

¿AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA FOTOGRAFÍAS O
FILMACIONES EN LUGARES PÚBLICOS?
A PROPÓSITO DE UN FALLO ACERCA DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 226 DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

A propósito de una sentencia que excluyó como prueba del Ministerio Público ciertas filmaciones de un hecho con caracteres de delito que se ejecutó en un lugar público, por supuesta vulneración del artículo 226 del Código Procesal Penal, el autor, criticando dicha resolución judicial, examina el sentido de la citada disposición. Después de desentrañar su alcance, concluye, a pesar de lo que la literalidad de la norma pudiera sugerir, que no es necesario contar con autorización judicial previa para filmar o fotografiar hechos que ocurren en lugares públicos o abiertos al público. A su juicio, sólo si los hechos que se filman o fotografían suceden en lugares privados, es necesario contar con autorización judicial, la que únicamente podría otorgarse cuando tales hechos merecen pena de crimen.

PALABRAS CLAVE: Lugar abierto al público – Artículo 226 CPP. – Exclusión de prueba – Fotografías – Filmaciones – Artículo 276 CPP. – Derecho a la intimidad.

ABSTRACT

Based on a decision that excluded as a Public Ministry's proof certain film shootings of an event of a criminal nature in a public place –because of an allegedly breach of Art. 226 of the Criminal Code– the author, criticizing such a decision, discusses the sense that decision might have. After determining its scope, he concludes that, despite the literal wording the regulation could suggest, it is not necessary to be judicially authorized prior to filming or photographing events occurring in public places. In his opinion, only if those events shot or photographed occur in private places, it is necessary to be judicially authorized, and such authorization could be granted only if such events deserve criminal punishment.

KEY WORDS: Public place – Article 226 of the Criminal Code – Exclusion of evidence – Photographs – Film shootings – Article 276 of the Criminal Code – Right to intimacy.

* Profesor de Derecho Penal. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: guillermo.oliver@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

En una sentencia de fecha 22 de diciembre de 2004, la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó una resolución del Juzgado de Garantía de Los Andes, que en audiencia de preparación de juicio oral, excluyó como prueba ofrecida por el Ministerio Público filmaciones efectuadas por la policía de ciertas operaciones de transacción de droga que tuvieron lugar en una plaza pública de esta última ciudad, por no haberse obtenido previamente autorización judicial, en una investigación por infracción a la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, N° 19.366¹. El fallo de la Corte, que a continuación se transcribe, invita a reflexionar acerca de algunos aspectos que pueden resultar problemáticos.

“Valparaíso, veintidós de diciembre de dos mil cuatro

Visto y oído lo expuesto por los intervinientes en la audiencia, atendido el mérito de los antecedentes y teniendo únicamente presente:

Primero: Que el artículo 226 del Código Procesal Penal señala, expresamente, que cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el Juez de Garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Segundo: Que de lo expuesto en la motivación precedente, se infiere, inequívocamente, que la ley, en los casos en que la investigación verse sobre un hecho punible que merezca pena de crimen, requiere la autorización del Juez de Garantía para obtener fotografías, filmaciones u otros medios de filmación de imágenes tendientes a esclarecer los hechos, para lo cual, ninguna distinción ha hecho el legislador en que tales medios probatorios se obtengan en un lugar público o en un lugar privado.

Por lo expuesto y disposición legal citada, se confirma la resolución apelada dictada en la audiencia de veintinueve de noviembre del dos mil cuatro, escrita a fojas 1 de esta carpeta, en cuanto excluyó parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Devuélvase. RUC 0400003024-K. Número Ingreso I. Corte 904-04”

II. SENTIDO DEL ARTÍCULO 226 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Una primera cuestión a dilucidar es el sentido del artículo 226 del Código Procesal Penal. Esta disposición establece que “cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos. Asimismo, podrá disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes. Regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225”. Nos parece que para precisar el alcance de este precepto, es necesario relacionarlo con otros. Por un lado, con el inciso tercero del artículo

¹ La ley N° 19.366 fue después sustituida por la ley N° 20.000, publicada en el *Diario Oficial* de 16 de febrero de 2005.

80 A de la Constitución Política de la República, que en su parte pertinente señala que “*el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa*”. Por otro, con el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que repite el texto que se ha transcrito del artículo 80 A de la Carta Fundamental. Finalmente, con el artículo 9 del Código Procesal Penal, que en su parte pertinente señala que “*toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa*”, agregando que “*cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía*”.

