaciones vertidas en el recurso acerca de las gestiones policiales realizadas en los teléfonos móviles, la sentencia razona que efectivamente se trató de diligencias de investigación que exceden los términos del artículo 83 del Código Procesal Penal; sin embargo, las alegaciones formuladas en torno a ellas carecen de trascendencia. El fallo adscribe a la teoría del descubrimiento inevitable, fundado en que la prueba puede valorarse siempre que se acredite que ella se habría obtenido de todos modos por medios lícitos. Para ello la sentencia razona acerca del curso de los acontecimientos, pues hubo un breve lapso

La diferencia entre esta excepción y la anterior, consiste que la fuente independiente tiene un curso investigativo paralelo real y con un resultado efectivo; en cambio, en el descubrimiento inevitable, el curso investigativo y su resultado son hipotéticos.

La diferencia entre esta regla de exclusión y el hallazgo casual, es que en el hallazgo casual, la diligencia que dio origen al descubrimiento fue legítima, discutiéndose si la existencia de la autorización judicial disociada de su resultado, cubre o no el descubrimiento del hecho ilícito nuevo. En cambio, en el descubrimiento inevitable, la diligencia inicial es siempre antijurídica.

4. Diferencias entre los hallazgos casuales y el vínculo atenuado

Esta doctrina, también es denominada como la de los vicios subsanados y, alegóricamente como la doctrina del tinte diluido. Sostiene esta excepción que la propagación de los efectos de una infracción a una garantía fundamental, se va diluyendo, atenuando y eliminando por la falta de inmediatez entre el acto originalmente nulo y los actos posteriores.

entre el primer delito y el momento del control de identidad -que se realizó sólo una hora después- lo que impidió a las víctimas realizar las denuncias, pues en el momento inmediato a los hechos no contaban con los medios necesarios para dar a conocer los sucesos que les afectaron.

Sin embargo, del mismo fallo se desprende que al momento que el imputado fue detenido, se requirió la asistencia del fiscal del Ministerio Público, compareciendo a las dependencias de la unidad policial en que aquel se hallaba, de modo que el contacto con las víctimas era inminente y, con ello, las diligencias de reconocimiento de la persona detenida y las especies encontradas en su poder”.

Este criterio se aplicó en un caso sobre tráfico de drogas en Estados Unidos, plasmado en el fallo “*Won Sun v. United States*”⁹² del año 1963. Este proceso tuvo su origen en la detención ilegal de un sujeto dedicado al tráfico de estupefacientes, quien luego ante la policía, sindicó a otro de haberle vendido droga, siendo este último quién delató a su proveedor (delaciones en cascada). El primer detenido logró que fuera excluida su confesión por haber sido obtenida con infracción de garantías y en consecuencia, también fue excluido su efecto inmediato que era la prueba relativa a la droga del vendedor. No obstante ello, cuando la defensa del proveedor reclamó que la ineficacia lo alcanzaba, su solicitud fue denegada atendida la tenue relación con la ilicitud original.

La jurisprudencia norteamericana, ha intentado fijar pautas o criterios para determinar la procedencia de esta excepción, alguno de ellos son: la secuencia en el tiempo entre las distintas actuaciones, las circunstancias interferentes (autorizaciones judiciales por ejemplo, entre la primera actuación ilegal y la prueba dubitada de legalidad), magnitud de la conducta policial, la elección voluntaria (confesión del imputado, por ejemplo)⁹³.

Esta doctrina se diferencia con el hallazgo casual, debido a que en éste, además de existir un procedimiento inicial legítimo, no existe una serie de concausas o cadena de actos intermedios entre la diligencia inicial y el hecho nuevo.

⁹² 371 U.S. 471 (1963).

⁹³ HAIRABEDIAN, Maximiliano, ob. cit., p. 87.

En nuestro país, no hay pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta doctrina.

En síntesis, se puede decir que el hallazgo casual presupone la obtención de pruebas sin existir una lesión constitucional congénita. Por tanto, el hallazgo casual no tiene una naturaleza patológica que se transmita o propague a los actos posteriores del procedimiento o a los que dependieren de él.

En los casos de los hallazgos casuales que surjan en una escucha telefónica, como ya se contaba con una autorización judicial obtenida conforme a derecho, las fuentes de prueba que vayan sorpresiva e inesperadamente emanando en el transcurso de la escucha no adolecen de una ilegalidad automática.

Lo afirmado coloca al tema de los hallazgos casuales en la interceptación de comunicaciones telefónicas, en un lugar distinto al de las pruebas obtenidas con infracción de garantías constitucionales *ab initio*.

No se trata de supuestos de prueba ilícita, por no ser portador el procedimiento de un vicio en su origen, no obstante, que pueda haber limitaciones en cuanto a su uso.

CAPITULO V: VALIDEZ DE LOS HALLAZGOS CASUALES EN EL TRANSCURSO DE UNA DELIGENCIA DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA

Según hemos visto, el hallazgo casual en una interceptación de comunicaciones telefónicas, consiste en la obtención de pruebas derivadas de la realización de una diligencia de interceptación, dirigida en principio a la investigación de un determinado delito, pero de las que resultan elementos que acreditan un delito diferente.

Esta divergencia entre lo autorizado y lo encontrado, provoca tensión en algunos principios constitucionales, ya que la limitación de derechos fundamentales que pueden acarrear esas actividades investigativas, lo serán sin haberse realizado el examen previo de proporcionalidad de los intereses en conflicto.

Este déficit de constitucionalidad, sin embargo, no implica un quiebre absoluto con los principios constitucionales de motivación, especialidad y ponderación, por cuanto no se trata de prueba ilícita ni una derivada de ésta, sino que son casos de restricción imponderada, donde no existió una infracción congénita de derechos fundamentales.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla en el artículo 223 del Código Procesal Penal, una regla especial, que reconoce la utilidad de los hallazgos casuales que se produzcan en una interceptación telefónica cuando

se trate de hechos que pudieren ser constitutivos de crímenes, se trata de una regla que no impide al Juez ponderar los nuevos hechos. La regla contempla una cláusula bastante amplia para determinar qué tipo de información forma parte de esos hallazgos, además que la ponderación anticipada que realizó el legislador, lo fue en una sola frecuencia (de la gravedad de la pena) única variable donde no se agota el test de proporcionalidad.

Veremos que esa regla especial de los hallazgos casuales obtenidos en el desarrollo de una interceptación telefónica contenida en el artículo 223 del Código Procesal Penal, no comprendería aquellos casos que desborden el principio de proporcionalidad, en el sentido que; si las circunstancias investigativas de los descubrimientos, entregasen a los agentes de persecución penal, recursos y tiempo razonable para explorar otros mecanismos investigativos de menor intensidad, o acudir a un Juez para que pueda evaluar los antecedentes, se debiera solicitar en estos casos una nueva orden judicial para la interceptación de los hechos descubiertos. Dentro de estos hechos nuevos que requieren una orden judicial distinta, debieran quedar comprendidos los actos preparatorios, pues permiten solicitar con tiempo una autorización judicial, sin detrimento de la investigación.

1. Conflictos constitucionales de los hallazgos casuales

Una de las principales dificultades de los hallazgos casuales consiste en determinar la utilidad procesal que pueden tener estos descubrimientos

accidentales. Este problema se debe, a que podría pugnar su valor probatorio con los principios constitucionales de la especialidad, proporcionalidad y motivación.

Respecto del principio de la especialidad, si bien durante el desarrollo de la diligencia de interceptación se encuentra restringido el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, lo es con el único propósito de permitir a los agentes de persecución penal, obtener medios de prueba respecto de un hecho delictivo específico y determinado. Esto significa que debe haber una necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el delito que se investiga en la práctica, correspondencia que no se daría si se valorara un hecho completamente distinto al autorizado investigar por un Juez, mediante la técnica de interceptación telefónica.

Por otra parte, también el principio de la especialidad pondría en crisis el mérito del hallazgo casual, porque este último no otorga posibilidades de preterir un delito que *ab initio* se ignoraba.

En relación al principio de la proporcionalidad, como el nuevo delito no pudo ser valorado por el Juez con anterioridad a su descubrimiento, entonces carecen de evaluación los elementos de idoneidad, necesidad y urgencia que ameritaban restringir el derecho al secreto de las comunicaciones.

En relación al principio de la motivación, resulta evidente que el Juez no pudo pronunciarse sobre los elementos que justificaban la limitación al derecho fundamental, lo cual va a la vez va a afectar el derecho a la defensa, por cuanto

el sujeto pasivo de la interceptación, no va a tener la oportunidad para impugnar el mérito y fundamento de una resolución que no pudo dictarse *ex ante*.

En definitiva, la resolución judicial que inicialmente autorizó una interceptación telefónica, no podrá proyectarse a toda la secuencia restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones.

2. Los hallazgos casuales como casos de restricción imponderada

Al igual que en las intervenciones de correspondencia epistolar, en las comunicaciones telefónicas, no es posible anticipar no es posible saber de antemano su contenido o sobre qué versarán las conversaciones telefónicas. El proceso técnico de recolección de pruebas en las escuchas telefónicas, impide hacer una selección previa de las escuchas de acuerdo a su contenido e interlocutores.

