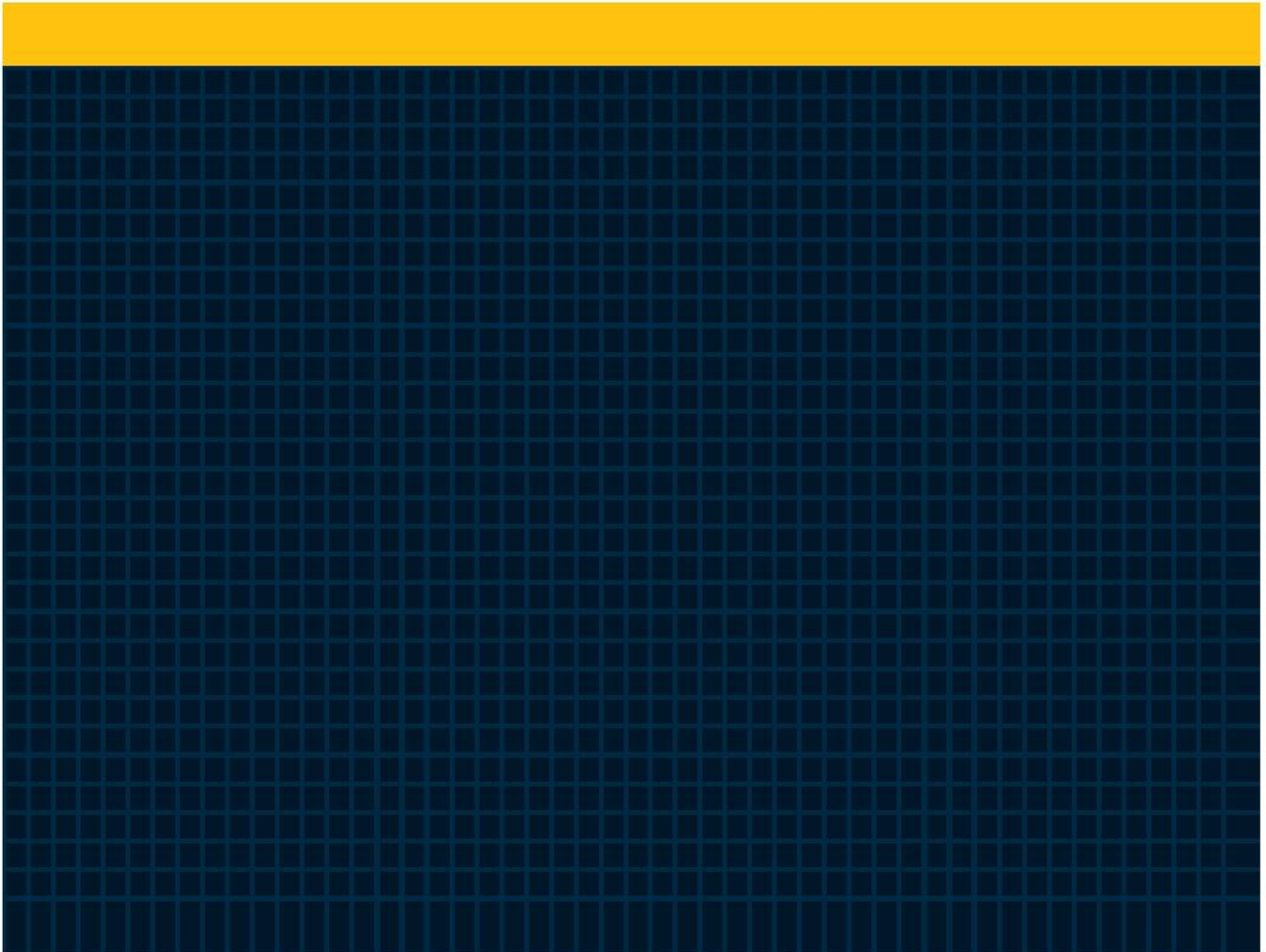


ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°60 - SEPTIEMBRE 2014



LAS INTERCEPTACIONES DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Alejandro Ivelic Mancilla¹

I. Introducción

Con el objetivo de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado de Chile al suscribir en el año 2000 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llamada también Convención de Palermo, nuestro país incorporó la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas en la Ley 20.000 y en otras leyes penales especiales que nacieron al alero de la Convención de Palermo. En efecto, dicha Convención fue producto de la voluntad política de la comunidad internacional para abordar un problema mundial (criminalidad organizada) con una reacción mundial. Consciente la comunidad internacional del peligro que para la civilización representa la criminalidad organizada *“cada vez en mayor número y con armas más potentes”*², fue aprobada esta Convención cuyo propósito fue promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional³. En su artículo 20, la convención insta a los Estados a la utilización de ciertas técnicas investigativas con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada, dentro de las cuales se encuentra la vigilancia electrónica⁴.

- 1 Subdirector de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Prefacio Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional [en línea]. Disponible en: http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/tratados-internacionales/convencion_naciones_unidas_contra_la_corrupcion_decreto_supremo_n375.pdf [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2014].
- 3 Artículo 1 de la Convención, ob. cit.: *“El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”*.
- 4 Artículo 20 número 1 de la Convención, ob. cit.: *“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”*.

De esta manera, mediante el reconocimiento en nuestro derecho interno de estas técnicas de investigación para hacer frente a la criminalidad organizada y la tipificación de nuevos delitos y figuras penales como por ejemplo el lavado de activos, el tráfico de migrantes, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc., nuestro país da cumplimiento y vigencia a los compromisos asumidos internacionalmente.

Producto de la utilización de esta técnica de investigación, el Ministerio Público ha logrado llevar a juicio un importante número de casos de alta complejidad, con un alto número de condenas, casos que no habrían podido prosperar sin la utilización de esta técnica.

