

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº48 - SEPTIEMBRE 2011



## PRUEBA ILEGAL - EXCLUSIÓN - ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Carolina Zavidich Diomedí<sup>1</sup>

---

### I. Aspectos generales

La protección de los derechos constitucionales otorga a los sujetos seguridad y confianza para vivir y desarrollarse dentro de un ambiente de respeto mutuo. Uno de estos derechos, el debido proceso, proporciona certeza jurídica de que en la aplicación de las normas que regulan la producción, aplicación, interpretación y valoración de la prueba, se excluyan aquellas en la que no se hayan respetado los derechos fundamentales o normas legales.

Por otra parte, en línea probatoria y como técnica de investigación criminal, la intervención telefónica ha resultando ser un eficiente medio probatorio que permite identificar los mecanismos de acción y otros elementos de la persecución penal. Al ser una medida intrusiva, por cuanto vulnera la intimidad de las personas y la privacidad de las comunicaciones<sup>2</sup>, debe, por su carácter excepcional y restrictivo, ser autorizada por un juez de garantía conforme a los requisitos que la propia ley establece. En caso contrario, implica necesariamente que estamos en presencia de una escucha ilegal y, por ende, de una prueba ilícita.

En el sistema jurídico chileno, el Ministerio Público es quien tiene la facultad constitucional de dirigir exclusivamente la investigación y sostener la acción penal pública. Por lo tanto, para cumplir con su mandato, podría limitar o coartar el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, por medio de diversas técnicas investigativas, como las interceptaciones telefónicas<sup>3</sup>, pudiendo hacerlo sólo “...por o en virtud de normas constitucionales...”<sup>4</sup>.

---

1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Protegido por la Constitución Política en el artículo 19 N°4 y N°5, en donde se asegura a todas las personas “*El respeto y la protección a la vida privada...*” y “*La inviolabilidad... de toda forma de comunicación privada*”. Se establece, en todo caso, el principio de reserva legal, esto es, para que las comunicaciones y documentos privados puedan interceptarse, debe hacerse conforme a los casos y formas determinados por la ley.

3 Artículos 9, 19, 77, 166, 180, 181, 182, 219, 222 y 236 del Código Procesal Penal.

4 Alexi, citado en DÍAZ GARCÍA, L. IVÁN, “*Derechos Fundamentales y prueba Ilícita en Nuevo proceso Penal Chileno*”, “*La Prueba en el Derecho Procesal Penal Oral*”, Edit. Lexis Nexis, mayo 2003, p. 139, cita 26. El autor, cuya distinción aquí se sigue, denomina restricciones directamente constitucionales a las contempladas en la Ley Fundamental y restricciones indirectamente constitucionales a las de rango infraconstitucional autorizadas por aquella (p. 277).

En relación a estas ideas, mencionaremos sucintamente bajo qué argumentos se debiera excluir la prueba, tomando en consideración lo señalado por la doctrina y las normas vigentes en el sistema legal chileno; las excepciones a la exclusión probatoria; y su relación respecto de las interceptaciones telefónicas.

## II. Prueba ilícita y su exclusión

Como fuera dicho por Carocca Pérez, la posibilidad de probar en juicio, en el proceso penal chileno, es considerada como un derecho fundamental en la determinación de los hechos investigados<sup>5</sup>, debiendo seguirse las normas pertinentes. De lo contrario, dicha prueba es considerada ilícita y debe ser excluida del proceso investigativo, teniendo como consecuencia “*la privación de sus efectos..., la prohibición de su admisión en juicio y de su valoración en la sentencia*”<sup>6</sup>, surgiendo de ello la idea de la prueba ilícita.

En relación a ella, parte de la doctrina ha hecho ciertas distinciones<sup>7</sup> y concebido algunos conceptos, como lo expuesto por Daza González, quien señala que la prueba ilícita es “*toda prueba obtenida con violación del debido proceso*”, que para ser calificada como tal, “*el requisito omitido...*” debe ser “*...de carácter esencial y...*” tener “*...una incidencia trascendental sobre el debido proceso...*”, que afecte la validez que ésta tenga en juicio, siendo excluida del debate probatorio<sup>88</sup>.