Siempre será esperable, que las conversaciones no se circunscriban al objeto ni a los sujetos de la investigación, sino que se amplíen a hechos distintos que pueden estar relacionados con el hecho principal (delitos conexos) o se refieran a hechos o sujetos totalmente independientes (delitos autónomos), desconocidos al momento de autorizarse la medida de injerencia.

Sobre la naturaleza de los hallazgos casuales, nuestra jurisprudencia (a lo menos en materia de entrada, registro e incautación), ha resuelto que no son situaciones de flagrancia, por cuanto el grado de convicción de la sospecha que

exigía la antigua redacción del artículo 215 del Código Procesal Penal, era inferior al grado de convicción que exige la flagrancia.

Además, atendido el mayor grado de convicción que exige la flagrancia, no es posible asimilar los hallazgos casuales a la flagrancia, debido a que esta última tiene un elemento distintivo que le imprime una fisonomía que la distingue, ese elemento es la urgencia, entendida como el daño o inminencia de daño para algún bien jurídico lo cual justifica que se pueda reaccionar en el acto recogiendo la evidencia sin orden judicial⁹⁴. La entidad de esta urgencia (extrema y manifiesta) propia de la flagrancia, no necesariamente está presente en los delitos que son investigados mediante escuchas telefónicas, los cuales muchas veces se encontrarán en estado preliminar, que le otorgará tiempo a las policías para informar al fiscal para que este pueda solicitar una nueva orden al Juez.

Por su parte, la jurisprudencia norteamericana en relación a los hallazgos casuales que se producen en el allanamiento de lugares cerrados, ha construido la llamada doctrina del *plain view*, lo cual podría traducirse como aquello que se encuentra a simple vista, a plena vista o en un campo abierto. Esta doctrina sostiene que no se requiere orden judicial para levantar aquellas evidencias que son encontradas de esa forma en una diligencia de allanamiento legalmente autorizada. Esta doctrina, para Susana Álvarez De Neyra, sería uno

⁹⁴ Esa misma urgencia que faculta levantar evidencia sin orden judicial, es la que permite en materia de delito flagrante detener sin esperar una orden judicial, por imperativo del principio de la preservación de un derecho.

de los supuestos en que no se requeriría de orden judicial, siempre que la evidencia encontrada, tenga por sí misma un poder conviccional suficiente: “Sobre la base de esta doctrina, si un objeto es descubierto por un agente de policía desde un lugar en el que se encuentra legalmente, ese descubrimiento no queda viciado por ilegalidad alguna y su resultado podrá ser utilizado como prueba en el acto del juicio. Lo que se exige es que el objeto encontrado tenga por sí mismo la suficiente fuerza incriminadora, es decir, debe existir causa probable de que el objeto es el fruto, instrumento o prueba del delito, sin que se pueda consentir la más mínima actividad investigadora sobre el mismo para alcanzar ese estándar de causa probable”⁹⁵.

Para Maximiliano Hairabedián, la doctrina del *plain view* no intenta justificar prueba ilícita ya que no hay compromiso de la legalidad del sistema, se trata de evidencia obtenida en forma legal y puede ser valorada cuando se dan las siguientes condiciones: “cuando no se haya conocido su existencia con anterioridad, medie urgencia, y su descubrimiento flagrante haya sido producto del obrar acorde al registro legalmente concedido”⁹⁶.

Esta doctrina, si bien es razonable ya que se ajusta a la realidad de muchos procedimientos y permite construir estándares conductuales para la policía⁹⁷, resulta únicamente aplicable a los casos de allanamiento y, en nuestro

⁹⁵ ÁLVAREZ, Susana, ob. cit., p. 51.

⁹⁶ HAIRABEDIAN, Maximiliano, ob. cit., p. 208.

⁹⁷ Por ejemplo, en los casos de agotamiento de la diligencia una vez hallada la especie que se había ordenado buscar, todo registro que sobrevenga devendría en ilegal. El mismo resultado tendría el registro en lugares no idóneos, si por ejemplo, se autorizó la entrada y registro para incautar un vehículo y se revisan las despensas y armarios del lugar. También devendrían en

sistema de persecución penal podría responder a ciertos casos de flagrancia, debido al elemento de urgencia que la integra y, además, por la ausencia de búsqueda de nuevos elementos probatorios por parte de la policía, los cuales en definitiva se tropiezan con la nueva evidencia, sin haber desplegado ningún esfuerzo investigativo para llegar a ella⁹⁸.

ilegales las evidencias que se obtengan cuando se ingrese legítimamente a un lugar cerrado sin autorización judicial (persecución flagrante) y se aproveche esa circunstancia excepcional, para realizar un registro a fondo y detallado del lugar dirigido a buscar evidencias que van más allá de la flagrancia que motivó el ingreso.

⁹⁸ En relación a estos presupuestos de urgencia, a la ausencia deliberada de búsqueda de evidencias nuevas, sumado al efecto disuasivo que las reglas de exclusión puedan tener frente a la conducta policial, es bastante ilustrativo el fallo de la Corte Suprema Rol N°1258-2012 de fecha 4 de Abril del 2012 que anuló una condena por infracción al debido proceso, en un hallazgo de droga ocurrido en un domicilio al cual se habría ingresado en situación de flagrancia para el solo efecto de practicar la detención de un imputado que había golpeado a un policía.

La Corte desestimó la versión policial que el hallazgo de la droga debajo de una cama, se había producido debido al olor que de ella emanaba (ya que se encontraba sellada en plástico), y que al domicilio ingresó un numeroso contingente policial con el objeto de “asegurar el perímetro” (ya que el inmueble era muy pequeño y el imputado fue detenido inmediatamente), por lo cual aparece que esas conductas excedieron la dirigida a practicar una detención y que la búsqueda de evidencia fue tendenciosa. Además, califica la Corte de incomprensible que la policía haya tenido tiempo para llamar a la productora de un canal televisivo, y no al Fiscal en un caso supuestamente urgente,:

“NOVENO: ... estos sentenciadores no logran comprender cuál puede ser el motivo, ni advierten cuál sea la autorización legal para la presencia del camarógrafo de una productora que trabaja con Chilevisión –según se lee de los antecedentes- en un operativo policial en una población.

Resulta francamente incomprensible que existiendo una denuncia anónima sobre la entrega de una importante cantidad de droga, los funcionarios de la Policía tuvieran el tiempo y la disposición para informar de ello a la Productora involucrada y no así al fiscal del Ministerio Público y que se haya optado por proceder a la filmación de una diligencia propia de una investigación criminal que ni siquiera se había formalizado para entonces, donde se procede a exhibir a las personas que se detiene y quienes gozan aún de la presunción de inocencia. Según se lee de la sentencia, los jueces del tribunal oral advirtieron de esa grabación incluso cómo vestían los detenidos al momento en que fueron sacados desde el interior de sus domicilios.

Este tipo de filmación constituye, en opinión de estos jueces, un elemento perturbador al tiempo de apreciar el proceder regular de las Policías y extiende un manto de sospechas sobre su diligencia y rectitud, desde que constituye un elemento de presión para concluir el operativo de que se trata con un balance positivo, puesto que implica la exhibición al público del actuar policial y de los resultados que obtienen en el ejercicio de sus labores propias, anticipándose a los resultados, al convocar a un camarógrafo que viene a filmar antes de saber qué será lo que obtendrán en la diligencia que van a cumplir”.

Sin embargo, la doctrina del *plain view*, difícilmente podría extenderse a los casos de hallazgos casuales descubiertos en el transcurso de una escucha telefónica; ya que, por lo general, el allanamiento es una actividad investigativa que se realiza en un solo acto, a diferencia de la escucha telefónica que es por un período bastante prolongado. Además de ello, es bastante probable que en el curso de una escucha se descubran ilícitos que se encuentran en grados de desarrollo imperfecto o sean actos de emprendimiento, que posibiliten (sin menoscabo para la investigación) acudir al Juez de Garantía a solicitar una ampliación o una nueva orden de interceptación.

En clave exclusivamente Constitucional, toda limitación de derechos fundamentales requiere cumplir con ciertos requisitos de motivación, proporcionalidad y especialidad. Sin embargo, existen algunos supuestos de restricción, que no cumplen con esos requisitos, por no haberse tenido la oportunidad razonable de conocimiento de indicios previos (irreversibilidad del descubrimiento) lo que conlleva a la imposibilidad de realizar el test previo de proporcionalidad, como es el caso de los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas, lo cual no implica necesariamente que carezcan de mérito probatorio, ya que no hay infracción Constitucional, ni en el acceso a la fuente de prueba ni en su recolección.

Estos supuestos de restricción de derechos fundamentales, han sido tratados por parte de la doctrina española, como situaciones de restricción

imponderada de derechos, dentro de los cuales se encontrarían los hallazgos casuales.

