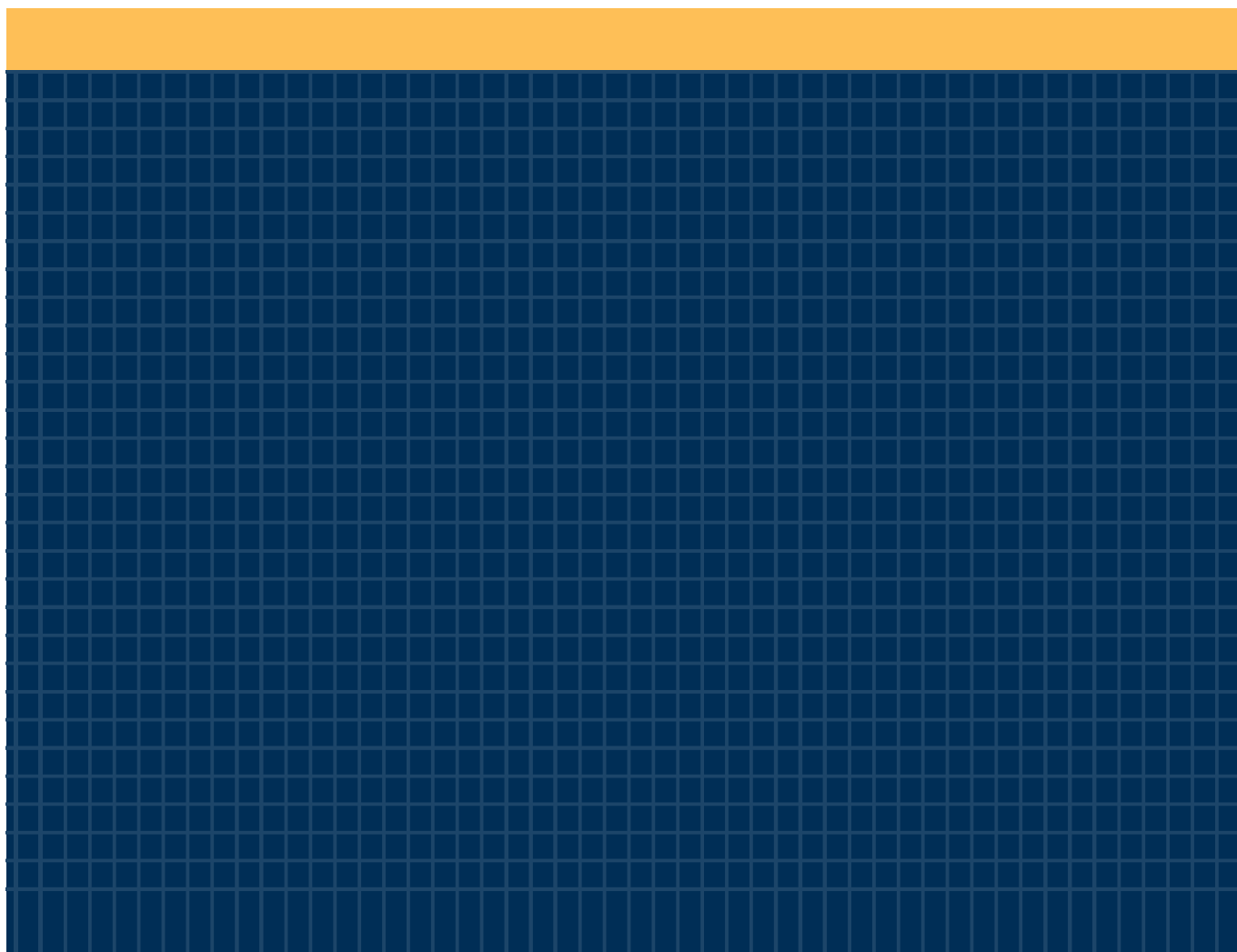


ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº44 - SEPTIEMBRE 2010



RESTRICCIÓN A LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LA LEY DE DROGAS CHILENA

Carolina Zavidich Diomedí¹

I. Introducción

La intervención telefónica es una técnica de investigación, que en materia de persecución criminal y en especial sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero y organizaciones dedicadas a la criminalidad, se utiliza con mucha frecuencia, pues nos permite poder identificar sujetos, redes y mecanismos de su acción².

En nuestro ordenamiento jurídico, como asimismo, en la gran mayoría de las legislaciones occidentales la intimidad y el derecho a la privacidad constituye una garantía constitucional, se hace necesario para su vulneración, que se justifique en razón o en la protección de un bien jurídico superior. En el caso que nos convoca, se trata de la salud pública.

En este sentido, describiremos someramente de qué forma es restringido el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, por medio de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas. Asimismo, mostraremos cuál ha sido la posición general de la doctrina en esta materia y cómo ha reflexionado la jurisprudencia chilena ante estas situaciones.