De acuerdo a lo reseñado por Hairabedián, la precursora en la aplicación de la supresión de la prueba ilícita fue la jurisprudencia norteamericana a partir del caso “*Weeks V. US*”, en el año 1914, con la teoría de “*los frutos del árbol envenenado*”, al señalar “*...que la regla de exclusión estaba impuesta implícitamente en la Constitución federal para garantizar la vigencia de los derechos en ella establecidos, ya que “si las 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...”*”,

5 CAROCCA PÉREZ, ALEX, “*Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*”, Revista Ius et Praxis, año 4, N°2, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 1998.

6 BARRIOS HERRERA, JUAN GUILLERMO, “*Consideraciones sobre el Derecho a la Intimidad y la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal*”, Seminario Reforma Procesal Penal, Universidad Católica de Temuco, Edit. Cono Sur, Lexis Nexis, Chile, Octubre de 2001. pp. 198 y 199.

7 Como por ejemplo aquella que diferencia la prueba ilícita de la prueba ilegal. Dicha distinción es más bien teórica, por cuanto ambas se entienden como las obtenidas con inobservancia a los derechos fundamentales o normas legales.

8 DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, “*Evidencia Ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión*”, Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional, N°27, abril – junio 2009, Editorial Legis, pp. 123 y ss.

motivada en la relación existente entre la conducta ilegal y la prevención de conductas inadecuadas por parte de quien obtiene la prueba. El autor agrega que, en el año 1891, la Corte Suprema de Argentina ya excluía prueba ilegalmente obtenida en el caso “Charles Hnos.”, señalando que “... *siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles...*”<sup>9</sup>.

El mismo autor, citando a Roxin, señala que el fundamento de la exclusión de prueba ilícita es de orden ético, puesto que carecer de restricciones que regulen los mecanismos de obtención de la prueba “... *entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado...*”<sup>10</sup>. Dicha postura ha tenido discrepancias por alguna parte de la doctrina que ha expresado que “... *el sistema judicial sufre en su imagen cada vez que por defectos legales excluye prueba creíble y posibilita la absolución de personas claramente culpables de haber cometido graves acciones antisociales...*”<sup>11</sup>.

La legislación argentina contiene la teoría de la exclusión en su Constitución, la que dispone “... *que la prueba obtenida vulnerando garantías constitucionales carece de eficacia probatoria, situación que se extiende a todas las que no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación*”. No obstante, dicha legislación no tiene norma expresa que se refiera a la exclusión de prueba<sup>12</sup>.

En la legislación española se hace mención a la exclusión de la prueba ilícita, instituyendo el derecho y deber de reclamar por parte de quien se ha visto afectado o transgredido en alguna de sus garantías fundamentales para la consecución de alguna prueba. No obstante, el tribunal puede resolver de oficio ante alguna afectación de derechos garantidos.

Lo mismo acontece respecto al derecho colombiano, en que si existe afectación de derechos individuales para la obtención de una prueba, ésta no se tiene en cuenta y es declarada como inexistente. Dicha regulación es considerada como una estrategia para reforzar la protección de las garantías constitucionales. En este mismo sentido, LaFave señala que los fundamentos de la exclusión pro-

9 HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, “*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*”, Edit. Ad-Hoc, 1ª edición, año 2002, pp. 34 y ss.

10 Ob. cit. HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 45, Agrega el autor que esta línea argumentativa también se encuentra en otros autores, señalándolos en las citas N°97: “Derecho Procesal Penal, citado por Bertoni: “*Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias*”, en LL, julio 2000”, Cita N°99: Citados por Guariglia en “*Las prohibiciones de valoración...*” p. 78 y Cita N°100: Los dos últimos citados por Minvielle: “*La prueba ilícita...*”, p. 27. (refiriéndose a Davis Echandía y Zaffaroni).

11 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 46, cita 104, Ídem. p. 287.

12 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 35.

batoria son: *“Disuadir a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional, la... Integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia de la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida e Impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales, de otra manera el pueblo pierde su confianza en él”*<sup>13</sup>.

La excepción a la aplicación de la exclusión de prueba ilícita ha sido la jurisprudencia inglesa, que ha *“... privilegiado el descubrimiento de la verdad por sobre las infracciones constitucionales, haciendo valer la prueba ilícitamente obtenida sin perjuicio de la persecución penal a los que obtuvieron las evidencias ilegalmente...”*<sup>14</sup>.