Estos, son casos en que se producen limitaciones a garantías fundamentales, donde hay desconocimiento previo de indicios de la existencia de delitos, que tampoco fueron deliberadamente buscados por los agentes de persecución penal. Así lo explica Álvarez De Neyra Kapler, para quien: “este tipo de restricciones se producen en forma repentina e imprevista en supuestos en que se carece de cualquier base indiciaria, por lo que resulta imposible una previa valoración indiciaria Constitucional y ello es precisamente origen de diversas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, y lo que dificulta la posibilidad de encontrar una respuesta coherente y de unánime aceptación. Si aceptamos la constitucionalidad de estos supuestos, estaremos admitiendo un evidente –por imposible- déficit indiciario, al no haberse podido valorar su componente indiciario, pues los indicios que habilitaron la intervención principal en nada se refieren a este nuevo ilícito”⁹⁹.

Para José Díaz y Ricardo Morales, el problema del el hallazgo casual no es un caso de prueba ilícita y no implica una pugna con los principios constitucionales, porque: “existen determinados ámbitos de restricción imponderada (principio de proporcionalidad) y de restricción con déficit indiciario (principio de intervención indiciaria) cuya justificación inicial debe quedar fuera de toda duda. No se trata, técnicamente, de excepciones sino de modulaciones

⁹⁹ ÁLVAREZ, Susana, ob. cit., p. 13.

que delimitan el contenido de los principios en cuestión. Ni tampoco estamos ante el único supuesto de tales características que se puede encontrar en la teoría general de los derechos fundamentales, que es lo que en el fondo autoriza a hablar de una explicación integrada, y por lo tanto no artificiosa, del problema de los hallazgos casuales”¹⁰⁰.

De esta manera, se puede encontrar ciertos ámbitos constitucionalmente justificados de intervención restrictiva, carentes de indicios de ilicitud y ausentes de pronunciamiento judicial previo. Estos casos pueden agruparse en nueve categorías: “1) restricción inevitable; 2) restricción imponderada; 3) restricción semiponderada; 4) restricción impuesta; 5) restricción preventiva; 6) restricción contextual; 7) restricción menor; 8) restricción pseudo-indiciaria; 9) restricción semi-indiciaria”¹⁰¹.

Así por ejemplo, en virtud del principio de la bivalencia en materia de comunicación humana (donde emisor y receptor pueden automáticamente cambiar roles) la autorización judicial que permite intervenir las comunicaciones del imputado se extiende necesariamente a la persona del interlocutor (restricción inevitable), los controles en el ámbito aduanero y penitenciario que implican registros (restricción contextual), las actividades preventivas y de seguridad como utilización de videocámaras (restricción preventiva), etc. En todos estos casos no se requeriría de autorización judicial, ya que son ámbitos

¹⁰⁰ DIAZ CABIALE, José y MARTIN MORALES, Ricardo, “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p.195.

¹⁰¹ Ibid., p. 198.

de restricción justificada que no se oponen a los principios constitucionales de motivación, especialidad y proporcionalidad, sino que aparecen como adecuaciones de sus contenidos para admitir estos supuestos de restricción.

De acuerdo a estas restricciones justificadas, según José Díaz y Ricardo Morales, por regla general: “los hallazgos casuales no pueden ser utilizados ni como fuente de prueba ni como *noticia criminis*, salvo en las hipótesis de restricciones imponderables”¹⁰².

Ahora bien, ¿cuándo se puede entender que un hallazgo casual se encuentra constitucionalmente justificado?. Para responder esa interrogante, ambos autores, entregan la siguiente fórmula dogmática: “Lo estará cuando no haya habido una persistencia restrictiva que desborde el contenido de los principios constitucionales involucrados”¹⁰³. De acuerdo con esta pauta, cuando se tuvo la posibilidad real de obtener, sin merma de la investigación, la ampliación de la resolución judicial, el hallazgo casual devendrá en ilegal y no podrá surtir efecto procesal alguno.

3. La regla del artículo 223 del Código Procesal Penal

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otras legislaciones¹⁰⁴, contiene normas que designan tanto a los delitos como a las categorías de

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibid., p. 199.

¹⁰⁴ En Argentina, el actual Artículo 224 de su Código Procesal Penal inciso final regula los hallazgos casuales en materia de allanamiento al disponer: “Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontrare objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal

delitos que pueden ser objeto de interceptación, utilizando para ello un sistema mixto (regla general en base a la gravedad y, catálogos taxativos de delitos específicos).

Este sistema constituye una ventaja para los operadores de la técnica, ya que entrega mejores niveles de objetividad y certeza respecto a los alcances de la medida de injerencia, posibilitando saber qué tipo de hechos pueden ser investigados por medio de ella y la prueba que puede ser presentada y valorada en un juicio.

En armonía con la cláusula de la gravedad de la pena y complementaria a ella, nuestro Código Procesal Penal también contempla en el artículo 223 (en sus dos últimos incisos)¹⁰⁵ una regla especial en relación a la utilidad de los hallazgos casuales que surjan en el transcurso de una diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas, prescribiendo que la información relevante para otro procedimiento, podrá ser usada si el nuevo hecho pudiere ser constitutivo de un delito con pena de crimen.

interviniente”. Sin embargo, no contienen disposición similar en materia de escuchas telefónicas.

En Alemania, los hallazgos casuales se encuentran regulados en la Ordenanza Procesal Penal (StPO) en el § 100 b 5: “La información personal obtenida por la medida podrá utilizarse como prueba en otros procedimientos sólo en la medida en que durante su evaluación se obtenga información que se requiere para aclarar uno de los delitos enumerados en la Sección 100ª”. Es decir, se permite la utilización de la información obtenida durante la interceptación, siempre que se refiera a un nuevo delito que esté dentro del catálogo de la misma ordenanza.

¹⁰⁵ Artículo 223 Código Procesal Penal: “Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes”.

De esta manera, dicho Código emplea el mismo criterio objetivo de la gravedad del delito, no solamente como requisito de la medida intrusiva, sino también para determinar la utilidad del hallazgo fortuito.

Como los hallazgos casuales no son supuestos de prueba ilícita, la norma del artículo 223 constituye sólo una prohibición de uso para aquellas escuchas que no tengan pena de crimen, pero ello no significa que esa prueba sea *per se* ilegal (independiente de si el descubrimiento fortuito tiene o no pena de crimen)¹⁰⁶.

El Código utiliza el vocablo información, para referirse al contenido de la comunicación que es captada mediante la interceptación telefónica, permitiendo distinguir los siguientes tipos de información:

1) Información irrelevante: Aquella comunicación que no da cuenta de un hecho ilícito, ordenando la regla del artículo 223, la entrega y destrucción de la transcripción y copias de dichas comunicaciones.

2) Información relevante: Aquella comunicación que da cuenta de un hecho ilícito, la cual permite ser subclasificada en:

2.1) Información relevante para el procedimiento: Es aquella comunicación que forma parte del hecho principal investigado, que se encuentra conectada o vinculada a ella.

¹⁰⁶ La incoherencia normativa salta a la vista, si se considerare que el hallazgo casual es prueba ilícita, a lo menos, por dos razones:

1) No podría el legislador declarar la legalidad de la prueba inconstitucionalmente obtenida.
2) Sería absurdo y arbitrario que el legislador declare la licitud de una prueba inconstitucional cuando tiene pena de crimen y no cuando tiene pena de simple delito. Ello por cuanto la ilicitud de la prueba tiene que ver con otros factores como el derecho fundamental conculcado, la dinámica lesiva, etc. pero no con la pena asignada al delito.

2.2) Información relevante para otros procedimientos: Es aquella comunicación que dice relación con otros hechos, diferentes al delito originalmente investigado. Esta última información corresponde al hallazgo casual que puede aparecer en una diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas.

La cual de acuerdo a la gravedad de la pena puede a su vez subclasificarse en:

2.2.1) Información relevante para otros procedimientos, que pudiere tener pena de crimen.

2.2.2) Información relevante para otros procedimientos, que no pudiere tener pena de crimen.

Lo ventaja de esta regla, es que reconoce la posibilidad de encontrar hallazgos fortuitos, normativizando sus posibilidades de utilización de acuerdo al criterio de la gravedad del delito. De esta manera, se entrega un criterio objetivo como punto de partida para entrar al análisis más detallado de cada situación.

Ahora bien, la fórmula empleada para determinar qué tipo de información se encuentra amparada por la orden judicial de interceptación, y cuál no lo está, se concreta en una cláusula bastante amplia “informaciones relevantes”. De acuerdo a esta fórmula amplia, quedaría dentro de la esfera de amparo de la orden judicial de interceptación: la información relativa al delito investigado, la información relativa a delitos distintos pero relacionados o vinculados con el delito principal y los sujetos que hayan tenido intervención en alguno de estos hechos.

En efecto, para determinar si un nuevo hecho descubierto, pertenece a la esfera de la resolución judicial habilitante (informaciones relevantes para el procedimiento), la descripción normativa que hace el artículo 223 inciso final, no circunscribe los nuevos hechos a los elementos propios de la tipicidad (no exige identidad típica entre el hecho inicialmente investigado y el hecho descubierto); ni tampoco exige que afecten al mismo bien jurídico protegido, por lo que es perfectamente posible admitir que se encuentran también amparados por la orden judicial (o dicho de otra manera: que pertenecen al mismo procedimiento) hechos nuevos que pudieren constituir delitos diferentes pero conectados al delito principal; como por ejemplo, aquellos que sean necesarios para cometerlo o para asegurar su impunidad. Estos hechos nuevos, pero conectados con el hecho principal, también estarían bajo cobertura de la autorización judicial habilitante y no necesitarían de una nueva orden judicial para ser admitidos y valorados.