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

2 Como ya mencionamos, la interceptación telefónica es una técnica de investigación criminal que el Ministerio Público utiliza, por medio de los órganos policiales que dirige, para indagar sobre un hecho que reviste los caracteres de delito y que le sirve de base para constituir prueba sobre el hecho punible y la participación criminal. En la práctica, se traduce en que la compañía de telefonía deriva la señal o audio de la o las llamadas del o los números interceptados a uno o más números receptores, a objeto de que éstas puedan registrar, grabar y escuchar dicho audio.

La Real Academia de la Lengua Española define la *interceptación* como la acción o efecto de interceptar, que deriva del latín *interceptus, part.*, que es quitar, interrumpir u obstruir una vía de comunicación, apoderarse de algo antes de que llegue a su destino, detener algo en su camino; **teléfono**, deriva de *tele* y *fono*, que es un conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad; **registro**, que deriva del latín *regestrum*, que es la acción y efecto de registrar; **tráfico**, que es la acción de traficar o del movimiento o tránsito de personas, mercancías, etc., por cualquier otro medio de transporte y **llamada**, como la acción y efecto de llamar.

II. Legislación

Nuestra Carta Fundamental otorga a las personas sin distinción de edad, sexo o condición, una serie de garantías constitucionales; siendo el Estado el obligado a velar para que éstas no sean vulneradas.

En cuanto a las garantías fundamentales que se encuentran relacionadas con éste artículo, son las contenidos en el artículo 19° N°4, 5, y 26 de la Constitución Política del Estado, es decir el *respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada y la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o las que limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*. En este sentido, el legislador lo que protege es la intimidad y vida privada de las personas, cualquier tipo de comunicación privada, a través de cualquier medio.

Tales garantías, como lo menciona la propia Carta Fundamental, pueden ser vulneradas, mediante estrictos procedimientos debidamente establecidos con anterioridad a la referida restricción. Estas restricciones a los derechos fundamentales suceden cuando existen ciertas colisiones de intereses entre un derecho y otro y un mecanismo de resolución es determinar cuál de ellos se encuentra por sobre el otro, es decir, la existencia de un interés público superior comprometido por sobre un interés privado. Por lo tanto, mientras más intenso sea dicho interés, menos es la protección de lo privado.

Basados en lo anterior, cuando nos referimos a las interceptaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, estamos en presencia del análisis que hubo que hacer para determinar que la intromisión a la vida privada de una persona, se encuentra por debajo del interés público que es la protección a la salud pública. En consecuencia, la ley pone a disposición del ente investigador –Ministerio Público– para que solicite autorización judicial al respectivo Juez de Garantía, con el objeto de entrometerse en las comunicaciones privadas del o los sujetos investigados y obtener la información necesaria que le conduzca a un exitoso resultado; siendo su fin último en el caso del tráfico de drogas la protección de la salud pública.

Las referidas garantías no sólo se encuentran protegidas en la Constitución Política, sino que también en tratados internacionales, que nuestro país ha suscrito, tales como: el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas”, que en su artículo 17 dispone que “1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...*”, asimismo, que “2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de esas injerencias o esos ataques*”; por otra parte, “La Convención Americana de Derechos Humanos” en su artículo 11 dispone “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...*”, y

“3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley en contra de esas injerencias o ataques*”.

En términos generales, en los tratados internacionales mencionados, como asimismo, aquellos que tienen relación directa con la persecución de la criminalidad organizada³, tales como, el lavado de dinero y el tráfico de drogas; se está abierto a la posibilidad de intromisión legal, sosteniendo como argumento que el o los bienes protegidos por los mismos tienen la característica de ser un bien o interés superior respecto al de las actividades individuales, eventualmente delictuales de las personas. Es decir, sus normas no delimitan ni configuran el derecho de respeto a la vida privada, siendo conceptos jurídicos indeterminados. De este modo, tendrá que ser el propio legislador, la jurisprudencia o la doctrina, los que se encarguen de su regulación o determinación.

Además, nuestra legislación establece que el Ministerio Público tiene la facultad constitucional de dirigir exclusivamente la investigación de los hechos constitutivos de delito y los demás entes del Estado y privados se encuentran al servicio de la persecución penal mencionada. En el ejercicio de la misma y ante la existencia de un bien jurídico superior, algunas garantías constitucionales pueden ser vulneradas. Sin embargo, el legislador estableció ciertos mecanismos de control, señalando que ante cualquier actuación o procedimiento que privare al imputado de alguno de los derechos fundamentales, será necesaria de autorización previa del Juez de Garantía. Esto sucede respecto de las intervenciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación, que sin perjuicio que las comunicaciones privadas se encuentran amparadas constitucionalmente, bajo ciertos supuestos, el Ministerio Público puede intervenir una comunicación privada, mediante la utilización de ésta técnica de investigación criminal; siendo las empresas de telecomunicaciones, las que facilitan los medios necesarios para que el persecutor realice sus diligencias destinadas a determinar la existencia de un delito⁴.