Respecto a nuestro sistema jurídico, podemos citar algunas de las normas que tienen relación con esta materia:

- 1) La Constitución Política en su artículo 19 N°3 asegura *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos... Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justo...”*. El N°5 protege *“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y los documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*.
- 2) Artículo 9 del Código Procesal Penal, se refiere a la autorización judicial previa, disponiendo que *“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa...”*.
- 3) En relación a la prueba ilícita sobre interceptaciones telefónicas, el artículo 225<sup>15</sup> prohíbe su utilización en el procedimiento, cuando *“... ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma”*.
- 4) Artículo 259<sup>16</sup>, instituye cual debe ser el contenido de la acusación fiscal y en su letra f) establece: *“... El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en juicio;...”*.
- 5) El artículo 261<sup>17</sup>, que dice relación con la prueba aportada por el querrelante, establece en su letra c): *“... Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación,...”*<sup>18</sup>.

13 LaFave, citado en DAZA GONZALEZ ALFONSO, ob. cit., p. 129. Cita 15.

14 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 34.

15 Código Procesal Penal Chileno.

16 Ídem.

17 Ídem.

18 Disposiciones que se remiten al artículo 259.

- 6) El artículo 263<sup>19</sup>, en cuanto a las facultades del acusado, dispone en la letra c): “... *Exponer los argumentos de la defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare...*”.
- 7) A su vez, el artículo 272<sup>20</sup>, sobre el debate de las pruebas ofrecidas por las partes, establece que éstas podrán hacer “...*observaciones y planteamientos relevantes... para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276*”.
- 8) El artículo 276<sup>21</sup> dice relación con la exclusión de pruebas para el juicio oral. En su inciso 3º dispone lo siguiente: “*El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifestamente impertinentes... Del mismo modo, el juez prescindirá de las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*”.
- 9) El artículo 297<sup>22</sup> describe el modo de valorar la prueba en juicio, indicando que ésta se apreciará en libertad, sin “...*contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”.
- 10) En cuanto a una de las consecuencias de la exclusión de prueba, esto es la nulidad del proceso, el artículo 373 letra a)<sup>23</sup>, establece como causal de nulidad la siguiente: “*Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...*”.

La doctrina chilena ha aludido a la eliminación de la prueba ilegal como “*mecanismos generales correctivos para la protección de garantías*”, los que se manifiestan por tres vías: la nulidad procesal, la exclusión de la prueba ilícita y el recurso de nulidad<sup>24</sup>.

En cuanto a la nulidad procesal, hacen alusión a ella los artículos 159 al 165 del Código Procesal Penal, posibilitando invalidar las actuaciones que generan un perjuicio al interviniente cuya única forma de repararlo es a través de la nulidad. La oportunidad que tiene el sujeto afectado de interponerla es dentro

19 Ídem.

20 Código Procesal Penal chileno.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Ídem.

24 COLOMA CORREA, RODRIGO, “*Panorama General Chileno de la Prueba en el Juicio Oral chileno*”, “*La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*”, Edit. Lexis Nexis, mayo 2003, p. 67, cita 75, Horvitz, María Inés; López, Julián, Op. Cit., p. 103.

del plazo de los 5 días siguientes a que haya tomado conocimiento del perjuicio. Si el menoscabo se manifiesta en una audiencia, debe alegarlo antes del término de la misma.

La audiencia de preparación del juicio oral es la vía para alegar la exclusión de la prueba ilícita, conforme lo dispone el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, en la que cada parte podrá formular sus fundamentos, observaciones y planteamientos respecto de la prueba ilícita.

Agotadas las demás posibilidades de impugnación<sup>25</sup>, la vía del recurso de nulidad posibilita objetar pruebas obtenidas con infracción de garantías constitucionales<sup>26</sup>.

