

# ¿Constituye prueba ilícita la grabación de una conversación entre particulares? Bases para una discusión

"...El problema se centra en el soporte, no en el contenido mismo de la conversación: si alguno de los partícipes, por el motivo que fuera, deseara voluntariamente revelar hechos delictivos tratados en una reunión al Ministerio Público, nadie cuestionaría la licitud de esa declaración. Por ello, si se busca defender la distinción entre una grabación y una develación, deberán indicarse los fundamentos para su tratamiento diferenciado..."

Martes, 21 de noviembre de 2023 a las 18:55



Carlos Correa



Mauricio Duce



A<sup>-</sup>

A<sup>+</sup>

Imprimir

Enviar

## Carlos Correa y Mauricio Duce

La noticia de la semana ha sido la filtración a la prensa de un extenso audio que contiene el registro de una reunión sostenida entre el abogado Luis Hermosilla, el empresario Daniel Sauer y la abogada Leonarda Villalobos. El registro daría cuenta de la supuesta existencia de pagos a funcionarios del Servicio de Impuestos Internos (SII) y de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) en el marco de investigaciones seguidas por esta última contra Sauer.

Una de las principales preguntas que ronda al caso es si acaso la grabación filtrada puede o no ser utilizada en el proceso penal que se acaba de iniciar, como prueba. Al respecto, el abogado Hermosilla sostuvo en una reciente declaración pública lo siguiente: *"Aunque es obvio, hay que señalar que nuestro sistema legal niega validez a las pruebas obtenidas en forma ilícita"*. Lo anterior, al tenor de la ley procesal, es evidente. Nuestra legislación procesal

penal considera que las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, en principio, serán excluidas del juicio. Sin embargo, lo que no resulta tan obvio, como se pretende mostrar, es que en este caso el audio filtrado efectivamente lo sea.

Para dar respuesta a esta pregunta se requiere analizar distintos problemas vinculados al tratamiento de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en el proceso penal. Lamentablemente, la falta de antecedentes de hecho suficientes en este momento para determinar fehacientemente la forma en

la cual dicha conversación fue registrada y posteriormente filtrada a los medios de comunicación nos impide dar una respuesta categórica a varios de estos asuntos y nos obliga a plantear varios escenarios.

Un primer problema dice relación con el origen de la prueba cuestionada. Si la grabación fue registrada voluntariamente por uno de los partícipes de la reunión, como pareciera ser el caso, las consecuencias que de ello se siguen serán distintas a si esta fue obtenida —sin autorización judicial— por agentes estatales. En este último caso, no cabría duda de que la prueba ha sido obtenida mediante infracción de garantías y, por ello, será ilícita y, en principio, excluible. Lo mismo sucedería si el particular que aparentemente registró la conversación fue utilizado por un agente estatal como un medio para obtener dicha información. Enfatizamos, en ambas hipótesis el problema se da si no se cuenta con una autorización judicial. Con la información disponible hasta ahora nada indica que estaríamos ante dichas tesis.

Fuera de estos casos, tratándose simplemente de la obtención (y filtración) de prueba por parte de un particular, actuando este voluntariamente, la respuesta no es tan evidente. Una primera variable a considerar sería si el particular actuó como partícipe en esta reunión o es un tercero ajeno a ella. La Corte Suprema ha señalado que para que la grabación y difusión sea constitutiva de la figura prevista en el artículo 161 A del Código Penal se requiere que sea realizado por un tercero distinto a aquél a quien la víctima de la divulgación reveló los hechos. Si es que no se trata de un tercero, estaríamos en presencia de un problema de indiscreción y no de protección a la privacidad (intromisión), no mereciendo tal conducta un reproche de carácter penal (Corte Suprema, 21 de agosto de 2013, causa rol N° 8393-2012, considerandos 7º y 8º). En este escenario no habría mayores problemas para que esa grabación pudiera ingresar como prueba en el proceso penal.

El caso se complejiza si es que la grabación y filtración fue realizada por un particular que es un tercero no partícipe de la conversación. La respuesta a la pregunta de si dicha prueba puede ser utilizada o no dependerá en este caso centralmente de la concepción que se tenga acerca de la función que desempeña la exclusión de prueba ilícita en el proceso penal.

Si se considera —como un sector de la doctrina y la jurisprudencia afirma— que la exclusión busca disuadir a policías de cometer futuras infracciones de garantías al momento de obtener prueba, la respuesta nuevamente pareciera ser sencilla: la prueba —al haber sido obtenida por un particular y no por un agente estatal— será lícita, independiente de otros factores. Si, por el contrario, como afirman varios autores y un sector importante de la jurisprudencia, la prueba ilícita busca satisfacer un fin ético, destinado a resguardar a los ciudadanos frente a infracciones de garantías, la respuesta podría ser distinta: una sentencia que se sustente en prueba obtenida con inobservancia de garantías, incluso por particulares, carecerá de la legitimidad suficiente para imponer válidamente una condena. Dicha concepción permitiría, *a priori*, excluir la prueba cuestionada.

Bajo esta última premisa resultará todavía necesario resolver si la grabación obtenida por un particular, de manera subrepticia (siendo un tercero), infringe o no una garantía fundamental (derecho a la privacidad e intimidad, paradigmáticamente). Nuestra legislación procesal penal no permite la exclusión de cualquier prueba que haya emanado de un acto meramente ilícito, sino solo en la medida de que en la obtención de dicha prueba se haya producido inobservancia de garantías fundamentales. Se trata de parámetros diferentes de análisis que no son coincidentes, según la Corte Suprema ha aclarado en un caso análogo laboral (Corte Suprema, 12 de abril de 2018, causa rol N° 35.159-2017). En otras palabras, deberán los tribunales determinar si existe una legítima expectativa de privacidad afectada.

Aún en ese evento, esa grabación igualmente podría ser admitida a prueba en el juicio si es que se considera que cae en algunas de las hipótesis de excepción a la exclusión de prueba reconocidas jurisprudencialmente por nuestros tribunales superiores —nos referimos a las excepciones conocidas como buena fe, fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado—.

De lo que no pareciera quedar duda es que en este caso el problema se centra en el soporte, no en el contenido mismo de la conversación: si alguno de los partícipes, por el motivo que fuera, deseara voluntariamente revelar hechos delictivos tratados en una reunión al Ministerio Público, nadie cuestionaría la licitud de esa declaración. Por ello, si se busca defender la distinción entre una grabación y una develación, deberán indicarse los fundamentos para su tratamiento diferenciado.

Por otro lado, y aun en caso de que se determine que la grabación efectivamente constituye una prueba obtenida con inobservancia de garantías: ¿se encuentra el Ministerio Público y otros organismos públicos impedidos de indagar acerca de las conductas develadas? Desde luego que no: existiendo ya investigaciones en curso —como pareciera desprenderse del audio— por parte de la SII y la CMF, toda la evidencia ya obtenida con anterioridad a la filtración, y aquella que no tenga su origen en el contenido mismo del audio, no podrá ser considerada ilícita en un proceso penal, operando en este caso la llamada “doctrina de la fuente independiente”, reconocida por nuestros tribunales. Un fiscal diligente procurará obtener su prueba desde fuentes no contaminadas, evitando con ello las consecuencias que una eventual exclusión de prueba por ilicitud pudiera generarle para el éxito de su investigación.

Por último, el recurso al secreto profesional, como un argumento para impedir que dicho registro sea susceptible de ser utilizado en un proceso penal, no pareciera ser un argumento convincente. Nuestro legislador no le concede una protección especial a la relación abogado-cliente cuando el primero es partícipe o imputado por los delitos investigados. Este criterio se ha manifestado expresamente tratándose de la regulación de las interceptaciones telefónicas en el artículo 222 inciso tercero del Código Procesal Penal (CPP).

En la misma dirección, el artículo 220 del CPP que, en principio, impide la incautación de comunicaciones entre imputados y abogados, como también de las notas que estos toman de ellas, hace una excepción tratándose de abogados que estuvieran a la vez imputados por el hecho investigado. Se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece protecciones adicionales a los abogados cuando estos están involucrados en la comisión de los delitos investigados y, por lo mismo, la invocación del secreto profesional como razón para impedir al acceso a esta información no es válida.

Lo que no admite discusión es que los audios filtrados —por si solos— no prueban la realización de conducta delictiva alguna. Sin lugar a duda constituyen una información que amerita el inicio de una investigación penal, ya que los hechos relatados a todas luces son de enorme gravedad, en cualquiera de las interpretaciones posibles que se hagan de ellos. Será labor del Ministerio Público, en las semanas que vienen, indagar la efectividad de los hechos descritos. Ese es, sin duda, el mayor desafío que presenta este caso.

\* Carlos Correa Robles es profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez y Mauricio Duce Julio es profesor de la Universidad Diego Portales.

**0 Comentarios** **Mauricio Duce** ▾

Sé el primero en comentar...

**Comparte****Mejores****Más recientes****Más antiguos**

Sé el primero en comentar.

**Suscríbete****Política de Privacidad****No vendan mis datos**

---

**EL MERCURIO**

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online