Esta facultad no sólo se restringe al ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de comunicación, sino que además podemos observar que el Ministerio Público está facultado para ordenar y realizar todas las diligencias pertinentes que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, pudiendo exigir información de cualquier persona o funcionario público, llevar a cabo actividades tendientes a esclarecer los hechos, tales como

3 “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*”, la “*Convención Americana de Derechos Humanos*”, el “*Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, Viena 21/02/1971*”, la “*Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*”, el “*Memorando de Entendimiento entre Chile, Argentina, Bolivia y Perú y el Programa de las Naciones Unidas para la fiscalización Internacional de Drogas PNUFID*”, la “*Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, la “*Convención Interamericana contra la Corrupción*”, la “*Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas*”.

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

realizar fotografías, filmaciones, grabaciones, reproducción de imágenes, voces o sonidos, por medio de la colaboración de organismos especializados⁵.

La norma en cuestión es el artículo 222° del Código Procesal Penal, que permite llevar a efecto una interceptación telefónica, cuando hay fundadas sospechas, respecto de hechos concretos, que una persona hubiere cometido o estuviere por cometer un delito que merezca pena de crimen; sólo así, el Juez de Garantía, a solicitud del Ministerio Público, ordenará la interceptación y grabación de sus comunicaciones u otras formas de comunicación. Quedando resguardadas, de la interceptación como medio de prueba, las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que respecto de éste último, fundadamente se sospechara sobre su responsabilidad penal en los hechos investigados⁶.

Por otro lado, tenemos la Ley N°18.168 de *Telecomunicaciones*, la que dispone que será el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el encargado de establecer, conforme a la referida norma, los rangos técnicos de las telecomunicaciones, controlar su funcionamiento, súper vigilar el funcionamiento de los servicios públicos de tele-

5 Artículos 180° y 181° Código Procesal Penal.

6 Artículo 222° señala: ***Interceptación de comunicaciones telefónicas.*** *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 la 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. La orden a que se refiere el inciso precedente 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 a sus intermediarios. No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y al duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar el plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes. Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos en el procedimiento. Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.*

comunicaciones y dar la protección a los derechos de los usuario y de establecer las multas en los casos de infracciones a ésta. Pero no se refiere en especial respecto a las intervenciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

Y para el caso que nos compete, la *Ley de Drogas* chilena, Ley N°20.000, posibilita al Ministerio Público realizar indagaciones y actuaciones dirigidas a recoger antecedentes que permitan perseguir el tráfico ilícito de drogas y los demás delitos derivados del mismo; manifestándose en el artículo 24° las medidas de retención, incautación de correspondencia y demás comunicaciones; así como también interceptaciones telefónicas y otros medios técnicos de investigación. Destacando que esta técnica de investigación puede ser utilizada en cualquiera de los delitos previstos en la mencionada ley, sin necesidad de aplicar el inciso 4° del artículo 222 del CPP, esto es, sólo se podrá indicar circunstanciadamente nombre y domicilio del afectado.⁷

Además, el artículo 38° de la Ley N°20.000, relacionado con el 182° del Código Procesal Penal, dispone en los casos de delitos contemplados en esta ley, que la investigación será secreta para terceros ajenos al procedimiento y terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. En relación al imputado y demás intervinientes, a criterio del Ministerio Público, podrá ser secreta hasta por 120 días renovables sucesivamente con autorización del juez de garantía por plazos máximos de 60 días.

Por su lado, la *Ley de la Agencia Nacional de Inteligencia* N°19.974, también faculta al Estado y al Presidente de la República, con el propósito de proteger la soberanía nacional y preservar el orden institucional, ciertos procedimientos especiales de obtención de información; tales como las intervenciones telefónicas. Prevé la posibilidad que el Ministerio Público pueda requerir a su vez dicha información a la ANI.

En cuanto a la Ley N°19.628 sobre *Protección de la Vida Privada*, esta protege a las personas en su vida privada y su intimidad. Orientada al mal uso que pudieren dar las empresas, que por su actividad comercial o por la naturaleza de sus prestaciones, respecto de la información que disponen de cada uno de nosotros; ya sea nuestro credo, defectos físicos, tendencias políticas, sexuales,

7 Artículo 24 Ley N°20.000: Párrafo 2° De la restricción de las comunicaciones y otros medios técnicos de investigación “Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren. Asimismo, no obstante lo prevenido en el artículo 167 de dicho Código, si las diligencias ordenadas no dieran resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes.

etc., ordena a éstas que su tratamiento corresponde cuando esta ley u otras lo autoricen o su titular consienta en ello.

Vinculado directamente con el procedimiento de interceptaciones telefónicas, tenemos el Reglamento N°142 sobre “*Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de otras formas de Telecomunicación*”⁸, el que se dictó con el objeto de fijar un mecanismo eficaz, para que los prestadores de servicios –compañías de telefonía– tuvieran claridad en cuanto a los plazos, condiciones y medios en que deben dar respuestas a la autoridad judicial; y el que debía solucionar el problema presentado en los inicios de la reforma procesal penal. Sin embargo, el mismo fue modificado en su redacción, en la toma de razón ante la Contraloría de la República, no definiendo plazos concretos para la realización de las interceptaciones, como tampoco establece la disponibilidad de tales empresas al servicio de la realización de las actividades de interceptaciones.

III. Protección y restricción propiamente tal

Para comprender la tutela y vulneración a estas garantías, debemos mencionar primeramente lo que entendemos por vida privada. Que podríamos entenderla como la posibilidad real de decidir estar solos, de no ser molestado por persona alguna y que nadie se entrometa en lo más personal de nuestra vida; características integrantes de la personalidad humana. Vinculado a su vez con el *honor*, entendido como sentimiento de nuestra dignidad moral o la de nuestra familia (subjetivamente), o bien lo que los demás evalúan de nuestra persona o familiares (objetivo). Así cualquier lesión de ellos puede dar origen alguna vulneración de nuestra intimidad o vida privada⁹.

Cuando hablamos de vida privada, nos referimos también al lugar en donde el individuo vive, se desarrolla o practica sus relaciones interpersonales, generalmente familiares. Es el ámbito de la vida en el que una persona actúa como parte de una pequeña unidad y en la que va estableciendo relaciones francas, relajadas y cerradas entre dos o más personas; por lo que excluye la vida pública. Así podríamos hablar de “*intimidad*”, siendo el ámbito reservado que tiene cada individuo y que sólo éste determina si lo comparte o hace público a un tercero¹⁰.

8 Promulgado el 11 de abril de 2005 y publicado el 22 de septiembre de 2005

9 MARIO VERDUGO MARINCOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “*Derecho Constitucional*” Tomo I, Edit. Jurídica, segunda edición, junio 1997, p. 251.

10 HUMBERTO NOGUEIRA, Monografía “*El Derecho al Respeto de la Vida Privada e Intimidad de la Persona y su Familia como Límite a la Libertad de Opinión e Información*”, Decano Fac. Ciencias Políticas y Sociales U. de Talca, Edit. Lexis Nexis.

La intimidad¹¹ estaría, según algunos autores, comprendida en el derecho a la vida privada o privacidad, abarcando aspectos básicos de concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros. Distinguiendo a su vez, entre actos de intimidad privados, que serían los que nadie se percata, salvo que el sujeto actor cuente parte o todo de ellos; y actos de intimidad externas que trascienden al sujeto que las desarrolla, por lo que serían conocidas por terceros, pero que no afectan ni al orden público, moral, o no causan perjuicios al bien común. Y si una de esas acciones afectara al bien común, el Estado debe ser el encargado de regularlas o bien prohibirlas.

En nuestra legislación se fijan ámbitos de vida privada, pero no tiene un carácter taxativo. Sin embargo, la Ley N°19.733 sobre *Libertad de Opinión e Información* en su artículo 30° inciso final precisa que se considera de la esfera privada o íntima “*los hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito*”. Por su parte, la Ley N°19.628, Sobre *Protección a la Vida Privada*, dispone en su artículo 2° letra g) “*son datos sensibles aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*”.

Así como vimos en nuestro país, la legislación comparada también protege la vida privada. España la ampara constitucionalmente como la intimidad de las personas y el secreto de las comunicaciones¹², siendo como bienes protegidos el secreto y la libertad de las comunicaciones privadas. Pero al igual que en nuestro país y como en casi todas las legislaciones occidentales, tales derechos pueden ser afectados o por resolución judicial o por declaración de estados de excepción o de sitio, para el esclarecimiento de hechos delictivos y para el mantenimiento del orden público; como asimismo, en otras situaciones expresamente indicadas por ley.

El Tribunal Supremo español señala que debe tenerse en cuenta el principio de la proporcionalidad, es decir, aunque el Estado tenga la facultad de afectar el derecho a la intimidad, debe entenderse que dicha afectación no debe realizarse bajo cualquier supuesto o con el argumento de la necesidad en la eficacia en la persecución penal. Por el contrario, el Estado en ocasiones debe “*...ceder el interés público... ante el individual en mantener el status libertatis libre de injerencias*”¹³. La jurisprudencia española señala varios requisitos para las intervenciones, entre las que están: la exclusividad jurisdiccional, finalidad

11 HUMBERTO NOGUEIRA, ob. cit.

12 Artículo 18° Constitución Española.

13 MARIO DANIEL MONTOYA, “*Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas, Análisis Constitucional y Procesal Penal*”, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, año 2001, p. 372.

probatoria, excepcionalidad de la medida, proporcionalidad, limitación temporal, especialidad del hecho, especificación de los teléfonos que pertenezcan a las personas investigadas, existencia de un procedimiento de investigación, existencia de indicios de investigación, exigencia del control jurisdiccional en el desarrollo y cese de la medida y que la resolución judicial sea debidamente motivada.

En consecuencia, lo que se protege, cuando hablamos de la vida privada, es lo concerniente a lo más íntimo de una persona, a lo que piensa o siente en su fuero más íntimo o interno, a sus creencias políticas o religiosas, a su vida sexual, psíquica y al entorno más reservado de su vida familiar. De este modo lo que hace la Constitución Política de Chile en su artículo 19° N°4 es garantizar el derecho a poseer “*El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y la de su familia.*”, siendo su opción el entregar el contenido a terceros, encontrando su límite bienes jurídicos superiores o cuando los hechos de carácter privado tengan incidencia directa en la comisión de un ilícito propiamente tal. En tal sentido, el Senado, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento ha señalado que “...no obstante que los hechos por su naturaleza formen parte de la vida privada o familiar, no se incurre en infracción al difundirlos si está envuelto en ello un interés público superior”¹⁴. En consecuencia, cuando legal y judicialmente se autoriza una interceptación telefónica, es una restricción autorizada a la garantía o derecho a la intimidad.

1) Quién autoriza

Es una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional. En nuestro país, con el actual procedimiento penal, es el Juez de Garantía quien tiene la facultad de autorizar una solicitud de intervención telefónica a petición del Ministerio Público¹⁵.

Lo mismo sucede en la gran mayoría del derecho comparado, siendo una exclusividad jurisdiccional la que puede establecer restricciones a las garantías constitucionales.

2) Finalidad

Su finalidad es probatoria, para determinar la existencia de uno más delitos, como la determinación de las personas involucradas en él.

14 Diario de Sesiones del Senado, Legislatura, 320, Ordinaria, Sesión 7, 13 junio 1990, pp. 573-594. Aprobado por unanimidad.

15 Artículo 222° del Código Procesal Penal.

3) Excepcionalidad

La intervención telefónica es una medida de restricción al derecho a la privacidad y el derecho a las comunicaciones privada excepcionalísima, ya que sólo puede ser en aquellos casos que la ley autoriza y bajo resolución judicial expresa.

4) Delitos susceptibles

Son susceptibles de interceptar las comunicaciones telefónicas en nuestro país, conforme lo señala el artículo 222° del Código Procesal Penal, aquellos que tengan pena de crimen, es decir los que tengan una pena privativa o restrictiva de libertad de más de 5 años y 1 día o más a perpetua. Excepcionalmente todos los delitos contenidos en la Ley de Drogas, los cuales son susceptibles de ser intervenidos aun cuando no tengan una pena superior a la señalada. Lo mismo sucede respecto de la Ley N°19.913 que *Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos*, pues su artículo 33° se remite a la Ley de Drogas y a cualquier otra ley que la modifique –antigua Ley N°19.366–, señalando que respecto de los delitos descritos en los artículos 27 y 28, le serán aplicables sus normas relativas a las técnicas de investigación criminal, como las intervenciones telefónicas¹⁶.

16 Ley N°19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos:

Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria

En España, tratándose de delitos graves, investigaciones de organizaciones criminales o terroristas, delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos contra la seguridad y libertad y respecto de ciertos delitos militares. Es necesaria la existencia de a lo menos indicios y no sólo de sospecha en la comisión de alguno de los ilícitos mencionados. Siendo necesaria la intervención a fin de recavar mayores antecedentes que permitan determinar la participación en la comisión del ilícito investigado. Asimismo, se requiere la existencia de una investigación en curso.

Es necesaria la proporcionalidad de la medida, es decir, “...adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma...”¹⁷.

Como en nuestro sistema, se encuentran prohibidas las intervenciones telefónicas entre imputado y su abogado, a menos que el último se encuentre involucrado en la comisión de un delito.

5) Descubrimientos casuales o fortuitos

Los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, desarrollado por la doctrina alemana, se refieren a los antecedentes obtenidos por medio de una intervención telefónica legalmente autorizada, pero que no corresponden a datos propios de la investigación, ya sea que emanen de las personas autorizadas a intervenir en sus comunicaciones telefónicas o bien que correspondan a otras personas de las cuales no se ha autorizado a intervenirla directamente¹⁸.

Esta situación presenta ciertos inconvenientes, especialmente cuando se trata de aquellos sujetos de los que no se posee una autorización judicial para su interceptación telefónica, puesto que el descubrimiento de un hecho delictivo, por medio de esta técnica, sería adquirido sin el amparo judicial previo. Para

previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

Artículo 28.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:

- 1.- Con presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y
- 2.- Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

17 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., pp. 376 y 377.

18 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 373.

resguardar situaciones similares, el derecho alemán permite que expresamente la orden de interceptación telefónica se dirija no sólo en contra del imputado, sino que de aquellas que se sospecha o se presume que son intermediarios del imputado para transmitir antecedentes del delito investigado y señala que tratándose de hallazgo casuales y cuando los hechos encontrados no tengan una relación directa con el delito investigado, el ente investigador debe abrir un nuevo proceso investigativo¹⁹.

Nuestra legislación se refiere a los hallazgos casuales en el inciso final del artículo 223° del Código Procesal Penal, al señalar: “...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”. De ello, derivarían dos hipótesis²⁰, “1) Que de la interceptación de un número telefónico aparezcan informaciones relevantes para otros hechos que puedan ser sancionados con pena de crimen. En estos casos, el legislador ha regulado expresamente la validez de esta prueba así como la posibilidad de ser utilizada en el nuevo caso. 2) Que de la interceptación de un número teléfono aparezcan informaciones relevantes para otros hechos ilícitos que no ameriten pena de crimen. En estos casos, a nuestro juicio, el legislador si bien no se refiere a la utilización de las grabaciones como medio de prueba, es dable afirmar que aquellas a lo menos podrán dar origen a un nuevo caso”. En consecuencia, como se concluyó en el citado artículo, no se requiere de una nueva autorización judicial para utilizar aquel antecedente obtenido de una intervención telefónica legalmente autorizada.

La jurisprudencia, en un Recurso de Nulidad, señaló que respecto de interceptaciones telefónicas de una tercera persona, y las que sirvieron de base para el descubrimiento del ilícito del juicio oral recurrido, porque la defensa no tuvo conocimiento, sino hasta los inicios del juicio oral y por lo tanto no pudo contar con los medios de defensa suficientes para poder contrarrestarla, que como medida intrusiva, ya existió un control de garantías por el ente jurisdiccional, por lo tanto “...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, al punto que de acuerdo al artículo 375 del Código del ramo, debiera desestimarse el recurso, teniendo presente también que lo esencial radica en el control de detención de los acusados y no la interceptación telefónica, porque

19 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 374.

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

*fue ésta la que permitió descubrir los hechos constitutivos del delito*²¹. Y sobre la falta de fundamentación alegada y omisión de requisitos del artículo 342° del Código Procesal Penal, “... debe considerarse que los hechos fijados en el motivo décimo quinto corresponden a las reflexiones efectuadas por los Jueces de fondo como también a la ponderación de la prueba, de manera que la interceptación telefónica constituye una diligencia que explica lógicamente cómo y por qué se produjo el control del vehículo y de la identidad de sus ocupantes, hecho que por lo demás no está discutido en cuanto a la existencia misma y, por consiguiente, ninguna infracción al artículo 297 del Código Procesal Penal se ha podido cometer, ya que no se dieron por acreditados hechos inexistentes o que no provengan de medios probatorios que respeten las máximas de las experiencias, los principios lógicos o los conocimientos científicamente afianzados. En fin, ninguna duda razonable puede surgir sobre la interceptación telefónica en el marco de una investigación referida en otra causa. Distinto es la reflexión que no corresponde en este estadio, sobre la infracción sustancial de garantías durante la investigación cuando se omite en la misma o en el auto de apertura del juicio oral la información referida a una interceptación telefónica que genera el inicio de la investigación en esta causa, porque ello le atañe exclusivamente a la Excm. Corte Suprema y a este Tribunal sólo le concierne pronunciarse si esta omisión impidió ejercer las facultades que la ley otorga al abogado defensor, o si se han omitido alguno de los requisitos de la sentencia referidos al artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, mas -como ya se ha sostenido- la defensa técnica no sufre perjuicio en este caso concreto en términos de impedirle el ejercicio de sus facultades cuando se omite tal información, pues la medida intrusiva fue controlada y no discrecional y la investigación se inició concretamente en el control de detención a propósito del cual se descubrió la droga que portaba el acusado”²².

6) Limitación temporal

En nuestra legislación, la interceptación tiene un plazo máximo de 60 días que puede ser prorrogado por el juez de garantía por períodos de igual duración, previo análisis de los argumentos esbozados por el ministerio público. Lo mismo se aplica respecto a la Ley de Drogas.

En el sistema español, las interceptaciones telefónicas pueden durar 3 meses prorrogables por igual período²³, no obstante, la intervención no puede ser de manera indefinida²⁴.

21 Recurso de Nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando cuarto.

22 Recurso de Nulidad, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, RUC 0700709859-0, RIT 37-2008. Considerando quinto.