De lo dicho, podemos observar exclusión respecto de aquellas pruebas que han sido logradas con vulneración de derechos fundamentales o respecto de aquellas provenientes de actuaciones o diligencias nulas<sup>27</sup>. En relación a la primera de ellas, el juez está obligado a rechazarla, como en “*los casos y formalidades a que habrá de someterse la interceptación de comunicaciones telefónicas. El material obtenido en contravención a lo dispuesto en tales normas no puede ser utilizado como prueba...*”<sup>28</sup>. Acerca de esto, la jurisprudencia chilena ha expresado que la infracción de garantías y, por consiguiente, la solicitud de exclusión probatoria, debe ser invocada en la oportunidad procesal que corresponda. En caso contrario, el tribunal oral en lo penal no se pronunciará respecto su licitud y la someterá a valoración como cualquier otra prueba presentada en juicio, pudiendo desestimarla fundadamente<sup>29</sup>.

Respecto a las segundas, esto es, pruebas provenientes de actuaciones o diligencias nulas, debe primeramente establecerse el vínculo de nulidad y el derecho afectado, para determinar la exclusión de dicha prueba y luego, si cabe la admisión de ésta a la valoración que efectuará el tribunal en conjunto con las demás pruebas rendidas. La Il. Corte de Apelaciones de Arica, en relación con la obligación de custodia y de mantener a disposición del imputado las escuchas telefónicas, ha manifestado que, a su juicio, lo dispuesto por el artículo 223 del Código Procesal Penal implica que el Ministerio Público es quien tiene el deber de custodia de las grabaciones que se hagan producto de

25 Excelentísima Corte Suprema, ROL: 5507-10, RIT: 122-2009, RUC: 0900040845-7, 08 de octubre de 2010, Considerandos: 7°, 11°, 10°, 16°, 17°. Parte de la jurisprudencia ha entendido que si las pruebas ilícitas no fueron objetadas en la audiencia de preparación de juicio oral, dicho tribunal oral en lo penal, carece de facultades para valorar su licitud o ilicitud.

26 Artículos 372 y ss. del Código Procesal Penal.

27 Op. cit., DÍAZ GARCÍA, L. IVÁN, pp. 145-147.

28 Op. cit., DÍAZ GARGÍA, L. IVÁN, citas 36, 37 y 38, refiriéndose a los artículos 220, 223 y 225 del Código Procesal Penal y al artículo 19 N°5 de la Constitución Política, referido a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

29 Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 354-2009, RIT: 120-2009, RUC: 0800469379-6, considerandos octavo y noveno.

una intervención telefónica, correspondiéndole a los jueces orales determinar la manera y oportunidad en que será incorporada. Por lo que en el fallo recurrido “... que el elemento de prueba de que se trata quedó a disposición del acusado, ... no importa una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, ... si la defensa no accedió a ella, ... teniendo en consideración que la misma fue ofrecida como medio de prueba en la oportunidad legal correspondiente y que la omisión de ponerla físicamente a disposición en el tribunal, no constituye una omisión que esté castigada en algún precepto ... con la sanción de exclusión de dicha prueba... que el Fiscal entregó copia de todos los antecedentes ... para que ... queden a disposición del acusado y de la defensa”<sup>30</sup>.

Así también, respecto a la solicitud de nulidad por una supuesta infracción del plazo de conexión de una interceptación telefónica, ha dicho que: “... la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas debe indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, la forma de la interceptación y la duración de la misma... La cual fue fijada en treinta días contados desde la fecha “en que efectivamente se lleve a efecto la interceptación, ... dado los hechos, ... no se advierte en la especie vicio alguno de procedimiento ... pues la orden de interceptación referida ... fue extendida cumpliendo con todos los requisitos, de fondo y de forma, previstos por la ley. ... exige indicar en la orden el tiempo de duración de la interceptación y no de la... la razón por la cual la disposición legal exige que se indique el plazo de duración de la interceptación y no de la orden, es evidente, puesto que es desde ese momento –el de la interceptación– que se produce la vulneración del derecho establecido en el artículo 19 Nro. 5 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”, derecho que –según la misma disposición– sólo puede afectarse “en los casos y formas determinados por la ley”.<sup>31</sup>

Esto nos lleva a ratificar lo expresado por Daza González, en cuanto a que la exclusión de pruebas corresponde a un reforzamiento de las garantías constitucionales, pues tiende a evitar la desigualdad probatoria, en especial si la prueba obtenida por el órgano persecutor ha sido mediante afectación de derechos garantizados, impidiendo de esta manera los excesos del Estado y el aprovechamiento de sus actos equívocos<sup>32</sup>. Por medio de ésta, se establecen mecanismos disuasivos y educativos que orientan y dirigen la manera en que se obtiene la prueba, esto es, por medios legalmente establecidos y con respecto absoluto de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

30 Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, Rol: 116-2009, RIT: 6674-2008, RUC: 0800723608-8, considerandos quinto y sexto.