Esta conclusión, es coherente con la estructura de los delitos que conforman la llamada unidad jurídica de acción, que tienden a valorar como un solo hecho, a varias conductas que por sí solas pueden ser constitutivas de delitos autónomos; tal es el caso de los delitos complejos, delitos permanentes, tipos con pluralidad de hipótesis, delito continuado¹⁰⁷, etc. Esta única

¹⁰⁷ El delito continuado si bien es de creación doctrinaria, es tratado generalmente como un caso de concurso ideal impropio o concurso medial regulado en el artículo 75 inciso segundo del Código Penal, entendiéndose que se presenta este concurso, cuando un delito es el medio necesario para cometer el otro, aplicándose en estos casos una sola pena, la mayor asignada al delito más grave.

valoración, difícilmente se podría llevar a la práctica, si procesalmente se fraccionara cada una de las conductas que integran estas figuras típicas, exigiendo una autorización judicial específica para investigarlas y analizarlas por separado.

Desde el punto de vista subjetivo, esta conclusión aparece como la más adecuada para la vigencia a los principios de la participación criminal (accesoriedad, convergencia, exterioridad y comunicabilidad); que determinan los requisitos debe reunir la conducta del autor principal (que cuenta con el dominio del hecho), para que la conducta del partícipe (que colabora en el hecho de otro), sea punible. Este análisis sería imposible de verificar, si se estimare que la conducta marginal del partícipe del hecho que le pertenece a otro, formó parte de un procedimiento diverso y, por lo tanto, debe ser analizada separadamente.

También relacionado con el tema subjetivo, se encuentra la participación sucesiva, que consiste en la participación posterior de un tercero, que no dio principio de ejecución al delito, surgiendo el problema si se le puede imputar al partícipe (pese a su tardía incorporación) la totalidad del delito o solamente aquella parte en que ha contribuido. Pues bien, cualquiera sea la respuesta, este caso, solamente puede ser analizado si se entiende que hay un hecho integral y no sucesos aislados pertenecientes a procedimientos diversos que debieran ser investigados en forma separada.

Esta interpretación se ajusta a la realidad, a la forma en que opera la criminalidad, cuyos actores en su cotidiano interactuar, no se limitarán a dialogar respecto de un delito específico, sino que muy probablemente van a conversar sobre otros ilícitos relacionados con el delito investigado. Por lo tanto, será frecuente y esperable que a través de las comunicaciones telefónicas, se transmita información no solamente relativa al hecho principal, sino también información vinculada y relacionada a ese hecho principal, tanto objetiva como subjetivamente, información que no requerirá nueva orden judicial para ser admitida.

De igual forma, la criminalidad organizada (que es el fenómeno que en definitiva se busca combatir con el uso de esta técnica) tiene ciertas características como la pluralidad de actores, la jerarquía, su fungibilidad y la permanencia en el tiempo, elementos que surgirán en el desarrollo de una investigación y se manifestarán en la finalidad de cometer futuros ilícitos por parte de la organización, los cuales deberán entenderse como integrantes de un mismo hecho investigado.

Doctrinariamente, en esta misma línea, y en ausencia de una norma especial que regule el valor probatorio de los hallazgos casuales (legislación española), el autor Tomás López Frago acude al criterio de conexión objetivo-subjetivo entre el hecho investigado y el hecho descubierto, relevando la exigencia de una nueva orden judicial para este tipo de hechos: “el hecho delictivo descubierto casualmente habrá de confrontarse con el fundamento de

la medida en que su ejecución permitió adquirir el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma. Teniendo en cuenta ambos factores objetivo y subjetivo y ante las distintas posibilidades y variaciones que la conjugación de estos criterios ofrecen cabría, por ejemplo, afirmar que no sería utilizable un descubrimiento casual cuando el conocimiento se refiera a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso en que se ordenó la medida, o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma”¹⁰⁸.

En el mismo sentido, para Raúl Núñez, esta conexión entre el nuevo hecho descubierto y el autorizado investigar, es el que permite diferenciar un hallazgo casual de aquél que no lo es: “se entenderá que no es casual-cuando existe una conexidad entre el delito (infracción) buscado y el casualmente hallado”¹⁰⁹.

Una solución similar es la que ofrece Fernández Espinar: “el criterio de conexión, tanto objetiva como subjetiva, se perfila como una solución razonable al tratamiento de los hallazgos fortuitos, debiendo confrontarse el hecho punible casualmente revelado con el fundamento de la medida en que ese supuesto concreto permitió descubrirlo, no olvidándose nunca, asimismo al sujeto pasivo

¹⁰⁸ LÓPEZ, Tomás, ob. cit., p. 69.

¹⁰⁹ NÚÑEZ, Raúl, ob. cit., p. 227.

y configurándose en consecuencia ambos factores –objetivo y subjetivo- como los indicadores con arreglo a los cuales debe ejecutarse una intervención”¹¹⁰.

Para José Díaz y Martín Morales, la valoración de los hechos descubiertos, cuando se encuentran relacionados con el hecho investigado por la orden judicial, no entraría en conflicto con los principios constitucionales: “no todo hallazgo casual supone necesariamente la ruptura de los principios constitucionales (...) es preciso examinar la relación entre los hechos examinados y aquellos que se descubren. Dichos principios no quiebran cuando hay homogeneidad”¹¹¹.

En el otro extremo de la regla del artículo 223, referida a la “información relevante para otros procedimientos”, corresponden propiamente a los hallazgos casuales. Se exige como requisito formal de admisibilidad que el hecho nuevo tenga una pena de crimen.

En relación a la forma en que nuestra jurisprudencia ha interpretado la regla del artículo 223, existe una sentencia de la Excma. Corte Suprema y tres pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones:

- La Corte Suprema en sentencia sobre recurso de nulidad deducido por la defensa Rol ingreso Corte N° 46.489-2016 de fecha 5 de Septiembre del 2016, rechazó el recurso en un caso de hallazgos casuales subjetivos, donde el usuario del teléfono intervenido resultó ser otra persona dedicada al tráfico

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo, “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, en Revista del Poder Judicial N° 32, Madrid, 1993, p. 31.

¹¹¹ DÍAZ, José y MARTÍN, Ricardo, ob. cit., p. 176.

ilícito de drogas declarando que los hallazgos casuales son una especie de “contingencia no prevista” amparada por el artículo 223¹¹².

- La Corte de Apelaciones de Rancagua, en un recurso de apelación deducido por la Fiscalía por exclusión de prueba, Rol N° 90-2012 de fecha 29 de marzo del 2012, sentencia que reconoció expresamente una situación de hallazgo casual, en un caso de utilización de escuchas telefónicas del imputado para otro

¹¹² OCTAVO: Que, en consecuencia, la causal que se examina se funda en la ausencia de los requisitos que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, cuando se mantuvo la interceptación de las comunicaciones telefónicas que el sentenciado Galleguillos Alarcón efectuó por el teléfono móvil número 73512115 durante un cierto periodo, lo que no es efectivo, pues se encuentra asentado que la autorización judicial fue otorgada para el mencionado número telefónico que se suponía utilizado por un sujeto “Torres”, sin embargo, dicho móvil estaba siendo empleado por Galleguillos Alarcón, circunstancia que sólo fue establecida por los funcionarios policiales con posterioridad a la autorización, resultando una contingencia no prevista tanto por la autoridad que dispuso esa medida como por quien la ejecutaba, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental, al encuadrar los funcionarios policiales su actividad a la normativa legal que los rige.

Por otra parte es necesario tener presente, que tal como se estableció en el fundamento décimo, aquella inicial interceptación se insertó en el marco de una investigación mayor que incluía también, entre otros, a la pareja de Galleguillos Alarcón, cuyos teléfonos también fueron intervenidos previa autorización judicial de 17 de marzo de 2014, al igual que con fecha 25 de marzo de 2014 los nuevos teléfonos del sentenciado, diligencias que proporcionaron la información que permitió el seguimiento y posterior detención del sentenciado, así como la incautación de la sustancia ilícita.

Que, en consecuencia, la diligencia intrusiva realizada en la investigación de los hechos calificados como delito de tráfico de estupefacientes cuya información ha sido utilizada en este proceso, no merece reparo alguno. En efecto, se otorgó autorización para la interceptación con completa sujeción a las normas que la previenen, en los términos previstos en los artículos 222 del Código Procesal Penal y 24 de la Ley 20.000, de manera que tras la información obtenida de las interceptaciones del 17 de marzo de 2014 en adelante, que daban cuenta de actos preparatorios del delito objeto del fallo recurrido, era inevitable la investigación se encaminaría a su comprobación, dando así cumplimiento al cometido del Ministerio Público establecido en los artículos 1 de la Ley N° 19.640 y 3 del Código Procesal Penal.