Un análisis de las citadas disposiciones nos permite concluir que la autorización judicial previa se requerirá solamente cuando se realizare una actuación que privare a un sujeto de los derechos que la Constitución asegura o los restringiere o perturbare. La regla general, entonces, es que el Ministerio Público no necesita autorización judicial para realizar actuaciones y diligencias de investigación. Excepcionalmente, debe solicitarla cuando se priven, restrinjan o perturben derechos previstos en la Carta Fundamental. Así las cosas, cuando el artículo 226 del Código Procesal Penal señala que el juez de garantía puede en ciertos casos ordenar, a petición del Ministerio Público, fotografías, filmaciones u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos, creemos que lo que hace es confirmar la regla en esta materia, es decir, que debe contarse con autorización judicial para practicar esta diligencia, sólo si afecta algún derecho protegido por la Constitución, como ocurriría, por ejemplo, cuando la captación de imágenes tenga lugar en un recinto privado y en forma subrepticia². Reafirma esta conclusión el hecho de que el artículo 181 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo, permite realizar toda clase de fotografías, filmaciones y otros medios de reproducción de imágenes, sin limitación alguna.

² Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, N° 2, año 2002), p. 99, nota 199: “En rigor, el art. 226 se refiere a “la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos”, pero tanto la referencia siguiente a la grabación de comunicaciones entre personas presentes como la limitación a la investigación de hechos que merezcan la pena de crimen y la remisión a las reglas de los artículos 222 a 225, en circunstancias que tales operaciones técnicas constituyen diligencias normales de investigación (cfr. artículos 181 inciso segundo y 323), demuestran inequívocamente que *se trata de fotografías, filmaciones o grabaciones que afectan en alguna medida la esfera de intimidad de las personas*” (las cursivas son nuestras). Cfr también HORVITZ LENNON - LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I, pp. 532 y s. En el mismo sentido, puede verse sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de fecha 5 de septiembre de 2003, en causa RUC 0200027997-0, RIT 55-2003, considerando 31°.

III. RAZÓN DE LA EXISTENCIA DEL ARTÍCULO 226 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Podría alguien preguntarse, con todo, cuál sería la razón de la existencia del artículo 226 del citado Código, si para concluir lo que se ha señalado bastaba con las otras disposiciones aludidas. Pensamos que la clave está en la referencia que este precepto hace a los hechos punibles que merezcan pena de crimen. En efecto, creemos que lo que subyace tras esta frase es la idea del legislador de permitir que se practiquen diligencias de investigación tan invasivas de la intimidad de las personas como fotografías y filmaciones que afecten derechos constitucionales del imputado o de un tercero, sólo en casos muy graves –crímenes– y, por supuesto, siempre que se cuente con la correspondiente autorización judicial. Nos parece que un análisis de la historia fidedigna del establecimiento del mencionado precepto legal abona esta tesis. La norma contenida en su texto es idéntica a la propuesta en su momento por el Ejecutivo, salvo en cuanto se reemplazó la expresión “*pena afflictiva*” y la denominación “*juez de control de la instrucción*” por las frases “*pena de crimen*” y “*juez de garantía*”, respectivamente. Pero había sido rechazada por la Cámara de Diputados, entre otras razones, en consideración de errores y abusos que en esta materia se habrían cometido, agregándose que estas medidas debían otorgarse excepcionalmente, sólo para ciertos delitos, como terrorismo, narcotráfico, etc. La norma fue finalmente repuesta, con las modificaciones apuntadas³.

En consecuencia, pensamos que el Ministerio Público puede siempre, dentro de las investigaciones que lleve adelante, tomar fotografías, filmaciones o emplear otros medios de reproducción de imágenes, cualquiera sea la pena que corresponda al hecho punible. Excepcionalmente, si tales diligencias afectan derechos constitucionales del imputado o de un tercero –lo cual no ocurrirá si los hechos que se captan suceden en lugares públicos o acaecen en recintos privados de libre acceso al público, o si el propio afectado ha dado su consentimiento para ser fotografiado o filmado⁴–, debe contarse con autorización judicial previa, la cual únicamente debería concederse si el hecho se encuentra sancionado con pena de crimen.

IV. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 226 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Cosa muy distinta de lo ya señalado es la determinación del efecto del incumplimiento de lo observado en la citada disposición. En otras palabras, si acaso la toma de fotografías o filmaciones o la utilización de otros medios de reproducción de imágenes por parte del Ministerio Público, sin autorización judicial, necesariamente debe conducir a la exclusión de tales medios en la audiencia de preparación de juicio oral. Creemos que una cosa no conduce inevitablemente

³ Cfr. PFEFFER URQUIAGA, *Código Procesal Penal anotado y concordado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), pp. 239 s.

⁴ En contra, puede verse sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 2 de marzo de 2004, rol IC 22-2004, considerando 5º, que en fallo dividido sostuvo que carece de relevancia el hecho de que los afectados manifiesten su consentimiento en ser fotografiados y que lo único válido (sic) es la autorización del juez de garantía.

a la otra. Una infracción legal –dando por válida la equivocada premisa de que filmar o fotografiar hechos en investigaciones por crímenes sin previa autorización judicial importe siempre infringir el artículo 226 del Código Procesal Penal, aun cuando los hechos ocurran en lugares públicos, dado que la disposición no efectúa distingo alguno– no es razón suficiente para excluir la prueba obtenida⁵. El inciso tercero del artículo 276 del citado Código exige para ello que las pruebas a excluir hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales⁶. En consecuencia, es esta inobservancia y no el incumplimiento de disposiciones legales lo que justifica tan drástica sanción, que priva al ente persecutor de la posibilidad de rendir prueba en el juicio oral⁷.

En el caso planteado, no existía afectación alguna de garantías fundamentales. El hecho de que los sucesos filmados hayan tenido lugar en una plaza pública, a plena luz del día y frente a un establecimiento educacional, impide sostener que al capturarlos en una película se haya vulnerado la intimidad o la vida privada de quienes participaron en ellos. Por lo tanto, no había razón que justificara la exclusión de dichas pruebas. Máxime, si no había sido declarada nula la diligencia en la que se obtuvieron. Con su proceder, el fallo de la Corte, a nuestro juicio, equivocadamente, ha identificado infracción legal con vulneración de garantías fundamentales.

A lo anterior debe agregarse lo perjudicial que para la persecución penal resulta el fallo en análisis. Piénsese, por ejemplo, en las filmaciones que se realizan a través de cámaras de vigilancia en las calles de muchas ciudades del país, en estadios y recintos deportivos, en el interior de bancos e instituciones financieras, en cajeros automáticos, etc. Si cada vez que dichas cámaras filmen hechos constitutivos de homicidios, violaciones, robos con violencia o intimidación en las personas u otros crímenes, las películas obtenidas van a ser excluidas por no haberse otorgado previamente autorización judicial, la persecución de los delitos se verá fuertemente obstruida, sin una razón sustancial que lo justifique. No creemos que esto haya sido un objetivo de la Reforma Procesal Penal.

V. CONCLUSIONES

De todo lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. No procede excluir prueba ofrecida por el Ministerio Público por haberse infringido la ley en su obtención, si no se han afectado garantías fundamentales del imputado o de un tercero.

2. No se produce una afectación de dichas garantías cuando se filman o fotografían hechos que suceden en lugares públicos –como calles, playas o plazas– o

⁵ En este sentido, cfr. ZAPATA GARCÍA, *La prueba ilícita* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2004), p. 40.

⁶ O que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.

⁷ Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La exclusión de la prueba ilícita*, cit. (n. 2), pp. 51 s., y especialmente pp. 68 s. En este sentido, cfr. también sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 8 de noviembre de 2004, rol IC 540-2004, RUC 0400290610-K, considerando 6°.

en recintos privados de libre acceso al público –como bancos e instituciones financieras– o cuando el titular de tales garantías presta su consentimiento para ser fotografiado o filmado, en este último caso, cualquiera sea el lugar en que ocurra el hecho. En todas estas situaciones el Ministerio Público no necesita autorización judicial previa, cualquiera sea la pena del hecho punible investigado, resultando improcedente excluir la prueba así obtenida.

3. Se verifica un atentado contra las señaladas garantías cuando se filman o fotografían, subrepticamente, hechos que ocurren en lugares privados. En estos casos el Ministerio Público requiere autorización previa del juez de garantía, quien debería concederla sólo frente a hechos que merezcan pena de crimen, siendo procedente la exclusión de la prueba obtenida sin tal autorización.

4. La resolución analizada de la Corte de Apelaciones, sin justificación razonable, ha confirmado la exclusión de una prueba en cuya obtención no se infringió el artículo 226 del Código Procesal Penal, en el sentido que le atribuimos, y tampoco concurrió el supuesto de procedencia de la exclusión de prueba del inciso tercero del artículo 276 del mismo Código, al no haberse vulnerado garantías fundamentales.

[Recibido el 4 y aceptado el 18 de abril de 2006].