Nuestro interés en este artículo, es enfatizar la importancia de esta técnica investigativa en la lucha contra el crimen organizado, ya que como veremos en el desarrollo de este trabajo, muchas veces permite llegar a la cúpula central o las esferas más cerradas de esta criminalidad compleja.

Otro tema que analizaremos y que ha sido escasamente tratado por la doctrina nacional, es el de los bienes jurídicos afectados por las interceptaciones de comunicaciones telefónicas. Interesa este tema no solamente para los efectos de individualizar el derecho supuestamente vulnerado en una eventual solicitud de exclusión de prueba o recurso de nulidad, sino también por la intensidad de la protección dispensada por el ordenamiento jurídico y los alcances de la exclusión probatoria. Este tema, ha sido a lo más tratado en forma tangencial y muy genéricamente por la doctrina, para referirse a la garantía fundamental restringida para los efectos de justificar la autorización judicial de la medida. Así, se han mencionado como bienes jurídicos afectados, el derecho a la vida privada y el derecho a la privacidad de las comunicaciones, sin profundizar mayormente sobre el ámbito de aplicación, el contenido del derecho a que se hace referencia y sus alcances. Igualmente a nivel jurisprudencial es común que se confunda el derecho al secreto de las comunicaciones con el derecho a la intimidad⁵.

5 Un caso de exclusión de prueba alegado por la defensa en una Audiencia de Preparación de Juicio Oral ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, acogida por el respectivo Juez de Garantía en resolución confirmada por la Itma. Corte de esa ciudad, de 19 de noviembre de 2012, Rol N°1390-2012, en la que el Juez de Garantía ordenó excluir las grabaciones que recaían sobre una mujer a quien el imputado (individualizado en la autorización judicial de interceptación telefónica) le prestaba su teléfono para traficar, a nuestro juicio, es cuestionable la ilegalidad de dicha diligencia ya que el teléfono era facilitado para realizar actividades delictivas de la misma naturaleza y en conocimiento de la mujer, hecho que es normal dentro del uso de teléfonos celulares, situación que no interrumpiría el delito y que además estaría cubierto por la autorización judicial original. Además, el Juez en forma errónea afirmó en su resolución que dicha injerencia vulneraría el derecho a la intimidad de la mujer, confundiendo ese derecho fundamental con la garantía del secreto a las comunicaciones: "...el tribunal, primero tiene en consideración

A partir de las normas legales que regulan la interceptación de comunicaciones telefónicas, analizaremos también los requisitos de la técnica y sus características, tratando siempre de emplear un lenguaje simple, no técnico, con el objeto de poder contar con elementos prácticos y jurídicos que nos permitan conocer mejor la naturaleza de esta técnica y sus proyecciones jurídico penales.

II. Importancia de la técnica investigativa en la investigación del crimen organizado

Una de las características de la criminalidad organizada, en especial la dedicada al tráfico de drogas, es contar con metodologías de trabajo altamente sofisticadas que les permiten reinventarse, incursionar en nuevos mercados y adaptarse constantemente al riesgo de ser detectada por las agencias de persecución penal o por otras organizaciones criminales. En este sentido, la actividad del narcotráfico es una verdadera empresa criminal en constante evolución, que invierte cuantiosos recursos económicos en tecnologías para ocultar sus modus operandi y dificultar la labor investigadora de los organismos de persecución penal.

Para lograr su objetivo principal de poner la droga a disposición de los consumidores, estas organizaciones criminales se estructuran como empresas modernas, distribuyendo cada una de las funciones en unidades operativas o células criminales encargadas de la importación de la droga, el traslado, la transformación, distribución, acopio, venta, seguridad, financiamiento, etc. Estas unidades operativas cumplen con roles específicos y actúan bajo ciertos patrones de inteligencia delictual como el compartimentaje, restringiendo así los flujos de información dentro de la organización. De esta manera, cada

que revisados los antecedentes efectivamente consta que la autorización sólo se concede para la escucha de un teléfono de P.F.

Que el Ministerio Público plantea que si se le pide a la Policía de Investigaciones que no escuche las conversaciones con otras personas, resultaría elevar el estándar en términos que no sería procedente de acuerdo al procedimiento que estamos analizando. En relación a eso el tribunal comparte el criterio de la defensa en orden a que si efectivamente se autoriza, las escuchas telefónicas de una persona determinada, el procedimiento, en concepto de este tribunal y así también lo hace presente cuando se le consultan respecto de las interceptaciones a esta juez, quien es el propietario, indicándose en algunas oportunidades que no se conoce propietario, muchas veces es así, pero respecto de quien se va a escuchar, porque se entiende que en esa parte si bien es cierto Investigaciones, carabineros, los que están realizando las escuchas no podrían dejar de escuchar, no procede tampoco transcribir lo que escucharon respecto de una persona que posiblemente pueda ser imputada en un teléfono que no se encuentra autorizado para ser escuchadas las conversaciones de esa persona, porque sí se transgrede el derecho a la intimidad de esta, sin perjuicio de que con ese antecedente se informa al Ministerio Público y el Ministerio Público pueda solicitar debidamente autorización para las situaciones que puedan surgir...?.

célula de la organización actúa sin conocer más detalles que los estrictamente necesarios para cumplir su función específica, con el fin de salvaguardar a toda la organización criminal ante la eventualidad de la captura de alguna de las unidades operativas por parte de la policía.

También, forma parte de la cultura de estas organizaciones criminales la disciplina del sigilo, limitando al máximo el acceso a la información de sus actividades y de sus integrantes, estableciendo sus sistemas de penalidades para el caso de filtración de información y de recompensas por servicios leales.