En este escenario resulta indudable que no ha existido actuación inconsulta de los funcionarios policiales para proceder al uso de las interceptaciones telefónicas; y encontrándose asentado que el procedimiento investigativo también se encontraba dirigido en contra del acusado Gerardo Galleguillos, la acusación que se vierte en el planteamiento de la causal principal invocada deviene en extremadamente formal, ya que ella no discute los presupuestos tenidos en cuenta para la práctica del mecanismo de averiguación que consagra la ley de drogas, sino que toda la impugnación se estructura en la errónea singularización de quien usaba el teléfono al momento de solicitarla, lo que constituye -tal como se dijo- una contingencia no prevista, que encuadra en la situación descrita en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal”.

proceso distinto ya iniciado. Según este fallo, la regla del artículo 223 no limita el empleo de las escuchas únicamente procedimientos nuevos (aún no iniciados al momento del descubrimiento), sino que también puede tratarse de un procedimiento ya existente¹¹³.

- La Corte de Apelaciones de San Miguel en un recurso de apelación deducido por la Fiscalía por exclusión de prueba, Rol N° 1059-2015 de fecha 6 de Julio del 2015, la sentencia calificó como hallazgo casual, la circunstancia de haberse gravado conversaciones de los imputados que los comprometían en otros delitos distintos, admitiéndose la valoración de esas escuchas en el nuevo juicio celebrado ante otra jurisdicción¹¹⁴.

¹¹³ “PRIMERO: Que de los antecedentes expuestos por ambos intervinientes se puede establecer fehacientemente la existencia de escuchas telefónicas autorizadas conforme a las normas legales pertinentes en causa distinta a la seguida en contra del imputado Jorge Vidal Cespedes, y cuya transcripción el Ministerio Público solicita sea parte de la prueba conjuntamente...SEGUNDO: Que la exclusión de prueba solicitada por la Defensa descansa en que dicha escucha no fue autorizada por el Juez de Garantía en la investigación seguida en contra del imputado ya mencionado...CUARTO: Que el Código del ramo al utilizar la palabra "procedimiento" no distingue entre aquellos ya iniciados, como el caso de que se trata o de que precisamente esa información lleve a iniciar un procedimiento, por lo que no se divisa en forma alguna que pueda excluirse esa información respecto a los hechos por los cuales ya se encuentra acusado Jorge Vidal Céspedes, de forma tal que se puede afirmar que se trata de un hallazgo casual que permite descartar la posibilidad de que la policía dolosamente haya utilizado esa información en forma ilegal y que afecte a garantías constitucionales relativas también al derecho de defensa.

¹¹⁴ “CUARTO: Que con los antecedentes expuestos ante esta Corte por los intervinientes debe considerarse que la prueba excluida en este juicio es aquella que dice relación –en parte- con una investigación que se inició en otra pesquisa...hechos que configurarían delitos de la Ley 20.000, donde el juez, amparado en el artículo 222 del Código Procesal Penal, autorizó la interceptación telefónica de la que derivan en una sección las pruebas excluidas. Advertida la posible ocurrencia de otros ilícitos, la policía denunció tales hechos al Ministerio Público ...órgano que requirió asimismo autorizaciones de interceptación telefónica al Juez del Juzgado de Garantía de San Bernardo, que se concedieron en virtud de sucesos configurativos eventualmente de ilícitos previstos en el artículo 16 de la Ley 20.000 y artículo 248 bis del Código Penal...Los imputados en estos autos RiT 5834-2011 RUC 1100498003-6 fueron formalizados el 18 de noviembre de 2013, 14 de febrero y 26 de marzo de 2014, por los delitos de cohecho, violación de secreto y divulgación de información contenida en sistema informático.

- La Corte de Apelaciones de Arica, también en un recurso de apelación Rol N° 175-2010 de fecha 1 de Septiembre del 2010, presentado por la Fiscalía por exclusión de escuchas obtenidas en otra investigación, la Corte resolvió que no era un hallazgo casual y, por ende, no se aplicaba la regla del artículo 223, cuando había una situación de continuidad en la investigación, a pesar de que el Fiscal había separado las investigaciones¹¹⁵.

QUINTO: Que la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido que la protección de garantías fundamentales en el ámbito de la obtención de pruebas debe ser equiparada a otros principios, como el de proporcionalidad, trascendencia, existencia de los fines de la administración de justicia y de ciertas facultades procesales de intervención en los derechos de las personas... Tal es así que nuestro más alto tribunal ha reconocido esos principios que constituyen excepción a la exclusión de prueba ilícita para evitar una utilización absoluta de dichas exclusiones. Tal es el caso de los denominados “descubrimientos inminentes o casuales”, en que se permite la incorporación de prueba eventualmente derivada de otra, aún contaminada inicialmente y en que está en juego la buena fe y precisamente la proporcionalidad y trascendencia. (Fallo de la Excma. Corte Suprema de 11 de mayo de 2011, autos rol N° 2576-11).

SEXTO: Que, en la especie, la prueba excluida deriva o de aquella llamada prueba de hallazgo casual con motivo de las diligencias autorizadas legalmente en la causa RUC N° 1100217376-1 de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur por el Décimo Segundo Juzgado de Garantía, en que se obtuvo con el resguardo previsto en los artículos 9 y 222 del Código Procesal Penal y referido a hechos eventualmente configurativos de crimen previstos en la Ley 20.000; bien de las autorizaciones conferidas por el Juzgado de Garantía de San Bernardo en época anterior a las formalizaciones de fechas 18 de noviembre de 2013, 14 de febrero y 26 de marzo de 2014 en el RUC1100498003-6 -que recién circunscribieron la pesquisa a los delitos de cohecho, violación de secreto y divulgación de información contenida en sistema informático- y en que se investigaban hechos que pudieran constituir diversos delitos, incluso de la Ley 20.000. Tanto es así que los magistrados entendieron hacerlo en su momento en relación a sucesos configurativos del artículo 16 de la Ley 20.000 y del artículo 248 bis del Código Penal, puesto que hasta antes de la formalización y durante la investigación es posible que se desconociera la extensión de los auxilios solicitados o de la colaboración realizada al imputado, en términos que permitieran restringir a un solo tipo penal la investigación.

SÉPTIMO: Que de este modo la supuesta afectación de garantías que se reprocha existir en las actuaciones de procedimiento que privaron a los imputados o terceros de derechos que la Constitución Política de la República consagra, o los restringieron o perturbaron, evidentemente pierde substancialidad o relevancia, en tanto se actuó con aquiescencia judicial en la pesquisa sobre la base de existir acontecimientos que constituirían crímenes, o se derivaron casualmente de éstos. Ergo, puede decirse con acierto que se ajustaron adecuadamente en los parámetros que se contienen en el artículo 222 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 9 del Código Procesal Penal”.

¹¹⁵ “SEGUNDO...En estrados el abogado de la apelante sostuvo que las escuchas ofrecidas fueron obtenidas en forma lícita, previa autorización judicial, en un procedimiento investigativo anterior (RUC 0900726051-K) que involucraba también al imputado de la presente causa, pero

4. Los hallazgos casuales y la aplicación estricta del principio de proporcionalidad

La comprobación abstracta de la gravedad de la pena del nuevo hecho descubierto, no implica la validez automática de la información para que sea admitido sin una autorización judicial específica, sino que representa solamente el punto de partida. En efecto, la regla del artículo 223 inciso final, por si sola, no es suficiente para resolver todas las hipótesis y matices que puedan presentar informaciones nuevas que pudieren ser constitutivas de crimen, ello debido a que el ámbito de la injerencia de las interceptaciones autorizado por el legislador es bastante amplio y, además porque la regla del artículo 223 se centra en un elemento puramente objetivo que es la pena abstracta del hecho descubierto.

En concreto, la regla del artículo 223, no implica un abandono absoluto del control judicial mediante el test de proporcionalidad, al contenido de hechos

que, por una decisión estratégica de la fiscal a cargo, se separaron las investigaciones, generando el actual RUC 0900867236-6. Asimismo, explicó que en tales escuchas sólo fueron intervenidos teléfonos de otros imputados, mencionando específicamente a Carlos Mardones, quien mantuvo comunicaciones con un informante y un agente encubierto, en las cuales habría sido aludido el acusado de este nuevo proceso...CUARTO: Que, en el caso que nos ocupa, la afectación del derecho mencionado se realizó previa autorización judicial, en la causa RUC 0900726051-K, respecto del imputado Carlos Mardones, y la información así obtenida el Ministerio Público ha pretendido utilizarla en este procedimiento, que es una derivación del anterior. No altera la conclusión precedente la separación de investigaciones realizada por la fiscal a cargo, pues, como se dijo, la presente causa es una continuación de la pesquisa inicial, resultando improcedente, por lo mismo, la aplicación del artículo 223 del Código Procesal Penal “.

nuevos que puedan integrar la llamada “información relevante para otro procedimiento”.

Dicha regla corresponde a una ponderación anticipada de carácter parcial realizada por el legislador y, opera en la lógica que si se autorizó una interceptación telefónica para un delito, con mayor razón la autorización se extiende para los delitos de igual o mayor gravedad que se vayan descubriendo. Es decir, el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones que en definitiva ya se había ponderado para un delito de menor o de igual gravedad, se justifica para descubrir un delito igualmente grave o, más grave.