31 Juzgado de Garantía de Coronel, RUC:0300202636-7, RIT: 10-2004, considerandos 5º a 9º.

32 Ob. cit., DAZA GONZALEZ ALFONSO p. 137.

33 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 47, cita 107, Strong: Evidence, p. 286, ha sido opinión de la Corte Suprema Norteamericana, señalando que ésta “... ha advertido la posibilidad a largo plazo de que la exclusión de prueba ilícita pueda demostrar la seriedad con la cual la sociedad considera el actuar ilegal de las fuerzas del orden y esto puede hacer que los policías incorporen los requerimientos legales inconscientemente en su sistema de valores”.

Con la aplicación de la exclusión probatoria se podría perder importante prueba y dejar en absolución a culpables de hechos ilícitos, no obstante ser considerada como una intensificación de los derechos constitucionales. Lo anterior ha llevado a parte de la doctrina y jurisprudencia a generar otras teorías como excepciones a dicha exclusión que describiremos brevemente.

### III. Excepciones a la exclusión de prueba ilícita

Se ha discutido por parte de la doctrina si la prueba ilícita y excluida contamina necesariamente las demás pruebas derivadas de ésta, como lo plantea la teoría de “*los frutos del árbol envenenado*”, o por el contrario, la búsqueda de la verdad material permite la valoración de éstas.

Dado que la consecuencia directa e inmediata de una prueba ilícita es la imposibilidad de ser valorada en juicio, han surgido algunas teorías que admiten las pruebas derivadas, siendo excepciones a la exclusión probatoria, entre las que se pueden mencionar:

#### a) Vínculo atenuado

Consiste en que no se empleará la exclusión probatoria si la conexión existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue o se ha diluido el nexo de causalidad por los demás medios de prueba.

#### b) Fuente independiente

Se le concede valor probatorio a aquella prueba que de un primer examen ha sido generada por efecto reflejo de una obtenida con infracción a los derechos fundamentales; sin embargo, este efecto reflejo sólo es en apariencia, pues el origen se encuentra en una fuente independiente y distinta de la ilícita.

La Corte Constitucional Colombiana, refiriéndose a esta teoría, señala que si se suprime el acto viciado y de igual forma se puede llegar por vías legales e independientes al mismo resultado, dicha prueba es admisible para la determinación del hecho punible<sup>34</sup>.

Se ha señalado que la aplicación de esta teoría genera ciertas incertidumbres, en particular respecto al convencimiento de la tasación como fuente independiente, ya que es difícil tener la convicción que la prueba que se pretende valorar corresponde a un origen separado de la viciada y por lo tanto que pueda ser valorada; o que no tuvo su origen con ocasión de ella. Así lo plantea Hairabedián, al mencionar un allanamiento realizado sin orden judicial y que luego se lleva a cabo un segundo con orden judicial, pero fundado en elementos totalmente diferentes del primero; con lo cual confirma el temor respecto

34 Ob. cit., DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, p. 139.

a “... establecer si el conocimiento de esos efectos no provenía de la observación que hicieron los policías durante el primer allanamiento ilegal”<sup>35</sup>.

El mismo autor señala que a pesar de dichas aprensiones, igualmente el Tribunal Supremo español ha aplicado la teoría de la prueba independiente, siempre y cuando sea “... posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas”<sup>36</sup>.

### c) Descubrimiento inevitable

Para aplicar la teoría del descubrimiento inevitable, se requiere de una prueba “hipotéticamente factible”<sup>37</sup>, esto es, “...si se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato”<sup>38</sup>. Sin perjuicio que con su aplicación se corre el riesgo de valorar elementos de prueba que bajo otras hipótesis no hubiesen sido admitidos o excluidos.

