

MARC 732.

R 17747

MAG
E 77h
1
2015.

Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA DILIGENCIA DE INTERCEPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA



Tesis de Magíster de la carrera de Derecho
Candidato a Magíster en Derecho (Legum Magíster 2012-2013)

José Andrés Espinosa Rodríguez (Autor)
Claudio Meneses Pacheco (Profesor Guía)
Abril 2015 (Entrega)

Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

| <u>ÍNDICE</u> | <u>PÁGINA</u> |
|---|---------------|
| Tabla de abreviaturas | 6 |
| Resumen | 7 |
| Palabras claves o descriptores generales | 7 |
| Introducción | 8 |
| Capítulo Primero. Diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas | 12 |
| I. Noción | 12 |
| 1. Regulación legal | 12 |
| 2. La interceptación | 13 |
| 3. La intervención o escucha telefónica | 14 |
| 4. ¿Es lo mismo interceptar, intervenir o escuchar comunicaciones telefónicas ? | 17 |
| 5. La grabación | 18 |
| II. Requisitos | 18 |
| 1. Enunciación | 18 |
| 2. Resolución judicial fundada | 19 |
| 3. Limitación temporal | 19 |
| 4. Proporcionalidad | 20 |
| 5. Excepcionalidad | 21 |
| 6. Necesidad | 21 |
| 7. Idoneidad | 21 |
| III. Finalidad | 22 |
| 1. Enunciación | 22 |
| 1.1. Fuente de prueba | 22 |

| | |
|---|----|
| 1.2. Medio de prueba | 22 |
| 2. Adquisición de fuentes de prueba | 23 |
| 3. Aseguramiento de fuentes de prueba | 25 |
| 4. Obtención de medios de prueba | 26 |
| 5. Efectos “inmediatos” y “mediatos” de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas | 28 |
| Capítulo Segundo. Los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas | 29 |
| I. Explicación preliminar | 29 |
| 1. ¿Qué significa hallazgo? | 29 |
| 2. ¿Qué significa casual? | 30 |
| 3. ¿Cuándo el hallazgo es casual? | 30 |
| II. Regulación legal | 31 |
| 1. Hipótesis legales | 31 |
| 2. Código Procedimiento Penal Italiano | 32 |
| 3. Ordenanza Procesal Penal Alemana | 33 |
| 4. Ley de Enjuiciamiento Criminal Española | 34 |
| III. ¿Qué hipótesis se pueden dar en el marco de la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas ? | 35 |
| 1. Hipótesis alemanas | 36 |
| 2. Hipótesis españolas | 36 |
| 3. Hipótesis nacionales | 37 |

| | |
|--|----|
| Capítulo Tercero. Los hallazgos casuales como criterio de admisibilidad probatoria | 40 |
| I. Explicación preliminar | 40 |
| 1. Problemas de ilicitud que pueden presentar los hallazgos casuales | 40 |
| 2. Regulación legal de la apreciación de la prueba ilícita | 41 |
| 3. Aplicación de la regla de exclusión de prueba | 42 |
| 4. Vinculación de los hallazgos casuales con la teoría del descubrimiento inevitable | 42 |
| II. ¿Cuáles son los requisitos que deben concurrir en los hallazgos casuales para ser utilizados como elementos probatorios y luego ser incorporados mediante el respectivo medio de prueba al juicio oral ? | 43 |
| 1. Medida de interceptación telefónica jurídicamente decretada | 43 |
| 2. Obtención de informaciones relevantes | 44 |
| 3. Investigación criminal sobre un hecho punible que merezca pena de crimen | 44 |
| 4. Averiguación de la participación de la persona afectada por la medida | 44 |
| III. Principios aplicables a los hallazgos casuales como criterio de admisibilidad probatoria | 44 |
| 1. Especialidad | 45 |
| 1.1. “ Caso Klass” | 45 |
| 1.2. “Caso Kruslin” | 47 |
| 2. Proporcionalidad | 48 |
| 2.1. Razonamientos judiciales | 49 |
| 3. Sospecha o “ notitia criminis” | 50 |
| 3.1. Razonamientos judiciales | 51 |

| | |
|-------------------------------------|----|
| 4. Conexión objetiva y subjetiva | 52 |
| 4.1. "Caso Malone" | 53 |
| 5. Control judicial | 54 |
| 5.1. "Caso Naseiro" | 55 |
| 5.2. "Caso Nécora" | 56 |
| 5.3. Otros razonamientos judiciales | 56 |
| Conclusiones | 58 |
| Bibliografía | 62 |

TABLA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| ART | Artículo |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional Español |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo Español |
| BGH | <i>Bundesgerichtshof</i> , Tribunal Supremo Federal Alemán |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo Derechos Humanos |
| CPP | Código Procesal Penal Chileno |
| CPR | Constitución Política República de Chile |
| CPrP | <i>Codice di Procedure Penale</i> , Código de Procedimiento Penal Italiano |
| CoEDH | Comisión Europea de Derechos Humanos |
| INC | Inciso |
| LECrím | Ley de Enjuiciamiento Criminal Española |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional Español |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo Español |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| StPO | Ordenanza Procesal Penal Alemana |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |

RESUMEN

La tesis se ocupa de plantear el problema de los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas como criterio de admisibilidad probatoria. Con el objetivo de intentar dar una respuesta a dicha problemática, se expondrá, en primer lugar, en qué consiste tal diligencia, su noción y regulación legal; se presentará, a continuación, la interrogante si es lo mismo interceptar, intervenir o escuchar comunicaciones telefónicas y en qué consiste la grabación; cuáles son los requisitos de procedencia de la citada diligencia y sus finalidades. En segundo lugar, se dará a conocer el rol de los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas; nos preguntaremos qué significa “hallazgo” y “casual” y cuándo el hallazgo es casual; su regulación e hipótesis en ordenamientos jurídicos tales como el Código Procesal Penal Chileno, Código de Procedimiento Penal Italiano, Ordenanza Procesal Penal Alemana y Ley de Enjuiciamiento Criminal Española; también nos interrogaremos sobre qué hipótesis se pueden dar en el marco de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas en legislaciones procesales penales como la alemana, española y chilena. En tercer lugar, se abordará la figura de los hallazgos casuales como criterio de admisibilidad probatoria; con tal propósito se indicarán los problemas de ilicitud que pueden presentar dichos hallazgos y su vinculación con la regulación legal de la apreciación de la prueba ilícita, la aplicación de la regla de exclusión de prueba y la teoría del descubrimiento inevitable; de igual modo, surgirá la pregunta respecto a cuáles son los requisitos que deben concurrir en los hallazgos casuales para ser utilizados como elementos probatorios y luego ser incorporados mediante el respectivo medio de prueba al juicio oral. Finalmente, y con la intención de dar una respuesta favorable al problema de los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas como criterio de admisibilidad probatoria, nos apoyaremos en los principios aplicables a tal hipótesis, como son, especialidad, proporcionalidad, sospecha o “notitia criminis”, conexión objetiva y subjetiva y control judicial, tomando en consideración razonamientos de tribunales nacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español.

PALABRAS CLAVES O DESCRIPTORES

Criterio de admisibilidad probatoria-diligencia de investigación- grabación magnetofónica- hallazgo casual- interceptación telefónica-intervención telefónica.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas puede dar lugar a situaciones que, la doctrina y jurisprudencia, han denominado “hallazgos casuales”, “hallazgos fortuitos”, “descubrimientos casuales” o “descubrimientos fortuitos”, y que se refieren a informaciones que sin buscarlas aparecen en forma inesperada.

Así las cosas, por “hallazgo casual”, se entiende el surgimiento de nuevos ilícitos en el curso de la investigación de un delito penal, no incluidos en la autorización judicial que habilita una medida restrictiva de derechos, o de individuos inicialmente no investigados.

Del artículo 223 inciso final de nuestro Código Procesal Penal, se derivan dos hipótesis de hallazgos casuales, manifestándose, la primera, en que de la interceptación de un número telefónico se obtengan informaciones relevantes para otros hechos sancionados con pena de crimen. En estos eventos, el legislador ha regulado expresamente la validez de dicha prueba, así como la posibilidad de utilizarse en el nuevo caso.

La segunda hipótesis legal habla que de la interceptación de un número telefónico emerjan informaciones relevantes para otros hechos que no sean punibles con pena de crimen. En estas circunstancias, el legislador, si bien, no dispone el uso de las grabaciones como medio de prueba, es posible que aquellas, como mínimo, puedan dar origen a una nueva investigación.

En el Derecho Comparado, la ley italiana, en forma excepcional, al ocuparse de los hallazgos casuales, autoriza el empleo de los resultados logrados en una intervención telefónica en procedimientos distintos a aquél en que fue decretada, cuando sean útiles para el enjuiciamiento del ilícito, y dichos acontecimientos presenten un importante grado de conexión con el delito por el cual fue concedida la intervención de dichas comunicaciones.

Por su parte, la Ordenanza Procesal Penal Alemana, establece que tratándose de hallazgos casuales y cuando los hechos descubiertos no exhiban una relación directa con el delito inicialmente indagado, el ente persecutor debe abrir un nuevo proceso investigativo.

A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, consagra que es necesaria la existencia de indicios, que digan relación con el hecho primitivamente investigado y a la probabilidad de alcanzar por esta vía el descubrimiento o comprobación del delito.

Cabe señalar que las medidas de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas configuran diligencias de investigación que vulneran ciertos espacios de privacidad de los individuos, que el ordenamiento jurídico protege, como por ejemplo, el domicilio, las conversaciones privadas y la correspondencia.

La intensidad de la intromisión en la esfera privada de las personas es bastante enérgica, por lo que la procedencia de la referida medida se encuentra estructurada para hechos de relevancia, esto es, debe existir proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos fundamentales que la Constitución ampara y el resultado que se pretende lograr en consideración a la eficacia de la persecución penal, ya que se origina una tensión permanente entre ambos factores.

De tal modo, que los requisitos de la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, lo constituyen la existencia de una resolución judicial fundada, su limitación temporal, proporcionalidad, carácter excepcional de la medida y, que, a su vez, sea necesaria e idónea.

Por lo tanto, la medida sólo puede ordenarse por un plazo específico, que en el caso de nuestra legislación procesal penal, no podrá, por regla general, exceder de sesenta días.

Asimismo, la proporcionalidad, ha de manifestarse en la presencia de un equilibrio entre su duración y extensión, y las circunstancias del caso, especialmente, la naturaleza del delito, su gravedad y relevancia social y sólo procede para la investigación de hechos punibles que tengan asignada pena de crimen.

La excepcionalidad se refleja en que la invasión en la comunicación privada es necesaria cuando el medio de investigación empleado para lograr el objetivo perseguido no pueda ser reemplazado por otro igualmente eficaz.

Finalmente, la idoneidad de la medida involucra la adecuación al logro del fin que con ella se pretende.

Al respecto, nuestro Código Procesal Penal, establece que el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, puede decretar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas del sospechoso, investigado o imputado, cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible.

Por otro lado, la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas presenta diversas finalidades, tales como, adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba y obtención de medios de prueba.

Las “fuentes de prueba” son el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos.

El “medio de prueba” es el procedimiento establecido por la ley tendiente a obtener el ingreso del elemento de prueba en el proceso judicial.

De este modo, en la citada actuación, se toma conocimiento del contenido de la comunicación telefónica y se efectúa su registro a través de la grabación magnetofónica de la misma.

Ahora bien, el producto derivado del desarrollo de una diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, da origen a una fuente de prueba que, de introducirse al juicio oral por el adecuado medio probatorio, es apreciada por el tribunal con el fin de fundamentar la sentencia.

En tal sentido, los requisitos que deben estar presentes en los hallazgos casuales para ser empleados como elementos de prueba y luego ser introducidos mediante el respectivo medio probatorio al juicio oral, esto es, las grabaciones magnetofónicas, son que la medida de interceptación telefónica sea jurídicamente decretada, que se trate de la obtención de informaciones relevantes, que se refiera a la investigación sobre un hecho punible

sancionado con pena de crimen y que se indague la participación de la persona afectada por la medida.

En consecuencia, los principios aplicables a los hallazgos casuales como criterio de admisibilidad probatoria son la especialidad, proporcionalidad, sospecha o “notitia criminis”, conexión objetiva y subjetiva y control judicial.

El principio de especialidad se expresa en la resolución judicial que otorga la orden de interceptación por un hecho preciso y concreto.

La proporcionalidad alude a calibrar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos invasivos, tanto individual como socialmente reconocidos.

La sospecha o “notitia criminis” corresponde a que lo que pueda obtenerse casualmente durante el transcurso de una investigación por ilícitos distintos del primitivamente pesquisado, puede dar inicio a un procedimiento independiente a fin de averiguar tales conocimientos logrados de manera fortuita.

El principio de conexión objetiva y subjetiva, se refiere a que el delito descubierto casualmente tiene que confrontarse, en primer lugar, con el fundamento de la medida que en su ejecución posibilitó obtener el conocimiento casual y, en segundo lugar, con el sujeto pasivo de la misma.

El control judicial dice relación con que si casualmente de la interceptación telefónica se descubren nuevos hechos constitutivos de un delito diferente al investigado de manera inicial, pero relacionados con éste, dichas informaciones deben ser puestas inmediatamente en conocimiento del Juez, a fin de que este órgano decrete la resolución judicial que proceda, bien sea ampliatoria, continuando la investigación en la misma causa, o bien, en caso de evidenciarse un hecho punible totalmente independiente o la participación de una tercera persona, dictarse una autorización que faculte la continuación de la interceptación e iniciar la respectiva investigación, si concurren los requisitos necesarios para ello.

CAPÍTULO PRIMERO. DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN DE INTERCEPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

I. Noción

1. Regulación legal

La diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas está regulada en el art.222 CPP, el cual dispone que cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare 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.

De igual modo, la respectiva orden 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.

Por su parte, en el art.223 CPP se regula el registro de la interceptación telefónica, la cual será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. En tal sentido, la grabación es entregada directamente al Ministerio Público, quién la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

Así las cosas, cuando lo estimare conveniente, el ente persecutor podrá disponer la transcripción escrita de la grabación, por un funcionario que actuará en tal caso, como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquélla. No obstante, el Ministerio Público conservará los originales de la grabación.

Además, la norma en comento, alude a aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento, evento en el cual, serán entregadas en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ente persecutor, lo cual no rige respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones

relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que tenga asignada pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso de acuerdo a lo establecido en el art. 222 CPP.

2. La interceptación

La interceptación, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, consiste en la acción y efecto de “interceptar”, locución que, a su vez, deriva del latín “interceptus”, que en su primera acepción, significa “apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino”; luego, en una segunda idea, se refiere a “detener algo en su camino” y en su último sentido alude a, “interrumpir, obstruir una vía de comunicación” (Real Academia Española, 2014, Tomo II : p.1255).

Por otro lado, la expresión “interceptar” que emplea el texto legal del CPP representaría el apoderamiento de una comunicación antes que llegue al sitio o al sujeto que se destina (Zapata García, 2004: p.81)¹.

Ahora bien, las medidas de interceptación de las comunicaciones telefónicas configuran actuaciones de investigación que afectan algún ámbito de privacidad de las personas que la ley resguarda, como son, a vía de ejemplo, el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo, las indumentarias, la correspondencia (Pastén Pérez , 2005:p.13).

Se deduce, por ende, que la prerrogativa fundamental afectada por la medida lo estructura el derecho a la privacidad, por vulnerarse en forma directa una manifestación del mismo, representada por la garantía a la protección de las comunicaciones privadas.

De ahí que las interceptaciones telefónicas configurarían todo acto restrictivo o limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, en mérito del cual, el Juez de Garantía, a solicitud del Ministerio Público, en atención con un hecho punible que amerite pena de crimen y en el desarrollo de una investigación penal, resuelve que se proceda al registro de llamadas mediante su grabación magnetofónica, u otros medios o soportes técnicos semejantes, de las conversaciones telefónicas del imputado o de terceros,

¹ En el caso de las conversaciones telefónicas, “interceptar “ significa también “obstruir”, por lo que la conducta puede consistir en evitar que una comunicación telefónica se lleve a cabo o en interrumpirla (Ramírez Guzmán, 2001: p.535).

por el tiempo indispensable para lograr pre-constituir la prueba del ilícito y la participación de su autor (Pastén Pérez, ob.cit., 2005:p.4)².

La interceptación telefónica también sería una diligencia de investigación criminal que el Ministerio Público emplea, por medio de los órganos policiales que dirige, con la finalidad de pesquisar sobre un hecho que envuelve la naturaleza de ilícito sancionado con pena de crimen y que le es de utilidad para configurar prueba sobre el delito y la participación criminal (Zavidich Diomedi, 2010: p.146)³.

3. La intervención o escucha telefónica

Cabe advertir, que en la doctrina extranjera, especialmente la argentina y española, se ocupa la noción de “intervención” o “escucha” telefónica y no, esencialmente, la expresión “interceptación”, como si lo hace nuestro legislador nacional. Para ello, destacaremos a continuación, algunas posturas al respecto.

Así por ejemplo, se puede extraer una noción de “intervención telefónica” del contenido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, que alude a una medida instrumental y coercitiva, restrictiva del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones personales, ordenada y ejercida en la etapa de instrucción de un proceso penal por el órgano que posee la debida competencia, frente a ciertos imputados o individuos en los que éstos se apoyan para comunicarse, con la finalidad de investigar específicos ilícitos y, si es procedente, aportar al juicio oral ciertas pruebas, mediante la captura del contenido de lo comunicado o de otra fisonomía de evolución de la comunicación(López Yagües, 2001:p.328).

A su vez, la doctrina española, entiende por intervención telefónica, todo acto de investigación, restrictivo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el

² Las interceptaciones telefónicas constituyen uno de los mecanismos mediante las cuales es viable introducirse en la intimidad de un sujeto y que radica en la acción dirigida a adquirir conocimiento, de modo directo, de lo que se declara en el desenvolvimiento de una comunicación telefónica, ocupando con este fin la ayuda de medios técnicos (Pastén Pérez, ob.cit.,2005:p.4).

³ La interceptación telefónica es una medida de restricción al derecho a la privacidad y al derecho a las comunicaciones privadas, de carácter excepcional, ya que es apropiada sólo en aquellos casos que la ley autoriza, acompañada de expresa decisión judicial (Zavidich Diomedi, ob.cit., 2010: p.154).

que el Juez de Instrucción, frente a un ilícito de especial gravedad y en el desarrollo de un procedimiento penal, dictamina, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se ejecute el registro de llamadas y/o a realizar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado por el lapso pertinente con la finalidad de pre-constituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor (Torres Morato, 2007: pp.250 y 251; Marco Urgell , 2008: p.63; Mini Massoni , 2005: pp.68 y 69).

De igual modo, la jurisprudencia española, designa a la intervención telefónica como una medida instrumental restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, decretada y ejecutada en sede de instrucción de un proceso penal, bajo el imperio del facultado órgano jurisdiccional y frente a un imputado- ya sea en su condición de comunicante inmediato o mediato- a los fines de, a través de la captación del contenido de la comunicación o de otros aspectos del “iter” comunicador, investigar la comisión de un delito, averiguar los delincuentes y, en la respectiva situación, proporcionar al juicio oral específicos antecedentes probatorios(Fernández-Espinar, 1993: p.115y 116)⁴.

De lo que hemos venido comentando, es interesante dar a conocer el pronunciamiento del Tribunal Supremo Español, en su sentencia de 31 de octubre de 1994, la cual establece un criterio interpretativo en razón del concepto de “intervención telefónica”, también conocida comúnmente como “escucha telefónica”, expresando que ella involucra una actividad de control de las comunicaciones y puede definirse como una medida instrumental que conlleva una limitación del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, generada por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien en relación al imputado o frente a otros individuos con los cuales éste se comunique, con el objeto de captar el contenido de las conversaciones para la pesquisa de

⁴ La “intervención de las comunicaciones telefónicas” puede definirse como una diligencia de investigación decretada por la autoridad judicial en la etapa de instrucción, realizada con el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y adoptada con el objetivo de aprehender el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otras fisonomías del “iter” o camino informador o comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el propósito mediato o último de aportar materiales probatorios al juicio oral, ya sea en consideración del imputado o de otras personas con las cuales éste se comunique” (Sentencia Tribunal Supremo Español N°246/1995, de 20 de febrero)(Fiscal General del Estado, Torres- Dulce Lifante, 2013: p.14).

delitos específicos y la posterior entrega de determinados elementos probatorios (Marco Urgell, ob.cit., 2008: p.62; López Yagües, ob.cit., 2001: p.328).

Asimismo, en relación a la intervención de las comunicaciones mantenidas vía telefónica, la medida se plasma como la acción por la que un tercero ajeno al proceso comunicativo, valiéndose de un instrumento técnico o mecánico, adquiere conocimiento de una información de naturaleza reservada sin que se enteren los interlocutores (López Yagües, ob.cit., 2001: p.327).

Continuando con la postura de la doctrina española, en ocasiones, han confrontado los términos “intervención” y “observación”, dando a conocer con el primero, la actividad encaminada a la interferencia de las comunicaciones a través de un medio técnico, para el conocimiento de su contenido.

El segundo, vendría sugerido al propósito de reconocer tan sólo alguno de los matices del proceso comunicativo, como acción orientada a verificar la existencia de la comunicación misma, posicionando conocimiento de su destino y/o de la identidad del receptor, pero no de su contenido, que se mantiene en condición de secreto (López Yagües, ob.cit., 2001: p.332; Manzano Sousa, 1997: pp.58 y 59).

Por tal razón, intervenir la comunicación sería supeditar la misma a una cierta vigilancia, que puede exhibir grados o niveles distintos.

De igual modo, su “observación”, no forzosamente ha de comprenderse como intromisión menos profunda en el derecho. En consecuencia, la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones existe, aunque no siempre implique la grabación y aprehensión de conocimiento del contenido de una conversación (López Yagües, ob.cit., 2001: p.334; Montero Aroca, 1999: p.21).

Por su parte, para la doctrina argentina, la “intervención de comunicaciones telefónicas” configura una limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, que conforma la protección constitucional de la intimidad (Cafferata Nores, Montero, Vélez y otros, 2003: p.426).

Además, la posición argentina considera que la intervención de comunicaciones telefónicas se presenta como una medida coercitiva que se inclina, por lo general, a la obtención de pruebas de acuerdo a lo que se transmite mediante la palabra a distancia, a través de la grabación del audio que se lleva a cabo previa captación de la señal telefónica del sujeto investigado, la que es interferida por los organismos especializados al efecto, capturando el número y la longitud, para posteriormente enterarse del contenido de las llamadas, con o sin registro en los correspondientes soportes (Pastén Pérez, ob.cit.; 2005: p.3).

4. ¿Es lo mismo interceptar, intervenir o escuchar comunicaciones telefónicas?

En nuestra opinión, consideramos que la expresión “interceptación” representa el género y las voces “intervención” o “escucha”, constituyen la especie.

Esto sería así, ya que en cuanto a la noción de “intervención o escucha telefónica” que esgrime la doctrina argentina y española, como también la jurisprudencia ibérica, ésta representaría un conjunto de acciones mediante las cuales se somete una determinada comunicación, que reviste interés para la investigación penal, cumpliendo, al mismo tiempo, los requisitos legales y constitucionales pertinentes, a una cierta vigilancia, que puede exhibir grados o niveles distintos, y que se sostiene, primordialmente, en la idea de interrumpir la actividad de comunicación, con el objetivo de captar y averiguar su contenido, para con ello, dificultar la llegada a su destino final.

De tal modo, estimamos que la medida de “intervención” reflejaría, básicamente, la idea de sorprender durante el desarrollo, interrumpir el proceso de una comunicación, con el fin de averiguar su contenido y/o dificultar el arribo a su destino.

Por otro lado, nuestro legislador habla de “interceptación” y no de “intervención”, lo que constituiría una postura acertada, ya que el sentido de “interceptación” posee una mayor intensidad e injerencia, tanto en la persecución penal como en el respeto o protección a los derechos de las personas, que el concepto de “intervención”.

Así las cosas, creemos que es de importancia propiciar el uso del término genérico de “interceptación”, no tan sólo visualizado como entorpecimiento del proceso comunicativo, sino de injerencia en el mismo, al apreciarlo comprensivo de toda probable intromisión en

el derecho que constitucionalmente se ampara, que sería, el secreto a las comunicaciones privadas.

5. La grabación

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, la voz “grabación” consiste, en su primer significado, en la acción y efecto de “grabar”, o sea, captar imágenes o sonidos; y en su segunda acepción se refiere al disco o cinta grabados con imágenes o sonidos⁵.

Por ende, notamos aquí que lo fundamental en la grabación es la capacidad de reproducción de los sonidos o imágenes.

Ahora bien, observando la regulación legal, el art.223 CPP alude al registro de la interceptación telefónica, manifestando que ella será registrada a través de su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro.

Dentro de dicho contexto, en la práctica, la diligencia no sólo consiste en interceptar y grabar cierta parte de la comunicación, sino que se registran todas las conversaciones que se mantengan.

Por esto, creemos que la facultad de grabar o reproducir la información obtenida debe circunscribirse en cuanto al alcance de la “interceptación” a la necesidad de la medida, a la proporcionalidad de la misma y a la naturaleza del delito.

II. Requisitos

1. Enunciación

Los requisitos de la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, serían la existencia de una resolución judicial fundada; limitación temporal; proporcionalidad; excepcionalidad de la medida; y que sea necesaria e idónea.

⁵ De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la voz “grabar”, en su segunda acepción, significa captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir (Real Academia Española, Tomo I, 2014: p.1116).

2. Resolución judicial fundada

La interceptación telefónica es decretada por el Juez de Garantía, previa solicitud del Ministerio Público.

Al respecto y de conformidad al art. 222 inc.1° CPP, podemos observar que el juez, a petición del ente persecutor, puede ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas del sospechoso, investigado o imputado⁶.

A su vez, en España, el art.18.3 de su Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas, salvo resolución judicial, y del mismo modo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) previene que el juez podrá acordar, en resolución motivada, la “intervención” de las comunicaciones telefónicas del procesado, si existiesen indicios de lograr por estos medios el descubrimiento o verificación de algún hecho o circunstancia importante en la causa (Torres Morato, ob.cit., 2007:pp.248 y 250).

3. Limitación temporal

La diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, es decretada por el Juez de Garantía mediante una resolución fundada, a requerimiento del Ministerio Público, en contra del imputado o terceros en una determinada investigación, por un cierto plazo legal.

Como recién se indicó, la medida sólo puede ordenarse por un plazo específico. Así las cosas, el art. 222 inc.4° CPP, menciona que la orden que dispusiere la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas deberá indicar la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días.

⁶ Nuestro legislador instauró ciertos mecanismos de control, estableciendo que ante cualquier actuación o procedimiento que privare al imputado de alguno de sus derechos fundamentales, será necesaria, la previa autorización del Juez de Garantía. Por lo tanto, sin perjuicio, que las comunicaciones privadas se hallan amparadas constitucionalmente, bajo determinados supuestos, el Ministerio Público puede captar éstas, a través del empleo de la técnica de investigación criminal denominada interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas (Zavidich Diomedi, ob.cit.,2010: p.148).

Del mismo modo, el juez puede prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual examinará cada vez la concurrencia de los requisitos exigidos. En consecuencia, el juez puede ampliar este plazo por lapsos de hasta igual extensión, para lo cual debe revisar, en cada oportunidad, la presencia de los elementos legales y constitucionales que hacen procedente la interceptación.

Por ende, la resolución que extiende la autorización, debe cumplir a cabalidad todos los requisitos de ésta última (Zapata García, ob.cit., 2004: p.83).

4. Proporcionalidad

Corresponde al órgano jurisdiccional ponderar adecuadamente los intereses en conflicto y, de esta manera, resolver la conveniencia y proporcionalidad a la gravedad de los hechos dónde la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas haya de ser adoptada, la que, en consecuencia, ha de deducirse necesaria, idónea y proporcionada a la finalidad legítima que con ella se persigue (López Yagües, ob.cit., 2001:p. 377)⁷.

Ahora bien, según criterio del Tribunal Supremo Español, la proporcionalidad, caracterizada para estos efectos, en sentido estricto, de la medida que se adoptará, ha de revelar la existencia de un equilibrio entre ésta misma, a saber, su duración y extensión, y las circunstancias del caso, en particular, la naturaleza del ilícito, su gravedad y relevancia social (López Yagües, ob.cit., 2001: pp. 378-381).

Destaca en este aspecto, el TSE que debe tenerse en consideración el principio de la proporcionalidad, lo que representa que, aunque el Estado tenga la potestad de vulnerar el derecho a la intimidad, hay que comprender que la referida afectación no tiene que

⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo Español, de 11 de mayo y 23 de octubre, ambas de 1998, mencionan que la inviolabilidad del secreto a las comunicaciones privadas claudica ante precisos valores que, en una sociedad democrática, hace procedente, en situaciones específicas, la injerencia en el entorno privado de las comunicaciones, como puede ser la indagación de los hechos delictivos, siempre sometida a la garantía y tutela del Poder Judicial, debiendo ser un órgano judicial de naturaleza independiente quien resuelva, de manera reflexiva y previa evaluación de su proporcionalidad y razonabilidad, la medida más apta a la investigación (López Yagües, ob.cit.,2001:p.338).

emprenderse bajo cualquier supuesto o con el argumento de la necesidad en la eficacia de la persecución penal.

5. Excepcionalidad

Las diligencias de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, conforman actos limitativos del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrados por la ley para su procedencia en investigaciones criminales por hechos que tengan asignada pena de crimen.

Una medida que restringe derechos fundamentales, es indispensable que se disponga mediante una orden judicial motivada y determinada, o sea, que el fin de la medida sea específico, con el propósito de evitar cualquier tipo de exceso.

Por ello el Estado, bajo determinadas circunstancias, debe privilegiar el interés público ante el individual, con la finalidad de evitar injerencias arbitrarias en los derechos fundamentales de las personas.

6. Necesidad

La medida de intromisión en el desarrollo de la comunicación telefónica se entiende “necesaria” cuando el medio de investigación seleccionado para lograr el fin perseguido no pueda ser relevado por otro igualmente eficaz, pero que no limite el derecho fundamental o lo haga de forma menos gravosa.

7. Idoneidad

La “idoneidad” de la medida atinge a la adecuación al logro del fin que con ella se pretende. Por lo tanto, la medida de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas debe ser eficaz en vista de los objetivos a los cuales está pre-ordenada (idoneidad) y constituir, a la vez, el único medio posible de obtener los antecedentes o conocimientos relevantes, contenidos en la comunicación (necesidad).

III. Finalidad

1. Enunciación

La diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas presentaría diversas finalidades, tales como, adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba y obtención de medios de prueba.

Para tales efectos, se nos hace indispensable, antes de exponer las indicadas finalidades, dar una breve explicación y distinción entre fuente y medio de prueba.

1.1. Fuente de prueba

También se le denomina “elemento de prueba” y corresponde a todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, con la capacidad de producir un conocimiento cierto o probable en relación a la imputación de un hecho delictivo.

Aquí, por ejemplo, hablaríamos de rastros o huellas que el delito pueda haber dejado en las cosas o en el cuerpo o psiquis de la persona, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos, como sería la situación de una pericia que demostró que una mancha era sangre. En consecuencia, el testigo o la cosa objeto de un reconocimiento pericial, constituirían una fuente o elemento de prueba (López Masle, 2004: pp.66 y 67).

Por otra parte, se sostiene que las “fuentes de prueba” son el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos. Ellas además se ubican fuera del juicio y con anterioridad a él; emergen y se forman extraprocesalmente; asimismo, se hallan integradas por personas y cosas (Meneses Pacheco, 2008: pp.57 y 58).

1.2. Medio de prueba

El “medio de prueba” sería el procedimiento establecido por la ley tendiente a obtener el ingreso del elemento de prueba en el proceso judicial. Se puede citar, por ejemplo, la declaración testimonial o la rendición o exposición del informe pericial.

Desde este punto de vista, los medios de prueba son, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios que está regulado por determinadas garantías, y que

tiene su fundamento en la necesidad de controlar los instrumentos de que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos (López Masle, ob.cit., 2004: p.67).

De esta manera, los medios de prueba son definidos como “toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”.

Por su parte, en la doctrina chilena se dice que son “los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir la convicción del juzgador.

A su vez, nuestra jurisprudencia los ha descrito como instrumentos destinados “a proporcionar al juez conocimiento sobre los hechos de que depende el derecho que debe declarar en la sentencia” (Meneses Pacheco, ob.cit., 2008: p.49).

De tal modo que, los medios de prueba, son los factores que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las “personas” y “cosas” que poseen información útil sobre hechos, y que la ley estima idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y producción del resultado probatorio en un juicio (Meneses Pacheco, ob.cit., 2008: p.61).

2. Adquisición de fuentes de prueba

La interceptación telefónica y grabación de comunicaciones telefónicas se refiere a una medida que involucra una injerencia o restricción en el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrado en el art.19 N°5 de la Constitución Política de la República.

Un sector de la doctrina nacional expone que la medida intrusiva de interceptación de las comunicaciones vulnera también el derecho constitucional a la intimidad amparado en el art.19 numeral 4° CPR, por cuanto los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una articulación entre la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, inferida de la dignidad humana, por lo que aquélla sería una expresión de ésta (Horvitz Lennon, 2003: pp.520 y 521).

Desde otra perspectiva, dicha diligencia se orienta, principalmente, en contra del imputado en la correspondiente investigación criminal, y sólo en casos excepcionales, apunta en contra de terceros.

En tal sentido, el art.222 inc. 2º CPP expresa que la orden sólo puede afectar al imputado o a individuos respecto de las cuales existieren fundadas sospechas, basadas en determinados hechos, de que éstos sirven de intermediarios de dichas comunicaciones y, de igual manera, de aquellos sujetos que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

Al respecto el art.222 inc.1º CPP, contempla que cuando hubiesen sospechas fundadas, basadas en determinados hechos, de que un sujeto hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que éste preparare actualmente la comisión o participación en un delito que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del ente persecutor, podrá decretar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otros modos de telecomunicación.

Buscando explicar el sentido y alcance de la norma del citado art.222 inc.1º CPP, creemos que resultaría inadecuado, desde la perspectiva de la garantía constitucional, esto es, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que un medio de investigación elevadamente coercitivo de los derechos individuales, como es la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, sea establecido para cualquier ilícito, sin ponderar su naturaleza o relevancia social.

También pensamos que se debe evaluar, conjuntamente con el factor anterior, el caso concreto, objeto de la persecución penal y que, en definitiva, es sometido a la decisión del tribunal.

En consecuencia, la medida sería pertinente en situaciones de delitos graves y la relevancia se podría definir según la penalidad asignada (Ramírez Guzmán, ob. cit., 2001: p.548).

3. Aseguramiento de fuentes de prueba

La expresión “aseguramiento”, de conformidad al Diccionario de la Lengua Española, representa la acción y efecto de “asegurar”⁸.

También se entiende por “aseguramiento” la adopción de medidas dirigidas a evitar que, llegado el momento de la práctica de la prueba, ésta pueda verse frustrada ante eventuales circunstancias, desde el mero transcurso del tiempo hasta por actuaciones de la contraparte o de terceros que pudieran impedir o poner en peligro la posibilidad de su realización, al menos, en forma fiable (Bonet Navarro, 2009: p.327).

Por otra parte, en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, se toma conocimiento del contenido de la comunicación y se efectúa su registro a través de la grabación magnetofónica de la misma. Al respecto, el art. 223 inc.1º CPP, establece que la interceptación telefónica será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro.

Al mismo tiempo, la interceptación se presenta como la ejecución de acciones tendientes a tener acceso a la información que se contiene en la comunicación telefónica. Son, por lo tanto, estas medidas un conjunto de procedimientos mediante los cuales se interfieren las comunicaciones de uno o más teléfonos, con el propósito de conocer su contenido y emplearlo para los fines de investigación y persecución penal.

Siguiendo esta idea, en España, la medida de “intervención” de las comunicaciones telefónicas presentaría una doble naturaleza, ya que conformaría un medio de investigación y/o de adquisición o aseguramiento de fuentes de prueba, pues su función no es únicamente investigadora ni naturalmente probatoria⁹.

⁸ Según el Diccionario de la Lengua Española, la voz “asegurar”, significa, en una primera acepción, hacer que alguien o algo queden seguros o firmes; luego, en un segundo sentido, representa decir algo con seguridad y sin duda; en una tercera idea, involucra confirmar o aseverar la realidad o certeza de algo; en una cuarta noción, se refiere a preservar o resguardar de daño a alguien o algo; y finalmente, alude a hacer que algo quede seguro o garantizado (Real Academia Española, ob.cit. Tomo I, 2014, pp.218 y 219).

⁹ La finalidad a la que parecieren orientadas las medidas arbitradas por la LECrim sería doble. En primer lugar, las mismas vienen a cumplir la “función inmediata” de emplearse como instrumento útil a la

Ahora bien, la medida de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, ha de entenderse como un acto de instrucción que, tras la incorporación de sus resultados al juicio oral, de acuerdo al mecanismo constitucional y legal previsto, puede lograr valor probatorio.

Sin embargo, esto último no depende de la voluntad del juez, sino de la circunstancia que exista un resultado eficaz, y que en esa operación de ingreso al proceso, se hayan respetado todos los requisitos, presupuestos o elementos constitucionales y legales exigidos por el ordenamiento jurídico vigente (López Yagües, ob.cit., 2001: pp.335 y 336).

4. Obtención de medios de pruebas

En la hipótesis del art. 222 inc.1º CPP, el legislador nacional expresa que el hecho debe ser constitutivo de crimen, a saber, ilícitos que por su gravedad o trascendencia social justifican, en forma proporcionada y razonada, acoger o dar cabida a la medida de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas para la investigación de determinados hechos punibles.

Otros cuerpos normativos, como el alemán, designan, de manera taxativa, es decir, en estructura de *numerus clausus*, cuáles son aquellos delitos que hacen procedente el despliegue de una interceptación telefónica (Mini Massoni, ob.cit., 2005: p.70)¹⁰.

Cabe señalar además, que la medida de interceptación telefónica podrá decretarse cuando sea apta y necesaria para lograr los fines respecto de los cuales está concebida.

investigación para el conocimiento de hechos o circunstancias relevantes de la causa. En tal sentido, la aplicación de una medida de intervención permite, tanto la aprehensión del cuerpo del delito, como la formación de una pieza de convicción, al tiempo que propicia la adopción de nuevas y eficaces actuaciones con semejante finalidad. En segundo lugar, la medida permite la obtención de fuentes de prueba, en lo que se califica como una "función mediata" enfocada a la captación de los mencionados elementos probatorios (López Yagües, ob.cit., 2001: p.335).

¹⁰ Los ilícitos respecto de los cuales la legislación alemana, otorga la facultad de decretar una interceptación de las comunicaciones telefónicas son, entre otros "...1.Traición a la patria y puesta en peligro del Estado democrático de Derecho, o a la seguridad exterior.2.Delitos contra la defensa del país.3.Delitos contra el orden público.4.Deserción, inducción a la desobediencia, sin el requerimiento de ser militar.5.Falsificación de moneda, trata de personas, homicidios o genocidios.6.Robo, con coacción o amenaza con peligro inmediato para la vida o integridad física de los individuos..."(Mini Massoni, ob.cit., 2005: p.70).

En este aspecto, la expresión que ocupa el legislador “la investigación lo hiciere imprescindible”, en el art. 222 inc.1º CPP, reflejaría que dicho cuerpo normativo es “*numerus apertus*”, lo que puede representar que el ejercicio de esta diligencia de investigación haga aparición en hipótesis que fracturen con mayor facilidad una de las garantías más importantes que brinda la Carta Fundamental, cuál es el derecho al secreto de las comunicaciones privadas y como consecuencia a la intimidad de las personas (Mini Massoni, ob.cit., 2005: pp.70 y 71).

Por ende, se estima que se deben configurar diligencias útiles y necesarias, con el propósito de conseguir antecedentes relevantes para la investigación y, en su caso, obtener elementos probatorios apropiados para fundar la acusación fiscal, y que radicarán en la adquisición de conocimientos y la grabación magnetofónica del contenido de la comunicación misma o de otros matices del proceso comunicativo, o sea, ciertas partes importantes de las conversaciones que se logren interceptar (Pastén Pérez, ob.cit., 2005: pp.14 y 15).

Cómo se aprecia una finalidad de la medida sería la interceptación de comunicaciones relevantes para la investigación, en que se acoge la diligencia, pues ésta sería la única manera de alcanzar elementos probatorios imprescindibles para la investigación, y fundamentar, posteriormente, en el juicio oral, la pretensión punitiva¹¹.

Así se deduce que el producto derivado de la realización de una interceptación telefónica, origina una fuente de prueba que, de introducirse al juicio oral por el adecuado medio probatorio, habrá de ser apreciada por el juez con el objeto de fundamentar su sentencia.

Dicha finalidad probatoria, busca la verificación del hecho punible investigado y la responsabilidad penal de autores y partícipes, a lo cual se podrá acceder gracias a las características técnicas de la medida, es decir, por los antecedentes o elementos incriminatorios alcanzados de la comunicación interceptada, y que han sido registrados

¹¹ El fin investigador de la medida, radica en el esclarecimiento o averiguación de la existencia de un hecho que revistiere los caracteres de delito y la identificación de los individuos que han participado en el mismo. Así, se puede sostener, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, que la función investigadora viene dada por la ubicación de la medida en el articulado del CPP, pues se consagra en el Título I del Libro II del Código, dedicado a “la etapa de investigación”, específicamente dentro de las actuaciones de esta fase del procedimiento (Párrafo 3º “Actuaciones de la Investigación”) (Pastén Pérez, ob.cit., 2005: pp.84 y 85).

mediante la respectiva grabación magnetofónica e incorporados como prueba en el correspondiente juicio oral (Pastén Pérez, ob.cit., 2005: p.84).

5. Efectos “inmediatos” y “mediatos” de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas

En nuestra opinión, la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, presentaría una conexión o enlace entre todas las finalidades anteriormente citadas, esto es, tal diligencia reflejaría un mecanismo de adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba y, a la vez, un sistema de obtención de medios de prueba.

En este sentido, la doctrina española postula que la medida de “intervención” telefónica es apta a una “inmediata” función investigadora y, de manera “mediata”, a una función de esencia probatoria, toda vez que la medida permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el órgano jurisdiccional, cuando se han incorporado válidamente al proceso penal.

En consecuencia, adherimos a la postura española, en cuanto a que los resultados que puede originar una “intervención” telefónica válidamente ordenada y ejecutada en la fase de instrucción de un proceso penal, consisten en “efectos inmediatos”, esto es, investigación, producción y aseguramiento de fuentes de prueba y en “efectos mediatos”, es decir, valoración de prueba en el juicio oral a través de los respectivos medios de prueba (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p. 298; López Yagües, ob.cit., 2001:p.335).

CAPÍTULO SEGUNDO. LOS HALLAZGOS CASUALES EN LA DILIGENCIA DE INTERCEPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

I. Explicación preliminar

El desarrollo de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas puede originar situaciones que, en la doctrina y jurisprudencia, han recibido la denominación de “hallazgos casuales”, y que algunos autores llaman “descubrimientos casuales”, “hallazgos fortuitos” o “descubrimientos fortuitos”, y que corresponderían a aquellos acontecimientos que sin buscarlos surgen inesperadamente (Zavidich Diomedi, 2011: p.133).¹²

Así, por ejemplo, en Alemania, se utiliza la expresión *Zufallsfunden*, o sea, descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, para referirse a aquellos conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada, pero que no se corresponden con el fin inmediato para la investigación en la que se autorizó la medida, y/o que afectan, o provienen, de personas respecto a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiese podido ordenarse ante ellas, según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos (Marco Urgell, ob.cit.,2010: p.299; Pastén Pérez, ob.cit., 2005:pp.110 y 111).

1. ¿Qué significa hallazgo?

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la voz “hallazgo”, en una primera acepción, representa la acción y efecto de “hallar”; y en una segunda noción, alude a la cosa hallada (Real Academia Española, ob.cit., Tomo II, 2014: p.1155)¹³

¹² Para efectos de orden y sistematización de nuestra investigación utilizaremos la expresión “hallazgos casuales”.

¹³ En conformidad al Diccionario de la Lengua Española, la voz “hallar”, en un primer sentido, implica dar con alguien o algo que se busca; en una segunda idea, representa dar con alguien o algo sin buscarlo; en una tercera noción significa descubrir con ingenio algo hasta entonces desconocido; en una cuarta idea, involucra ver, observar, notar; finalmente, significa descubrir la verdad de algo (Real Academia Española, ob.cit., Tomo II, 2014: p.1155).

2. ¿Qué significa casual?

Según el Diccionario de la Lengua Española, la denominación “casual”, deriva del latín *casualis*, que en una primera acepción, implica lo que sucede por casualidad; y en un segundo sentido, representa lo perteneciente o relativo a un caso (Real Academia Española, ob.cit., Tomo I, 2014:p.462).

3. ¿Cuándo el hallazgo es casual?

El “hallazgo casual”, básicamente consiste en que una determinada prueba es descubierta sin expresa cobertura jurídica, pero, en el transcurso de una actuación lícita y desconectada de los hechos a que alude la evidencia encontrada.

De igual modo, se hace referencia al descubrimiento de material probatorio respecto de cierto delito gracias a una autorización judicial extendida en el contexto de la investigación de otro ilícito (Hernández Basualto, 2002: pp.58 y 59).

Además, se sostiene que los hallazgos casuales atingen a ciertos conocimientos que dan cuenta de otros hechos punibles que pueden ser perseguidos de oficio (Horvitz Lennon, ob.cit., 2003: p.531).

Otros autores postulan que los hallazgos casuales son aquellos hechos no previstos en el momento de autorizarse la interceptación telefónica y que se producen en el curso de una investigación penal (Mini Massoni, ob.cit., 2005: p.71).

También se dice que se está en presencia de un hallazgo casual cuando a raíz de una investigación por un delito concreto se encuentran o surgen antecedentes que inducen a sospechar acerca de la existencia de un ilícito distinto, deduciéndose que la casualidad del hallazgo viene dada por la ausencia de previsibilidad y de búsqueda del mismo, siendo, a su vez, una institución que persigue precaver eventuales ilicitudes de prueba (Marcazzolo Awad, 2008: p.150).

Del mismo modo, por “hallazgo o descubrimiento casual”, se entiende 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, o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando, esto es, cuando al investigar unos determinados ilícitos, se descubren, por casualidad, otros distintos o afloran otros sujetos implicados(Alvarez de Neyra Kappler,2011:p.4).

II. Regulación legal

Nuestra legislación consagra la figura de los hallazgos casuales en el inc. final art. 223 CPP al señalar que “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”.

La expresión “lo prescrito en el inciso precedente” se refiere a “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”.

1. Hipótesis legales

Del citado art.223 inc. final CPP, se derivarían dos hipótesis:

i) Que de la interceptación de un número telefónico emerjan informaciones relevantes para otros hechos que puedan ser castigados con pena de crimen. En estas situaciones, el legislador ha reglado en forma expresa la validez de esta prueba, así como la posibilidad de emplearse en el nuevo caso.

ii) Que de la interceptación de un número telefónico surjan informaciones relevantes para otros hechos que no estén sancionados con pena de crimen. En estos acontecimientos, el legislador si bien no establece el uso de las grabaciones como medio de prueba, es factible enunciar que aquellas, como mínimo, podrán dar principio a una nueva investigación (Marcazzolo Awad, ob.cit., 2008: p.152; Zavidich Diomedi, ob.cit., 2010: p.156)¹⁴.

¹⁴A lo anterior se adiciona lo ordenado en el art.175 CPP, el cual obliga a un conjunto de personas, dentro de las cuales se instalan los policías, que comúnmente son los que escuchan las grabaciones, a denunciar los

El precepto del art.223 inc. final CPP, llamaría la atención, pues, fractura las reglas de especificidad de las autorizaciones, sobre todo en aquellas circunstancias en que la diligencia es singularmente invasiva, aunque si obedece el requerimiento de proporcionalidad al imponer que para esa otra investigación, en que se va a ocupar el producto de la interceptación, se ejecute por hechos que pudiesen conformar un ilícito que amerite pena de crimen (Zapata García, ob.cit., 2004:p.84).

2.- Código Procedimiento Penal Italiano

El Código de Procedimiento Penal Italiano (“*Codice di Procedure Penale*”) excluye, en principio, el uso de los hallazgos casuales en otro proceso, no obstante, acoge una excepción para los delitos de cierta gravedad que reconoce su artículo 389 (Gómez Colomer, 2009: p.162).

De esta manera, la regulación procesal penal italiana exhibe un listado de delitos en diseño de “*numerus clausus*”, que son aptos de investigación a través de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, y que, según el art.266 CPrP son “a)delitos no culposos castigados con la pena de cadena perpetua o con reclusión no inferior en su límite máximo a cinco años ,b)delitos contra la administración pública castigados con pena de reclusión no inferior en su límite máximo a cinco años; c)delitos relativos a sustancias estupefacientes o psicotrópicas; d)delitos relativos a armas y sustancias explosivas; e)delitos de contrabando; f)delitos de injurias, amenazas, molestias y perturbación a la persona por medio del teléfono”(Marco Urgell,ob.cit.,2008:p.19;Pastén Pérez, ob.cit.,2005:p.17).

Así las cosas, la ley italiana, excepcionalmente, faculta la utilización de los resultados obtenidos de una intervención telefónica en procedimientos diferentes a aquél en que fue autorizada, cuando sean útiles para el enjuiciamiento del ilícito, siempre y cuando estos acontecimientos posean un importante grado de conexión con el delito por el cual fue otorgada la interceptación de dichas comunicaciones.

hechos que revistan carácter de ilícitos. Por su parte, el art. 177 del mismo cuerpo legal, sanciona la indicada omisión a título de falta penal (Marcazzolo Awad, ob.cit., 2008:pp.152 y 153).

Sin embargo, si durante el curso de la investigación, el delito distinto a aquél por el que fue concedida la medida no puede redirigirse, al menos en forma implícita, a la autorización primitiva, la respuesta no puede ser otra que la prohibición de su empleo.

Lo anterior, debe vincularse con el art. 271.1 del CPrP, que consagra la no utilización del resultado de toda operación que se haya ejecutado al margen de los casos facultados por la ley (Marco Urgell, ob.cit., 2010: pp.370 y 371).

En consecuencia, en Italia, si la medida de intervención telefónica es adoptada en forma regular, esto es, respetando las garantías, tanto constitucional como legalmente consagradas, los resultados hallados gozan de plenos efectos probatorios, siempre que la gravedad de los hechos descubiertos pudiesen haber evidenciado el acogimiento de la medida, sin que sea procedente sugerir situaciones de prueba prohibida, incluso en aquellos supuestos en los que las informaciones imputen a sujetos diferentes de los preliminarmente investigados.

3.- Ordenanza Procesal Penal Alemana

En Alemania, los hallazgos casuales presentan ciertas desventajas, especialmente cuando se trata de aquellos individuos de los que no se cuenta con una autorización judicial para su interceptación telefónica, ya que el descubrimiento de un hecho delictivo mediante esta técnica, sería alcanzado sin el previo resguardo judicial.

Para precaver semejantes eventos, la Ordenanza Procesal Penal Alemana permite que explícitamente la orden de interceptación telefónica se encauce no sólo en contra del imputado, sino que de aquellas personas de las que se sospecha o intuya que son intermediarios del inculpado para transmitir antecedentes del ilícito investigado, e indica que tratándose de hallazgos casuales y cuando los hechos descubiertos no ostenten una relación directa con el delito investigado, el ente persecutor debe abrir un nuevo proceso investigativo(Zavidich Diomedi, ob.cit., 2010: pp.155 y 156)¹⁵.

¹⁵ En Alemania, en cuanto a los hallazgos casuales, el criterio general aceptado es el de la utilizabilidad de la información obtenida, aunque no se halle resguardada por una orden judicial, siempre que se refiera a delitos

A su vez, el parágrafo 100 b) de la StPO, dispone una autorización expresa en relación a que si los hallazgos casuales fueron logrados en circunstancias en las que se hubiese podido decretar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra investigación no infringe derecho alguno.

De igual manera, dicha norma encierra una regla respecto si esos datos son imprescindibles para la investigación de los ilícitos que facultan autorizar la interceptación.

Ahora bien, adoptando una interpretación rigurosa, sólo en este evento sería admisible una utilización, no para la pesquisa de los delitos no abarcados en la clasificación del Parágrafo 100, y por ende, tampoco en la situación que la medida sea, desde ya, ilegal materialmente (Ambos, 2008:pp.337 y 338).

4.- Ley de Enjuiciamiento Criminal Española

El art.579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española guarda silencio en cuanto a los límites que deben instaurarse en relación a las informaciones obtenidas mediante las intervenciones telefónicas¹⁶.

Ahora bien, el apartado 2º de la citada norma manifiesta que el fin de la medida de intervención telefónica es el “descubrimiento o la comprobación de algún hecho o

expresamente contemplados en el artículo 100a) de la StPO, a saber “...1) a) hechos penales de traición a la paz, de alta traición y de peligro para el Estado de Derecho democrático o de traición y peligro para la seguridad exterior, b) hechos penales contra la defensa nacional, c) hechos penales contra el orden público,...2) un asesinato, un homicidio, un crimen monetario, un robo, una extorsión mediante intimidación o violencia, un hecho penal contra la libertad personal, una trata de blancas,...hechos penales de la ley de armas, de la ley sobre control de armas de guerra...” (Marco Urgell, ob.cit., 2008:p.18; Pastén Pérez, ob.cit., 2005: p.16).

¹⁶ El Apartado 2º del art. 579 LECr establece que “... el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

circunstancia importante de la causa”, sin designar ningún propósito en su apartado 3º, lo cual ha provocado una contienda doctrinal por la interpretación de esos preceptos¹⁷.

Además, el art.579 LECr no contempla criterio alguno sobre los delitos que pueden dar lugar a la autorización de una intervención telefónica, sino que se limita a precaver en su apartado 3º, la presencia de “indicios de responsabilidad criminal” y que se produzca la idónea proporción entre intromisión y gravedad del ilícito investigado (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p. 367)¹⁸.

De tal modo, se deduce que es necesaria la presencia de indicios, que atinjan al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para arribar a su conocimiento, esto es, la probabilidad de alcanzar por esta vía el descubrimiento o comprobación del delito o de una circunstancia de éste de conveniente entidad, por lo que quedan prohibidas las interceptaciones telefónicas prospectivas o en rastreo de genéricas infracciones penales, conocidas como predelictuales o de prospección, siendo, pues, indispensable, la existencia de un proceso en desarrollo (Alvarez de Neyra Kappler, ob.cit., 2011: pp.9 y 45).

III. ¿Qué hipótesis se pueden dar en el marco de la diligencia de investigación de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas?

Respecto de aquellas grabaciones que comprendan informaciones relevantes para otras investigaciones efectuadas por hechos que pudiesen dar lugar a un delito que merezca pena de crimen, se podrá hacer uso conforme lo habilita el CPP.

Esto significa que se permite el empleo de las grabaciones obtenidas en un procedimiento específico, a vía de ejemplo, en uno que se investiga un homicidio, para otro

¹⁷ De las expresiones empleadas por el legislador, tales como “descubrimiento” o “comprobación”, se desprende, lo que está implícito en la naturaleza de la diligencia, es decir, que ella puede perseguir, ya sea la mera investigación, o bien, la obtención de antecedentes o elementos de prueba, como, del mismo modo, ambas hipótesis. En consecuencia, se ha de aludir al descubrimiento o comprobación de hechos o circunstancias importantes, y, conjuntamente, se habla de un proceso ya iniciado, respecto del cual, se conmina la relevancia de los acontecimientos a descubrir o verificar (Pastén Pérez, ob.cit., p.85).

¹⁸ El Apartado 3º del art.579 LECr menciona que “De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

procedimiento, como puede ser uno por tráfico de drogas, en el evento que las grabaciones abarquen información relevante para esta última pesquisa.

1. Hipótesis alemanas

En Alemania, se señala que son varios los casos de hallazgos casuales que pueden darse:

- i) Conocimientos fortuitos sobre hechos delictivos del inculpado que no son objeto de investigación, es decir, sobre un tipo penal diferente a aquél por el cual se comenzó la pesquisa.
- ii) La implicancia de una tercera persona ajena a la indagación, enlazada directamente con el delito materia de la investigación.
- iii) La implicancia de una tercera persona, pero en la eventual comisión de un ilícito diferente al pesquisado.
- iv) Conocimientos emanados de un tercero que apuntan al hecho investigado, como podría ser la información entregada de manera voluntaria por dicho tercero.
- v) Conocimientos que derivan de una tercera persona, y que hacen alusión a un delito distinto del investigado (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p.300).

2. Hipótesis españolas

En España, el hallazgo casual, se presentaría de cuatro formas distintas:

- i) Originariamente se autorizó la conculcación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con la finalidad de investigar un delito específico y durante el desarrollo de la pesquisa surge un ilícito diferente, pero estrechamente relacionado con el primero. Aquí se trata de descubrimientos casuales que dimanen del imputado, pero sobre otros ilícitos no investigados.
- ii) Los nuevos hechos delictivos, se localizan dentro de los tipos penales que facultarían una intervención telefónica, pero no están enlazados con la investigación inicial. En este evento, el juez tiene la obligación de ampliar la medida y de este modo legitimar la implantación de esas escuchas, ya que, según el principio de especialidad del ilícito y su

debida fundamentación, deben motivarse las razones de necesidad y proporcionalidad de averiguación de esos nuevos hechos a través de la indicada medida.

iii) Los nuevos hechos delictivos, no estarían ubicados dentro de aquellos que la ley permite investigar mediante las intervenciones telefónicas, se hallen éstos vinculados o no con el ilícito primitivamente pesquisado.

iv) Hechos delictivos de terceros, que no son el inculpatado ni el sujeto pasivo de la medida, pero respecto al delito que se averigua. Se refiere, entonces, al descubrimiento de ilícitos nuevos, los cuales no están incorporados en la orden de intervención y que son revelados en el transcurso de la ejecución de la referida medida (Gullock Vargas, 2005: pp.76-78).

3. Hipótesis nacionales

En nuestra jurisprudencia se ha reconocido validez a los hallazgos casuales surgidos de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, por cuanto de ellas se gestaron antecedentes que motivaron el descubrimiento de un ilícito diferente.

i) Recurso de Nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008, señala, en lo pertinente "...Con relación al control de legalidad propiamente tal, ninguna fiscalización podía hacer frente a una información recibida involuntariamente en otro proceso, pues no habiéndose advertido algún hecho constitutivo de alguna infracción grave como defecto esencial, dicha omisión no ha podido influir en la parte dispositiva de la sentencia,...teniendo presente también que lo esencial radica en el control de detención de los acusados y no la interceptación telefónica, porque fue ésta la que permitió descubrir los hechos constitutivos del delito"(Considerando 4°).

Se añade que "...debe considerarse que los hechos fijados...corresponden a las reflexiones efectuadas por los Jueces de Fondo(a quo) 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 la experiencia, los principios lógicos o los conocimientos científicamente afianzados”.

“En fin, ninguna duda razonable puede surgir sobre la interceptación telefónica en el marco de una investigación referida en otra causa...la defensa técnica no sufre perjuicio en este caso concreto...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” (Considerando 5º) (Zavidich Diomedi, ob.cit., 2010: pp.156 y 157)¹⁹.

ii) Causa N° 90/2012, Resolución N°7421, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, de 29 de marzo de 2012, se indica que “De los antecedentes expuestos por ambos intervinientes, se logra establecer fehacientemente la existencia de escuchas telefónicas autorizadas conforme a las normas legales pertinentes en causa distinta a la seguida en contra del imputado...y cuya transcripción el Ministerio Público solicita sea parte de la prueba...” (Considerando 1º).

Se agrega “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..., y que tal omisión afecta garantías constitucionales relacionadas en forma genérica sin indicar cuál de ellas, por lo que cabe entender que se afectaría el derecho de defensa” (Considerando 2º).

Posteriormente menciona “Que en consecuencia,...cabe tener presente para resolver esta controversia lo dispuesto en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal que permite utilizar la información relevante, contenida en estas interceptaciones de

¹⁹ El recurso expuesto atinge a la validez de los hallazgos casuales nacidos de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, que sirvieron de base para el descubrimiento del ilícito del juicio oral recurrido, no obstante, que la defensa no tuvo conocimiento de ellos, sino hasta los inicios del juicio oral, y, por ende, no pudo valerse de los medios de defensa adecuados para contrarrestarlos, como medida intrusiva, pues, en criterio del tribunal, hubo un control de garantías ejercido por el correspondiente ente jurisdiccional(Zavidich Diomedi, ob.cit.,2011:p.134).

comunicaciones, para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen”(Considerando 3°).

Acto seguido expresa “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 con respecto a los hechos por los cuales ya se encuentra acusado(el imputado), de forma tal que se puede afirmar que se trata de un hallazgo casual que permite descartar la posibilidad que la policía dolosamente haya utilizado esa información en forma ilegal y que afecte a garantías constitucionales relativas también al derecho de defensa”(Considerando 4°).

Menciona, de igual manera que “en este contexto, se puede en consecuencia declarar la pertinencia de la prueba ofrecida por el Ministerio Público con relación a las transcripciones de las actas respectivas de la interceptación telefónica” (Considerando 5°)

Por último, en lo resolutivo manifiesta “Que por estos fundamentos se revoca la resolución apelada ..., en cuanto excluye la prueba ofrecida por el Ministerio Público consistente en informe técnico de transcripción de la prueba documental, dos discos compactos que contienen las grabaciones de las llamadas interceptadas del respectivo teléfono de la prueba material...y en su lugar se declara que tales medios probatorios deben ser incorporados en el Auto de Apertura correspondiente”(www.portal.uv.cl;www.Vlex.com/jurisdictions/CL).

CAPÍTULO TERCERO. LOS HALLAZGOS CASUALES COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA

I. Explicación preliminar

En nuestro ordenamiento jurídico no se admite cualquier actuación desplegada a la indagación de ilícitos, ni en cualquier especie de intensidad. Por tal motivo, la elección de su entidad y la magnitud en que se restringirán los derechos debe resultar coherente con los hechos o circunstancias a investigar.

La averiguación de la verdad en el proceso no es un valor absoluto. Su descubrimiento aunque sustancial, es sólo uno de los objetivos que con él se persiguen y no puede aceptarse que el fin, o sea, el conocimiento de lo sucedido, justifique los medios, en especial, si se habla de la diligencia o medida de investigación consistente en la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas.

De este modo, se debe examinar la pugna de las dos prerrogativas básicas enfrentadas en un proceso penal: el derecho a la defensa del inculpado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito, surgiendo la obligación de valorar la importancia que debe predominar en cada situación, en particular, el interés social y el orden público que descansa en la eficaz persecución de los ilícitos (Alvarez de Neyra Kappler, ob.cit.,2011: p.8).

En este aspecto, el Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) expresa, en su sentencia de 14 de junio de 1960, que no es un principio de la ley procesal penal el que se tenga que indagar la verdad a cualquier precio. Al contrario, su averiguación con respeto de las garantías constitucionales y legales impuestas, es un gravamen que ha de soportar el Estado de Derecho en el proceso penal (López Yagües, ob.cit., 2001: p.782).

1. Problemas de ilicitud que pueden presentar los hallazgos casuales

En el caso de los hallazgos casuales, se origina una tensión permanente entre el objetivo de la eficacia en la persecución penal y el respeto por los derechos fundamentales de las

personas y, por ende, corresponde al Juez fijar los parámetros de actuación lícita de los órganos de persecución penal (Cerdeza San Martín, 2010: p.166).

No todo hallazgo casual supone la violación de los principios legales y constitucionales, lo importante es ir examinando la relación entre los hechos investigados y aquellos que se han ido descubriendo.

En el supuesto de que exista homogeneidad podría no haber una ruptura. El problema surge, por tanto, cuando se trata de hechos que no guardan conexión (Mini Massoni, ob.cit., 2005: pp.71 y 72).

2. Regulación legal de la apreciación de la prueba ilícita

La norma legal que incorpora la apreciación de la prueba ilícita como parte esencial del control de garantías dentro del sistema procesal penal chileno, se encuentra contenida en el inc.3° art.276 CPP, que señala, que el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (López Masle, ob.cit., 2004: p.188).

Cuando la prohibición es de naturaleza material, es decir, constitucional o penal, como una norma que establece el respeto a la privacidad de cada persona, la prueba habrá sido alcanzada ilícitamente, si se infringe tal mandato.

Ahora bien, la prueba producto de incurrirse en prohibición material, es decir, de no haberse acatado reglas que atingen a la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos, desencadenará un acto materialmente contrario al derecho.

En consecuencia, la prueba ilícita puede derivar del procedimiento para obtenerla, puede serlo en sí misma o puede resultar de la vulneración de una norma legal y debe ser, por lo tanto, rechazada (Tavolari, 2005:pp.104 y 109)

Asimismo, si la teoría de la prueba ilícita tiene como uno de sus principales fundamentos reprimir el comportamiento policial abusivo e infractor del derecho de las personas, si no

media intención de violentar tales garantías, no debiera proscribirse la evidencia en contrario.

Sin embargo, también es posible afirmar que la citada teoría es una consecuencia del establecimiento en el orden jurídico contemporáneo de un principio de respeto a los derechos de los individuos, los cuales deben ser preservados contra atentados fortuitos o deliberados, privando de eficacia a toda conducta que los infrinja, sea en forma intencional o casual (Tavolari, ob.cit.; 2005: p.140).

3. Aplicación de la regla de exclusión de prueba

El juez puede no aplicar la regla de exclusión de prueba a lo casualmente hallado, o sea, surge una excepción a dicho principio (Cerde San Martín, ob.cit., 2010: pp.166).

De igual manera, se postula que los hallazgos casuales aluden, en general, a conocimientos adquiridos a través de una interceptación telefónica, que, ya sea por motivo del sujeto o por razón de los hechos, no conectan con las circunstancias para las que dicha interceptación ha sido autorizada.

A raíz de esto, emerge de manera inmediata para los ejecutores de la medida (generalmente agentes de policía) interrogantes sobre la legitimidad de la comunicación intervenida y los métodos de acción pertinentes (Manzano Sousa, ob.cit. 1997:p.61).

Por otra parte, una prohibición de utilización no debería excluir que se prosiga la investigación con base en los conocimientos alcanzados casualmente, para así lograr conseguir otros elementos probatorios (Ambos, ob.cit., 2008: p.338).

4. Vinculación de los hallazgos casuales con la teoría del descubrimiento inevitable

En España, se señala que los hallazgos casuales son una variedad de la “teoría del descubrimiento inevitable”²⁰, en donde se elimina la “conexión de antijuridicidad”²¹ y por

²⁰ La “teoría del descubrimiento inevitable” surge en la jurisprudencia norteamericana como una extensión de la teoría de la fuente independiente, tendiente a abarcar aquellos casos en que, si bien la evidencia derivada se encuentra en relación causal con la información obtenida ilícitamente, el tribunal se siente capaz de predecir, con cierto grado de certeza, que dicha relación causal resulta irrelevante, porque de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en desarrollo (Cerde San Martín, ob.cit.,2010:pp.160 y 161).

lo tanto convierten a la prueba descubierta fortuitamente, es decir, de alguna manera inevitable, en prueba de cargo válida para condenar (Gómez Colomer, ob.cit., 2009: p.164).

Puede ser admisible un empleo de los conocimientos relacionados con hechos no establecidos por la ley como susceptibles de aplicar la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, cuando éstos se ubican en vinculación procesal directa o cercana con un hecho taxativamente establecido por el legislador.

Igualmente, se señala que el descubrimiento de hechos casuales, está íntimamente relacionado con el control estricto que debe existir por parte del Juez en la ejecución de la medida restrictiva del secreto de las comunicaciones (Suita Pérez, 2000: p.594)²².

II. ¿Cuáles son los requisitos que deben concurrir en los hallazgos casuales para ser utilizados como elementos probatorios y luego ser incorporados mediante el respectivo medio de prueba al juicio oral?

Los requisitos que deben hacerse presente en los hallazgos casuales para ser empleados como elementos de prueba y posteriormente ser introducidos a través del correspondiente medio de prueba al juicio oral, que serían las grabaciones magnetofónicas, serían, a nuestro parecer, los que se pasan a indicar a continuación.

1. Medida de interceptación telefónica jurídicamente decretada

Esto quiere decir que se haya ordenado una medida de interceptación de comunicaciones telefónicas en conformidad a su régimen jurídico, o sea, satisfaciendo los presupuestos

²¹ La teoría de la “conexión de antijuridicidad” se articula por vez primera en la sentencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) 81/1998, y consiste en que para aplicar la regla de exclusión entre la prueba ilícita y la prueba derivada no es suficiente el simple “nexo de causalidad” entre una y otra, sino que es indispensable un “nexo de antijuridicidad” (González González, 2010:pp.36 y 37).

²² En tal sentido, no podría pedirse autorización para investigar un delito del que se desconocía su existencia, puesto que, entonces, se estaría utilizando una intervención telefónica para el descubrimiento de un ilícito y no como un medio de investigación. Todo esto conllevaría a emplear los conocimientos adquiridos mediante un descubrimiento casual sin una efectiva autorización judicial, viéndose menguado el conjunto de derechos y garantías que son imprescindibles en este tipo de autorizaciones (Suita Pérez, ob.cit., 2000:p.596).

constitucionales y legales para su adopción y ejecución, o sea, debe tratarse de una medida lícita.

2.- Obtención de informaciones relevantes

Esto significa que de la medida de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas lícita se logren conocimientos importantes para otros procedimientos penales, esto es, para otras investigaciones del Ministerio Público, distinta a la que dio lugar a la medida.

3. Investigación criminal sobre un hecho punible que merezca pena de crimen

El procedimiento penal en el cual se pueden utilizar los hallazgos casuales, debe versar sobre un ilícito que tenga asignada sanción de crimen.

4. Averiguación de la participación de la persona afectada por la medida

La investigación criminal en la que se emplearán los resultados de la medida de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, debe estar dirigida a la averiguación de la participación del afectado por la medida en esa otra investigación, sea éste el imputado o un tercero (Pastén Pérez, ob.cit., 2005: p.111).

III. Principios aplicables a los hallazgos casuales como criterio de admisibilidad probatoria

Se sostiene que los hallazgos casuales serían siempre ilícitos, dado que, si se otorgó una resolución judicial motivada para un específico delito, no podría investigarse otro ilícito diferente y quedar cubierto por la motivación anterior (Suita Pérez, ob.cit., 2000: p.596).

Sin embargo, un sector de la doctrina recomienda, como una buena solución a la búsqueda de la presunta ilicitud de los hallazgos casuales, recurrir a principios procesales gravitantes que concurrirían en este evento, los cuales son los que se mencionan a continuación.

1. Especialidad

El principio de especialidad, plantea el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una particular diligencia, como sería, en este caso, la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, de manera que sólo ciñéndose a ese entorno se puede sustentar la legalidad de dicha actividad.

Por ende, dicho principio se refleja como el pronunciamiento judicial que otorga la orden de investigar por un hecho concreto y claramente precisado, o sea, la autorización ha sido otorgada, sólo y exclusivamente, para un hecho definido y en ningún caso distinto²³.

En España, la STS de 18 de junio de 1993, declara la exclusión de la validez probatoria de la diligencia de intervención y grabación de comunicación telefónica, pues la policía debió informar al juez del hallazgo casual, ya que, en otra circunstancia, la autorización adquiere ribetes de persecución del comportamiento genérico de uno o varios individuos por medio de las conversaciones telefónicas, lo cual es completamente inaceptable²⁴.

1.1. “Caso Klass”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵, en el “Caso Klass”, de 06 de septiembre de 1978, estimó que no se había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁶.

²³ En España, el “principio de especialidad” no permitiría que se investiguen hechos delictivos diferentes a aquellos por los que fue autorizada la intromisión del derecho fundamental de la persona afectada, de modo que de obtenerse indicios fundados de otros hechos delictivos, debería solicitarse una autorización judicial para iniciar una nueva investigación con el fin de comprobar efectivamente los mismos (Marco Urgell, ob.cit., 2008: p.147).

²⁴ Idéntica es la doctrina del TCE, dónde, en sentencia 49/1996, determina que desde el momento en que la policía infiera de las conversaciones intervenidas la existencia de otro ilícito, debe comunicar al Juez, de inmediato, ese dato casual (Álvarez de Neyra Kappler, ob.cit., 2011:p. 7).

²⁵ Para efectos de nuestra investigación, hemos escogido para su análisis, los citados casos Klass, Malone y Kruslin. Similar jurisprudencia del TEDH puede consultarse en Montero Aroca, ob.cit., 1999: pp.58-78 y Marco Urgell, ob.cit., 2010: pp.338- 349.

²⁶ El art.8 CEDH dispone: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.1.Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.2.No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la

La situación alude a cinco ciudadanos alemanes, entre ellos el Sr. Klass que acudieron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando la violación del art.8.2 del mencionado Convenio, basando su demanda en que la promulgación en su país de la Ley Fundamental y una ley promulgada a raíz de ésta, de 13 de agosto de 1978 (conocida como G-10), generaba un impedimento al secreto de la correspondencia, a los envíos postales y a las telecomunicaciones²⁷.

En su resolución el TEDH señala que la legislación incriminada instituye un sistema de vigilancia que expone a cualquier persona, en la República Federal de Alemania, al control de su correspondencia, envíos postales y telecomunicaciones, sin que ella nunca se entere, a menos que se produzca una imprudencia o una notificación posterior en las circunstancias relativas a las conversaciones telefónicas sostenidas por los demandantes.

Una de las principales consideraciones, tenidas en cuenta por el referido Tribunal, es que a pesar de que el párrafo 1º del art.8 del Convenio no menciona a las conversaciones telefónicas, hay que comprender las mismas englobadas en las nociones de vida privada y de correspondencia que si expresa el cuerpo normativo²⁸.

seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²⁷ Los demandantes no discutían al Estado el derecho a recurrir a las medidas de vigilancia contempladas en la legislación sino que reclamaban a éste el permitir estas medidas sin obligar a las autoridades a comunicar “a posteriori” a las personas, según habían sido sujetas a actuaciones de vigilancia y por excluir cualquier recurso ante los Tribunales contra la adopción y ejecución de medidas similares (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p.340).

²⁸ El Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio un cierto mecanismo de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de protección o amparo de los derechos individuales. Del mismo modo, la magistratura concluye que el legislador alemán se basa en estimar la resultante de esta injerencia en el ejercicio del derecho estipulado en el art. 8.1 del Convenio, como indispensable en una sociedad democrática, para la seguridad, la defensa del orden, y la prevención de delitos, siguiendo las directrices que determina el art.8.2 del citado Convenio (Marco Urgell, ob.cit., 2010:pp.340-343).

1.2."Caso Kruslin"

El TEDH en el "Caso Kruslin"²⁹, de 24 de abril de 1990, se centra en el marco de unas investigaciones realizadas para aclarar el asesinato de un banquero francés, en el que el Juez de Instrucción competente ordenó la interceptación de la línea telefónica de uno de los sospechosos.

Producto de las conversaciones sostenidas por el señor Kruslin, quien se encontraba en la vivienda del sospechoso y ocupaba su teléfono de manera ocasional, la policía judicial que efectuaba la interceptación descubrió evidencias de la participación de Kruslin no sólo en la infracción penal que dio nacimiento a la mencionada orden de intervención telefónica, sino de la comisión de otro distinto asesinato. En consecuencia, Kruslin fue castigado por ambos ilícitos³⁰.

Recurrida la sentencia en casación, y con fundamento en el art.8 del CEDH, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación no acogió el recurso manifestando que "ningún precepto legal prohíbe incorporar a un procedimiento penal las pruebas procedentes de otro que puedan, por su naturaleza, ilustrar a los jueces y ayudar a la manifestación de la verdad; y

²⁹ El Juez de Instrucción de Saint-Gaudens dirigía la investigación por el asesinato de un banquero, el señor Jean Baron (en la "causa Baron"), y en la misma decretó la intervención del teléfono de un sospechoso de nombre Terrieux que habitaba en Toulouse. En esa intervención se llevó a cabo la grabación de una conversación de Kruslin, que se alojaba en el inmueble de Terrieux, con un comunicante desconocido, en la que se hablaba de otro asesinato, el del señor Pére, que era empleado de la joyería "La Gerbe d'Or" y que había originado la apertura de otra causa, denominada con éste último nombre, y en la que fue interrogado Kruslin y otorgada su libertad. Luego, al día siguiente de haberse grabado la anterior conversación, la policía detuvo a Kruslin en relación a la "causa Baron" y en horas de la tarde de ese mismo día, Kruslin volvió a ser interrogado sobre la "causa Gerbe d' Or", negando que fuera su voz. Posteriormente Kruslin, ante la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Toulouse, solicitó que se anulara el registro de la conversación litigiosa, pues se había realizado en un procedimiento que, según él, no le incumbía el de la "causa Baron", lo que fue, en definitiva, desestimado (Montero Aroca, ob.cit., 1999:p.69).

³⁰ El recurrente acudió ante la CoEDH alegando la violación del art.8 del Convenio, es decir, derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia, producto de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas que lo comprometieron en la acusación del segundo de los delitos. Tanto la Comisión como el Tribunal concluyeron que se infringió el art.8 del Convenio. Esta resolución decidió que la intervención telefónica supuso una intromisión de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del inculpado al respeto de su correspondencia y de su vida privada y que una injerencia de tal naturaleza no vulneraría el art.8 del Convenio, salvo que estuviese estipulada por la ley, persiguiera uno o más objetivos legítimos y fuese imprescindible en una sociedad democrática para arribar a ellos (Marco Urgell, ob.cit., 2010:pp. 343 y 344).

que la única condición exigida es que se haga en forma contradictoria, como así sucedió en este caso “(Montero Aroca, ob.cit.,1999:pp.69 y 70).

No obstante, el TEDH estimó que el Derecho francés no regulaba con detalle la intervención telefónica, exponiendo en su sentencia”...el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos...,no define a quiénes se puede someter a una intervención telefónica, ni la naturaleza de los delitos que la justifican; el Juez no tiene obligación de fijar un límite a la duración de la medida ;... el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia...de forma que el señor Kruslin no disfrutó del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática...Por consiguiente se ha violado el artículo 8 del Convenio” (Montero Aroca, ob.cit., 1999: p.70).

2. Proporcionalidad

El “principio de proporcionalidad” se configura como la prohibición del exceso, mediante la aplicación de los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad, en sentido estricto, también denominado, “valoración del interés”, es decir, las ventajas que se obtienen mediante la afectación del derecho fundamental, las que se deben compensar con los sacrificios que ésta implica para sus titulares y la sociedad.

Lo anterior, presume calibrar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos, tanto individual como socialmente reconocidos, y valorar, por último, las demás circunstancias confluyentes (Alvarez de Neyra de Kappler, ob.cit., 2011; p.8).

En virtud de este principio surge una autorización implícitamente ampliada, o sea, que si se autorizó para investigar lo menos grave, esta resolución también servirá para investigar aquello más perjudicial (Mini Massoni, ob.cit., 2005: p.72).

La coherencia o proporcionalidad, en consecuencia, vincula el hecho investigado y el grado de impedimento o cortapisa de los derechos, debiendo evaluarse la gravedad del ilícito y la medida a decretar (Cerdea San Martín, ob.cit., 2010: pp.166 y 167).

2.1. Razonamientos judiciales

En España, el TCE, en las sentencias 49/1999 y 184/2003, ha sentado los pilares de la doctrina constitucional al establecer los requisitos que debe satisfacer la autorización judicial con el fin de estimar legítima la afectación del art.18.3 CE³¹.

Para ello, se comienza con una motivación que explicita todos aquellos antecedentes relacionados con la proporcionalidad de la medida de interceptación telefónica, en atención a los hechos a investigar (“juicio de proporcionalidad en sentido estricto”), su requerimiento como medida excepcional ante la carencia o escasez de otras menos invasivas (“juicio de necesidad”) y su adecuación al fin legítimo (“juicio de idoneidad”).

Por su parte, la sentencia del TSE de 11 de octubre de 1994, distingue las finalidades que deben poseer las medidas de interceptación de las comunicaciones telefónicas, para así atribuirles diferentes consecuencias a las probables ilicitudes que pudiesen surgir en su despliegue y ejecución.

En tal sentido expone la sentencia, que la interceptación puede ostentar un doble objetivo, esto es, servir de fuente de investigación o emplearse como medio de prueba, en cuyo último caso ha de congregarse propiedades de certeza y credibilidad que sólo la rigurosa obediencia a las normas procesales puede otorgarle.

Del criterio de proporcionalidad proviene la demarcación de los delitos objeto de pesquisa por estos medios: infracciones penales graves o de gran trascendencia social³², respecto a los que se comprueben indicios previos en las diligencias procesales.

³¹ El artículo 18.3 de la Constitución Española expresa que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

³² Lineamiento que el legislador español sigue sin ser del todo preciso, pues en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el italiano, se materializa señalando un listado de delitos o la magnitud de las penas, o modelos de relevancia social (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 2010: p.472).

Además, la autorización judicial debe indicar la línea telefónica y los individuos sometidos a investigación, quedando prohibidas las indagaciones prospectivas.

3. Sospecha o “notitia criminis”

Si no se puede calibrar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su hallazgo casual por otros medios menos gravosos, tanto individual como socialmente reconocidos, y no se pueden valorar, por último, las demás circunstancias confluyentes, no sería posible el uso de las fuentes de prueba alcanzadas por medio de las intervenciones telefónicas, en un proceso distinto al que se obtienen y sólo servirán esos hallazgos casuales como sospecha o “notitia criminis”, que puede dar como fruto el comienzo de una nueva investigación (Gullock Vargas, ob.cit., 2008:pp.79 y 80).

La “notitia criminis” que pueda obtenerse de forma casual durante el curso de la investigación por presuntos hechos delictivos diferentes del primitivamente investigado, puede dar lugar al inicio de una instrucción independiente a fin de averiguar tales conocimientos obtenidos casual o fortuitamente.

Por su parte, la STS de 19 de enero de 1998, señala que en situaciones de hallazgos casuales, lo adecuado sería la ampliación judicial de la intervención, no impidiendo ello que la información alcanzada pueda servir de manera lícita como “notitia criminis” (Suita Pérez, ob.cit., 2000: p.595)³³.

³³ La STS de 19 de enero de 1998, consigna, en lo pertinente “...Ciertamente, los funcionarios policiales que, realizan mediante la correspondiente autorización judicial, la observación y escucha de un teléfono para completar su información sobre una posible e importante operación de tráfico de drogas, obtienen el conocimiento casual de datos que pudieran estar relacionados con un presunto delito de detención ilegal, y esta probable “notitia criminis” determina, para su comprobación, unas actuaciones al margen de las escuchas telefónicas que consisten en unos seguimientos que a los pocos días dan su fruto y confirman la detención y encierro de unas personas” (Suita Pérez, ob.cit.,2000:p.595).

3.1. Razonamientos judiciales

Las sentencias del TSE de 15 julio de 1993 y 26 de marzo de 2000³⁴, deciden que no puede renunciarse a investigar la “notitia criminis” fortuitamente descubierta en una pesquisa orientada hacia otro fin, aunque ello torna indispensable una nueva autorización judicial específica o una investigación distinta de que aquélla sea mero punto de arranque (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p. 307)³⁵.

Por otro lado, las sentencias del TCE 49/1996, de 26 de marzo y 41/1998, de 31 de marzo, declaran que la Constitución Española no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva no considere los indicios de infracciones penales que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean diferentes a los hechos integrantes de su pesquisa oficial, siempre que ésta no sea ocupada fraudulentamente para eludir las garantías fundamentales (Fiscal General del Estado, Torres-Dulce Lifante, ob.cit., 2013: p.37)³⁶.

El Auto del Tribunal Constitucional Español, ATC 400/2004, de 27 de octubre, consigna que “pueden ser utilizados los hallazgos casuales producto de escuchas para deducir actuaciones contra los que resultaren implicados en delito grave por las mismas...la

³⁴ La STS de 26 de marzo de 2000 abarca un detallado análisis de los requisitos que deben cumplirse con el propósito de autorizar una medida de intervención telefónica, acentuándose el planteamiento que realiza del “principio de especialidad”, en el sentido que él mismo no se infringe cuando ocurre una “adición o suma” del tipo penal investigado, como sucede en el evento de los hallazgos casuales. Se vulneraría dicho principio cuando se origina una “novación” del delito materia de la investigación. Esto significa que, el principio de especialidad requiere que, al instante, de decretarse una medida de intervención telefónica se delimite el objeto de indagación y que éste no sea desbordado, o dicho en sentido contrario, que no procede autorizar una medida de intervención telefónica para aspirar a averiguar, en general, hechos delictivos sin la apropiada precisión (Marco Urgell, ob.cit., 2010: p.307).

³⁵ Las sentencias del Tribunal Supremo Español 372/2010, de 29 de abril y 818/2011, de 21 de julio, disponen que según el principio de especialidad, no es admisible decretar una intervención telefónica para procurar descubrir, en general, sin la conveniente concreción, actos delictivos, ni extender autorización prácticamente en blanco, siendo imperioso precisar el objeto de la intervención y que éste no se vea sobrepasado (Fiscal General del Estado, Torres-Dulce Lifante, ob.cit., 2013: p. 37)

³⁶ No puede renunciarse a investigar la “notitia criminis” fortuitamente descubierta en una intervención dirigida a otro objetivo, aunque ello requiere una nueva autorización judicial específica, de la que aquélla sea sólo punto de comienzo o impulso. Por tanto, los hallazgos casuales son válidos, pero la prosecución en la investigación de un nuevo delito necesita de una autorización judicial renovada (STS 740/2012, de 10 de octubre) (Fiscal General del Estado, Torres-Dulce Lifante, ob.cit., 2013: p.38).

utilización, en este caso, del hallazgo casual ha resultado plenamente respetuosa con las exigencias que pudieran derivarse del reconocimiento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, puesto que aquél ha sido utilizado como mera “notitia criminis” que se ha hecho llegar inmediatamente al órgano judicial competente, sin que se haya procedido a continuar con unas escuchas que, ya entonces, no hubiesen tenido cobertura en el auto de intervención citado” (Fiscal General del Estado, Torres-Dulce Lifante, ob.cit.,2013:p.38).

4. Conexión objetiva y subjetiva

La doctrina alemana al intentar responder a la interrogante sobre el valor probatorio que debe otorgarse a los hallazgos casuales legítimamente adquiridos, propone una solución razonable y garante del derecho a la intimidad.

El método consiste en analizar el nivel de conexión objetiva y subjetiva, que ha de generarse entre el hecho delictivo directamente investigado, propósito de la medida intrusiva, y el ilícito hallado en forma casual y atribuible al mismo sujeto pasivo de la injerencia o a terceros, primitivamente, no inculcados.

Para ello, el ilícito descubierto casualmente habrá de confrontarse, en primer lugar, con el fundamento de la medida que en su ejecución possibilitó procurarse el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma (Tapia, 2002: p.9).

Por su parte, una vez que el juez adquiera conocimiento del hallazgo casual de un delito diferente al pesquisado, la solución dependerá de que se refiera a un ilícito relacionado con el originalmente averiguado, es decir, de que haya conexidad entre ambos, o, por el contrario, aluda a una infracción penal totalmente autónoma y desligada de la anterior (Alvarez de Neyra Kappler, ob.cit., 2011: p.5)³⁷.

Aquí la conexión se entiende como excepción a la regla general de la apertura de un procedimiento penal independiente para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo. También cabe tener presente, que de acuerdo al art.300 LECri, los delitos

³⁷ Estos nuevos hechos delictivos pueden tener vinculación con la actividad criminal pesquisada, en cuyo caso se trataría de “delitos conexos”, que pueden y deben ser investigados y juzgados en la misma causa, o bien puede apuntar a ilícitos absolutamente autónomos e independientes, surgiendo así propiamente los llamados “hallazgos casuales” (Alvarez de Neyra Kappler, ob.cit., 2011: p.5).

conexos se comprenderán en un solo proceso (Alvarez de Neyra Kappler, ob.cit., 2011: p.5).

Cabe señalar, además, que el art.17 LECri establece los supuestos de conexión, cuando indica “Considerase delitos conexos: Primero. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. Segundo. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. Tercero. Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución. Cuarto. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. Quinto. Los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

4.1. “Caso Malone”

El TEDH, se pronuncia sobre el “Caso Malone”, de 02 de agosto de 1984, en el cual el señor James Malone fue acusado por la justicia inglesa de varios ilícitos concernientes a la manipulación de bienes producto de robo. Se ponen de manifiesto los detalles de una conversación telefónica en que intervino Malone y que fue parte de las respectivas investigaciones policiales. Se determina, luego, que dicha comunicación fue interceptada debido a una orden emitida por el Secretario de Estado del Ministerio del Interior.

El recurrente alega que la interceptación, monitoreo y grabación sobre su línea telefónica, sin su consentimiento era ilegal, incluso si se efectuaba de conformidad con una orden del Secretario de Estado. Añade que sus llamadas telefónicas fueron interceptadas durante años y que la policía mantenía información sobre su persona que sólo era factible obtenerla de las escuchas telefónicas de que era objeto.

El Gobierno inglés en sus descargos, expresó que la única conversación de la que emergió la evidencia en juicio había sido interceptada por la policía en mérito de una orden emanada

del Secretario de Estado para la prevención y detección de delitos y que dicha intervención se desarrolló ajustada plenamente a la ley y a los adecuados procedimientos.

El TEDH posteriormente estableció que el Derecho Inglés permitía la intervención telefónica por mandato del Ministro del Interior, comprendiendo que ese derecho era un conjunto heterogéneo de disposiciones y prácticas administrativas, costumbres y precedentes judiciales.

Sin embargo, el tribunal declaró que se violó el art. 8 del Convenio porque la intervención telefónica no estaba prevista por la ley, pues el Derecho Inglés no consignaba con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad (se entiende administrativa), faltando, por ende, el mínimo grado de amparo legal conminado para la supremacía del Derecho en una sociedad democrática (Montero Aroca, ob.cit., 1999: p.60).

5. Control judicial

En España, la doctrina ha resuelto que si casualmente de la intervención telefónica se descubren nuevos hechos probablemente constitutivos de un delito diferente al investigado inicialmente, pero relacionados con éste, dichas nuevas circunstancias deben ser puestas inmediatamente en conocimiento del Juez Instructor de la causa, a fin de que él mismo dicte la resolución judicial que proceda, bien sea ampliatoria, siguiéndose la investigación en la misma causa, o bien, en caso de evidenciarse un delito totalmente independiente, figura conocida como “novación del objeto penal”, o la participación de una tercera persona, es necesario que se dicte una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e iniciar el correspondiente procedimiento, si concurrieren todos los requisitos necesarios para ello (Marco Urgell, ob.cit., 2008: pp.152-153).

Ahora bien, si al examinar las intervenciones telefónicas, resulta que los antecedentes hallados casualmente evidencian un delito autónomo en forma total e independiente, se origina una novación del objeto penal, debiéndose pronunciar una autorización judicial expresa que faculte la continuación de la escucha tras evaluar los aspectos de

proporcionalidad y competencia y entablar la oportuna causa en la que se persista en una investigación distinta de la que ha sido el simple punto de arranque (Tapia, ob.cit., 2002:p.10).

5.1.” Caso Naseiro”

La jurisprudencia del TSE, ha sostenido en Auto de 18 de junio de 1992, conocido como “Caso Naseiro“, que se declara irregular el mantenimiento de la intervención telefónica, pues se vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse proveído una nueva y expresa autorización judicial, ya que el magistrado, al originarse los hallazgos casuales, debió haber efectuado una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida (Álvarez de Neyra Kappler, ob.cit.,2011:p.7).

Dicho Auto, en esencia, dictaminó la nulidad de las escuchas por medio de las cuales se descubrieron conversaciones reveladoras de una supuesta trama de corrupción que involucraba a don Rosendo Naseiro, administrador del Partido Popular Valenciano y a otros políticos y empresarios.

Los datos sobre esta presunta corrupción fueron detectados de manera casual en el curso de la intervención autorizada para la pesquisa de los indicios de un delito de tráfico de drogas, en el teléfono del hermano de uno de los políticos implicados.

La demora en comunicar al juez el hallazgo, a la vez que éste otorgaba prórrogas de la primera autorización sin verificar que efectivamente se estaban averiguando otros ilícitos y a otros individuos, condujo a la nulidad de las escuchas telefónicas³⁸.

En este evento, se observa la ausencia de cobertura judicial idónea para la intervención y grabación de las comunicaciones telefónicas, a partir del instante en que nace el hallazgo

³⁸ La sentencia del “Caso Naseiro”, contiene una revisión a los requisitos que supeditan la legalidad de las intervenciones telefónicas, desde la etapa inicial-auto motivado, proporcionalidad de la medida con su objetivo, precisión de hechos y de sujetos, cualidades para autorizar prórrogas-, pasando por la fase intermedia que debe estar encabezada por la supervisión judicial del desarrollo de la medida, hasta el período del cese final de ésta: comunicación a los afectados de la práctica y contenido de las grabaciones, la audición por éstos y sus descargos, así como la selección, comparación y ratificación adecuada en el respectivo juicio oral (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, ob.cit., 2010:p.467).

casual de antecedentes de otro delito (cohecho), diferente y extraño al que impulsó la autorización originaria de las escuchas (tráfico de drogas).

5.2. “Caso Nécora”

La STS, conocida como “Caso Nécora”, de 24 de mayo de 1994, se refiere a actividades de narcotráfico, contrabando, delitos tributarios, receptación, en contra de un numeroso grupo de imputados.

En esta causa, se produce la absolución de gran parte de los inculpados ante la debilidad de la prueba de cargo, producto de las irregularidades suscitadas en la instrucción del sumario, que desembocaron en la exclusión de la validez probatoria de un alto porcentaje de las actuaciones, esencialmente vinculadas a las intervenciones telefónicas llevadas a cabo³⁹.

5.3. Otros razonamientos judiciales

Las sentencias del TSE, 167/2010 de 24 de febrero y 110/2010 de 23 de diciembre, consagran que el control judicial de las comunicaciones intervenidas involucra un pronunciamiento que asienta su contenido y, sobre todo, su motivación, a los hallazgos casuales que puedan emerger en el curso de la instrucción (Fiscal General del Estado, Torres-Dulce Lifante, 2013:p.39).

De igual modo, el TCE, en las sentencias 49/1999 y 184/2003, ha sentado los pilares de la doctrina constitucional al establecer los requisitos que debe satisfacer la autorización judicial con el fin de estimar legítima la afectación del art.18.3 CE, que alude a que “se

³⁹ La mencionada sentencia se basa en la carencia de motivación judicial de los autos habilitantes de las escuchas y de sus prórrogas, todo lo cual desencadena una acumulación de faltas de control, difícilmente concomitantes con las garantías de la defensa y con el acatamiento al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, consagradas en los arts. 24.2 y 18.3, ambos de la Constitución Española (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, ob.cit., 2010: pp.466-467).

garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

Así, se ha resuelto que ante hallazgos casuales de indicios de otros delitos es perentoria una nueva autorización inmediata y apertura de actuaciones oportunas⁴⁰.

Por otra parte, la STC 49/1996 de 26 de marzo, apoyándose en sentencias del TEDH, como son el “Caso Klass”, de 06 de septiembre de 1978; “Caso Malone” de 02 de agosto de 1984 y “Caso Kruslin” de 24 de abril de 1990, declara que el control judicial efectivo, en el desarrollo y finalización de la medida de intervención telefónica, es imprescindible para el mantenimiento de la cortapisa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, dentro de los límites constitucionales.

Para cumplir esto, el juez que la autorice debe, en primer lugar, conocer los resultados alcanzados con la intervención, y en el evento que se produzca una divergencia entre la infracción penal objeto de la investigación y el que, de hecho, se investiga, debe adoptar la resolución pertinente, ya que en otra circunstancia, las intervenciones estructurarían una intromisión de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y vida privada(Marco Urgel, ob.cit., 2010: p.339).

⁴⁰ El plazo de la intervención debe amoldarse al mínimo necesario, no superior a un mes inicialmente, y con limitación de las prórrogas sucesivas. A partir de estos requisitos que determinan la licitud de la diligencia intrusiva, la jurisprudencia fija las cualidades para la práctica de las escuchas con el objeto de garantizar el control judicial y el resguardo de los soportes para su cotejo judicial y la posterior audiencia por las partes, de modo que sean acatados los principios de contradicción, inmediatez y oralidad una vez finalizada la interceptación (Sánchez-Ostiz Gutiérrez, ob.cit., 2010: pp. 472 y 473).

CONCLUSIONES

1. La figura de los denominados hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, es comprensiva del surgimiento de hechos delictivos nuevos en el desarrollo de la investigación de un ilícito penal, no cubiertos en la resolución judicial que faculta una medida restrictiva de derechos, o de individuos no investigados en forma inicial, y que emergen cuando tal medida se está desarrollando.
2. Dentro de dicho contexto, en las hipótesis de los hallazgos casuales se origina una tensión permanente, entre el objetivo de eficacia en la persecución penal y el respeto por los derechos fundamentales de las personas, surgiendo a su vez, la necesidad de establecer los parámetros de actuación válida de los órganos de persecución criminal.
3. Tanto en el Derecho nacional como en el Comparado, se concuerda que las interceptaciones o intervenciones telefónicas son medidas instrumentales, restrictivas de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones personales, decretada y llevada a cabo en la etapa de instrucción de un proceso penal por el órgano competente, frente a ciertos imputados o individuos, con el objeto de investigar delitos determinados.
4. Por ende, las características principales de las interceptaciones telefónicas, en nuestro ordenamiento jurídico, se traducen en ser medidas de injerencia o restricción en el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, amparado con rango constitucional; se establecen por ley para la investigación de ilícitos que tengan asignada pena de crimen y justificadas en razón de su gravedad o trascendencia social; son decretadas por el Juez de Garantía, previa petición del Ministerio Público, cuando resultan aptas y necesarias a los fines para los cuales están concebidas; se orientan, dentro de un plazo concreto, en forma principal, hacia el imputado y de manera excepcional en contra de terceros.
5. Corresponde, en consecuencia, al órgano jurisdiccional ponderar adecuadamente los intereses en conflicto y, de esta manera, resolver la conveniencia y proporcionalidad a la gravedad de los hechos dónde la medida haya de ser adoptada, la que, en consecuencia, ha

de deducirse necesaria, idónea y proporcionada a la finalidad legítima que con ella se persigue.

6. De esta manera, en Chile, el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, en vista de un ilícito que tenga contemplada pena de crimen y en el curso de una investigación penal, permite que se realice el registro de llamadas por medio de la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado o de terceros, por el tiempo adecuado para adquirir la pre-constitución de la prueba del delito y la participación de su autor.

7. En nuestro país no se ha propiciado un adecuado desarrollo dogmático-jurisprudencial de los hallazgos casuales en lo que atinge a la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas.

8. En cambio, en España, se ha estructurado, una sólida doctrina y jurisprudencia sobre los hallazgos casuales en materia de intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, en atención a la posibilidad de conceder o prescindir de eficacia probatoria a las pruebas que se hayan obtenido, restringiendo, en algunas situaciones, los derechos o libertades fundamentales de los individuos.

9. Así las cosas, el pensamiento jurídico español, en aplicación del principio de especialidad, sostiene que no deben reputarse inadmisibles las intervenciones telefónicas debidamente autorizadas que posibilitan una condena por un delito distinto al inicialmente investigado, siempre que se hayan respetado las garantías constitucionales y legales exigidas, entendiéndose que puede calificarse de prueba ilícita la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales.

10. Además en España, el Tribunal Supremo, estima que para la admisibilidad del hallazgo casual, en materia de intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, éste debe ser comunicado por la policía inmediatamente al órgano judicial competente, para que puedan ser empleados como sospecha o “notitia criminis” y se produzca el inicio de una nueva causa.

11. Es asimismo, indispensable la suficiente motivación judicial para la autorización de las escuchas y de sus prórrogas, con la finalidad que se respeten las garantías de la defensa y el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones.

12. Lo pertinente, por tanto, sería la ampliación judicial de la intervención, no impidiendo esto que la información obtenida pueda servir, de manera lícita, como sospecha o “notitia criminis”, y permita, en consecuencia, el comienzo de una nueva investigación.

13. De igual modo, el Tribunal Constitucional Español, expone que ante la presencia de hallazgos casuales de indicios de otros delitos, durante el desarrollo de la diligencia de intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, es perentoria una nueva autorización judicial y apertura de oportunas diligencias.

14. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la eventual admisión de los hallazgos casuales, esgrime que la intervención telefónica debe estar contemplada específicamente en la ley de cada país, y consignarse con claridad suficiente el alcance y los modos de ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad, que afecta a la vida privada de las personas.

15. Nuestro legislador se refiere a los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal.

16. De esto se infieren dos hipótesis, la primera que alude a que de la interceptación telefónica aparezcan informaciones relevantes para otros hechos que pueden ser castigados con pena de crimen; y la segunda que atinge al caso que de dicha actuación e informaciones, los hechos no ameriten sanción de crimen.

17. Sólo en el primer evento, el legislador ha regulado expresamente la validez de esta prueba, así como la posibilidad de ser empleada en la nueva investigación.

18. Sin embargo, puede acontecer que de la interceptación de un número telefónico surjan informaciones relevantes para otros hechos que no tengan asignada pena de crimen.

19. En dichos acontecimientos, el legislador, si bien, no establece el uso de las grabaciones como medio de prueba, es factible enunciar que aquellas, como mínimo, podrán dar inicio a una nueva investigación.

20. Al respecto, algunas respuestas posicionadas en el Derecho Comparado, especialmente el sistema español, han sido recogidas en el pensamiento jurídico nacional.

21. En tal sentido, la jurisprudencia chilena, ha reconocido validez a los hallazgos casuales emanados de interceptaciones telefónicas sobre una tercera persona, por cuanto de ellas se generaron antecedentes que suscitaron el descubrimiento de un delito distinto.

22. De igual manera, se sostiene que la medida intrusiva debe ser controlada judicialmente, con la finalidad de respetar los derechos fundamentales de las personas afectadas con la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas.

23. Se ha resuelto, también, en Chile que se debe apreciar lo consagrado en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal, el cual faculta el empleo de informaciones relevantes, contenidas en las interceptaciones de comunicaciones, para otros procedimientos seguidos por hechos que pudiesen configurar un delito que amerite sanción de crimen, pues el citado cuerpo legal al utilizar el vocablo “procedimiento” no diferencia entre aquellos ya iniciados y los que de esa información lleve a iniciar una nueva causa.

24. En vista de lo expuesto, podemos concluir que en Chile tienen cabida las hipótesis contenidas en los principios aplicables en el Derecho Comparado, como son, el de la especialidad, proporcionalidad, sospecha o “notitia criminis”, conexión objetiva y subjetiva y control judicial, lo que permite considerar a los hallazgos casuales en la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas como criterio de admisibilidad probatoria.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

- 1.-Bonet Navarro, José (2009): *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, España.
- 2.-Cafferata Nores, José I.; Montero Jorge; Vélez, Víctor M. et al. (2003): *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.
- 3.-Hernández Basualto, Héctor (2002): *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, en Colección de Investigaciones Jurídicas, N°2, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.
- 4.-Horvitz Lennon, María Inés (2003): *Procedimiento Ordinario por Crimen o Simple Delito de Acción Penal Pública*, en *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 5.-López Masle, Julián (2004): *La Prueba*, en *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 6.-Mini Massoni, Mario (2005): *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.
- 7.-Montero Aroca, Juan (1999): *La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal (Un Estudio Jurisprudencial)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- 8.-Real Academia Española (2014): *Diccionario de la Lengua Española, 300 años*, Vigésimo Tercera Edición, Tomos I y II, Editorial Espasa, Madrid.
- 9.-Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (2010): *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Editorial La Ley, Madrid.
- 10.-Tavolari Oliveros, Raúl (2005): *Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 11.-Torres Morato, Miguel Ángel (2007): *La Prueba Ilícita Penal, Estudio Jurisprudencial*, Editorial Thomson Aranzadi, Madrid.
- 12.-Zapata García, María Francisca (2004): *La Prueba Ilícita*, 5ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

II. TESIS DOCTORAL

- 1.-López Yagues, Verónica (2001): *La Inviolabilidad de las Comunicaciones con el Abogado Defensor como Garantía del Derecho de Defensa*, en Tesis Doctoral, José María Asencio Mellado (dir.), Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, pp.1-842.

2.-Marco Urgell, Anna (2010): *La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas: Grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*, en Tesis Doctoral, Rafael Rebollo Vargas (dir.), Facultad de Derecho, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, pp.1-522.

III. TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

1.-Marco Urgell, Anna(2008):*Análisis Jurisprudencial del Derecho al Secreto de las Comunicaciones(art.18.3 C.E.*, en Trabajo de Investigación de Doctorado, Rafael Rebollo Vargas(dir.),Facultad de Derecho, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, pp.1-195.

IV. MEMORIA DE PRUEBA

1.- Pastén Pérez, Dagoberto(2005): *Régimen Jurídico de las Medidas de Interceptación de las Comunicaciones Telefónicas previstas en el Código Penal*, en Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, pp.1-138.

V. ARTÍCULOS

1.-Alvarez de Neyra Kappler, Susana (2011):“Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*,Nº2, Madrid,pp.1-69.

2.-Cerdeira San Martín, Rodrigo (2010):“La Prueba Ilícita y su Exclusión”, en *Revista de Justicia Penal*, Librotecnia, Santiago, pp.99-176.

3.-Fernández Espinar, Gonzalo (1993):“El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, en *Boletín* núm.1678, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, pp.114-135.

4.-Gómez Colomer, Juan Luis(2009):”Prueba prohibida e interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles”, en “Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Penal* 2008,Universidad de Friburgo, Suiza, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Hurtado Pozo, José (director) y García Caveró, Percy (coordinador),Lima,pp.145-188.

5.-González González, Lionel (2010):“La Regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, Sao Paulo, Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Nº85,año 18,pp.1-39.

6.-Gullock Vargas, Rafael (2008):”Las Intervenciones Telefónicas (con jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Tribunal de Casación Penal, Tribunal Constitucional y

Tribunal Supremo Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Revista Poder Judicial de Costa Rica*, Escuela Judicial, pp.1-105.

7.-Manzano Sousa, Manuel (1997):“La Interceptación Legal de las Telecomunicaciones en la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Militar*,Nº69,Enero-Junio, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pp.39-122.

8.-Marcazzolo Awad, Ximena (2008):“Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N°34, Santiago de Chile, pp.150-158.

9.- Meneses Pacheco, Claudio (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 14, N°2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp.43-86.

10.-Suita Pérez, Nora (2000):“Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal”, en “La Prueba en el Proceso Penal”, *Revista General de Derecho*, Pedro Martín García (coord.), Madrid, pp.585-598.

11.-Torres-Dulce Lifante, Eduardo, Fiscal General del Estado (2013):“Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas”, en *Circular* 1/2013, Fiscalía General del Estado, Madrid, pp. 1-145.

12.-Zavidich Diomedi, Carolina (2010):“Restricción a las Comunicaciones Telefónicas en la Ley de Drogas Chilena”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°44, Santiago de Chile, pp.146-161.

13.-Zavidich Diomedi, Carolina (2011):”Prueba Ilegal-Exclusión-Escuchas Telefónicas”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°48, Santiago, pp.125-136.

VI.COLABORACIÓN EN OBRAS COLECTIVAS

1.-Ambos, Kai (2008):“Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en *Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Juan Luis Gómez Colomer (coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.325-360.

2.-Ramírez Guzmán, María Cecilia (2001):”Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Volumen II, Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez De la Torre(directores),Adán Nieto Martín(coord.),Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha,pp.531-550.

VII. JURISPRUDENCIA

1.-CHILE

i) Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008 (2008), tráfico ilícito de drogas.

ii) Sentencia Causa 90/2012, Resolución N°7421, Corte Apelaciones Rancagua, 29 marzo (2012), tráfico ilícito de drogas.

2.-ESPAÑA

I) TRIBUNAL SUPREMO

- i) Auto (1992), 18 junio, “Caso Naseiro”, delito contra la salud pública y corrupción.
- ii) Sentencia (1993), 18 junio, delito contra la salud pública.
- iii) Sentencia (1993), 15 julio, delito contra la salud pública.
- iv) Sentencia (1994), 24 mayo, “Caso Nécora”, delito contra la salud pública, receptación, blanqueo de capitales.
- v) Sentencia (1994), 11 octubre, delito contra la salud pública.
- vi) Sentencia (1994), 31 octubre, delito contra la salud pública.
- vii) Sentencia (1995), 24/20 febrero, delito contra la salud pública.
- viii) Sentencia (1998), 19 enero, delito contra la salud pública.
- ix) Sentencia (1998), 11 mayo, delito contra la salud pública.
- x) Sentencia (1998), 23 octubre, delito contra la salud pública.
- xi) Sentencia (2000), 26 marzo, delito contra la salud pública.
- xii) Sentencia (2010), 167/24 febrero, delito contra la salud pública.
- xiii) Sentencia (2010), 372/29 abril, delito robo con intimidación, lesiones, detención ilegal.
- xiv) Sentencia (2010), 110/23 diciembre, delito contra la salud pública.
- xv) Sentencia (2011), 818/21 julio, delito contra la salud pública.
- xvi) Sentencia (2012), 740/10 octubre, delito contra la salud pública.

III) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- i) Sentencia (1996), 49/26 marzo, Recurso de Amparo, delito contra la salud pública.
- ii) Sentencia (1998), 41/31 marzo, Recurso de Amparo, delito contra la salud pública.
- iii) Sentencia (1998), 81, Recurso de Amparo, delito contra la salud pública.
- iv) Sentencia (1999), 49, Recurso de Amparo, delito contra la salud pública.
- v) Sentencia (2003), 184, Recurso de Amparo, delito contra la salud pública.
- vi) Auto (2004), 400/27 octubre, Recurso de Amparo, delito de fraude.

3.-TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS

- i) Caso Klass (1978), 06 septiembre, infracción ley al secreto de las comunicaciones.
- ii) Caso Malone (1984), 02 de agosto, delito de receptación.
- iii) Caso Kruslin (1990), 24 de abril, delito de homicidio.

VIII. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

1. Tapia, Juan Francisco (2002): "Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales ¿o causales?", en *Revista Pensamiento Penal*, disponible www.pensamientopenal.com.ar.

2. Portal Académico de la Universidad de Valparaíso, Información Académica, Vlex Global, disponible en www.portal.uv.cl y en www.Vlex.com/jurisdictions/CL, versión generada por el usuario jose.espinosa@postgrado.uv.cl.



00182325

MAG
E77h
2015

CB 00182325

R- 17747

AUTOR Espinoza Rodriguez, José A.

TÍTULO Los hallazgos casuales en la
diligencia de interceptación y ...

| NOMBRE DEL LECTOR | Fecha devol. |
|-------------------|--------------|
|-------------------|--------------|

Reg. 17747

ESpinoza Rodriguez, José Andrés
Los hallazgos casuales en la diligencia de
interceptación y grabacion de comunicaciones
telefónicas como criterio de admisibilidad
probatoria

CB 00182325