Sin embargo, la regla del artículo 223 no puede aplicarse en forma automática, en el sentido que siempre y a todo evento, la información nueva sobre crimen no vinculado al delito principal, deba ser admitida y valorada como prueba sin ningún examen previo, o sujeta a un control judicial puramente formal (de cotejo abstracto de penas). Por el contrario, tratándose de una norma de excepción, de una materia *per se* excepcional sobre limitaciones a derechos fundamentales, es necesario un control mucho más exigente, a lo menos en cuanto a la calidad de los hechos que pueden ser comprendidos dentro de la regla.

Sostener lo contrario sería socavar el principio de la reserva jurisdiccional en materia de restricciones a los derechos fundamentales¹¹⁶ delegando esta función en los operadores de la técnica investigativa (las policías) sin ningún tipo de control material por parte de los tribunales.

Además, el test de proporcionalidad opera en varias frecuencias y no se agota con la mera comprobación de la gravedad de los delitos.

El test de proporcionalidad, tiene una dinámica bastante versátil que intenta hacer posible que varias garantías en conflicto puedan coexistir, sin que necesariamente una prevalezca sobre otra. Tampoco pretende que la solución al caso concreto tenga validez absoluta, sino simplemente establecer relaciones de precedencia condicionada, de acuerdo al caso concreto y a las posibilidades jurídicas y reales. En este sentido; puede ocurrir que, si bien el nuevo hecho descubierto tenga una mayor pena que el originalmente investigado con orden judicial, se presenten otras circunstancias que no justifiquen el uso de la interceptación. Estas circunstancias van más allá de la pena abstracta y son otros indicadores que se deben evaluar en el proceso de ponderación, como por ejemplo: afectación adicional por la materialización de la medida como el caso de la interceptación de un teléfono público, el *modus operandi* del nuevo hecho, sus características concretas, etc. El análisis de estas variables, muchas veces pueden no justificar el uso de la interceptación telefónica, independiente

¹¹⁶ Este principio significa básicamente que la adopción, mantención y revocación de una medida restrictiva de derechos fundamentales, debe estar precedida necesariamente del pronunciamiento de un órgano jurisdiccional.

de la pena de crimen. Es decir, la intensidad restrictiva de la medida puede ser extremadamente inidónea, innecesaria o desproporcionada para el caso concreto, en atención a otros indicadores distintos a la pena.

La regla del artículo 223 inciso final, no es autosuficiente para justipreciar aquella información nueva y concreta, ya que se pueden presentar una serie de situaciones en que el hecho descubierto, no obstante tener asignada en abstracto una pena de crimen, carezca de las cualidades que hagan necesaria su investigación por medio de una interceptación telefónica, o la entidad de la información no tenga la premura que impida acudir a un Juez de Garantía para que pueda conocer y evaluar con anticipación los antecedentes.

Estas situaciones pueden producirse, cuando el ámbito autorizado por el legislador para las interceptaciones telefónicas es bastante amplio. De acuerdo a la norma del artículo 222 inciso primero, la técnica de interceptación se autoriza para investigar no solamente al que “hubiere cometido” un hecho punible que mereciere pena de crimen, sino también al que ha “participado en la preparación” y también respecto del que “preparare actualmente la comisión o participación”. Es decir, el legislador permite el uso de la interceptación telefónica para investigar no solamente delitos consumados, sino también hechos marginales, como los actos preparatorios de delitos ulteriores y la participación en actos preparatorios.

Pues bien, hay hechos nuevos que pueden descubrirse, que a pesar de tener pena de crimen, no se justifique el empleo de la técnica de interceptación

de comunicaciones telefónicas para que sean investigados. Dentro de esta categoría de hechos se encuentran los actos preparatorios¹¹⁷. Respecto de ellos debiera hacerse un análisis más detallado para determinar si se aplica inmediatamente la regla del artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal o si requieren de una valoración específica.

Para ello es importante tener presente que los actos preparatorios son actos de comunicación delictual que, en opinión de Sergio Politoff, son “concebidos para que intervengan eventualmente más de una persona, ya sea tratando la una de persuadir a la otra a cometer un delito o poniéndose de acuerdo con ésta para cometerlo”¹¹⁸.

Para un análisis más completo de las distintas hipótesis de actos preparatorios que pueden descubrirse en el transcurso de una investigación de un delito diverso y su tratamiento frente al principio de la proporcionalidad, se verá en primer lugar la situación de los actos preparatorios impunes y luego de los actos preparatorios especialmente punibles.

¹¹⁷ Son actos pertenecientes a la fase externa del *iter criminis*, anteriores a la fase de ejecución, que apuntan a hacer posible o facilitar la ejecución del delito. Desde el punto de vista de su punibilidad, los actos preparatorios por regla general son impunes, a excepción de la proposición y la conspiración cuando excepcionalmente están sancionados en leyes penales especiales.

¹¹⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 45.

a) Hallazgos casuales respecto de actos preparatorios impunes

Respecto de los actos preparatorios impunes que sean descubiertos en el curso de una interceptación telefónica originada en un delito diverso, éstos no podrían ser valorados como hallazgos casuales de acuerdo a la regla del artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal. Ello, por falta de un requisito de admisibilidad, ya que la misma regla exige que la información delictiva descubierta (no el delito ulterior que se pretende cometer) tenga asignada una pena de crimen.

Además, la valoración de este tipo de actos descubiertos en el contexto de otro procedimiento, pugnaría con el principio de la especialidad en materia de restricciones fundamentales, en el sentido que sería ilegítima la utilización de la técnica de interceptación telefónica para investigar actividades predelictivas atípicas, llamadas también técnicas de prospección criminal o de sondeo investigativo (se utilizan para despejar sospechas).

Es este sentido, autores como María Inés Horvitz y Julián López, si bien reconocen que el artículo 222 del Código Procesal Penal considera dentro de los sujetos pasivos de la interceptación, a sujetos que realicen actividades anteriores a la consumación de un ilícito, ambos autores, siendo consecuentes con el principio de la especialidad, entienden que si es posible la intervención telefónica en actividades predelictivas, pero solamente de aquellas que constituyen actos preparatorios especialmente punibles: “En consecuencia, no

procederá esta medida si el hecho que se quiere pesquisar no es actualmente punible y no merece pena de crimen”¹¹⁹.

b) Hallazgos casuales respecto de actos preparatorios punibles

Estos actos son la proposición y la conspiración¹²⁰. En principio, tampoco podrían formar parte de la esfera de los hallazgos casuales comprendidos en la regla del artículo 223. Es decir, se debiera iniciar una nueva investigación, solicitar una autorización judicial específica para la interceptación telefónica sobre los nuevos hechos o, ampliar la autorización ya existente para darles cobertura. Ello se debe a que los actos preparatorios no podrían asimilarse a un delito consumado, para los efectos de poder realizar el test previo de proporcionalidad.

Un hecho delictivo en gestación, no puede tener el mismo tratamiento investigativo que un delito perfecto o consumado. Los controles en aquellos casos, debieran de ser más intensos a la hora de decretar medidas intrusivas de investigación, no solamente por el grado imperfecto de su desarrollo, sino

¹¹⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, “Derecho Procesal Penal”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 528.

¹²⁰ Artículo 8 del Código Penal: “La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.

La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas.

Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.

porque los organismos de persecución penal pueden contar con recursos investigativos y tiempo razonable para solicitar una autorización judicial de interceptación telefónica, presentando los antecedentes que le permitan al Juez evaluar los distintos intereses en conflicto.

Además de esta posibilidad real y razonable que puede tener los organismos de persecución penal, para evaluar los diversos intereses ante un acto preparatorio descubierto fortuitamente, tratándose de acuerdos sobre resoluciones delictivas (que habitan en el mundo de la subjetividad), requerirán de una valoración más profunda y exigente por parte del Juez, el cual no podría abandonar esa labor delegándola exclusivamente a las policías que están a cargo de las escuchas telefónicas.

De acuerdo a la experiencia operativa, desde el primer momento en que la policía descubra un proyecto delictivo a través de una escucha telefónica, surgirá la previsibilidad de su futura ocurrencia. De esta forma, se suprime uno de los elementos configurativos del hallazgo casual; que es, la imprevisibilidad de su existencia. Desde ese instante, lo natural será, que la policía inicie un proceso de recopilación de información orientada hacia la investigación del delito proyectado, dirigida por un celo policial para obtener mejores medios de prueba, y acreditar en toda su amplitud el delito más grave (para asegurar un éxito investigativo). En este caso, también estará ausente otro elemento configurativo de los hallazgos casuales; que es, la falta de búsqueda de medios probatorios.

Un acto preparatorio frente al test de proporcionalidad, debiera llevar al uso de otras técnicas investigativas alternativas para investigarlo o, incluso denegar la medida de interceptación por ausencia de alguno de sus presupuestos. Por lo cual, y con mayor razón, no podría validarse en forma automática la información obtenida mediante esa técnica a los actos preparatorios, de conformidad a los elementos que integran el principio de la proporcionalidad:

- En cuanto a la idoneidad de la medida, las probabilidades de éxito en el descubrimiento de un hecho que tenga asignada una pena de crimen, serán muy remotas atendido el régimen de penalidad de los actos preparatorios excepcionalmente punibles, que contemplan una rebaja de pena en relación al delito consumado. Por ello en la mayoría de los casos, no se alcanzará el umbral punitivo mínimo requerido por el artículo 223 para su validez como hallazgo casual.