23 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., Como lo señala el autor, en su página 370, la ley establece la factibilidad de prórrogas, sin especificar el número de las mismas, por lo que se entiende que éstas pueden ser varias.

24 MARIO DANIEL MONTOYA, ob. cit., p. 377.

7) Transcripción, conservación y destrucción

Nuestro sistema en el artículo 223° establece el registro de las interceptaciones telefónicas, la que deberá realizarse por medio de “... su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguraren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Ministerio Público, quien la conservará bajo sello y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas. ... 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”²⁵.

Por otra parte, el inciso 4° del artículo 223° del Código Procesal Penal, establece que “*Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimientos 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*”.

El sistema español establece la necesidad de grabar las comunicaciones telefónicas, para que éstas sirvan como medio probatorio; sin perjuicio que los funcionarios que realizaron puedan declarar en juicio, a objeto que entreguen la información adicional que se requiera. También, como en el caso chileno, se permite la destrucción del material irrelevante para la investigación.

8) Valoración. Prueba lícita e ilícita

En términos generales se pueda dar por sentado que las pruebas obtenidas mediante la violación de ciertas garantías constitucionales o por medios ilícitos, no pueden ser valoradas por el juez como medio de prueba.

Sin perjuicio de lo expuesto, como lo señala el profesor Francisco Muñoz Conde²⁶, se produce un cierto conflicto para determinar la licitud o ilicitud de la prueba, más cuando estamos en ausencia de una prohibición, ya que en estos casos existe una prohibición relativa, encaminada a respetar los derechos del individuo investigado, es decir, del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley. Lo anterior, claramente dificulta la determinación si la prueba en sí misma ha cumplido con los requisitos establecidos por la ley, cuando éstos son valorados a priori, como sucede en el caso de las pruebas audiovisuales. En ciertos casos la doctrina ha aceptado su valoración a pesar de haber sido obtenida por medios no lícitos²⁷.

25 Artículo 23° Código Procesal Penal, inciso 1° y 2°.

26 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “*Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*”, Claves del Derecho Penal 4, Editorial Hamurabi SRL, 1ª edición, 2004, p. 29.

27 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 31, cita 15. Distinguiendo entre prueba prohibida y prueba ilícita, la que sí puede ser objeto de valoración, bajo determinadas circunstancias, dependiendo de una ponderación de intereses con el caso concreto.

Lo anterior, entraría en contradicción con la teoría americana sostenida en los años 60, que señala que debe dejarse fuera de la valoración judicial toda prueba obtenida ilícitamente, con violación a los derechos fundamentales, como también aquellas que deriven de esa prueba ilegalmente obtenida.

Sin embargo, una manera de salvar esta prueba, es argumentar que la misma igualmente se podría haber obtenido, aun cuando no hubiese habido vulneración de garantías constitucionales. Situación que es compleja –como lo señala el Prof. Muñoz Conde– ya que este tipo de “*saneamiento perverso*”²⁸, “... obliga a ser muy cauto con una tesis muy amplia que prácticamente ignora la expresión “*indirectamente*” contenida en el art. 11.1 de la LOPJ... en el caso de O. J. Simpson, al alegar la policía que entró sin autorización judicial en el domicilio del famoso deportista Simpson, sospechoso de haber asesinado a su ex mujer y al amante de ésta, porque pensaba que su vida podía correr peligro, y no para obtener ninguna prueba en su contra. ... De este modo el guante ensangrentado que allí se encontró, fue admitido como prueba, aunque después por defectos en la práctica de la prueba pericial el análisis de la sangre no arrojó ningún dato concluyente sobre la culpabilidad de Simpson, quien, como es sabido, por éstas y otras razones (la falta de credibilidad del policía que encontró el guante), fue absuelto. ... la prueba del guante, ... derivaba indirectamente de una prueba prohibida obtenida mediante lesión de un derecho fundamental: el de la inviolabilidad de domicilio, y, por lo tanto, no debió haber sido valorada”²⁹.

En cuanto a la valoración como medio de prueba, se ha dicho por parte de la jurisprudencia chilena, que se niega todo valor probatorio, sin que se haya acreditado que ésta se hubiere obtenido con una autorización judicial previa, aún cuando no hubiese sido objetada por la defensa en la preparación del juicio oral³⁰. Sin embargo, es la propia Corte Suprema quien dice que quien se vea afectado por una vulneración de derechos o garantías constitucionales, debe reclamar oportunamente, como lo dispone el procedimiento contenido en la referida ley, esto es, “... se exige denunciar en la sede y en el momento en que se evidencia el vicio que es constitutivo de violación de la norma o disposición que regula el procedimiento por alguno de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión”³¹. En el caso del Recurso de Nulidad, el vicio se habría producido en la preparación del juicio oral, por lo tanto, la instancia de reclamo del mismo es en esa sede, conforme lo disponen los artículos 272° y 276° del Código Procesal Penal y si “... no se ejercieron los mecanismos adecuados para reclamar el vicio esgri-

28 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 35.

29 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., pp. 35 y 36.

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

31 Considerando séptimo en recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Santiago, Rol 4507-10, RUC 0900040845-7, redactado por el Ministro señor Carlos Künsemüller L.

*mido como fundamento de la nulidad... autoriza al tribunal a no dar acogida a un extemporáneo reclamo sobre la rendición de una particular prueba de cargo, conforme lo dispone el artículo 37° de la referida compilación procesal*³².

Por otra parte, –en el mismo fallo– señala, que debe rechazarse el reclamo de la defensa que indica que no se acreditó en juicio que las intervenciones telefónicas estuviesen autorizadas judicialmente, por cuanto una vez que las mismas fueron incorporadas como medios de prueba en el juicio, es evidente que contaba con la mencionada autorización del juez de garantía³³.

Establece asimismo, que: “... la autorización judicial para la verificación de una actuación policial no es una prueba independiente de aquella a que accede...”, por lo que si fue autorizada la actuación de la diligencia en sí misma, no puede pretenderse que se excluya la materialidad de la misma³⁴. En consecuencia, “...el tribunal oral no puede excluir pruebas, si ello no se hizo en sede de garantía, así como tampoco puede dejar de valorar legalmente la producida e incorporada en la audiencia de juicio oral,... pues el legislador manda hacerse cargo de toda la prueba producida, sin perjuicio, claro está, que pueda desestimar alguna indicando las razones que tuvo en cuenta para ello. (En este sentido, SCS 4600-10)”³⁵; quedando de manifiesto que no habría una afectación al racional y justo enjuiciamiento, ya que las pruebas que se tuvieron en juicio, fueron incorporadas a éste respetando el procedimiento.

A su vez, la Excelentísima Corte Suprema razona, señalando que la prueba obtenida por indicios puede ser complementada por las demás pruebas aportadas en juicio, para dar por establecida la participación en un hecho ilícito, mediante el análisis que llevan a cabo los sentenciadores, a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de acuerdo lo establece el artículo 297° del Código Procesal Penal³⁶.

IV. Alcances y conclusiones

De lo expuesto se puede señalar que para la persecución de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, es necesario la utilización de la técnica investigativa de la interceptación telefónica, por cuanto ésta sirve de base para determinar la comisión de algunos de los delitos de la referida ley, la identificación de los

32 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit.

33 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando noveno.

34 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando décimo.

35 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerando duodécimo.

36 Recurso Nulidad, Excelentísima Corte Suprema de Santiago, ob. cit. Considerandos décimo séptimo al vigésimo tercero.

involucrados y otros elementos que pudieran surgir de ésta. Esta necesidad surge por el mecanismo de acción y comisión que tiene el delito de tráfico de drogas, ya que muchas veces la técnica de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, es la única forma de establecer con certeza quiénes son los partícipes, cuáles son sus vinculaciones, incluso hasta poder determinar si entre ellas existe algún grado de jerarquía³⁷, la manera en que el o los sujetos operarán para lograr la comisión del hecho delictivo y demás circunstancias que permitan al fiscal, junto con los funcionarios policiales, realizar una correcta y exitosa formalización y acusación de los implicados.

Como ya mencionamos anteriormente, el derecho a la vida privada y derecho a la intimidad, aun cuando se encuentre debidamente amparado tanto por la Constitución como las leyes mencionadas, puede ser vulnerado bajo ciertos parámetros previamente establecidos. En el caso de la Ley N°20.000, la afectación del derecho a la intimidad y comunicaciones privadas se encuentra regulado en el artículo 24°, donde el legislador hizo una reflexión, en torno a determinar o sopesar los bienes jurídicos que pudieren estar en conflicto; concluyendo que un bien se encuentra por sobre el otro. Puntualmente, que en los casos de la Ley de Drogas, el bien jurídico superior –la salud pública– se encuentra por sobre el derecho a la intimidad o privacidad de las comunicaciones telefónicas.

Es por ello, que para el adecuado desarrollo de la función de investigación y para promover en plenitud la concreción del principio del debido proceso, se estima necesario, como medio de prueba, las interceptaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, siendo así posible cumplir a cabalidad con la labor del Ministerio Público, a través de sus fiscales, de la facultad exclusiva en la persecución de la acción penal pública, que la Constitución ha encomendado expresamente a éste. Manifestando que no habría un conflicto de intereses entre lo privado y lo público. Y se debe hacer presente que los intereses privados permanecen resguardados en la esfera de lo íntimo cuando su ejercicio no afecta un interés público de igual o superior rango.

37 Situación que podría vincularse a una asociación ilícita del artículo 16° o bien, la agravante de agrupación o reunión de delincuentes del artículo 19° letra a), ambas figuras de la Ley N°20.000.