Estos rigurosos sistemas de trabajo de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes, como la disciplina del compartimentaje y la cultura de la eliminación de evidencias, exigen para una investigación racional y justa⁶, utilizar estrategias de persecución penal que contemplen técnicas de investigación intrusivas, que permitan conocer su real funcionamiento desde el centro de la organización y anticiparse a la consumación de otros hechos delictivos.

Desde el punto de vista de la eficacia persecutoria, la interceptación de comunicaciones telefónicas es la única técnica investigativa que permite a los organismos de persecución penal conocer en tiempo real, a través de las escuchas, el desarrollo y la planificación delictiva del crimen organizado. Toda otra técnica investigativa entrega información ex post, sobre hechos consumados. Otras técnicas como la del informante a lo más podrán entregar información incompleta, tardía y que necesita ser corroborada mediante otras técnicas intrusivas.

En la práctica, gracias al uso de las interceptaciones, se ha logrado impedir la consumación de otros hechos delictivos que generalmente van asociados al narcotráfico, como lo son los delitos de secuestro, homicidios, robos con violencia, corrupción, tráfico de armas, etc.

Además, esta técnica permite a las agencias persecutorias acceder en algunos casos al flujo comunicativo de los centros de poder, esto es, a las esferas criminales donde se toman las decisiones, las cúpulas gerenciales, el medio ambiente del llamado “hombre del escritorio”, lugar al cual difícilmente se podría entrar mediante el uso de otras técnicas investigativas como el seguimiento, la vigilancia física, el uso de agentes o informantes encubiertos, por cuanto existe en el crimen organizado un riguroso sistema de selección y

6 Una investigación racional y justa en materia de crimen organizado, debe aspirar a lo menos a la identificación de los líderes o dirigentes de dicha organización, su estructura, su funcionamiento, sus formas de comunicación y codificación de la información. Es decir, actividades altamente complejas que desarrollan imputados que difícilmente podrían ser detenidos en el ejercicio de dichas actividades en delito flagrante y con los medios de prueba materiales en su poder.

reclutamiento de sus integrantes y una cultura de trabajo que tiende a aislar a los jefes de la interacción con otras células e integrantes de la misma organización, especialmente de quienes ejecutan materialmente las actividades ilícitas. Por lo cual, un agente encubierto o informante que es contratado para ejecutar una actividad específica y básica dentro de la organización (traslado o venta de la droga) en la práctica jamás podría llegar a conocer el órgano de toma de decisiones en una asociación ilícita compleja. De igual manera, la cooperación eficaz prestada ante el Ministerio Público por parte de uno de los integrantes de la organización criminal, tampoco resultaría útil para conocerla o desbaratarla, ya que la técnica del compartimentaje de la organización impide que dicho cooperador haya tenido contacto con la gerencia criminal, o si la tiene, se le entrega información parcializada, mediatizada por terceros o en clave, o bien se prevé esa eventualidad de captura para que el cooperador entregue a la policía información falsa o distorsionada sobre su funcionamiento (es el caso de las falsas cooperaciones eficaces, en que con auxilio de la organización criminal le fabrican una cooperación eficaz desde afuera, o delatan a la competencia delictual).

Por otra parte, desde el punto de vista probatorio, la interceptación de comunicaciones es un medio de prueba de elevado poder conviccional, especialmente sobre el contenido mismo de las conversaciones telefónicas. Al ser reproducidas las escuchas en un juicio, van a ser directamente percibidas por los jueces, lográndose así una mayor inmediatez en la apreciación y valoración de la prueba.

III. Naturaleza jurídica y concepto de las interceptaciones telefónicas

Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas pueden tener una doble función y una doble naturaleza jurídica:

1) Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas como técnica de investigación: Aparece regulada de esta forma en el artículo 222 del Código Procesal Penal dentro del párrafo 3 como “*Actuaciones de la investigación*”, en el artículo 24 de la Ley 20.000, en el artículo 33 de la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y en el artículo 14 de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

Como diligencia investigativa puede tener múltiples finalidades, entre ellas, orientar una investigación criminal, corroborar otros antecedentes probatorios, establecer modus operandi, determinar la existencia de un hecho punible o la participación de los imputados, obtener una evidencia específica, etc., sin que necesariamente las grabaciones sean presentadas en el juicio oral como un medio de prueba.

2) Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas como medio de prueba: A ellas se refiere el artículo 223 del Código Procesal Penal en su inciso tercero cuando dispone: ***“La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia”***.

En relación al concepto, entendemos (en su sentido natural y obvio) por interceptar el apoderarse de algo antes de que llegue a su destino, detener algo en su camino o interrumpir, obstruir una vía de comunicación. Y por teléfono, un dispositivo de telecomunicación a distancia diseñado para transmitir señales acústicas⁷.

Entonces, podemos definir la interceptación de comunicaciones telefónicas como una técnica de investigación para determinados delitos, que requiere autorización judicial y que consiste en captar el contenido de las conversaciones telefónicas u otras formas de comunicación y datos asociados a ellas, con la finalidad de que puedan ser registradas, grabadas y escuchadas, para eventualmente ser presentadas en un juicio.

IV. Los bienes jurídicos afectados

Para la mejor comprensión del tema, creemos necesario hacer una distinción entre bienes jurídicos directamente afectados por la diligencia investigativa y bienes jurídicos indirectamente afectados por ella.

1) Los bienes jurídicos inmediatos o directamente afectados por la interceptación: En este caso, el bien jurídico afectado va a depender de las diversas aplicaciones del dispositivo telefónico o las funcionalidades de los datos digitalizados en el aparato telefónico, que pueden ser:

1. Transmisión de comunicaciones de voz, mensajería de texto o de signos entre interlocutores: En este caso, el derecho fundamental afectado por la interceptación es el derecho al secreto de las comunicaciones⁸.

7 Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

8 La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 30 de enero de 2008, RUC N°0710013440-8, RIT N°, 237-2007 reconoce en forma correcta el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 19 N°5 C.P. R., como el bien jurídico vulnerado por la interceptación de comunicaciones ilegales. Además, el fallo, tiene el mérito de hacer una interpretación razonable de lo que se entiende por interceptación, que permitía encuadrar la figura del caso que se analizó: ***“OCTAVO:(...) No obstante lo anterior, la Fiscalía no logró acreditar el hecho punible, toda vez que una de las actuaciones probatorias que dio origen al hallazgo del estupefaciente, se encuentra viciada, al vulnerar la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental, siendo en***

consecuencia una prueba ilícita, la que se define por la mayoría de los autores como aquella que se produce en el momento que se adquiere una prueba fuera del proceso en clara violación a los derechos y garantías que asegura la Constitución y a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes ("La Prueba Ilícita en el Proceso Penal", autor Mario Mini M, pág.18, Editorial Metropolitana).

En efecto, el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental establece que "la Constitución asegura a todas las personas, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley", lo que debe concordarse con lo prevenido en los artículos 222 del Código Procesal Penal, que exige la autorización judicial previa para ello, y, el artículo 225 del mismo texto legal que prohíbe utilizar los resultados de una interceptación telefónica, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley, o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 222 del texto en comento, para la procedencia de la misma; normas armónicas con lo reseñado en el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640 que señala que "aquellas 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".

Efectuando un análisis armónico de las disposiciones antes referidas se debe tener presente que la Carta Fundamental en su artículo 19 N°5 protege, de manera conjunta, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas. De ello es posible colegir que al constituyente le parecieron de igual relevancia, y con el fin de concretar dicha protección, el legislador se encargó de regular detalladamente los casos y requisitos en que excepcionalmente pueden verse afectados. Así, tratándose de la primera, esto es, la inviolabilidad del hogar, el artículo 205 inciso tercero del Código Procesal Penal, en lo pertinente, establece que si el propietario o el encargado del edificio o lugar, no permitiere la entrada o registro, "la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia".

A su turno, el artículo 222 del mismo cuerpo legal, de manera armónica con lo anterior, pero refiriéndose a la segunda de las garantías, esto es, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, regula restrictivamente los casos en que la interceptación de las comunicaciones telefónicas es procedente, indicando además los requisitos que para ello deben cumplirse, señalando en lo pertinente 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 hiciera imprescindible, el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones".

De lo anterior, no puede sino concluirse la naturaleza absolutamente excepcional que tienen las restricciones a las garantías antes mencionadas, siendo de total relevancia el que para su limitación se exija la intervención previa del Juez de Garantía, llamado, por la naturaleza de sus funciones, precisamente a evitar que aquellas se vulneren. Ello, no podría ser de otra forma si consideramos que, en general, la protección del hogar y las comunicaciones privadas, históricamente ha sido reconocida incluso a nivel internacional, v.gr. los artículos 11 N°2 de la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y 17 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos vigentes en Chile desde el 5 de enero de 1991 y 29 de abril de 1989, respectivamente.

Establecido lo anterior, corresponde determinar qué debe entenderse por "interceptación", y tratándose de un término no definido legalmente, habrá que recurrir a lo señalado en el diccionario de la Real Academia Española que al efecto refiere: "apoderarse de una cosa antes que llegue al lugar o la persona que se destina. Detener una cosa en su camino. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación".

El derecho al secreto de las comunicaciones tiene las siguientes características:

- a) Es un derecho que deriva del derecho a la privacidad, pero no son lo mismo. El secreto de las comunicaciones, al igual que la inviolabilidad del hogar, son instrumentos jurídicos de protección de la vida privada.
- b) Es un derecho formal, ya que lo protegido es el proceso comunicativo entre los interlocutores de interferencias de terceros extraños, con independencia del contenido de la comunicación. Lo que ampara este derecho, no es el contenido mismo de la transmisión de pensamiento (que puede ser íntimo o no), sino el proceso, la transmisión comunicativa entre los interlocutores, de la interferencia o entradas de personas extrañas o ajenas a la interacción comunicativa.

La esencia o el elemento que le da fisonomía al secreto de las comunicaciones, es la expectativa de secreto, es decir, la posibilidad o esperanza de que la comunicación no sea intervenida o escuchada por personas ajenas a ella.

Este carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones, tiene a lo menos dos efectos de importancia radical:

- Entre interlocutores no opera el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que nada impide que uno de los interlocutores retenga, grabe, reproduzca de cualquier forma lo transmitido por el emisor, a no ser que exista una causa legal que se lo prohíba. En definitiva, el secreto de las comunicaciones dispensa protección respecto de ter-

En el caso de marras, la actuación cuestionada consistió en que, en el marco de un control de identidad al acusado I.T.V., el funcionario de Carabineros R.Y.B., sin contar con autorización alguna, contestó un llamado telefónico efectuado al teléfono celular de aquél, obteniendo de ello, datos que permitieron la detención de otros tres imputados y, posteriormente, el hallazgo de la droga. El referido control, se encuentra detalladamente regulado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que en su inciso segundo establece las facultades que durante el mismo le asisten a la policía, a saber: "registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla". De forma tal que, al contestar el llamado telefónico, el referido funcionario actuó fuera del ámbito de las atribuciones que en ese momento la ley le confería, puesto que impidió que la comunicación llegara a la persona a que estaba destinada, deteniéndola, interrumpiéndola y obstruyéndola, todo ello como se dijo, sin cumplir con los requisitos legales, debiendo recordarse que hasta entonces no existía indicio concreto alguno de la comisión de un delito específico respecto del fiscalizado, desde que lo único con que se contaba, era la interpretación que el funcionario R. le dio a los hechos por él observados, esto es, la evasión del control aduanero y policial por parte de un sujeto que cruzó por el borde costero portando una mochila, abordando luego un vehículo de color rojo que emprendió marcha en dirección al sur, seguido de otro de color gris, sin que de ello pueda desprenderse necesaria e inequívocamente que lo que se estaba cometiendo fuera un delito ni menos aún, que fuese uno de aquéllos que merece pena de crimen, en los términos del artículo 222 del Código Procesal Penal".

ceros extraños que no son parte de la interacción comunicativa, pero no entre emisor y receptor de la transmisión⁹.