Por otra parte, para medir la eficacia de la medida de interceptación en un acto preparatorio, necesariamente habrá que evaluar con objetividad y profundidad jurisdiccional, otros elementos adicionales que van más allá de la mera comunicación entre los confabulados. De esta forma, se debe dilucidar primeramente, si se está frente a un hecho típico, atípico o un delito imposible. Estos datos (que requieren análisis judicial para determinar la utilidad de una interceptación) serán; entre otros, los siguientes: la seriedad del acuerdo criminal, la contribución de rango equivalente por parte de los actores desde el

punto de vista del dominio del hecho, la eventual condicionalidad del acuerdo a un evento indeterminado, la existencia de un agente revelador, etc.

Los actos preparatorios contemplan además una excusa legal absoluta que es el desistimiento, el cual opera como una causal de exención de responsabilidad penal. Desistimiento que puede producirse en cualquier etapa de la planificación delictiva, lo cual exige necesariamente un examen riguroso de los antecedentes por parte de la judicatura.

- En cuanto a la necesidad de la medida, la investigación de los actos preparatorios, no siempre demandarán una exigencia social imperiosa que justifique el uso de la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas, atendido que se trata de actos que generalmente son impunes y, que distan del principio de ejecución. Estos actos no siempre implicarán una urgencia en su tramitación, que impidan adoptar diligencias previas tendientes a corroborar mínimamente la veracidad de la información. Tampoco impiden acudir al Juez de Garantía para que pueda evaluar los antecedentes, y proceder a decretar una autorización judicial especial para la interceptación telefónica respecto de los nuevos hechos (siempre que se den los requisitos para ello), u optar por otros medios alternativos de investigación que impliquen una restricción menor de derechos fundamentales.

- En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el sacrificio del bien jurídico individual, no podrá tener la misma ponderación en un delito imperfecto, (generalmente impune consistente en acuerdos y convenciones), que en un

delito perfecto. Sobre este punto, es necesario tener presente que el fundamento de la punibilidad de los actos preparatorios no reside tanto en una mayor peligrosidad para el bien jurídico, “sino en la objetivación del propósito delictivo a través de su comunicación y como lo ha destacado la doctrina holandesa, en que el desistimiento voluntario es más fácil en los actos preparatorios individuales que en los de índole plural”¹²¹. Es más, sobre el riesgo al bien jurídico, hay actos preparatorios materiales realizados por un autor individual (impunes) que están mucho más cerca de la ejecución y que por lo tanto representan un mayor riesgo para el bien jurídico que una proposición o una conspiración.

¹²¹ POLITOFF, Sergio, ob. cit., p. 51.

CAPÍTULO VI: SITUACIÓN DEL TELÉFONO UTILIZADO POR PERSONA DISTINTA AL TITULAR

Desde el punto de vista de los hallazgos subjetivos, surge el llamado tercero o comunicante accidental, que es aquella persona no directamente investigada, pero que entabla una conversación con el sujeto investigado.

La propia naturaleza de la interceptación determina que esta medida afecte no solamente al titular de la misma, sino también al interlocutor que se relaciona con el primero, con independencia de quien sea el emisor o receptor de la llamada¹²².

La resolución judicial que autoriza la interceptación, no obstante que se individualice solamente al sujeto investigado, comprende necesariamente a ambos conversadores, ya que esa es la única forma de hacer efectiva la función de la interceptación telefónica, que es, averiguar si las fundadas sospechas se materializan en el descubrimiento del presunto ilícito investigado y de sus responsables.

Sobre la validez de los hallazgos casuales subjetivos, la regla del artículo 223 opera de la misma forma, en el sentido que si el tercero que toma contacto con el imputado, realiza manifestaciones que lo vinculen al hecho principal

¹²² Esto se debe a una característica del acto comunicativo, también llamada ley de bivalencia, consistente en la posibilidad de retorno mecánico, en el sentido que el receptor del mensaje puede transformarse en emisor.

investigado, se entiende que esa relación queda cubierta por la autorización judicial habilitante; en cambio, si se realizan manifestaciones que lo vinculen con otro hecho ilícito diferente y desconectado con el principal, habrá que atender a la pena del nuevo hecho para determinar su validez en otro procedimiento.

Sobre este tipo de hallazgos subjetivos, referidos al interlocutor que toma contacto con el sujeto investigado, constituyen casos de restricción inevitable: “En muchas ocasiones es inevitable que cuando se autoriza judicialmente un acto de investigación, que afecte un derecho fundamental del imputado, también se invada la esfera de intimidad u otro derecho fundamental de un tercero que puede resultar involucrado en los hechos que se investigan”.¹²³ Por lo tanto, la autorización judicial da cobertura al interlocutor no individualizado vinculado al mismo hecho.

Además de estos hallazgos subjetivos, hay otro tipo de hallazgos en que un tercero utiliza el teléfono del titular o usuario habitual que se encuentra intervenido (ya sea porque el sujeto intervenido se lo facilita o porque el mismo celular es utilizado por varias personas) o cuando la identidad del titular del aparato telefónico no corresponde al sujeto investigado.

Sobre estos casos, la jurisprudencia española ha dictado interesantes fallos, que nos pueden servir de orientación.

¹²³ DÍAZ, José. y MARTÍN, Ricardo, ob. cit., p. 170.

1. Imputado cede su teléfono a un tercero

Esta, es una situación común entre personas que codelinquen, sería por ejemplo el caso de los clanes familiares dedicados al microtráfico de drogas, donde lazos de confianza permiten que todos los integrantes del núcleo familiar, intervengan indistintamente en varias fases del proceso delictivo y, asimismo utilicen conjuntamente los medios para llevarlo a efecto (vehículos, dinero, teléfonos celulares, etc).

Sobre la validez del material probatorio recolectado en esas circunstancias, según la regla del artículo 223 inciso final, no se debiera exigir nueva autorización judicial, siempre que se trate del mismo núcleo delictivo.

En un caso ocurrido en España donde se investigaba una red de tráfico en el interior de una cárcel, se resolvió que la autorización judicial para la intervención telefónica lo fue para las que se realizasen a través del teléfono indicado en la conversación inicial por los indicios de tráfico de drogas en la prisión a través del mismo. Si el teléfono es dejado a otra persona, relacionada y de acuerdo con el usuario habitual, para comunicarse sobre esa materia, esa comunicación está cubierta por las resoluciones judiciales de intervención de las comunicaciones a través de ese teléfono¹²⁴.

En otro caso en que el celular era utilizado por los sujetos pertenecientes al mismo grupo delictual, se resolvió que la utilización esporádica del móvil por otra u otras personas del grupo de personas implicada en la actividad delictiva

¹²⁴ STS N° 1362/2009 de 23 de Diciembre del 2009.

enjuiciada, no exige una nueva autorización en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas porque tal utilización indistinta no supone un corte o censura relevante ni en la autorización judicial concedida ni en el hecho que se investiga¹²⁵.

Según este razonamiento, la autorización judicial entonces cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución judicial habilitante, siempre que exista relación o conexión con el usuario habitual y se tratase de la misma materia.

2. Imputado utiliza el teléfono registrado a nombre de un tercero

Esta situación puede presentarse cuando se solicita la interceptación telefónica de un aparato celular que cuenta con un contrato de prestación de servicios de telefonía con una empresa telefónica. Es el llamado celular con plan a diferencia del celular de prepago, en el cual su portador puede adquirir en cualquier comercio el teléfono celular sin firmar contrato con alguna empresa telefónica y cargar minutos al aparato, comprando para ello las llamadas tarjetas de prepago.

En los celulares con plan, aparece individualizada la persona titular de la línea en el contrato con la empresa telefónica. Por ello, los sujetos dedicados a

¹²⁵ STS N° 203/2009 de 18 de Junio del 2003.

las actividades lícitas, de preferencia optarán por utilizar un teléfono prepago o en el caso de adquirir un móvil con plan, entregarán una identidad falsa a la empresa telefónica para no ser detectados.

Sobre este particular, en un caso ocurrido en España donde la policía solicitó la interceptación telefónica del titular de la línea, no obstante ser otro sujeto quien lo utilizaba, se resolvió que no había lesión al derecho al secreto de las comunicaciones de este tercero; ya que la policía, salvo que hubiera realizado una escucha ilegal, no podía saber cuál era el usuario habitual del teléfono que había contratado una persona perfectamente individualizada. Por lo tanto, siendo el derecho al secreto personal y subjetivo, la petición judicial está cubierta por el dato evidente de la titularidad del teléfono¹²⁶.

3. Utilización por varias personas del teléfono intervenido

Esta situación, puede presentarse por ejemplo, cuando es intervenido un teléfono celular que se encuentra en el interior de un recinto penal; el cual, puede ser utilizado no solamente por su titular, sino también por otros internos.

Lo relevante será determinar si las nuevas escuchas están vinculadas o no, al objeto de la autorización judicial habilitante.