### d) Descubrimientos o hallazgos casuales o fortuitos

La doctrina alemana hace referencia a los descubrimientos o hallazgos casuales o fortuitos, entendiéndolos como aquellos que sin buscarlos surgen casualmente<sup>39</sup>.

De las escuchas telefónicas legalmente autorizadas, puede tomarse conocimiento de un hecho delictivo distinto del que se está investigando, pero del cual no existe amparo para intervenir las comunicaciones privadas, situación que ha previsto el derecho alemán, admitiendo que la orden judicial sea dirigida además del imputado, de aquellas personas de las...*que se sospecha o se presume que son intermediarios del imputado para transmitir antecedentes del delito investigado...*<sup>40</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico regula, en el artículo 223 inciso final del Código Procesal Penal, los hallazgos casuales, al señalar que: “...Lo prescrito

35 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 69.

36 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 70.

37 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 73, cita 188, Díaz Cantón: “exclusión de la prueba...”, cit., p. 341.

38 Ob. cit., DAZA GONZÁLEZ, ALFONSO, p. 140. Cita 30, Ob. Cit. p. 701.

39 ZAVIDICH DIOMEDI, CAROLINA. “Restricción a las comunicaciones telefónicas en la Ley de Drogas chilena”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 44, Septiembre de 2010, pp. 146 y ss. “...se refieren a los antecedentes obtenidos por medio de una intervención telefónica legalmente autorizada, pero que no corresponden a datos propios de la investigación, ya sea que emanen de las personas autorizadas a intervenir en sus comunicaciones telefónicas o bien que correspondan a otras personas de las cuales no se ha autorizado ha intervenirla directamente”.

40 MONTOYA, MARIO DANIEL, “Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas, Análisis Constitucional y Procesal Penal”, 2ª edición actualizada y ampliada, Edit. ADHOC, Buenos Aires, año 2001, pp. 373 y 374.

*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”.*

Por ello, puede ocurrir que de una interceptación telefónica legalmente autorizada aparezcan antecedentes diferentes de los hechos investigados, que pueden ser calificados como delitos que merecen pena de crimen; o que estas diversas circunstancias delictivas, no les corresponda aplicar pena de crimen. En el primer caso, el legislador regula la validez de la prueba y en el segundo, se ha postulado que dichos datos pueden dar lugar a una nueva investigación, admitiéndose la prueba sin necesidad de contar con una resolución judicial posterior que la confirme<sup>41</sup>.

La jurisprudencia chilena ha reconocido los hallazgos casuales nacidos de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, por cuanto de ellas se generaron antecedentes que motivaron el descubrimiento de un ilícito diferente<sup>42</sup>.

#### e) La buena fe

Esta excepción hace referencia a la aceptación de la prueba ilícita, si el órgano encargado de obtenerla ha actuado de buena fe, es decir, si ellos “... creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales...”<sup>43</sup>.

41 MARCAZZOLO AWAD, XIMENA, “Hallazgos Casuales en relación con los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°34, Abril de 2008, p. 152. El artículo 175 del Código Procesal Penal, obliga, entre otras, a los funcionarios policiales a denunciar los hechos que revisten los caracteres de delito, sancionando su omisión, conforme al artículo 177° del mismo cuerpo legal.

42 Recurso de nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando quinto. Falta de fundamentación alegada y omisión de requisitos del artículo 342° del Código Procesal Penal, “... debe considerarse que los hechos fijados ... corresponden a las reflexiones efectuadas por los Jueces de fondo como también a la ponderación de la prueba, de manera que la interceptación telefónica constituye una diligencia que explica lógicamente cómo y por qué se produjo el control del vehículo y de la identidad de sus ocupantes, hecho que por lo demás no está discutido en cuanto a la existencia misma y, por consiguiente, ninguna infracción al artículo 297 del Código Procesal Penal se ha podido cometer, ya que no se dieron por acreditados hechos inexistentes o que no provengan de medios probatorios que respeten las máximas de las experiencias, los principios lógicos o los conocimientos científicamente afianzados. ... ninguna duda razonable puede surgir sobre la interceptación telefónica ... Distinto es la reflexión ... sobre la infracción sustancial de garantías durante la investigación, cuando se omite en la misma o en el auto de apertura del juicio oral la información referida a una interceptación telefónica que genera el inicio de la investigación en esta causa, porque ello le atañe exclusivamente a la Excm. Corte Suprema y a este Tribunal sólo le concierne pronunciarse si esta omisión impidió ejercer las facultades que la ley otorga al abogado defensor, o si se han omitido alguno de los requisitos de la sentencia referidos al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, mas -como ya se ha sostenido- la defensa técnica no sufre perjuicio en este caso concreto en términos de impedirle el ejercicio de sus facultades cuando se omite tal información, pues la medida intrusiva fue controlada y no discrecional y la investigación se inició concretamente en el control de detención a propósito del cual se descubrió la droga que portaba el acusado.

43 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 79.

Esta teoría ha sido poco admitida por la doctrina, en razón que de hacerlo, se estaría fomentando la excusa ante la actuación deficiente del órgano persecutor, de los vicios cometidos durante la ejecución de los procedimientos o de su propia incompetencia. Por otro lado, aumenta el trabajo que debe hacer el juez, en el sentido de la valoración o existencia de la buena fe<sup>44</sup>.

## f) Principio de proporcionalidad

La jurisprudencia alemana menciona que el principio de proporcionalidad “...se limita a situaciones excepcionales... siempre que la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes... importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que, la prueba obtenida por medios institucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones...”<sup>45</sup>.

Por ende, las pruebas obtenidas a través de alguna transgresión de los derechos fundamentales, no conseguirán ser valoradas por el juez como medio probatorio, pese a que en ciertos casos la doctrina y la jurisprudencia han aceptado su valoración<sup>46</sup>, contradiciendo la teoría de los frutos del árbol envenenado. El afectado debe reclamar de su vulneración<sup>47</sup>, y si no ejerce ese mecanismo de impugnación, el tribunal podrá declarar extemporáneo un reclamo posterior.

Por lo tanto, si una escucha adolecía de vicios de ilicitud y no fueron pretendidos oportunamente y son incorporados en juicio, el juez puede entender que éstos carecen de la ilicitud alegada<sup>48</sup>.

44 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 84.

45 Ob. cit., HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, p. 91, cita 265, Conf. Minvielle: La prueba ilícita en el derecho procesal penal, pp. 106 y 107.

46 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, Claves del Derecho Penal, Edit. Hamurabi SRL, 1ª edición, 2004, p. 31, cita 15. Distinguiendo entre prueba prohibida y prueba ilícita, la que sí puede ser objeto de valoración, bajo determinadas circunstancias, dependiendo de una ponderación de intereses con el caso concreto.

47 RUC 0800274026-6, TOP Arica, mencionado en el considerando primero en recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago, Rol 4507-10, RUC 0900040845-7, redactado por el Ministro Señor Carlos Künsemüller L.

48 *Ibid.*, Considerando Noveno. “... la autorización judicial para la verificación de una actuación policial no es una prueba independiente de aquella a que accede ... el tribunal oral no puede excluir pruebas, si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar legalmente la producida e incorporada en la audiencia de juicio oral... pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello. (En este sentido, SCS 4600-10)”.

#### **IV. Alcances y conclusiones**

La exclusión es el corolario de la prueba ilícita, constituyendo una herramienta de protección a los derechos garantidos por la Constitución. Con ella se precaven situaciones desiguales que pudieran existir entre el ente persecutor y el imputado, respecto a los excesos y posibles violaciones del primero en la obtención de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior y del amparo que la Constitución otorga a los derechos garantidos, el juez de garantía, como órgano imparcial y previo control de los derechos fundamentales, puede resolver caso a caso la procedencia de alguna de las excepciones a la exclusión probatoria.

Respecto a la exclusión de antecedentes obtenidos por medio de escuchas telefónicas sin el debido amparo legal, hemos visto que la doctrina ha mencionado que toda escucha telefónica generada bajo esas circunstancias, debe ser excluida. Sin embargo, la jurisprudencia ha resuelto no sólo en ese sentido, sino que también la ha estimado como procedente, no obstante reconocer su ilicitud, si el afectado no ha invocado en los estados procesales pertinentes su reclamación.