- El proceso comunicativo para que sea apto de protección constitucional, debe realizarse por medio de canal cerrado, ya que si es por canal abierto (comunicación a viva voz, por televisión, por radio, mediante sistemas de amplificación de voz, por altavoz, etc.), no podría razonablemente el emisor tener alguna expectativa de secreto, de que ésta comunicación no sea conocida por terceros¹⁰.
- c) Este derecho forma parte de los llamados derechos de contenido indeterminado, en el sentido que el constituyente no protege un contenido específico y singularizado, sino más bien un proceso cuyos límites y contenido están determinados por los interlocutores.
- d) Es un derecho funcional, es decir, es instrumental al ejercicio de otros derechos como el derecho a la privacidad, a la libertad de pensamiento, de culto, de expresión, etc.
- e) Es un derecho amplio, ya que el constituyente utilizando la técnica de *númerus apertus*, empleó en el artículo 19 N°4 una expresión suficientemente amplia para referirse a todo tipo de medio o soporte tecnológico: ***“toda forma de comunicación privada”***.
- f) También estarían amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones, aquellos datos asociados a la transmisión de comunicaciones de voz y de texto que tendrían la función de comprobarla y registrarla, como lo son: el registro de llamadas, el registro de su duración, el regis-

9 Es así como no hay expectativa de secreto en las transacciones de droga, acuerdos o negociaciones que realiza un traficante con un agente encubierto o revelador. Dichas conversaciones no podrían estar amparadas por el secreto de las comunicaciones, ya que el receptor de las mismas, forma parte de la esfera comunicativa.

10 Un interesante caso resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, 17 de Enero de 2008, RUC N°0700625742-3, RIT N°109-2008 estimó que esta clase de comunicaciones no constituían interceptaciones de comunicaciones telefónicas y por lo tanto no tenían amparo constitucional en nuestro ordenamiento jurídico:

“...no existió interceptación telefónica como él lo ha señalado, toda vez que ello conlleva la acción de interrumpir u obstruir una vía de comunicación, lo que no aconteció en la especie (...), los funcionarios policiales se limitaron a escuchar una conversación sostenida por un imputado con un tercero, al enfrentar una hipótesis de flagrancia....A mayor abundamiento, cabe hacerle presente a las defensas que la escucha telefónica en la forma que se efectuó no vulneró el artículo 19 N°5 de la carta fundamental, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, defensas que han querido llevar esta teoría al extremo de entender que la obligación de velar por las garantías del imputado, van más allá de afectar otros bienes jurídicos protegidos, otros derechos de rango constitucional, específicamente aquellos cuyo titular es toda la sociedad. Aún más cuando hay una norma específica en el artículo 25 de la Ley 20.000 que permite la actuación que le cupo en este juicio al cooperador eficaz”.

tro de su fecha, ubicación, etc. Estos datos están técnica e indisolublemente vinculados a la transmisión de voz y de texto, ya que dan cuenta de su existencia y por lo tanto son una realidad inescindible de la transmisión de voz, amparados por el mismo derecho.

2. Datos almacenados en el dispositivo telefónico: Esto es, información guardada en el teléfono a través de diversas aplicaciones y soportes tecnológicos incorporados al aparato celular, como por ejemplo fotografías, videos, grabaciones, agendas, etc. En estos casos el derecho afectado sería el derecho a la privacidad y específicamente el derecho a la intimidad.

El profesor español José María Desantes plantea que la intimidad: “...*sería aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independiente a que lo sea; y, por lo tanto, exclusivamente suya, que tan sólo él puede revelar*”¹¹.

Este derecho tiene las siguientes características:

- a) Es un derecho de contenido indeterminado ya que se radica en la esencia de la persona.
- b) La intimidad, a diferencia del secreto de las comunicaciones, es un concepto de carácter material, mediante el cual el ordenamiento jurídico reconoce una esfera que cada individuo reserva para sí.
- c) Sus límites son fijados por su propio titular.
- d) Una de sus consecuencias¹² es la expectativa de reserva, esto es, la posibilidad razonable de guardar para sí, algo que no es conocido por nadie. Esto implica que si el titular del derecho en forma voluntaria hace circular sus datos privados en el tráfico informativo, como por ejemplo incorporando fotos íntimas a una red social, dicho material podría ser utilizado por el Ministerio Público sin necesidad de requerir autorización judicial, por no existir una razonable expectativa de reserva por parte de su titular.

- 2) Bienes jurídicos mediatos o indirectamente afectados por la interceptación: Son el conjunto de garantías que conforman el debido proceso.

11 DESANTES, José María. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. Revista Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, 1992, p. 285.

12 A diferencia del secreto de las comunicaciones cuya esencia radica en la expectativa de secreto, la expectativa de reserva en cambio (que es propia de la intimidad), no es su elemento esencial, sino uno de sus efectos, ya que la intimidad forma parte del núcleo duro de la personalidad, a diferencia del secreto de las comunicaciones que es un derecho instrumental y funcional a otros derechos.

La técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas es una diligencia investigativa compleja, en el sentido que se desarrolla en varias etapas procesales, desde que se obtiene la respectiva autorización judicial, se ejecuta la medida, se incorpora al proceso y luego al juicio, donde es valorada.

Puede ser que durante la etapa inicial de la investigación se haya obtenido legalmente la autorización judicial cumpliendo a cabalidad todos los requisitos legales que justifican la medida de injerencia (entre ellos el juicio previo de proporcionalidad de la medida judicial), con lo cual no se vulnerarían los bienes jurídicos mediatos (secreto a las comunicaciones e intimidad) por existir una causal legal y evaluación judicial previa que legitima la afectación de tales derechos fundamentales. Sin embargo, en etapas procesales posteriores, como en la fase de incorporación o valoración del medio de prueba, pueden verse vulneradas garantías del debido proceso, como por ejemplo el caso que no se le permita a los intervinientes examinar el material probatorio, que no se entregue a la defensa copia de las grabaciones¹³, que no se le permita presentar prueba para desvirtuar el contenido de las escuchas, etc.

La importancia de tener claridad respecto de los bienes jurídicos afectados por la diligencia de interceptación telefónica, dice relación (entre otros) con los siguientes aspectos procesales:

- Con la individualización precisa y específica de la garantía supuestamente vulnerada al momento de solicitar exclusión de prueba o de recurrir de nulidad¹⁴.

13 Un interesante fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, de 13 de mayo de 2009, Rol N°116-2009 claramente entiende esta hipótesis como vulneradora de la garantía del debido proceso, y no como un problema de ilegalidad de las escuchas propiamente tales, siendo indiferente si el material probatorio fue puesto a disposición de la defensa en dependencias de la Fiscalía o en el Tribunal, con tal que se deje constancia de tal hecho en la acusación y así lo haya constatado el Tribunal:

“QUINTO: (...) que el elemento de prueba de que se trata quedó a disposición del acusado, pero no en el tribunal sino en las dependencias del Ministerio Público, lo que no fue discutido, no importa una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, teniendo en consideración que la misma fue ofrecida como medio de prueba en la oportunidad legal correspondiente y que la omisión de ponerla físicamente a disposición en el tribunal, no constituye una omisión que esté castigada en algún precepto del Código mencionado con la sanción de exclusión de dicha prueba”.

SEXTO: (...) del escrito de acusación se desprende, (...) que el Fiscal entregó copia de todos los antecedentes acumulados durante la investigación para que en su Tribunal queden a disposición del acusado y de la defensa; y que el artículo 260 tantas veces citado (...) que el Tribunal tuvo por cumplida (...), que al proveer el mencionado segundo otrosí resolvió: A sus antecedentes, para los efectos del artículo 260 del Código Procesal Penal”.

14 El recurso de nulidad es un recurso de estricto derecho y de carácter excepcional que requiere ser fundado. Por lo tanto debe contener explícita y específicamente mencionada la garantía fundamental que aparece como vulnerada, la forma en que fue vulnerada y

- Para los efectos de determinar el grado de intensidad en la protección del derecho fundamental. Es así como la garantía del secreto de las comunicaciones telefónicas tiene una protección mayor que el derecho a la vida privada, ya que por la naturaleza misma de las comunicaciones telefónicas la injerencia va a afectar no solamente al imputado, sino también a cualquier persona que tome contacto telefónico con ella.
- Para los efectos de la valoración de los medios de prueba derivados de la prueba ilícita, ya que tratándose de infracción a la garantía del secreto a las comunicaciones o a la privacidad, debieran ser excluidas no solamente las escuchas, sino también las pruebas conectadas con la actuación anti-jurídica y que deriven de éstas. En cambio, tratándose de infracción a la garantía del debido proceso, debieran ser excluidas únicamente las escuchas telefónicas por no haberse incorporado conforme a las normas del debido proceso, pero no las pruebas que deriven de estas escuchas legalmente obtenidas.

V. Requisitos de la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas

1. Autorización Judicial Fundada: Es un Juez quien debe autorizar la interceptación, evaluando previamente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida a través de una resolución judicial fundada, ya que solamente así se podrán conocer y controlar los presupuestos necesarios para su adopción.

Este control judicial sobre las interceptaciones telefónicas se justifica en la medida que esta diligencia investigativa restringe o limita derechos fundamentales y además no es posible que al momento de su adopción el sujeto pasivo de la misma pueda ejercer el derecho a su impugnación. Es por ello que para hacer efectivo el control judicial sobre la diligencia, se requiere que en la resolución que la autoriza, se hagan constar la existencia de los indicios que justifiquen la injerencia, su necesidad e idoneidad.

Ahora bien, respecto a los grados de motivación, estimamos que no pueden tener el mismo nivel de exigencia una resolución judicial esencialmente temporal, revocable y revisable como es la que autoriza una interceptación telefónica, a diferencia de una resolución de carácter definitiva como lo es una sentencia condenatoria en materia penal. En el caso de la autorización judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas, el grado de exigencia de motivación debiera ser menor, ya que de lo contrario la propia investigación no tendría ningún sentido por existir prueba suficiente para acreditar el hecho

el perjuicio que provocó. De lo contrario, de no ser autosuficiente el recurso, debiera ser rechazado por falta de fundamentación.

punible y la participación del imputado. La diligencia de interceptación telefónica, entonces, se transformaría en una diligencia superflua e innecesaria.

Relacionado con este tema, está el de los informes policiales que contienen los elementos fácticos y concretos a que se remite la resolución judicial que autoriza la interceptación telefónica. En este caso, siendo coherente con la característica de la desformalización de la etapa investigativa, en especial la fase preliminar de la investigación, no parece objetable la remisión de la autorización judicial que autoriza una medida intrusiva a los aspectos fácticos de un informe policial, siempre y cuando la resolución judicial contemple cada uno de los requisitos en particular y ellos se encuentren debidamente detallados y explicados en el informe policial.

2. La Proporcionalidad de la Medida: Si bien, es un requisito que no está expresamente establecido en la ley ni en la Constitución, es un principio inherente al estado de Derecho, y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de proporcionalidad consiste en la ponderación por parte del juez que autoriza una medida intrusiva entre los intereses en conflicto, para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar por sobre el interés del titular del derecho fundamental.

El principio de la proporcionalidad, se encuentra conformado por tres elementos¹⁵:

- La idoneidad: Exige que la interceptación telefónica sea apta, apropiada para lograr el fin perseguido.
- La necesidad: Exige que la medida sea imprescindible para conseguir el objetivo. En consecuencia, si hay otros medios menos gravosos para lograr el fin perseguido, debe decidirse por el menos restrictivo.
- La proporcionalidad en sentido estricto: Es la evaluación concreta que realiza el juez entre el grado real de la afectación del derecho y la gravedad del delito específico investigado.

3. Existencia de Fundadas Sospechas: Esto es, la existencia de indicios objetivos basados en hechos determinados, que justifiquen la interceptación telefónica.

15 CORDOVA CASTILLO, Luis. *El Principio de la proporcionalidad y habeas corpus*. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal, 2008, págs. 25-57 [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_02.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

La relación entre el sujeto investigado y el delito no puede basarse en meras conjeturas, o en meras apreciaciones subjetivas de los funcionarios policiales, sino en hechos objetivos, esto es, indicios que puedan ser apreciados por terceras personas y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito.

La existencia de fundadas sospechas debe recaer en el afectado o sujeto pasivo de la interceptación, sujeto que es concebido en términos bastante amplios por el artículo 222 del C.P.P. como el que:

- Ha cometido o participado en la preparación o comisión.
- Actualmente prepara la comisión o participación.
- Sirve de intermediario.
- Facilita sus medios de comunicación al imputado o intermediario.

4. La Especialidad de la Medida: La interceptación de comunicaciones, por regla general, debe referirse a delitos y personas determinadas. Así se infiere del artículo 222 del C.P.P. cuando se refiere a *“...una persona...un hecho punible que mereciere pena de crimen...”*.

Este requisito de la especialidad prohíbe la utilización de las interceptaciones telefónicas en investigaciones de carácter prospectivas (aquellas que tienen por objeto dilucidar sospechas), predelictivas (excepto los actos preparatorios especialmente sancionados) y sobre delitos genéricos.

Como excepción al principio de la especialidad, está el artículo 24 de la Ley 20.000 que no requiere la individualización completa y domicilio del afectado, sino meras circunstancias que lo determinen: *“no registrá lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 222 del Código Procesal Penal, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren”*.

5. Subsidiariedad de la Medida: Es el principio de intervención mínima del Estado en materia de derechos fundamentales recogido en el artículo 222 del C.P.P.

Consiste en que la interceptación de comunicaciones, únicamente será utilizada cuando no exista otra medida investigativa menos gravosa para lograr el fin perseguido.

Este principio no operaría con toda amplitud en los delitos de tráfico de estupefacientes por cuanto la subsidiariedad de la medida aparece contemplada en la norma general del artículo 222 del C.P.P., dirigida a los delitos comunes, donde se emplea la expresión: *“...cuando la investigación lo haga imprescindible”*. Sin embargo, posterior a la dictación de nuestro Código Procesal Penal,

fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, en la cual se insta a los Estados a la utilización de ciertas técnicas para la investigación de los delitos de tráfico de drogas.

Es por ello, que al amparo de dicha Convención Internacional y con el objeto de cumplir los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile al suscribir dicha Convención, se dictaron una serie de leyes penales especiales que además de tipificar nuevos delitos, contemplaron especialmente el uso de la técnica de interceptación de comunicaciones como en el caso de la Ley 20.000 que en su artículo 24 pondera los intereses en conflicto autorizando la aplicación de esta técnica *“...respecto de todos los delitos contemplados en esta ley, cualquiera que sea la pena que merecieren...”*.

6. Límite Temporal: El plazo legal es de 60 días prorrogables.

7. Registro: Se realiza mediante la grabación magnetofónica u otros medios análogos que aseguren fidelidad.

No es una obligación legal la transcripción de las escuchas, por mandato legal es una facultad del Fiscal del Ministerio Público, tal como lo señala la norma del artículo 223 inciso segundo del C.P.P. sobre el registro de la interceptación: *“Cuando lo estimare conveniente, el ministerio público, 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 aquella”*.

En las transcripciones de las escuchas es donde se puede ejercer un control directo sobre la forma en que se está ejecutando la medida. Por la naturaleza misma de la operatividad de la interceptación de comunicaciones, al estar tecnificada no puede discriminar sobre la calidad de los interlocutores y el contenido mismo de la conversación, por lo tanto, para hacer efectivas ciertas prohibiciones de prueba, como la del artículo 222 inciso 3 del C.P.P. sobre las comunicaciones entre imputado y su abogado, perfectamente se podrá impugnar la transcripción misma como reflejo de una actuación ilegal¹⁶.

16 Un fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en un recurso de queja por sobreseimiento en una causa en una investigación por delito contemplado en el artículo 161-A del Código Penal, declara la ilegalidad de la transcripción hecha por un funcionario policial de las conversaciones entre un imputado y un abogado defensor.

La 11ma. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de, 2011, Rol N°237-11, decretó el sobreseimiento de la causa bajo los siguientes argumentos:

“SEGUNDO: Considera esta Corte que, como sostiene el Ministerio Público, la transcripción de la conversación de un abogado defensor con su cliente imputado en una causa criminal y su posterior agregación a un Informe Policial no corresponde al concepto de “difusión” contemplado en el antedicho tipo penal, por lo cual, en la especie, no ha existido una intromisión real ni indebida en la intimidad de la relación abogado-cliente....La sola

8. Notificación: Es un requisito relativo ya que va a depender de cada caso en particular. Es así como el artículo 222 del C.P.P. señala que la notificación se hará *“en cuanto el objeto de la investigación lo permita”*.

VI. Conclusiones

La criminalidad organizada opera en la práctica como una verdadera empresa criminal que se reinventa y evoluciona en forma permanente.

Para enfrentarla en forma adecuada, los organismos de persecución penal deben contar con instrumentos jurídicos y técnicas investigativas que garanti-

agregación al Informe Policial no ha obedecido a un acto unilateralmente decidido, querido y buscado por el agente con una finalidad determinada, que no haya sido el haber cumplido con sus deberes como funcionario investigador, en cumplimiento de una instrucción emanada de la autoridad judicial a cargo de la investigación, por lo que la conducta reprochada en estos antecedentes no ha tenido la voluntad subjetiva de vulnerar ningún bien jurídico, derecho o garantía protegidos por la ley, sino contribuir, como tal funcionario, en el contexto de una investigación”.

“TERCERO: Que en consecuencia, no cabe sino concluir que, en la especie, concurre plenamente la causal de sobreseimiento contemplada en el artículo 250 letra a del Código Procesal Penal, en cuanto ordena que el Juez de Garantía decretará el sobreseimiento definitivo “cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito”.

En contra de esta sentencia, el recurrente interpuso un recurso de queja ante la Excm. Corte Suprema, resolución de 19 de octubre de 2011, Rol N°2663-11:

“CUARTO: Que el tipo penal contenido en el artículo 161 A del Código Punitivo (...) El inciso final del precepto excluye de la punibilidad a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas. Pero en este caso, (...) no se le ordenó ni autorizó interceptar la comunicación del imputado con su abogado, sino del imputado con otras personas. La conversación que, como fruto de la interceptación efectuada, obtuvo, grabó y transcribió el agente policial y entregó en su informe al fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley.

QUINTO: Que, del mismo modo, cuando los jueces han aducido la inexistencia de voluntariedad en el actuar del inculpado, porque aquél habría procedido en el cumplimiento de una instrucción, vuelven a caer en el mismo yerro antes anotado. El policía conoce sus obligaciones legales y debe conducirse de acuerdo a las órdenes y facultades que le son conferidas por la autoridad que dispone de ellas, de modo que el cumplimiento de la orden no es un argumento válido para descartar sin más, su voluntad. Otro asunto es el proceder del fiscal, que no fue indagado en la causa.

SEXTO: Que del modo que se ha expuesto, las razones esgrimidas por los jueces del fondo para concluir que no se estaba frente a un hecho constitutivo de delito, no son atendibles y ello tiene como necesario corolario que la resolución impugnada, tanto como aquella que se confirmó por esta última, carecen de fundamentos jurídicamente sustentables y ajustados al mérito de los antecedentes, razón suficiente para entender que se ha incurrido en falta o abuso grave y procede, por consiguiente, acoger el recurso instaurado”.

cen un mínimo de eficacia para conocer en profundidad el programa criminal de las organizaciones ilícitas.

Entre los instrumentos de política criminal destacan las presunciones, las normas de anticipación de punibilidad, la tipificación de nuevos delitos corporativos (como por ejemplo la responsabilidad penal de las personas jurídicas), agravantes especiales, la normativización de algunas figuras dolosas, normas de atribución de responsabilidad, etc.

Entre las técnicas investigativas, destaca la de la interceptación de comunicaciones telefónicas, que va a permitir conocer en tiempo real el acontecer delictivo y eventualmente acceder a algunas de las esferas de poder.

La utilización de esta técnica investigativa pone en conflicto garantías fundamentales (secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad) con el interés público en la investigación de la criminalidad organizada.

El derecho al secreto de las comunicaciones no es lo mismo que el derecho a la intimidad. El primero es un derecho formal que protege un proceso comunicativo de terceros extraños y el otro material. Su ámbito de aplicación no siempre coincide, puede que algo sea secreto pero no necesariamente íntimo.

La técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas es una técnica compleja que se desarrolla en varias etapas, desde la autorización judicial hasta su incorporación y valoración en un juicio. Se caracteriza por tener un control judicial permanente, previo a la autorización misma en que se ponderan los intereses en conflicto y se evalúan los requisitos de procedencia, durante el desarrollo mismo de la diligencia mediante plazos máximos legales y prórrogas bajo control jurisdiccional y mediante rigurosos sistemas de incorporación y valoración de la prueba en el juicio.

Los vertiginosos avances en materia tecnológica, han ampliado las funcionalidades y aplicaciones de los aparatos de telefonía celular, que son aprovechados por las organizaciones criminales para realizar a distancia sus conexiones comerciales y burlar la acción policial. Para evitar ser identificados, hacen constates cambios de aparatos celulares, utilizan teléfonos de prepago o con tarjetas robadas, hablan en clave, eliminan rápidamente los aparatos telefónicos, mediatizan su actividad ilícita a través de terceras personas, y en general utilizan una serie de ingeniosas maniobras para no dejar rastros de su actividad delictiva.

Esta realidad obliga a los organismos de persecución penal a estar a la vanguardia en materia de conocimientos y uso de nuevas tecnologías para contrarrestar los avances de la gran criminalidad, generar información desde adentro de las organizaciones, conocer sus perfiles delictivos, patrones conductuales, sellos o firmas organizacionales, etc.