Si se trata de la misma materia, es decir, si hay conexión objetiva y subjetiva por tratarse del mismo núcleo delictual, se entiende que dicha

¹²⁶ STS N° 1319/2009 de 29 de Diciembre del 2009.

información es parte del mismo procedimiento y se encuentra cubierta por la autorización judicial habilitante.

Si se trata de una materia diversa, se está frente a un hallazgo casual y habría que recurrir a la regla del artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal para determinar si es válida esa información para otro procedimiento o se requiere una autorización especial.

CAPITULO VII: CONCLUSIONES

La interceptación de comunicaciones telefónicas debiera reservarse para la investigación de los delitos más graves, ya que su desempeño afecta en forma irreversible diversos derechos fundamentales, no solamente de la persona que es objeto de la investigación sino de cualquier sujeto que tome contacto con ella.

Los avances tecnológicos han logrado que el teléfono (especialmente el teléfono celular), represente no solamente una plataforma que permita la transmisión de voz entre personas a distancia, sino que además, preste otras funcionalidades como la de almacenamiento y procesamiento de datos digitalizados. De acuerdo a esas funciones, los derechos afectados por la interceptación podrán ser el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y algunas garantías comprendidas en el debido proceso.

La recolección de material probatorio a través de las interceptaciones telefónicas, es automático, sin intervención humana ni posibilidad técnica que permita separar *a priori* las comunicaciones relacionadas con la orden judicial, de aquellas que no tienen vinculación con el proceso en que fueron autorizadas.

En este escenario es altamente probable que se puedan obtener pruebas relacionadas con personas o delitos distintos al originalmente investigado; ya que, las conversaciones entre personas a distancia no solamente van a

circunscribirse al núcleo fáctico del hecho investigado ni a los sujetos individualizados en la orden judicial, sino que también pueden extenderse a otros hechos ilícitos y sujetos desconocidos.

Estos hallazgos casuales suelen confundirse con algunas de las llamadas excepciones a la regla de exclusión probatoria. La diferencia radica en que las excepciones a las reglas de exclusión, siempre hay un procedimiento investigativo ilegal, en el cual, el vicio puede o no expandirse a los actos posteriores, dependiendo si se encuentran conectados y la intensidad de la conexión. En cambio, en el hallazgo casual, existe un procedimiento investigativo legítimo, en el curso del cual se descubren nuevos hechos delictivos.

La forma en que se tomó conocimiento de los hechos nuevos, no se encuentra desaprobada por el ordenamiento jurídico, los hallazgos casuales no tienen una naturaleza patológica, ni se deben a una deficiencia de la autorización judicial inicial que permitió una restricción a un derecho fundamental; por lo tanto, no corresponden a supuestos de prueba ilícita.

Los hallazgos casuales son casos de restricción imponderada de derechos fundamentales; esto es, situaciones imprevistas e irreversibles en que se producen descubrimientos de evidencias incriminatorias, que no implican una ruptura con los principios constitucionales de motivación, especialidad y proporcionalidad, ya que no albergan una lesión constitucional congénita, por lo que pueden ser valorados como prueba.

Nuestra legislación regula tanto las categorías de delitos que pueden ser investigados mediante la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas, como la admisibilidad de los hechos nuevos descubiertos mediante la misma. Esta previsión legal, facilita su operatividad procesal, ya que entrega criterios objetivos y tasables para determinar qué tipo de hechos pueden ser investigados a través de esta medida intrusiva y cuál será el tipo de prueba que podrá ser valorada en un juicio.

Para determinar el ámbito de aplicación de la regla del artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal que se refiere a los hallazgos casuales descubiertos en el curso de una interceptación telefónica, habrá que resolver en primer lugar (de conformidad a la misma regla) qué tipo de información se encuentra amparada por la orden judicial habilitante, entendiéndose que lo está: aquella información nueva que se vincule objetiva o subjetivamente con el objeto o sujetos de la interceptación. Por el contrario, no se encontrará cubierta por la orden judicial, aquella información relevante, desvinculada objetiva o subjetivamente con el hecho principal. Esta información delictiva corresponde propiamente a los hallazgos casuales.

La regla del artículo 223, al operar únicamente sobre el criterio de la gravedad de la pena, no podría aplicarse en forma automática prescindiendo del test de ponderación, ya que la gravedad del ilícito investigado, es solamente, uno de los tantos otros criterios de valoración en que se puede sustentar la decisión de interceptar o no un teléfono. Dicho de otra manera, el

legislador no estaba en condiciones de prever todas las hipótesis de colisión de derechos fundamentales que se pudieran presentar en el curso de una interceptación telefónica, por lo que la regla de la gravedad de la pena del artículo 223 es una ponderación meramente parcial del legislador que no impide que el Juez pueda ponderar la utilidad de dichos hallazgos de acuerdo a otras variables, como por ejemplo, el grado de desarrollo del delito.

En test de ponderación puede operar en varias frecuencias, este procedimiento evalúa en concreto cuál es la medida necesaria y suficiente de afectación de un derecho para la satisfacción del otro, sin que dicha operación signifique necesariamente la supresión absoluta, en todos sus extremos del derecho sacrificado frente al satisfecho. En este sentido, la gravedad de la pena del artículo 223, es tan solo uno de los varios elementos que se pueden valorar para resolver el problema de la colisión. No es la única variable ni la más importante. Los criterios de valoración son múltiples, dinámicos y evolutivos, por lo que difícilmente se podrían normativizar o jerarquizar. Así, por ejemplo, en una interceptación telefónica, además de la gravedad de la pena del delito que se descubrió, pueden entrar otras variables en juego para determinar qué interés prevalece: la urgencia, la mayor o menor extensión del plazo de la injerencia, la funcionalidad telefónica que se quiere intervenir, el peligro de afectar a gran número de personas, la posibilidad de investigar el delito mediante otros mecanismos, su grado de desarrollo, etc. Estos otros indicadores pueden en el caso concreto, transformar a la interceptación

telefónica en una medida intrusiva extremadamente intensa, que no justifique, que no compense los beneficios que de ella se pretendan alcanzar, en relación a su potencialidad lesiva.

En efecto, hay cierta categoría de hechos, que no obstante tener en abstracto una pena de crimen, no poseen la entidad de hechos graves que prescindan ser valorados, que sean ajenos al test de proporcionalidad practicado por un Juez.

Dentro de esta categoría de hechos se encuentran los actos preparatorios, que no cumplirían los estándares constitucionales para ser valorados como prueba en un juicio sin haberse sometido previamente al test de proporcionalidad.

Tal afirmación emana, no solamente de aspectos prácticos, como la disponibilidad de medios investigativos eficientes y eficaces para comprobar el plan delictivo, sino principalmente, de la irrenunciabilidad del control judicial de la medida de interceptación, control que tampoco podría delegarse a la autoridad policial.

BIBLIOGRAFÍA

I. De autores

1. ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
2. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, José María, "La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
3. ÁLVAREZ DE NEYRA, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal", en Revista internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje, N° 2, Madrid, 2011.
4. ANGUITA RAMÍREZ, Pedro, "La protección de datos personales y el derecho a la vida privada", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
5. ARMENTA DEU, Teresa, "La prueba ilícita. Estudio comparado", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
6. ARRIETA CORTES, RAÚL, "Derecho a la vida privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones electrónicas", en Revista Chilena de Derecho informático N° 6, 2005.
7. BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario" en Revista de Administración pública N° 135, septiembre-diciembre, 1994.

8. CAROCCA PEREZ, Álex, "Manual del nuevo sistema procesal chileno", Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.
9. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, "Valoración de la prueba. Sana Crítica", Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.
10. CHAHUAN SARRAS, Sabas, "Manual del nuevo procedimiento penal", Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002.
11. DE LANGUE, Marcela, "Escuchas telefónicas. Límites del Estado en la privacidad e intimidad de las personas", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
12. DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo, "La Garantía Constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita", Editorial Civitas, Madrid, 2001.
13. DÍAZ REVORIO, Javier, "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones", en Revista Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 59, 2006.
14. ECHARRI CASI, Fermín Javier, "Prueba Ilícita, conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales", en Revista del poder judicial N° 69, Madrid, 2003.
15. FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo, "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", en Revista del Poder Judicial, N° 32, Madrid, 1993.

16. GUERRERO PERALTA, Oscar, “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, en Revista Derecho Penal y Criminología volumen XXXIII número 92 enero-junio, Bogotá, 2011.
17. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1990.
18. HAIRABEDIAN, Maximilano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
19. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal Chileno”, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2005.
20. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
21. LÓPEZ FRAGOSO, Tomás, “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1991.
22. LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo, “La escucha telefónica y la prueba ilegalmente obtenida”, Editorial Akal, Madrid, 1989.
23. MARCO URGELL, Anna, “La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia”, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.
24. MIRANDA ESTAMPRES, Manuel, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

25. NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “Códigos profesionales 2016. Código procesal penal” Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
26. NOYA FERREIRO, Lourdes, “La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
27. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
28. ROXIN, Claus, “La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
29. LUENGO MONTT, Trinidad del Pilar, “Excepciones a las reglas de exclusión con inobservancia de garantías fundamentales”, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008.

II Cuerpos Legales

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Código Penal Chileno.
3. Código procesal penal Chileno.
4. Convención Americana de Derechos Humanos.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos