



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados

TESIS

INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS DE CONVERSACIONES ENTRE ABOGADO DEFENSOR E IMPUTADO

Estudiante: Waldo Bown Intveen

Profesor: Sr. Matías Insunza Tagle

RESUMEN.

En Chile se realizan interceptaciones telefónicas entre abogados defensores y sus clientes imputados en procesos penales. Lo anterior debido, en gran medida, a que el Ministerio Público así lo ordenó a sus fiscales en un Instructivo General de la Fiscalía Nacional (Nº 060-2014). Aunque la ley prohíbe expresamente la simple interceptación de las llamadas entre el imputado y su abogado, en la práctica se interceptan cientos de estas llamadas. La mayoría de estas comunicaciones se graban, después se escuchan, y luego, siguiendo el instructivo de la Fiscalía Nacional, debe determinarse por el fiscal del caso si las materias conversadas entre abogado defensor y cliente son *“materias propias del ámbito de defensa”*. Hecho esto, y si se trata de materias de defensa según el criterio del fiscal, éste debe informar al Juzgado de Garantía; y, si se trata de eventuales delitos cometidos por parte del abogado, puede iniciar una investigación penal en su contra. Los funcionarios del Ministerio Público y las policías saben que la conducta de “interceptar” comunicaciones entre abogados y sujeto defendido, existiendo una autorización judicial para interceptar las comunicaciones del imputado, es una conducta prohibida legalmente y reprochable jurídicamente, pero aun así se hacen, contando además con una instrucción de la máxima autoridad persecutora que respalda dicho accionar. Se analizará y determinará si esa conducta, prohibida por el legislador pero autorizada por el Fiscal Nacional, es inconstitucional e ilícita. Además, se evaluará si esa conducta puede ser constitutiva de delito. Finalmente, se propondrán soluciones al problema.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO PRIMERO: Contexto general del problema.	11
I. Breve historia del problema.	11
II. El problema	18
III. Magnitud del problema	21
CAPITULO SEGUNDO: Contexto normativo.	22
1) Derechos a la intimidad. Las comunicaciones privadas.	23
1.1) Derecho a la intimidad propiamente tal y su protección.	23
2) Excepción al derecho a la intimidad. La interceptación de comunicaciones.	26
2.1) Medidas que afectan el derecho a la intimidad.	26
2.2) Procedimientos legales de interceptación telefónica.	27
3) Concepto de interceptación telefónica, grabación y transcripción.	31
3.1) Interceptación.	31
3.2) Grabación.	34
3.3) Transcripción.	34
4) Protección de las comunicaciones telefónicas entre abogado e imputado.	34
4.1) Introducción.	34
4.2) Contra excepción. Caso del abogado imputado.	37
4.3) Inconstitucionalidad de las interceptaciones telefónicas entre abogado defensor y cliente.	38
4.4) Inconstitucionalidad e ilicitud del Oficio 060/2014 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.	41
4.5) Punibilidad de la conducta que genera el problema y su impunidad práctica.	43
4.5.1) Introducción	43

4.5.2) Conductas concretas a analizar jurídico penalmente.	44
4.5.3) Eventual aplicación del delito del artículo 161–A del Código Penal.	45
4.5.4) Eventual aplicación del delito del artículo 36 B. letra c) de la Ley General de Telecomunicaciones.	54
4.5.5) Eventual existencia de delito de desacato.	55
CAPITULO CUARTO: Propuestas de solución del problema.	57
1. Introducción.	57
2. Propuestas de solución del problema.	57
IV. Bibliografía	63

Introducción.

Las comunicaciones de una persona con su abogado son privadas, por lo que terceros ajenos no pueden acceder a ellas. Este derecho es una expresión particular del derecho a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones, que se ve reforzado por el derecho al secreto profesional del abogado. Su vulneración, en el caso de comunicaciones entre un cliente imputado en un proceso penal y su abogado, afecta -además y de manera grave-, la garantía del debido proceso, manifestado por los derechos a una defensa letrada sin intervenciones o injerencias indebidas, a no auto incriminarse vía engaño o trampa y a mantener la estrategia de defensa de manera reservada si así se desea. En esta especial relación intersubjetiva abogado cliente dentro del proceso penal, los derechos al secreto profesional y no auto incriminación se tornan esenciales y pueden ser gravemente afectados. Así, toda comunicación de carácter profesional entre abogado y cliente se encuentra especialmente protegida, pero su protección se intensifica en la comunicación entre una persona imputada o investigada por un delito con su abogado defensor o consejero penal. La protección de las comunicaciones entre abogado defensor y cliente imputado, así como las de una persona no imputada y su abogado consejero, en temas de índole no penal, debe tomarse con máxima seriedad. En ambos casos esta comunicación debe ser protegida y su vulneración debe ser estrictamente prohibida y también sancionada. Empero, se quiere hacer presente -y se hará a lo largo de esta tesis-, que el peligro de una vulneración del derecho del cliente imputado a la no autoincriminación es de una gravedad mayor, pues se trata de una infracción constitucional y a los derechos fundamentales, considerando las consecuencias punitivas del proceso penal.

En los principales tratados internacionales sobre derechos humanos se protege el derecho a la privacidad en las comunicaciones abogado - cliente, de manera concluyente. En la Constitución chilena no existe una alusión directa a este derecho, pero se establece claramente la prohibición de perturbar el trabajo del letrado y el derecho a un justo y racional procedimiento (y el derecho a defensa como una manifestación del mismo) así

como el derecho a la intimidad, la confidencialidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Por su parte, la ley procesal penal chilena, de manera expresa y categórica, prohíbe a la autoridad inmiscuirse en las comunicaciones entre abogado defensor e imputado, estableciendo como única excepción que el abogado personalmente también sea imputado en el mismo delito por el cual se concede la medida.

Por tanto, visto desde el punto de vista normativo, en nuestro país se protege plenamente la garantía de privacidad de las comunicaciones entre abogado y cliente.

Pero la realidad en nuestro país es otra, ya que es de común ocurrencia que se intercepten y escuchen las comunicaciones telefónicas entre abogado y cliente imputado, por lo siguiente: Una vez que se autoriza judicialmente la interceptación de los teléfonos de una persona –aunque cumpliendo formalmente con los requisitos legales–, se interceptan todas sus comunicaciones, incluyendo las que sostenga el imputado y su abogado, para luego proceder a escucharlas y, en muchos casos, a transcribirlas para dejar constancia de ellas en la carpeta de investigación. Es una práctica institucionalizada, que se da en parte por la dificultad práctica de impedir la interceptación de llamadas específicas como es el caso de las del defensor y también, hay que decirlo, por un interés de parte del órgano persecutor de conocer su contenido, con mecanismos claramente ilegítimos. Si a esto sumamos la creciente vulneración del secreto de los antecedentes de la investigación que son objeto de publicación por la prensa, la situación se agrava aún más.

En efecto, los órganos públicos autorizados legal y judicialmente para interceptar comunicaciones telefónicas, esto es, el Ministerio Público, el Fiscal Nacional Económico y funcionarios policiales de la Policía de Investigaciones y Carabineros por delegación de los primeros, no cuentan con elementos técnicos idóneos ni con sistemas organizados (reglas y protocolos suficientes) que permitan –ex ante–, impedir la interceptación de comunicaciones telefónicas entre abogados defensores y sus clientes, así como tampoco con la voluntad de impedir efectivamente estas interceptaciones prohibidas. Por el contrario, preocupa que esta práctica ilegal se haya institucionalizado mediante el Instructivo N° 060-2014 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en el que se ordena

a los fiscales que escuchen todas las grabaciones efectuadas y, de existir comunicaciones entre el abogado y el sujeto intervenido, los persecutores califiquen si estas son propias de “materias de defensa” y en, ese caso, lo comuniquen al juez de garantía. En cambio, si la materia de la conversación demuestra que el abogado está involucrado en “cualquier” delito, se inicie investigación en su contra.

Entonces, el problema se puede dividir en dos niveles.

En el primer nivel, cuya solución es más compleja, la autoridad –previa autorización judicial- intercepta la totalidad de las comunicaciones de una persona y, de paso, la totalidad de las comunicaciones entre esa persona y su abogado defensor, si las hubiere. Vale decir, cada vez que un Tribunal autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas de una persona (asumiendo que se dan los requisitos legales y que el Tribunal actúa conforme a estos) las autoridades encargadas de dicha interceptación intervienen la totalidad de las llamadas entrantes y salientes del teléfono autorizado, sin distinción de contenido, ni de emisor o de receptor de la llamada. Dicha situación, bajo una mirada superficial, parecería justificada en el hecho que los órganos de persecución penal supuestamente no podrían distinguir *ex ante* la identidad de los emisores y receptores, ni tampoco el contenido de las conversaciones. En ese sentido, quienes pretendan defender la interceptación ilimitada de las llamadas, deberían sustentar sus argumentos en una postura basada en la eficiencia de persecución penal más que en la legalidad de la misma, puesto que si sólo se pudieran intervenir determinadas conversaciones y no su totalidad, se perdería supuestamente la eficacia de la medida. Además, en la práctica quienes priorizan la persecución criminal sostienen la falacia de no afectación real de derechos, toda vez que dichas conversaciones no podrían servir de prueba en juicio, pues debieran ser catalogadas como prueba ilícita.

En un segundo nivel, se encuentra el problema de las decisiones administrativas del Ministerio Público, plasmadas fundamentalmente en el Instructivo General citado previamente. En dicho documento se ordena a los fiscales a intervenir, escuchar, calificar y luego comunicar al juez de garantía, si es del caso, el contenido de la escucha entre un abogado y su cliente. Esta medida administrativa es abiertamente inconstitucional e ilegal, pero a mi juicio de fácil solución: declarar su invalidez.

Así las cosas, los Tribunales que autorizan las interceptaciones telefónicas sólo se preocupan de chequear el cumplimiento de los requisitos legales, esto es, de la gravedad de los hechos investigados, plausibilidad de los mismos y necesidad de la medida, sin tomar en consideración la existencia o no de defensa letrada, y las probabilidades de interceptaciones de comunicaciones cliente – abogado. Además, los Tribunales tendrían conocimiento del Instructivo 060-2014 del Ministerio Público ya que es muy probable que los fiscales hayan comunicado interceptaciones prohibidas entre abogado y cliente en cumplimiento del mismo. Asimismo, en muchos casos la autorización ocurre cuando el hecho investigado ya ocurrió, con lo que derechamente se busca la incriminación del imputado –ya sea con su abogado, ya sea con terceros–, y la escucha de las estrategias de defensa. A su vez, se tiende a dejar en un segundo plano a las interceptaciones y escuchas telefónicas, frente a la grabación, uso procesal y difusión de las mismas, menospreciando la gravedad de las primeras. De esta forma, el argumento utilizado por las autoridades suele ser que, atendido que no se graban, o no se usan en el proceso, ni se difunden las conversaciones abogado – cliente, no hay afectación sustantiva de derechos. En esta memoria se aclararán estos conceptos, y se demostrará que la simple interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas, aun cuando estas sean grabadas y luego destruidas, es una vulneración profunda de los derechos mencionados.

Este es el problema que se intenta reflejar y pretender resolver en esta tesis. Desde ya, se vislumbra una difícil solución total al problema, ya que imposibilitaría toda interceptación telefónica que eventualmente podría generar vulneración de garantías en el sentido señalado hasta ahora, lo que se aleja del principio de realidad.

Las interceptaciones telefónicas entre abogados defensores y clientes han generado preocupación en los letrados, el Colegio de Abogados, la Defensoría Penal Pública, y otros agentes, pero sin la fuerza requerida para detener este abuso e infracción constitucional. Existe, además, escasa preocupación de la opinión pública, salvo algunos comentarios y editoriales en medios de prensa que han repudiado los hechos. Preocupa también la falta de auto crítica de las autoridades encargadas de las interceptaciones, que sin asumir la falta, han intentado minimizarla. En el caso del Ministerio Público, no se han visto sanciones administrativas a los funcionarios infractores, imputaciones penales por estos hechos, ni mucho menos algún atisbo de modificar la forma como se practican las

interceptaciones por parte de la autoridad. Por el contrario, se constata con el Instructivo General 060-2014 que su realización es fomentada como práctica investigativa. A nivel judicial, entendemos que ni siquiera es una materia discutida hasta ahora, salvo en escasas sentencias.

Es por ello que se requiere con urgencia revisar la forma como se conceden y practican las interceptaciones telefónicas a fin que se realicen conforme con la Constitución y la Ley, asunto que esta tesis intentará abordar.

Las soluciones tanto teóricas como prácticas que se proponen, dicen relación con la forma, requisitos y oportunidad de las autorizaciones judiciales de interceptación telefónica, de manera de evitar la intromisión ilegal en comunicaciones telefónicas entre abogado defensor y cliente. En este sentido, la originalidad, la pertinencia y el eventual aporte de esta tesis viene dado con el intento de dar soluciones para una correcta aplicación administrativa (por el Ministerio Público y las policías) y judicial de estas medidas de una manera que, a juicio de este postulante, respete los derechos de defensa y privacidad envueltos en las comunicaciones abogado – cliente en el marco de un proceso penal.

En su desarrollo, esta investigación presenta los problemas existentes y se refiere a su naturaleza, extensión y magnitud. Luego se determina cuál es el marco jurídico aplicable y cuáles son los conceptos básicos, los que se definen y analizan críticamente. Posteriormente, se hace un breve análisis de las conductas prohibidas, resolviendo si se trata de acciones típicas, antijurídicas y culpables.

Efectuada la descripción de los elementos relevantes, y hecho el breve análisis dogmático mencionado, se presentan las conclusiones tendientes a dar un enfoque novedoso respecto de cómo el Ministerio Público debería solicitar y realizar las interceptaciones y los Tribunales debieran resolver las peticiones de interceptación telefónica sin infringir los derechos y garantías constitucionales en juego. Asimismo, se propone que los órganos encargados de la interceptación procuren establecer nuevas reglas y protocolos, en busca del mismo fin.

La investigación se enfoca –reconozco que con cierto grado de arbitrariedad–, en las interceptaciones telefónicas en casos relativos a delitos económicos, de la empresa,

cometidos por funcionarios públicos, así como en las investigaciones administrativas realizadas por la Fiscalía Nacional Económica en caso de infracciones a la libre competencia. Este enfoque tiene su razón en poder ejecutar y poner a prueba los puntos en discusión, así como tener un amplio espectro de ejemplos, dada la relevancia que tienen las interceptaciones ilegítimas de conversaciones entre abogados defensores y clientes en este tipo de ilícitos penales y administrativos, dadas las características estratégicas complejas que asumen las defensas en estos ilícitos. Sin embargo, este cariz que toma la tesis, viene a cumplir solo un rol didáctico, ya que las conclusiones en teoría sirven para todos los casos en que se presenten, cualquiera sea el delito investigado y que según nuestra legislación procesal penal admita la interceptación de comunicaciones telefónicas.

En el caso de los delitos de drogas y organizaciones criminales, puede darse una diferencia práctica con los llamados coloquialmente “delitos de cuello y corbata”, consistente en que, en general, en los primeros las interceptaciones se dan cuando los delitos se encuentran en curso, mientras que en los segundos, también en general, se realizan cuando ya se han cometido.

Dada la naturaleza y objetivos del trabajo, en calidad de tesis, no se tratará la protección de otras formas de comunicación entre abogados defensores y clientes (correos electrónicos, conversaciones entre presentes, etc.), así como tampoco se referirá a interceptaciones telefónicas delictuales cometidas por particulares, o por autoridades sin orden judicial.

El marco teórico de la presente tesis tiene su fundamento en diversas instituciones y principios. En primer término, el estatuto normativo que forma parte de la base esencial de los derechos y garantías de la persona en sus aspectos materiales e inmateriales, esto es, la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile. En ellos se establece el derecho al debido proceso y los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. El desarrollo de la tesis será guiado por estos principios, dando un enfoque que busque cautelar la garantía del debido proceso, contrario al discurso de “emergencia”, al que suele oponerse.

En la parte legislativa se estudiará la historia de las normas jurídicas que conceden las interceptaciones telefónicas, y las que impiden la interceptación de las escuchas abogado defensor – cliente, para comprender mejormente su entidad, sentido y alcance. Mismo análisis se hará respecto de los tipos penales que sancionan las interceptaciones ilegales.

Se considerarán casos ocurridos en Chile, y se verá cuáles han sido las diversas soluciones al tema que, adelanto, no comparten el punto de vista de esta memoria. En el mismo sentido, se intentará dar con la doctrina extranjera que se refiera, directa o indirectamente al tema.

El trabajo de tesis utilizará el método de investigación analítico de naturaleza bibliográfica y hermenéutica, en función de interpretar, explorar, criticar, ordenar y sistematizar el objeto de observación, esto es, las interceptaciones telefónicas efectuadas por la autoridad, con autorización judicial, que intercepta conversaciones entre abogado defensor y cliente en el proceso penal, en los ámbitos legal, doctrinario y jurisprudencial, proponiendo soluciones precisas y novedosas a los problemas planteados.

La técnica jurídica de acopio y recopilación de la información obtenida del análisis bibliográfico, será la de fichaje, resúmenes y citas pertinentes de documentos referentes tanto a normas jurídicas, como a doctrina y jurisprudencia relevantes.

CAPITULO PRIMERO: Contexto general del problema.

I. Breve historia del problema.

Presentaremos el problema intentando dar un contexto histórico. Advierto que su selección es bastante parcial, dejando fuera hechos importantes, pero ha sido necesario para no extendernos demasiado y dar un carácter más dinámico y didáctico a esta parte del trabajo.

1) Con la implementación de la reforma procesal penal de manera gradual desde año 2000, empezaron a hacerse públicos ciertos atentados a garantías constitucionales por parte de la fiscalía y la policía, por cierto, mucho menos recurrentes que los que ocurrían en el antiguo régimen procesal penal.

En la especie, surgieron casos de interceptaciones ilegales de comunicaciones entre abogados e imputados, hechas por la fiscalía o la policía.

Como marco legal, el Código Procesal Penal en su artículo 222, sobre *“interceptación de comunicaciones telefónicas”*, dispone en su inciso tercero que *“no se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado”* a menos que constara que el último tiene participación en los hechos investigados.

2) En el año 2002, en la ciudad de Temuco, en un caso sobre asociación ilícita en el contexto del conflicto mapuche, a un abogado defensor se le interceptaron las comunicaciones con su cliente imputado, a pesar de que ese abogado tenía patrocinio en la causa en que se produjo la medida ilegal. El año 2011, la Corte Suprema hizo justicia respecto de este vejamen y ordenó al Fisco a indemnizar al abogado estimando que *“el principio de objetividad impone al órgano persecutor un deber de lealtad no sólo para con la Defensa, sino que además se traduce en el deber de actuar de buena fe durante el procedimiento”* y que *“se traspasó un ámbito reservado o protegido, en el cual los supuestos de intrusión y sus límites están expresamente regulados por la ley, incluyendo en la situación en estudio controles más estrictos por ser la intrusión más intensa”*.¹

3) En otro caso, el 18 de junio de 2010, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, decidió sobreseer definitivamente una causa seguida por el delito tipificado en el art. 161 A del Código Penal, por interceptaciones telefónicas efectuadas a un abogado defensor y su cliente imputado, en el contexto de una causa seguida por el delito de sustracción de menores, por estimar que *“a los funcionarios no se les instruyó que limitaran conversaciones, no se les informó acerca de los abogados de los imputados, de su individualización, así como tampoco acerca de si el patrocinio de los mismos se encontraba vigente, señalando que los funcionarios no tienen acceso a la carpeta digital (...) por lo demás, no podían proceder ni actuar de manera distinta de aquella instruida por el fiscal a cargo de la investigación”*. Este sobreseimiento definitivo fue confirmado por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja, al estimar que no había falta o abuso grave en la resolución.²

4) En el mes de octubre del año 2010, en el contexto de un caso conocido como “Registro Civil”, el Honorable Consejo General del Colegio de Abogados, luego de acoger un

¹ Corte Suprema, 12 de julio de 2011, Ingreso N° 2765-2009.

² Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18 de junio de 2010, Ingreso N° 81-2010 R.P.P. y Corte Suprema, 17 de agosto de 2010, Ingreso N° 4653-2010.

amparo profesional de uno de sus asociados, solicitó al Fiscal Nacional del Ministerio Público que investigue la interceptación telefónica ilegal efectuada por la Policía de Investigaciones (PDI) a un imputado con su abogado defensor. Solicitó el H. Consejo General que *“sean incoadas los procedimientos que corresponda para investigar y sancionar conforme a la ley las actuaciones pasadas, y sean adoptadas las demás medidas necesarias para evitar que se repitan situaciones como las descritas”*. Además, le hizo presente a la más alta autoridad del Ministerio Público que *“este hecho es incomprensible a la luz de un correcto ejercicio de la labor investigativa, con apego a las normas legales y constitucionales. Por ende, el Colegio de Abogados manifiesta su preocupación en cuanto a que la actuación de la PDI, que se reprocha en este caso, puede no constituir un acto aislado sino una práctica habitual, y que, por lo mismo, la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho a la defensa legal estén en este momento siendo afectados de forma grave, con actuaciones ilegales similares a las reprochadas, mediante las cuales se obtiene inconstitucional e ilegalmente información para ser utilizadas en otros procesos similares”*. (El subrayado es mío)

En el mismo proceso penal, se interceptaron y grabaron comunicaciones de seis abogados defensores con sus respectivos clientes imputados.³

Al conocer de estas interceptaciones ilegales entre los abogados defensores y sus clientes, el Juzgado de Garantía correspondiente le ordenó al fiscal del caso que abriera inmediatamente una investigación, la que terminó sin condena para los involucrados. Asimismo, la Fiscalía Nacional instruyó un sumario administrativo a la fiscal del caso, el que terminó sin la imposición de cargos.

Este hecho fue muy difundido en ese entonces, por lo conocido del caso penal en que se hicieron las interceptaciones, y la gravedad de la injerencia a las comunicaciones entre los abogados afectados y sus defendidos, poniendo una voz de alarma en la opinión pública.

5) Atendido el revuelo que generaron estas últimas noticias sobre interceptaciones ilegales, el Fiscal Nacional de la época realizó una serie de entrevistas para hablar sobre

³

Ver: http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_actividades_listado.html&idcat=346&nseccion=actividades+y+noticias+%3A+Seis+abogados+fuieron+ilegalmente+grabados+en+el+caso+Registro+Civil+-+Diario+La+Tercera

el tema. En una de ellas, que apareció en la revista Capital del 30 de noviembre de 2010, ante la pregunta de si “¿se pueden grabar conversaciones entre un abogado defensor y su cliente?” el Fiscal Nacional respondió: “No se le puede interceptar una conversación a un abogado defensor. Es ilegal, ilegítimo y atenta contra la garantía básica del derecho a defensa, a menos que el abogado sea imputado de un delito. **Lo que sucede es que si se interviene el teléfono de un imputado, no hay capacidad de discernir a priori con quien va a hablar**”. Luego, se le consulta al Fiscal Nacional: “¿O sea, si yo soy imputada y llamo a mi abogado defensor, me van a interceptar igual la conversación porque yo marqué el teléfono...”? A lo que responde: “**Sí, pero esas conversaciones no pueden ser utilizadas. Hay que eliminarlas**”.⁴ (La negrilla es mía)

6) En otro proceso, el 25 de marzo de 2011, la Corte de Apelaciones de Santiago sobreseyó definitivamente una causa seguida por el delito tipificado en el art. 161 A del Código Penal, por interceptaciones telefónicas efectuadas a un abogado defensor y su cliente imputado, en el contexto de una causa seguida por un delito de abuso sexual, sosteniendo que “*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 “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 agregación al informe policial no ha obedecido a un acto unilateralmente decidido, querido o 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 (...)*”⁵

Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo del recurso de queja interpuesto contra los ministros del tribunal de alzada, con fecha 19 de octubre de 2011, revoca el sobreseimiento, señalando que: “*En la especie, la conversación habida entre el imputado y su abogado, fue interceptada, grabada y difundida posteriormente, al ser reproducida por escrito en un informe policial por el mismo autor de la interceptación. El inciso final del*

⁴ Revista Capital Online. “La ley de Sabas”, en: <http://www.capital.cl/poder/2010/11/30/171133-la-ley-de-sabas>”

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 2011, Ingreso N° 237-2011.

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 ha existido autorización legal, como tampoco judicial, porque la ley permite y ordena a la policía cumplir los mandatos de los jueces y fiscales, pero al funcionario señor Bórquez 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. El artículo 222 inciso 3° del Código Procesal Penal, sólo le permitía grabar aquella conversación específica en la medida que el Juez de Garantía se lo hubiese ordenado, quien podía hacerlo –únicamente- sobre la base de antecedentes que debían constar en la resolución respectiva y cuando el abogado pudiera tener responsabilidad penal en el hecho investigado. Ya que no estaba facultado por la ley, porque carecía de mandato judicial para proceder como lo hizo, el comportamiento del querellante no encuadra en el inciso final del artículo 161 A del Código Penal y resulta infundado sostener la inexistencia del delito, como motivo determinante del sobreseimiento definitivo cuestionado. Quinto: Que, del mismo modo, cuando los jueces han aducido la inexistencia de voluntariedad en el actuar del inculpaado, 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.”⁶ (El subrayado es mío)

⁶ Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Ingreso Rol N° 2.663-2011.

Finalmente, y aún en contra de lo resuelto por la Corte Suprema, atendida la exclusiva facultad de la Fiscalía para dar curso al procedimiento, este caso terminó por decisión de no perseverar.

7) El mismo año 2011, la Fiscalía Nacional decidió modificar el sistema de interceptaciones telefónicas a nivel nacional.

Así, el 18 de abril de ese año, la Fiscalía Nacional firmó un protocolo de acuerdo con las principales empresas “operadoras móviles” del país, para centralizar a nivel nacional todas las ordenes de interceptación telefónica autorizadas judicialmente. Este protocolo se basa en el sistema denominado RESIT (Registro de Solicitudes de Interceptación Telefónica). De ahora en adelante, supuestamente, todas las solicitudes de interceptación telefónica que se pidan por los fiscales del país deben ser enviadas a este sistema, y éste la gestiona con la respectiva compañía. El RESIT es gestionado por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional.⁷

Con este nuevo sistema, las interceptaciones entre abogados defensores e imputados siguieron ocurriendo de la misma forma, esto es, se interceptaban todas las comunicaciones del imputado, incluidas aquellas con su abogado defensor. Ellas se grababan, se escuchaban, y a veces se transcribían. Otras veces se borraban y otras, suponemos, se traspasaban a otro soporte, fuera de los registros de la investigación que les dio origen. La diferencia es que ahora esto se hacía a nivel central.⁸

Como veremos, esta modificación no sólo no solucionó el problema de las interceptaciones ilegales de conversaciones entre abogados defensores e imputados, sino

⁷ Carta respuesta de Director Ejecutivo Nacional del Ministerio Público a solicitud de información pública realizada por mí, de fecha 26 de febrero de 2015, en que entre varios puntos se me informa que “1.3. Procedimiento: El sistema Resit es un gestor para el envío de las solicitudes de interceptación telefónicas debidamente autorizadas judicialmente, ante operadoras móviles con el protocolo suscrito antes mencionado”

⁸ Cabe hacer presente que la Policía de Investigaciones de Chile tiene una unidad especializada en escuchas telefónicas llamada Departamento de Monitoreo de Telecomunicaciones (DEMTEL). Según la página web institucional de la PDI esta Unidad tiene por objetivo “ser el enlace institucional ante las compañías telefónicas o proveedores de servicios de comunicaciones nacionales, interactuando con ellos a objeto de optimizar los canales técnicos para la obtención de la información requerida judicialmente, dentro de los plazos establecidos, como asimismo, buscará nuevas alternativas tecnológicas de punta en el área de monitoreo e interceptación de telecomunicaciones. Ver en: <http://www.policia.cl/antinarcoticos/departamentos/departamentos.htm>

que la empeoró, ya que hizo más difícil para las víctimas de las interceptaciones ilegales conocer o descubrir su realización.

8) El 23 de enero de 2014 ocurrió un hecho que no sólo empeoró la situación, sino que la generalizó e institucionalizó.

Ese día se dictó un Instructivo de carácter general de la Fiscalía Nacional, (con carácter de “instrucción general” según el artículo 17 a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público) que -en términos sencillos y directos-, instruye a los fiscales y policías a escuchar todas las comunicaciones entre el abogado defensor y el cliente imputado que se produzcan en el contexto de una autorización judicial.

En efecto, en el Oficio FN N° 060/2014, cuya materia es *“Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal”*, en la pág. 22 y siguientes, dispone lo siguiente:

“iv. En el evento que, producto de la interceptación telefónica, se detectan conversaciones del imputado con su abogado defensor, y éstas digan relación con materias propias del ámbito de la defensa, se instruye a los fiscales comunicar de inmediato al Juez de Garantía acerca de la existencia de dichas comunicaciones y de los registros de las mismas.

En este sentido, los fiscales han de determinar si dichas conversaciones versan sobre el ámbito de defensa del imputado o si de ellas se infiere una eventual participación del abogado en los hechos investigados. En el primer caso, el contenido de dichas escuchas no deberá ser considerado por el fiscal. En el segundo, se solicitará autorización al juez de garantía, no sólo para utilizar las futuras conversaciones entre el imputado y su abogado, sino además, para valerse de las que fundaron esta solicitud.

Cabe hacer presente que los fiscales sólo podrán ponderar la naturaleza de las conversaciones entre el imputado y su abogado una vez que éstas ya se han verificado.”

Como se analizará más adelante, este instructivo es inconstitucional e ilegal, y su cumplimiento por parte de los fiscales podría dar lugar a la comisión de delitos.

9) Recientemente, el 5 de junio de 2016, en un reportaje del diario La Tercera, el Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, don Luis Toledo señaló que “las conversaciones están sujetas a un sistema automatizado. Por ende, cuando se registra la conversación “entre abogado e imputado, tal comunicación si es grabada, no puede ser utilizada en el juicio. En consecuencia en nuestro país, la interceptación telefónica cumple con todos los estándares legales, procedimentales y de rigurosidad que exige el legislador, cautelándose a nivel legal y práctico”⁹ Asimismo, hablando sobre el acceso de los fiscales a las estrategias de abogados defensores, indicó que “éstos tienen herramientas legales que les permiten resguardar sus estrategias”.

⁹ El reportaje completo se puede ver en el siguiente link:
<http://www.latercera.com/noticia/tribunales-autorizaron-5-992-escuchas-telefonicas-en-todo-chile/>

II. El problema

Cuando imaginamos las interceptaciones telefónicas que dentro del marco legal realiza la autoridad, probablemente visualicemos las clásicas imágenes del cine norteamericano en que personajes que trabajan para alguna agencia o policía del Estado, del tipo FBI o CIA, se encuentran en una oficina gubernamental, escuchando atentamente “en vivo” las conversaciones telefónicas de los sospechosos de algún crimen.

La realidad chilena, de manera muy general, y asumo que la realidad internacional también, se aleja de esa “imagen” de interceptaciones telefónicas en que se requiere de funcionarios estatales pendientes y atentos las 24 horas del día de las llamadas de la persona investigada.

Ello, evidentemente, impondría costos excesivos por la gran cantidad de funcionarios preparados que se requeriría para estar permanentemente dedicados a escuchar de manera inmediata todas las llamadas intervenidas, pudiendo decidir no escuchar aquellas comunicaciones bajo secreto.

Lo que se hace es simplemente interceptar todas las llamadas por parte de las compañías de telecomunicaciones, para luego derivarlas a un sistema de registro y grabación, de manera que cada equipo investigativo (fiscales y policías del caso concreto) pueda escucharlas en su momento.

Así las cosas, en Chile, por instrucción de la Fiscalía Nacional se interceptan, graban y escuchan todas las llamadas que se den entre abogados defensores e imputados cuando se le ha intervenido el teléfono a estos últimos en el marco de un proceso penal. Este comportamiento vulnera garantías constitucionales y contraría abiertamente lo dispuesto expresamente por la ley.

En efecto, tal como vimos, el anterior Fiscal Nacional, señor Sabas Chahuan, opinó en esta materia que grabar o escuchar las comunicaciones entre abogado defensor e imputado era “*ilegal, ilegítimo y atenta contra la garantía básica del derecho a defensa*”¹⁰, sin perjuicio de lo cual, en opinión del mismo, la interceptaciones, grabaciones y escuchas se hacían de igual forma atendido que es prácticamente imposible determinar con anterioridad a la interceptación si la conversación del intervenido se hacía con su abogado.

¹⁰ Ver Nota N° 5.

Sin embargo, desde enero de 2014, con el Instructivo General FN 060/2014, la Fiscalía Nacional interpreta que estos comportamientos serían legales y legítimos, y su ejecución pasa a ser obligatoria para los fiscales dentro del proceso penal.

He aquí el problema principal de esta tesis. Aunque la ley prohíbe expresamente la simple interceptación de las llamadas entre el imputado y su abogado (vale decir, el sólo acto en que un tercero accede a la comunicación telefónica) en la práctica se interceptan cientos de estas llamadas, y se las graba y escucha, y eventualmente se podrían transcribir y utilizar en perseguir penalmente al abogado.

Según se ha podido observar, esta conducta prohibida ocurre fundamentalmente por los siguientes motivos o causas:

I. Un motivo institucional del problema.

La Fiscalía Nacional ha instruido a los fiscales a escuchar las conversaciones de los imputados y sus abogados, cuando se realicen interceptaciones telefónicas en el proceso penal. Y no se trata de cualquier escucha, pues se deben escuchar muy atentamente las llamadas, ya que el fiscal debe hacer un ejercicio intelectual para determinar si el contenido del dialogo: 1) da lugar o no a la comisión de un delito por parte del abogado, diferente o igual al investigado; y 2) si la comunicación tiene o no un contenido de “ámbito de la defensa”.

Es más, algunos casos emblemáticos han demostrado que la interceptación, escucha y grabación de las conversaciones entre un imputado y su abogado defensor pueden ser útiles a la fiscalía, ya que sirve para conocer las estrategias de defensa de los imputados intervenidos y eventualmente obtener pruebas, por información que se haya generado en la llamada.¹¹

II. Un motivo sistémico del problema.

Sin perjuicio que a la fiscalía, por su rol persecutor, pero contrariando sus deberes constitucionales y legales, le podría interesar interceptar, grabar y oír

¹¹ Esto ha ocurrido en varias oportunidades. Por ejemplo, en el denominado caso Registro Civil, en que se interceptó, grabó y transcribió conversaciones entre imputados y sus abogados defensores. Acá se pudo constatar que la Fiscalía encargada del caso obtuvo la autorización de las conversaciones telefónicas en el periodo en que los imputados concurrían a declarar, con lo que se pudo escuchar conversaciones con sus abogados respecto de las declaraciones, y otras estrategias de defensa.

las llamadas entre defensores e imputados, el problema va más allá, ya que ninguna de las autoridades involucradas en el proceso de interceptación telefónica tiene un interés serio en detener esta flagrante violación a garantías constitucionales.

Así las cosas, estamos ante una falla estructural al no existir –de parte de las autoridades-, voluntad seria de impedir interceptaciones entre abogado y cliente.

Por una parte, los Tribunales, que si bien por regla general exigen el cumplimiento de los requisitos legales–formales de la interceptación, comúnmente no preguntan al Ministerio Público si las personas a ser intervenidas cuentan con abogados, así como tampoco requieren al fiscal cuáles van a ser las medidas para evitar que se produzcan las interceptaciones prohibidas.

Los fiscales, siguiendo el oficio 060-2014 de la Fiscalía Nacional, luego de escuchar una llamada entre abogado e imputado y de determinar por sí y ante sí, si ella corresponde a *“materias de defensa”*, deberá informar *“de inmediato al juez de garantía acerca de la existencia de dichas comunicaciones y de los registros de las mismas”*.

Finalmente, la policía y sus funcionarios mantienen los mismos vicios que la fiscalía, y son generalmente quienes materialmente escuchan las interceptaciones telefónicas que han sido grabadas. Además, tampoco representan a sus superiores las órdenes derechamente ilegales de interceptar, grabar y escuchar las conversaciones entre imputados y sus abogados.

III. Un motivo técnico:

No existe un aparato electrónico capaz de distinguir, antes del comienzo de la comunicación telefónica, si ese llamado es entre un imputado y su abogado. Como decía el Fiscal Nacional **“no hay capacidad de discernir a priori con quien va a hablar”**. Una solución a esto podría consistir en que señalando expresamente el número telefónico que corresponde al abogado, si se produce una llamada entre ese número y el intervenido, se debiera interrumpir el sistema de interceptación automáticamente. Pero esta fórmula está lejos de ser un remedio al problema por su complejidad de implementación; porque las

soluciones al alcance abarcarían un espacio menor de protección; y porque las políticas del Ministerio Público van en sentido contrario.

Este es el problema que se pretende exponer, analizar, explicar y proponer solucionar, siendo el objetivo de esta tesis: De ordinario se interceptan, graban y escuchan las comunicaciones entre el imputado y su abogado, estando expresamente prohibido por la ley, lo que es aceptado y promovido por los organismos de persecución penal que intervienen en el proceso de interceptación y escucha.

III. Magnitud del problema

La Publicación electrónica Ciperchile informó que en el primer semestre del año 2008, tan sólo con información de 14 de los 21 juzgados de garantía de Santiago, se ordenaban un promedio de cinco interceptaciones telefónicas diarias¹².

Según reportaje del diario La Tercera, de fecha 8 de abril de 2013, se pudo averiguar mediante el mecanismo de solicitud de información pública, que el año 2012 se realizaron 12.498 interceptaciones telefónicas, con un promedio de 34 diarias, todo según el sistema RESIT¹³.

Últimamente se informó en el mismo diario, en reportaje de 5 de junio de 2016, que entre el año 2015 y mayo de 2016, se otorgaron 5.992 autorizaciones de interceptación telefónica por los Juzgados de Garantía del país¹⁴.

Esta información se refiere sólo a la justicia penal y no incluye interceptaciones en el marco del Decreto Ley 211 que regula ámbitos de resguardo de la libre competencia, así como tampoco incluye interceptaciones en el ámbito del sistema de Inteligencia Nacional.

Las posibilidades de interceptación telefónica son elevadas. La ley permite sólo que se intercepten aquellos hechos que revisten el carácter de crímenes, según su penalidad en abstracto, sin embargo, las posibilidades procesales de obtener interceptaciones son elevadas, ya que el Ministerio Público puede –y así se ha hecho en ciertos casos–, señalar que investiga hechos a los que se asigna pena de crimen, aunque la investigación en su

¹² Ver: <http://ciperchile.cl/2008/10/29/asi-se-hacen-los-cuestionados-pinchazos-telefonicos-legales/>

¹³ Ver: <http://diario.latercera.com/2013/04/08/01/contenido/pais/31-133906-9-fiscalia-34-escuchas-telefonicas-diarias-se-realizaron-en-promedio-en-2012.shtml>

¹⁴ Ver: <http://www.latercera.com/noticia/tribunales-autorizaron-5-992-escuchas-telefonicas-en-todo-chile/>

realidad se refiera a hechos con pena de simples delitos. Así, por ejemplo, se recurre a la figura de lavado de dinero, cuando el delito base tiene pena de simple delito, para abultar artificialmente la penalidad y obtener la concesión judicial de la medida, aun cuando luego no se persista con esta figura. Cabe agregar que el lavado de activos, como se encuentra tipificado actualmente admite una gran cantidad y variedad de delitos base, tales como, la estafa, apropiación indebida, delitos tributarios, delitos contra la probidad funcionaria, contra la Ley de Valores, etc.

A lo anterior, se le suman los delitos que la Ley 20.000 sobre tráfico de drogas, en la cual aun cuando se trate de simples delitos admiten la interceptación.

Así también, La Fiscalía Nacional ha interpretado (y en general, los tribunales han apoyado esta interpretación¹⁵) que los delitos de carácter funcionario o de corrupción, que tienen una pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o privativa de derechos, que tengan una extensión de pena de crimen, hacen procedente la medida del art. 222 del Código Procesal Penal.

Finalmente, y como se verá en detalle más adelante, en los procedimientos por colusión que lleva la Fiscalía Nacional Económica, y en las recopilaciones de antecedentes de la Agencia Nacional de Inteligencia, también proceden las interceptaciones telefónicas. Hemos de suponer que actúan con los mismos niveles de gestión que el Ministerio Público, por lo que podrían tener los mismos vicios.

En el capítulo siguiente veremos el contexto normativo de las interceptaciones telefónicas; los procedimientos legales de interceptación; la situación jurídica de las comunicaciones en el ámbito abogado cliente y su prohibición de interceptación; su protección a nivel de garantías constitucionales y su protección penal.

CAPITULO SEGUNDO: Contexto normativo.

Explicación previa:

¹⁵ En reciente fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso más conocido como “Fragatas”, se confirmó la tesis de la validez de las interceptaciones telefónicas en las investigaciones sobre delitos cuyas penas accesorias a las privativas de libertad, tales como la inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos, tengan pena de crimen de acuerdo al artículo 21 del Código Penal. Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2016, Rol Ingreso 2.271-2016.

El punto central de esa tesis es la interceptación de comunicaciones telefónicas entre abogados defensores y clientes, ya que son éstas las que generan el problema a tratar de solucionar. Para llegar a un intento de solución, creo necesario comenzar por revisar los derechos y garantías involucrados. Primeramente, se verán las interceptaciones telefónicas en general, como atentados a la intimidad, para posteriormente ir profundizando en las garantías afectadas con las interceptaciones entre abogados defensores e imputados, fundamentalmente el derecho a un debido proceso. Luego de esto se analizará, a la luz de la Constitución y la ley, la improcedencia de las interceptaciones a los abogados defensores, y determinaremos la (in)constitucionalidad e (i)licitud del Instructivo de la Fiscalía Nacional mencionado en el capítulo anterior. Finalmente, analizaremos someramente si las conductas estudiadas serían constitutivas de delito.

1) Derechos a la intimidad. Las comunicaciones privadas.

1.1) Derecho a la intimidad propiamente tal y su protección.

Entendemos como derecho a la intimidad, el ámbito que un sujeto mantiene libre de intromisiones de terceros, a menos que el mismo sujeto tolere la intrusión. Para Antonio Bascuñán Rodríguez es *“primariamente, un interés de exclusión de otro en el ámbito propio de comunicación”*.¹⁶

El derecho a la intimidad o privacidad es una manifestación de la dignidad del ser humano.

Desde el punto de vista de su materialidad, puede ser entendida la intimidad como un espacio físico (*“la habitación privada”*; *“el libro con anotaciones privadas”*) o inmaterial, vale decir, todo lo que el sujeto considera que no puede ser conocido o difundido por terceros, cualquier sea el medio de comunicación que se emplee.¹⁷

La autora argentina Marcela De Langhe estima que *“no obstante la diversidad de posiciones, es claro que integran el concepto de intimidad todos los actos, características y*

¹⁶ Bascuñán Rodríguez, Delitos contra la intimidad, Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, T2, Pág. 548.

¹⁷ En el manual de Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, pág. 233, se define *“privacidad / intimidad de las personas, como lo demuestra la historia fidedigna de la ley, entendida en su facera intangible o inmaterial concerniente al ámbito que el sujeto mantiene libre de intrusiones de terceros, de la publicidad, del gobierno (...)”*

*cosas de la persona que están excluidos del conocimiento generalizado por parte de los demás, entre ellos, deben ubicarse en dicho ámbito las conductas que tienen dimensión intersubjetiva y que expresan una acción comunicativa, tales como los escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones en forma directa entre presentes, o a distancia por medios técnicos, sea que estos exijan la presencia simultánea de los interlocutores – como el teléfono – o ésta no sea necesaria – como la correspondencia epistolar o el correo electrónico”.*¹⁸

Mucho se ha escrito sobre este tema y grandes e importantes discusiones se han efectuado respecto de la naturaleza y diferencias de los conceptos intimidad, privacidad, vida privada, etc.¹⁹ En esta tesis no haremos distinción entre los conceptos intimidad y privacidad para mantener la claridad y simpleza del trabajo. En este sentido seguimos a Leopoldo Olmos Fernández-Delgado quien señala que *“tales diferencias entre las distintas esferas son a veces de tal sutileza que permiten que acaben por identificarse; además, en el lenguaje coloquial, se utilizan indistintamente los términos “intimidad”, “vida privada”, “reserva”, como sinónimos, no separándose unos conceptos de otros”*²⁰.

Por comunicación privada, nos referimos a aquella en que existen al menos dos personas que interactúan (un emisor y un receptor) y que desean mantener en un espacio que evite revelaciones a terceros.

Para De Langhe, las comunicaciones privadas abarcan tanto las interacciones de carácter presente entre dos o más personas, o a distancia entre esas mismas personas, y en este último caso, ya sea que la interacción se produzca simultánea e inmediatamente (conversación telefónica) o de manera menos inmediata, como en la correspondencia, los correos electrónicos, etc.²¹

¹⁸ Marcela De Langhe, “Escuchas Telefónicas”, Hammurabi, 2011, pág. 41.

¹⁹ El autor argentino Francisco Javier Pascua, a este respecto señala que *“Así, suelen utilizarse indistintamente como sinónimos desde el punto de vista jurídico los términos privacidad (genero) e intimidad (especie), designando con ellos generalmente aquel ámbito materia reservado en el cual las personas son libres de actuar sin la injerencia de extraños”*. *“Escuchas Telefónicas, Grabaciones de audio subrepticias y filmaciones”*. Pág. 34. Edición 2002.

²⁰ Leopoldo Olmos Fernández-Delgado, “El Descubrimiento y Revelación de Secretos Documentales y de las Telecomunicaciones” Pág. 34. Dykinson S.L. 2009, Madrid, España.

²¹ Idem nota 14.

Desde luego, las comunicaciones de carácter privado que se realizan por vía de sistemas de telecomunicación se encuentran dentro del ámbito de intimidad o privacidad y por supuesto, no escapan de la protección de este derecho.²²

La comunicación telefónica es una forma especial de telecomunicación, y se realiza a través de líneas telefónicas, fijas o móviles.

El artículo 222 del C.P.P. (que establece las interceptaciones de telecomunicaciones) hace una referencia general a otras formas de telecomunicación, cuya interpretación irá variando y ampliando a medida que avance la tecnología. Hoy, por ejemplo, existen otras formas de telecomunicación como las comunicaciones de forma simultánea y por voz vía IP (internet protocol) u otros protocolos informáticos.

En síntesis, las comunicaciones privadas, cualquiera sea el sistema de telecomunicación utilizada, forma parte del derecho a la intimidad.

Pues bien, el derecho a la intimidad o privacidad se encuentra consagrado a nivel de tratados internacionales, y establecido constitucionalmente en Chile.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos siguiendo casi textualmente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 11.2 que *“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 (...)”*.²³

A nivel constitucional chileno, en el artículo 19 N° 5 de la carta fundamental se consagra la *“inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”*.

²² Es un tema muy discutido que se entiende por naturaleza o carácter privado de las comunicaciones, y las posturas van desde los que estiman que la comunicación por su contenido puede indicarnos si es privada a quienes estiman que basta con que una persona la entienda como privada para que se encuentre protegida. Por otra parte, existen aquellas comunicaciones denominadas “privilegiadas”, cuya vulneración está prohibida cualquiera sea su contenido, como las de los abogados, confesores, etc. Una excepción a la naturaleza privada de las comunicaciones telefónicas y similares pueden ser aquellas llamadas que se hacen desde una radio o televisión, para su divulgación pública. Lo mismo parece suceder en las comunicaciones en chats grupales de libre acceso al público.

²³ La Corte Interamericana de Derecho Humanos se pronunció respecto de las interceptaciones telefónicas en el caso denominado “Escher y otros versus Brasil”, fallando que el Estado no se puede inmiscuir en conversaciones privadas. En este sentido señaló que: “las conversaciones telefónicas de las presuntas víctimas eran de carácter privado y dichas personas no autorizaron que fueran conocidas por terceros, su intervención por parte de agentes del Estado constituyó una injerencia en su vida privada” Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf

A nivel de protección penal, en Chile el legislador intentó amparar este ámbito de la intimidad, y se sanciona su contravención en dos figuras penales.

La primera de ellas, se encuentra en el Código Penal, en el artículo 161–A, que tipifica y sanciona algunos atentados al derecho a la intimidad, disponiendo que *“se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa (...) al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado (...)”*

La segunda figura penal se encuentra en una ley especial, y se trata del artículo 36 B, letra c) de la Ley General de Telecomunicaciones, que sanciona la siguiente conducta: *“b) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.”*

Además de estas figuras típicas, veremos si respecto de interceptaciones de las comunicaciones telefónicas entre abogado y cliente, podrían darse los presupuestos del delito de desacato.

2) Excepción al derecho a la intimidad. La interceptación de comunicaciones.

2.1) Medidas que afectan el derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, vale decir, admite excepciones, las que generalmente son las intromisiones del Estado justificadas legalmente. También se entiende que no existiría vulneración en las intromisiones de los padres respecto de sus hijos menores, o en los casos en que se comunica una persona en un espacio público a alta voz, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Escher y otros versus Brasil”*, que consistía precisamente en escuchas telefónicas hechas por el Estado, se refirió al asunto de las interferencias del Estado en la intimidad, y consideró que para que ellas se puedan dar se deben cumplir algunos requisitos mínimos, señalado lo siguiente: *“para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en la ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional (...)”*

En nuestro sistema procesal penal existen diversas medidas intrusivas que afectan el derecho a la intimidad, tales como la incautación y retención de correspondencia (art. 218 del C.P.P.), la filmación y fotografía de personas sospechosas y la grabación entre personas presentes (art. 226 del C.P.P), las interceptaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación (art. 222 del C.P.P) entre otras²⁴.

En la especie, las escuchas telefónicas son medidas intrusivas de investigación criminal que afectan garantías constitucionales, pero que por su necesidad y los buenos resultados que aparentemente generan en la persecución de delitos y en la obtención de pruebas para la Fiscalía, han sido permitidas por el legislador. En cualquier caso, no cabe duda que su utilización “*vulnera la intimidad de las personas y la privacidad de las comunicaciones*”²⁵

2.2) Procedimientos legales de interceptación telefónica.

Como ya hemos señalado, el derecho a la intimidad puede ser vulnerado legítimamente usando el mecanismo legal de las interceptaciones telefónicas, con fines que generalmente son de investigación²⁶. Esta vulneración permitida de garantías constitucionales se encuentra establecida en diversas leyes²⁷, y siempre requieren de autorización judicial.

En nuestro sistema jurídico existen tres procedimientos en los cuales se permite la interceptación de las comunicaciones telefónicas, a saber: 1) el régimen general del Código Procesal Penal; 2) el procedimiento de investigación de la Fiscalía Nacional Económica establecido en el Decreto Ley N° 211; y 3) el procedimiento establecido en la Ley 19.974 sobre Sistema de Inteligencia y Agencia Nacional de Inteligencia.

²⁴ Por ejemplo la incautación de computadores y libretas personales de los afectados, atenta a su privacidad en la medida que se incautan comunicaciones privadas. Asimismo, se pueden comprender dentro de atentados a la intimidad las pruebas biológicas.

²⁵ Revista del Ministerio Público N° 48, septiembre 2011. Artículo de Carolina Zavidich Dionedi, Prueba Ilegal, Exclusión, Escuchas Telefónicas. pág. 125.

²⁶ En el caso de la ley 19.974, no se trata necesariamente de medidas de investigación propiamente tales, sino que son de recopilación de información para efectos de inteligencia y contrainteligencia.

²⁷ Se autorizan las interceptaciones telefónicas, haciendo una derivación al régimen general del Código Procesal Penal, en la ley 20.000 sobre tráfico de drogas; en la ley 19.913, sobre lavado de activos; en el artículo 369 ter del Código Penal; y en la ley 18.314 sobre conductas terroristas. Además, se autorizan las interceptaciones, pero con un régimen propio, en el Decreto Ley 211, y en la Ley 19.974 sobre sistemas de inteligencia.

Antes de referirnos a ellos en detalle, hago presente que para efectos de esta tesis nos concentraremos en el procedimiento general establecido en el Código Procesal Penal, por su mayor aplicación práctica, y porque las soluciones al problema que de él se extraigan deberían abarcar todos los procedimientos existentes. No obstante lo anterior se hará una breve reseña de todos ellos.

1) Sistema de interceptación telefónica regido por el artículo 222 del Código Procesal Penal.

El artículo 222 del Código Procesal Penal establece que *“cuando existieran 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 hiciera 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”*.

Vale decir, la ley procesal penal autoriza que se intercepten y graben comunicaciones telefónicas y comunicaciones similares²⁸, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Que el fiscal solicite la interceptación al juez de garantía.
- ii. Que el juez la autorice, cuando existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de autoría o participación en un hecho punible cometido o por cometerse. La ley señala que juez de garantía al autorizar la interceptación, debe señalar cuáles son las sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, es decir, el fiscal no puede señalar y el juez no podrá autorizar, si existen sólo conjeturas indeterminadas, dichos de terceros no registrados en la carpeta investigativa, vaguedades, etc. El fiscal debe mostrar al juez “hechos” y sus “pruebas”.

Por su parte, la ley se refiere a dos escenarios, el delito cometido y el que está por cometerse. A este respecto, para efectos de este trabajo, resulta

²⁸ Entendemos como “otras formas de telecomunicación” a que se refiere la parte final del inciso primero del art. 222 del CPP, las conversaciones vía internet, que no requieren de línea telefónica, como Skype; los mensajes de texto y mensajería por internet (whatsapp, chats, etc) así como también los fax, telegramas, entre otras.

muy importante esta distinción, ya que la ley otorga herramientas a la autoridad ya sea para encontrar pruebas del delito cometido o de su autoría, o bien para evitar un delito que puede estar por cometerse²⁹. Esta distinción puede llegar a ser un criterio de gravedad y necesidad, que pueda definir la procedencia o improcedencia de la medida intrusiva de interceptación telefónica.

- iii. Que el hecho punible investigado mereciere pena de crimen. Al hablar la ley de hecho punible “que mereciera” la pena de crimen, entendemos que se refiere a una apreciación en abstracto del delito investigado. En este punto, el juez de garantía debe revisar atentamente si el delito que el fiscal dice investigar tiene apariencia seria ser un hecho que tenga pena de crimen, para evitar abusos en el “abultamiento” de los delitos, lo que tendría un objeto puramente utilitario.³⁰ Además, el Tribunal debería tener en consideración que si son varios los delitos y varios los imputados, y sólo alguno de los delitos respecto de alguno de los imputados tiene pena de crimen, no debería extender la interceptación a los demás, a los cuales en una misma causa se le investigan otros delitos que no merecen pena de crimen.³¹
- iv. Que la interceptación y grabación de las telecomunicaciones sea imprescindible para la investigación. A este respecto, el juez debe velar porque no hayan otras formas más idóneas para obtener la prueba requerida, o para lograr evitar que se consume el crimen, siguiendo los principios de proporcionalidad y legalidad. A este respecto, el artículo 5° del Código Procesal Penal sobre *“legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad”* en su inciso segundo exige una interpretación

²⁹ Entendemos esto respecto de delitos en etapa de tentativa, no respecto de delitos que se encuentren en etapas previas de desarrollo.

³⁰ Francisco Muñoz Conde, en “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo” pone como ejemplo de “abultamiento” de las peticiones de la autoridad para realizar escuchas el caso que “la grabación había sido autorizada para investigar un delito grave (tráfico de drogas) y lo que se descubrió fue un delito menos grave de conspiración para un cohecho”. Pág. 71. Hammurabi.

³¹ A esto hay que agregar que en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en su artículo 24, dispone que se podrá interceptar las comunicaciones de los imputados, en cualquiera de los delitos establecidos en dicha ley, con lo que varios hechos que tienen pena de simple delito, pueden ser objeto de interceptaciones telefónicas.

restringida de las disposiciones del Código cuando puedan afectar “*otros derechos*” del imputado.

Esto concuerda con lo dicho por la Corte Interamericana de derechos humanos, en el fallo citado previamente, en que para cumplir la injerencia estatal con la Convención Americana se requiere que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

En su inciso tercero, el artículo 222 del C.P.P. dispone que: “*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*”

2) Sistema de interceptación de comunicaciones telefónicas establecido en el Decreto Ley 211, para investigaciones sobre colusión.

El Decreto Ley 211, establece dentro de las facultades del Fiscal Nacional Económico “*autorizar toda clase de interceptaciones telefónicas*” (art. 39 n. 3.) Ahora bien, de igual forma el Fiscal Nacional Económico debe pedir primero autorización al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y luego de ello, concurrir ante un Ministro de Corte de Apelaciones. Éste último, para conceder la interceptación deberá “*verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud (...)*”.

Además, en una redacción bastante confusa, hace aplicable lo dispuesto en el artículo 222 del C.P.P. salvo en lo dispuesto en el inciso tercero, esto es, la prohibición de interceptar comunicaciones entre abogado e imputado. Sin embargo, acto seguido, el artículo 39.3 dispone que: “*(...) la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que por su estado, profesión o función legal, como el abogado, el médico, el confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado*”.

3) Sistema de interceptación de comunicaciones telefónicas permitido por la Ley 19974 sobre Sistema de Inteligencia y Agencia Nacional de Inteligencia.

El sistema de inteligencia tiene por objeto *“formular apreciaciones de inteligencia útiles para la consecución de los objetivos nacionales”*³² (art. 4). Para lograr estos fines esta ley establece ciertos *“procedimientos especiales de obtención de información destinados exclusivamente a actividades de inteligencia y contra inteligencia que tenga por objeto resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, del crimen organizado y el narcotráfico”* (art. 23).

Dentro de estos procedimientos especiales de obtención de información se encuentra el art. 24 letra a), que dispone: *“la intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas”*.

El procedimiento para realizar la intervención de las comunicaciones telefónicas se establece en el art. 25 de la ley señalando que *“los directores o jefes de los organismos de inteligencia solicitarán personalmente o por intermedio de un funcionario de su dependencia expresamente facultado para ello, la autorización judicial para emplear los procedimientos señalados (...)”*. El juez competente es un Ministro de Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional se realizará la diligencia. La resolución judicial debe explicitar los medios que se emplearán, la individualización de las personas a quienes se aplique la medida y el plazo que durará (art. 28)

No existe en dicha ley ninguna prohibición expresa de interceptar comunicaciones entre abogados y sus clientes.

3) Concepto de interceptación telefónica, grabación y transcripción.

3.1) Interceptación.

El artículo 222 del Código Procesal Penal se intitula *“interceptación de comunicaciones telefónicas”*, y en su desarrollo utiliza las palabras *“interceptación”* y *“grabación”*.

En general, el verbo interceptar es el que mayormente se utiliza en las diversas leyes sobre la materia (como en el Decreto Ley 211 sobre conductas anticompetitivas; la Ley 20.000 sobre tráfico de drogas; etc.) sin perjuicio que también se suele llamar a este acto

³² No nos encontramos aquí con un procedimiento de investigación dentro de un proceso, sino más bien una investigación extraprocesal, con fines de seguridad nacional.

de intromisión como “*intervenir*” comunicaciones (Ley 19.974 sobre Inteligencia). También en los círculos forenses y en derecho comparado se les suele llamar “*intromisión telefónica*”, “*registro telefónico*” o “*escuchas telefónicas*”.³³

Según el Diccionario de la Real Academia Española, interceptar es “*apoderarse de algo antes que llegue a su destino*”.³⁴ Esta definición comprende el apoderamiento del contenido de ese “*algo*”.

Por su parte, Rodríguez Marín, refiriéndose específicamente a las intervenciones telefónicas, señala que “*por interceptación debe entenderse el acceso in consentido de un tercero a una conversación telefónica con la intención de aprehender el contenido de la misma*”³⁵.

Vemos que entre la definición del diccionario y la dada por el autor citado, se genera una diferencia sólo aparente, consistente en que la primera requiere de apoderamiento de la información y la segunda sólo requiere de un ánimo de aprehender el contenido de la misma.

Creemos que ambas definiciones son correctas, y no existe contradicción real, ya que interceptar consiste efectivamente en apoderarse del contenido de una comunicación, con la intención de conocer su contenido, más no requiere de que efectivamente se conozca ese contenido. Dicho de otra forma, interceptar es acceder a la comunicación, apoderarse de ella, con el ánimo de conocerla, pero sin que sea necesario que ella sea escuchada. O sea, en el caso de las comunicaciones telefónicas, se intercepta desde que la comunicación es derivada desde el sistema del prestador de servicios de telecomunicaciones al aparato de la policía o la fiscalía, sin que sea necesario que sea escuchado.

Para la autora española Ascención Elvira Perales, la interceptación de comunicaciones telefónicas se produce cuando simplemente se sabe de la existencia de la comunicación por alguna vía técnica especial, aun cuando no se aprehenda su contenido, ni cuando hay

³³ Ver “Escuchas Telefónicas, Grabaciones de audio subrepticias y filmaciones”. Pág. 34. Edición 2002 de Francisco Javier Pascua. Pág. 78. Ediciones Jurídicas Cuyo

³⁴ También la RAE contiene la acepción de “interrumpir una vía de comunicación”, definición que se aleja de los fines de esta tesis.

³⁵ Fernando Rodríguez Marín, “Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad”.

apoderamiento, y así señala que “se considera vulnerado el secreto de las comunicaciones por la interceptación de las mismas aunque no hubiera existido aprehensión ni utilización del contenido de la comunicación”.³⁶

No estamos de acuerdo con esta autora, ya que el sentido de la palabra interceptar requiere de un apoderamiento o un acceso a la comunicación, con el ánimo de conocer su contenido. Cuando solamente se conoce que existió en el pasado una comunicación telefónica, por ejemplo, mediante un sistema que informe únicamente de la existencia de la llamada (como en el llamado “tráfico de llamadas”) no existe interceptación, sin perjuicio que si existe una vulneración al derecho a la intimidad consagrado constitucionalmente.

Por último, para el Profesor don Alfredo Etcheberry no corresponde utilizar la palabra interceptación cuando a comunicaciones se refiere, sino que lo correcto es referirse a la captación, esto es “escuchar clandestinamente”³⁷.

Entre interceptar y captar existe una diferencia relevante para los efectos de este estudio. Captar significa, según el diccionario de la R.A.E. en una primera acepción, “1.- percibir por medio de los sentidos o la inteligencias, percatarse, comprender (...)” y en una segunda acepción significa “3.- Recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas”.

Se observa que captar en su segunda acepción del diccionario se asemeja y es casi sinónimo de interceptar (“recoger, recibir sonidos”). Captar comunicaciones telefónicas, de acuerdo a la segunda acepción mencionada, se encuentra en un punto posterior al de interceptar, (sólo acceder, apoderarse, etc. con la intención más sin necesidad de aprehender su contenido) ya que se requiere que se “perciba por los sentidos o la inteligencia” dichos sonidos.

³⁶ Ascención Elvira Perales, profesora titular derecho constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Ver http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fdocumentostics.com%2Fcomponent%2Foption%2Ccom_docman%2Ftask%2Cdoc_view%2Fgid%2C408%2FItemid%2C3%2F&ei=pTrvVPmGcKXgwSrgYGIAg&usq=AFQjCNHrXaJq34oJy4yJm7dSWzv3ZG6t0Q&bvm=bv.86956481.d.eXY en:

³⁷ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III. pág. 277. Editorial Jurídica de Chile.

3.2) Grabación.

El art. 222 del C.P.P. señala que el juez de garantía autoriza la interceptación conjuntamente con la grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación. Asimismo, en el artículo 223 del mismo cuerpo legal se señala que la *“interceptación telefónica (...) será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro”*. El sentido de la norma es mantener una constancia fidedigna de las grabaciones y evitar, por ejemplo, que conversaciones positivas para la defensa (en el sentido de favorecer la teoría del caso) no sean borradas, si es que no se respeta el marco de objetividad a que debe ceñirse el Ministerio Público

Grabar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, *“captar y almacenar imágenes y sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir”*.

Es importante aclarar que entre captar y almacenar existe una diferencia relevante para los efectos de este estudio. Captar comunicaciones telefónicas se encuentra en un punto intermedio entre el concepto de interceptar (acceder, apoderarse, etc. con la intención más sin necesidad de aprehender su contenido) y el de grabar, que comprende en un primer instante interceptar y captar, y en un segundo momento –y de aquí su especialidad–, almacenar o guardar en un soporte.

3.3) Transcripción.

Finalmente, el mismo código, en el inciso segundo del artículo 223, señala que el Ministerio Público, podrá *“disponer la transcripción escrita de la grabación”*.

Es importante señalar que la transcripción es facultativa del Ministerio Público, pero siempre deberá guardar y conservar una copia fidedigna de la grabación.

4) Protección de las comunicaciones telefónicas entre abogado e imputado.

4.1) Introducción.

En los títulos previos se ha constatado que todas las comunicaciones privadas se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad, el cual se encuentra consagrado constitucionalmente y en tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, contando

además con cierta protección penal. Además, revisamos someramente cuales son las excepciones a dicha garantía, las que nacen fundamentalmente del poder del Estado de inmiscuirse en la privacidad de los ciudadanos cuando sus fines legítimos así lo requieren, y siempre previa resolución judicial, la que debe cumplir con los principios de legalidad y proporcionalidad. Asimismo, vimos que el régimen general establece la prohibición de “interceptar” comunicaciones entre el sujeto investigado y su abogado.

Interceptar comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes es una afectación mayor a los derechos y garantías individuales.

Así, en el caso de intromisiones a las comunicaciones entre un abogado que tiene un cliente afecto a un proceso penal, el derecho al debido proceso se ve seria y gravemente transgredido. El debido proceso es una garantía de una entidad tan importante como el derecho a la intimidad, toda vez que en el debido proceso se ejerce el sistema de libertades y garantías. En efecto, sin un debido proceso (y el principio de legalidad que se aplique en él) todas las otras garantías y derechos serían simplemente un conjunto de declaraciones nominales, de carácter programático, que aunque existan formalmente, no pueden ser defendidas y alegadas en un proceso justo y racional. La afectación de estas garantías mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas, desde un punto de vista de derechos procesales, ataca derechamente el derecho al debido proceso, que incluye el derecho a una debida defensa técnica letrada y eventualmente el derecho de no auto incriminarse y la presunción de inocencia.

La debida defensa letrada se sostiene en el secreto profesional. Este deber-derecho, cuya vulneración se encuentra incluso sancionada penalmente, nace de la relación de confianza que existe entre el abogado y su cliente, y que tiene como ámbito situacional la prestación de servicios profesionales del abogado, que pueden ser el consejo, la asesoría jurídica y la representación.³⁸

³⁸ Por clientes nos referimos en esta tesis a las personas que han solicitado la asistencia profesional de un abogado, y este se las presta. A estos efectos, el Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile A.G. dispone en su artículo 15 que *“a efectos de este Código se entiende por cliente la persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales. Son servicios profesionales del abogado el consejo y la asesoría jurídica, así como la representación y patrocinio, y en general los resguardos de los intereses del cliente”*

En el caso de los abogados defensores en el proceso penal, punto central de esta tesis, el derecho al secreto profesional –y el correlativo deber de confidencialidad del abogado– es un derecho del cliente imputado.

Por su parte, el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar bajo engaño que tiene el imputado no se puede ver amagado por intromisiones indebidas de los agentes del Estado. Lo que el cliente le comunica al abogado es secreto, y su escucha por medios ilegales es una forma desleal de hacerse de sus ideas, datos, de la estrategia de defensa y, eventualmente, de su declaración.

Así, las comunicaciones privadas entre abogados y sus clientes, efectuadas por cualquier medio, se encuentran protegidas, en general, por la amplia protección al derecho a la intimidad que gozan todas las personas y, en particular, por el secreto profesional y el derecho a defensa, integrantes del debido proceso.

Como antecedente histórico, cabe destacar que la introducción del inciso 3° del artículo 222 del C.P.P. que prohíbe la interceptación telefónica entre abogado defensor e imputado, fue efectuada por la Cámara de Diputados y aceptada por la Comisión Mixta, quedando en la historia fidedigna que ésta, por mayoría de sus integrantes, entendía que *“concilia el derecho a defensa del imputado con el límite que cabe admitir al secreto profesional, cuál es la participación del abogado en el hecho punible”*.³⁹

En definitiva, el derecho a defensa del imputado (que incluye entre otras las garantías a una debida defensa técnica letrada; secreto profesional; no auto incriminarse; y la presunción de inocencia) es un pilar del debido proceso.

Como dice Ramón Pelayo C. *“la intervención de las comunicaciones entre cualquier ciudadano y su abogado defensor es una inaceptable, ilegítima e inconstitucional intromisión, no ya en el derecho a la intimidad (y aquí radica el error del instructor), sino, lo que es más grave, en el derecho a defensa”*⁴⁰

Francisco Javier Pascua, por su parte, señala que *“si bien el sujeto pasivo de la medida reviste el carácter de imputado, no es posible, sin socavar irreversible e irreparablemente*

³⁹ Informe de la Comisión Mixta, Discusión particular, art. 253 nuevo (Senado)

⁴⁰ Ramón Pelayo C. en http://www.pelayo-abogados.com/pdf/ramon/Doctrina-Intervencion_de_las_comunicaciones_entre_abogado_y_cliente.pdf

*el derecho al proceso y defensa técnica debida, garantizadas constitucionalmente (dejando a salvo supuestos de participación criminal), realizar las escuchas de tales conversaciones, pues se vendría a controvertir las normas procesales que expresamente determinan el derecho–facultad del justiciable de acceder a la adecuada asistencia letrada con el correspondiente secreto de lo conferenciado y de la estrategia defensiva a adoptar, como su facultad ulterior de declarar sobre los hechos delictivos que se le atribuyen o de abstenerse de hacerlo sin presunción de culpabilidad”.*⁴¹

4.2) Contra excepción. Caso del abogado imputado.

La norma del artículo 222 del C.P.P. establece que se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, si *“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”.*

Siguiendo lo descrito en la norma, esta contra excepción requiere:

- i. De una resolución fundada, basada en antecedentes que debe señalar en la resolución.
- ii. Que el abogado pudiere tener responsabilidad en los hechos investigados.

Vale decir, el abogado debe ser autor, cómplice o encubridor en el delito investigado que funda la petición del fiscal de intervención telefónica.⁴²

Cabe mencionar que la ley es clarísima en señalar que los antecedentes de autoría o participación del abogado se deben referir al delito investigado que autoriza la interceptación. En ningún caso la ley permite o autoriza para explorar mediante las escuchas que se le efectúan al imputado con su abogado, si este último está involucrado en dicho delito o en otro.

4.3) Inconstitucionalidad de las interceptaciones telefónicas entre abogado defensor y cliente.

⁴¹ Idem nota 33.. Pág. 101..

⁴² Cabe destacar la oposición a esta norma por parte del Diputado Elgueta, quien estuvo por no permitir en modo alguno las comunicaciones entre el imputado y su abogado.

El problema planteado en esta tesis, esto es, la ejecución de interceptaciones de conversaciones telefónicas entre abogado defensor y cliente, atenta directamente contra la Constitución Política de la República.

Como ya se ha dicho, existe primeramente un problema constitucional de vulneración al debido proceso. La Constitución, en su artículo 19 N° 3, inciso 5, dispone que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Asimismo, el debido proceso penal es un derecho establecido en los tratados internacionales ratificados por Chile, teniendo especial rango normativo de acuerdo al artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al debido proceso, una muy fundamental es el derecho a defensa. Este derecho *“debe ser concebido en forma amplia, y como tal consiste en la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes”*⁴³

Es decir, integra el debido proceso el derecho a una debida defensa de carácter técnico prestada por un abogado.

Pero la Constitución va más allá, pues concreta dicho derecho al ordenar en el artículo 19 N°3, inciso segundo, que: *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado que hubiera sido requerida (...)”*.

Claramente, la intromisión del Estado en las conversaciones privadas entre abogados defensores e imputados afecta gravemente el derecho a defensa de estos últimos, restringiendo y perturbando *“la debida intervención del letrado”*.

Para que la relación profesional entre un abogado defensor y su cliente opere de manera normal, se debe contar con un espacio de seguridad e intimidad (donde se produce el secreto profesional y el deber de confidencialidad del abogado), en el cual el imputado pueda de manera libre, informar a su abogado, y éste, pueda guiar a su cliente y plantear su estrategia de defensa, todo, sin perturbaciones, restricciones ni impedimentos de

⁴³ Cristián Maturana y Raúl Montero, “Derecho Procesal Penal”, Tomo 1, Julio 2010, pág. 129.

ninguna especie. La Corte Suprema en su fallo de diciembre de 2011 citado previamente, por el cual condena al Fisco a indemnizar a un abogado ilegalmente interceptado, apunta directamente al centro del problema al señalar que *“se traspasó un ámbito reservado o protegido, en el cual los supuestos de intrusión y sus límites están expresamente regulados por la ley”*.⁴⁴

Mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas entre cliente y abogado defensor se afecta este espacio de seguridad, reservado y protegido. Concretamente, se ve amagado por el conocimiento que puede tomar la fiscalía del contenido de la conversación (y con ello se obtengan pruebas que incriminen al imputado y/o se conozca la estrategia de defensa), y por la limitación espontánea en el dialogo entre el abogado defensor y su cliente generado por el peligro de una eventual intervención.

Desde el punto de vista probatorio, estas conversaciones no pueden ser utilizadas como pruebas en juicio, ya que, cualquiera sea el delito investigado, serían franca y derechamente ilegales⁴⁵. Es decir, cabe descartar de plano, y por lo demás no es materia de esta tesis, que las grabaciones de conversaciones entre abogados y sus clientes puedan ser utilizadas como pruebas incriminatorias. Es prueba ilegal de acuerdo al artículo 276 del C.P.P ya que habrían sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (debido proceso y derecho a la intimidad).

Asimismo, a mi juicio cabe descartar como prueba aquellas que hayan sido obtenidas como consecuencia de las interceptaciones ilegales en comento, siguiendo la teoría del *“fruto del árbol envenenado”*. De acuerdo a esta teoría, *“la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas”*.⁴⁶

Así, por ejemplo, la declaración de los policías que oyeron esas grabaciones ilegales, sería también inadmisibles, ya que nacerían de estas grabaciones ilegales y no serían más que

⁴⁴ Ver Nota N° 2.

⁴⁵ Recordemos que el Fiscal Nacional señaló en entrevista a la revista Capital, citada en el Capítulo Primero, ante la pregunta del periodista: *¿“O sea, si yo soy imputada y llamo a mi abogado defensor, me van a interceptar igual la conversación porque yo marqué el teléfono...”?* A lo que responde: **“Sí, pero esas conversaciones no pueden ser utilizadas. Hay que eliminarlas”**. (La negrilla es mía)

⁴⁶ Cristián Maturana y Raúl Montero, Derecho Procesal Penal, Tomo II, pág. 893.

un “espejo” o un “efecto reflejo” de las mismas grabaciones, debiendo ser excluido dichos testimonios.⁴⁷

En resumen, la afectación al debido proceso se puede concretar de las siguientes formas:

- i. Mediante la utilización por parte de la fiscalía y las policías del contenido de las conversaciones para obtener pruebas incriminatorias.
Así, por ejemplo, si el imputado que ha guardado silencio señala en una conversación con su abogado, que *Juan* estaba presente en el lugar de los hechos, o que *tal documento* revela un aspecto significativo del hecho, y esta información era desconocida hasta ese momento por los investigadores. Luego, éstos proceden a citar a *Juan*, o a incautar en el lugar donde se encuentra *el documento*. Esta circunstancia afectaría el principio de no autoincriminación y del procedimiento llevado a cabo con lealtad.
- ii. Mediante el conocimiento de la estrategia de defensa. Es decir, mediante el conocimiento de la teoría del caso de la defensa, o de tácticas de defensa. Por ejemplo, si en una conversación del imputado con su abogado, éste le indica al cliente que van a guardar silencio en el juicio y con ello el fiscal se aboca a otras pruebas, sabiendo que el imputado no declarará. Los casos pueden ser muchos, y es claramente una desventaja conocer la teoría del caso de la defensa antes del momento que ella quiera revelarlo, lo que en algunos casos llega a ocurrir en la audiencia de preparación del juicio oral. Esto genera ventajas injustas, que la parte de la defensa no tiene respecto del Ministerio Público.⁴⁸

⁴⁷ En la obra citada en el número anterior, en sus páginas 893 y siguientes, se hace un completo análisis de las diversas teorías (mayoritarias por cierto) que aceptan los efectos reflejos de la prueba ilícita y la teoría de la fruta del árbol envenenado, las que van desde la aceptación amplia de prohibición de admisibilidad de estas pruebas derivadas, a otras teorías más restringidas, como las de la “*prueba inevitable*” o “*la prueba hipotética independiente*”

⁴⁸ Esto afecta el derecho al imputado de preparar su defensa. Para Roxin, citando al TSF de Alemania, “*el acusado, dijo el tribunal, debe poder prepararse por escrito para su defensa, pero no lo puede hacer si tiene que contar con un secuestro de sus anotaciones*”. “*con ello, él se vería impedido de una defensa ajustada a los hechos*”. También, señala el TSF que se afecta el derecho a permanecer callado. (pág. 68 id) Algún símil se puede hacer con las comunicaciones telefónicas con sus abogados. Pero la diferencia radica en que acá (anotaciones) no hay una exteriorización (comunicaciones) si se los utiliza “en contra del acusado, se los emplea como una exteriorización comunicativa que él nunca quiso hacer” (pág. 69)

- iii. Mediante el simple conocimiento de todo tipo de comentarios que se hagan mutuamente abogado y cliente, relacionados al proceso penal que se sigue. Así, por ejemplo, es natural que en la relación de confianza que se ha formado entre abogado y cliente se hagan comentarios de todo tipo, relacionados al proceso, que pueden influir psicológicamente en la percepción del fiscal o la policía respecto de la persona del imputado.

4.4) Inconstitucionalidad e ilicitud del Oficio 060/2014 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Por lo que hemos revisado hasta acá, la conducta de interceptar, captar, grabar y escuchar conversaciones telefónicas entre abogados defensores e imputados es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora veremos cuál es la situación jurídica del Instructivo de la Fiscalía Nacional, singularizado previamente.

Este instructivo nace de la prerrogativa otorgada al Fiscal Nacional en el artículo 17 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que dispone que *“Corresponderá al Fiscal Nacional: a) Fijar, oyendo al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes (...) El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18”*.

Como se observa, el Fiscal Nacional debe sujetar su actuación a la Constitución y la ley, y el Instructivo 060-2014, contraviene, al menos en esta parte, ambos estatutos normativos, siendo además una orden de carácter general para los fiscales, la que debe ser acatada.

Como ya dijimos, este Instructivo ordena a los fiscales y policías a escuchar todas las comunicaciones entre el abogado defensor y el cliente imputado que se produzcan en el contexto de una autorización judicial.

De esta forma, el Oficio FN N° 060/2014, cuya materia es *“Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal”*, en la pág. 22 y siguientes, dispone lo siguiente:

“iv. En el evento que, producto de la interceptación telefónica, se detectan conversaciones del imputado con su abogado defensor, y éstas digan relación con materias propias del ámbito de la defensa, se instruye a los fiscales comunicar de inmediato al Juez de Garantía acerca de la existencia de dichas comunicaciones y de los registros de las mismas.

En este sentido, los fiscales han de determinar si dichas conversaciones versan sobre el ámbito de defensa del imputado o si de ellas se infiere una eventual participación del abogado en los hechos investigados. En el primer caso, el contenido de dichas escuchas no deberá ser considerado por el fiscal. En el segundo, se solicitará autorización al juez de garantía, no sólo para utilizar las futuras conversaciones entre el imputado y su abogado, sino además, para valerse de las que fundaron esta solicitud.

Cabe hacer presente que los fiscales sólo podrán ponderar la naturaleza de las conversaciones entre el imputado y su abogado una vez que éstas ya se han verificado.”

Estamos en presencia de una decisión de carácter administrativo que, con el aparente interés de proteger las comunicaciones entre abogado defensor e imputado, lo que hace es precisamente lo contrario, esto es, ordenar infringir la norma prohibitiva del artículo 222 del C.P.P. y lo dispuesto en la Constitución respecto del derecho a defensa.

Con el argumento supuestamente garantista de ordenar a los fiscales que comuniquen al juez de garantía si las comunicaciones interceptadas dicen relación con el ámbito propio de la defensa, lo que se hace es ordenar que ellas se escuchen.

Y lo anterior se ve agravado seriamente con el segundo párrafo transcrito, ya que ordena a los fiscales a hacer un análisis de la conversación (que convengamos no es sencillo y sus límites son muy difusos), para luego *“inferir”*, de manera unilateral si el contenido de la conversación versa sobre alguno de los siguientes ámbitos:

- a. Ámbito propio de la defensa.

Caso en el cual debería el fiscal comunicar al juez de garantía y entregarle los registros.

b. Involucramiento del abogado en el delito investigado.

En cuyo evento, se solicitará al juez que autorice al fiscal a seguir interceptando estas comunicaciones y además, se le autorice para fundar una imputación contra el abogado.

c. Otros temas.

Caso en el cual las escuchas *“no deberán ser consideradas por el fiscal”*.

Finalmente, y sin tapujos, señala el instructivo lo obvio, esto es, que los fiscales *“sólo podrán ponderar la naturaleza de las conversaciones entre el imputado y su abogado una vez que éstas ya se han verificado”*.

Resulta evidente que el resultado de la aplicación de este Instructivo es burlar la norma que prohíbe las interceptaciones de las comunicaciones entre abogado defensor e imputado, afectando gravemente el derecho a defensa.

Así, las cosas, se puede sostener fundadamente que el Instructivo 060-2014 es inconstitucional e ilícito.

4.5) Punibilidad de la conducta que genera el problema y su impunidad práctica.

4.5.1) Introducción

En el Capítulo Primero se demostró que en Chile se realizan de ordinario interceptaciones telefónicas entre abogados y clientes, debido a un motivo institucional, otro sistémico y finalmente una causa de carácter técnico. Aunque la ley prohíbe expresamente la simple interceptación de las llamadas entre el imputado y su abogado (esto es, el acto consistente en que un tercero puede acceder mediante algún sistema tecnológico a la comunicación telefónica privada entre esas dos personas) en la práctica se interceptan cientos de estas llamadas. La mayoría de estas comunicaciones se graban, después se escuchan, y luego, siguiendo el instructivo de la Fiscalía Nacional, debe determinarse por el fiscal del caso si las materias conversadas entre abogado defensor y cliente son *“materias propias del ámbito de defensa”*. Hecho esto, y si se trata de materias de defensa, según el criterio del fiscal, éste debe informar al juzgado de garantía; si no lo son, se supone que el fiscal las debe conservar, (pero en la práctica podrían borrarse, o no borrarse sino almacenarse en

otro sistema magnetofónico, desconocido por las partes). Los funcionarios del Ministerio Público y las policías saben que la conducta de “interceptar” comunicaciones entre abogados y sujeto defendido, aun cuando exista orden judicial, es una conducta prohibida y reprochable jurídicamente, pero aun así se hacen, contando además con una instrucción de la máxima autoridad persecutora. Pues bien, como ya hemos visto, el solo hecho de interceptar las comunicaciones entre un abogado y su defendido, es contrario a la Constitución y la ley (*ergo*, su grabación y escucha es un atentado de mayor profundidad y gravedad aún).

Lo que ahora veremos es si el problema es reprochable desde un punto de vista jurídico-penal.

Hago presente que esta revisión será somera, pues no es el objeto principal de la tesis, sino que se realiza con el objeto de exhibir en que situación jurídico penal nos encontramos frente al problema.

4.5.2) Conductas concretas a analizar jurídico penalmente.

Las conductas concretas a analizar ocurren cuando el fiscal⁴⁹ solicita al juez de garantía correspondiente, por escrito o verbalmente⁵⁰ la interceptación del o los teléfonos de una o más personas. Luego de una revisión de los antecedentes presentados por el Fiscal, que puede ser más o menos rigurosa, el juez de garantía otorga la autorización de la orden de interceptación, respecto de los números telefónicos señalados por el Fiscal y por un plazo determinado⁵¹ sin informar al imputado o su defensa. En algunos casos la autorización judicial contiene frases tales como *“no se podrán interceptar llamadas entre el imputado y su abogado”* o *“dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 222 del C.P.P.”*.

Luego, las interceptaciones ocurren generalmente de la siguiente manera:

1. El Fiscal envía la autorización judicial al sistema Resit de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía

⁴⁹ También el Fiscal Nacional Económico o el Director de la Agencia Nacional de Inteligencia.

⁵⁰ Se pueden pedir autorizaciones del A. 222 del C.P.P. de manera verbal u por otro medio de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del art. 9 del mismo código.

⁵¹ El artículo 222 del CPP establece que la medida recae sobre el imputado u otras personas sobre las que recayeren sospechas fundadas, pero en la práctica se pide la interceptación de los teléfonos de esas personas. En cuanto al plazo, no puede superar los 60 días, prorrogables por el mismo periodo, con una nueva revisión de los antecedentes.

Nacional, organismo que gestiona con la compañía de telecomunicaciones la autorización judicial y le ordenan que proceda a la interceptación. La interceptación propiamente tal consiste en que la empresa de telefonía deriva los llamados salientes y entrantes, así como los mensajes de texto, a un sistema electrónico de un organismo policial o del Ministerio Público.⁵²

2. Estos sistemas electrónicos graban todas las llamadas interceptadas, incluidas las efectuadas con sus abogados.
3. En algunos casos las llamadas se traspasan, además, a aparatos móviles que puede llevar consigo el fiscal o la policía, y pueden ser escuchadas inmediatamente.
4. Luego, se escuchan las llamadas grabadas. Si las llamadas son entre el imputado y su abogado defensor, también se escuchan.
5. Las comunicaciones grabadas entre abogado defensor e imputado son analizadas para determinar de qué materias o temas se tratan, siguiendo el Instructivo 060-2014 de la Fiscalía Nacional. Si luego de analizadas el fiscal concluye que las conversaciones dicen relación con materias propias del ámbito de la defensa, supuestamente lo comunica al juez de garantía. Si no lo son, se guardan esas comunicaciones. Si se trata de comunicaciones en que el abogado señala alguna cuestión que pueda importar su propia responsabilidad penal, se abriría una nueva investigación y se solicita al juez de garantía que se pueda seguir interceptando estas comunicaciones.
6. Posteriormente, se procede por parte de funcionarios policiales o del Ministerio Público, a transcribir las conversaciones útiles para la investigación, las que ya no deberían contener comunicaciones entre el imputado y su abogado.

4.5.3) Eventual aplicación del delito del artículo 161–A del Código Penal.

Este delito tipifica y sanciona algunos atentados al derecho a la intimidad.

La descripción típica es la siguiente:

“Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa (...) al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público sin

⁵² Según información de prensa la Fiscalía Nacional del Ministerio Público tiene sistemas propios de grabación de comunicaciones telefónicas.

autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado (...) que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos privados o que no sean de libre acceso al público”

a) Conducta típica

La descripción típica de la conducta que nos interesa consiste en captar, interceptar y/o grabar en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, conversaciones o comunicaciones de carácter privado, que también ocurran en un espacio o lugar físico específico: recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

i) Interceptar.

La acción de interceptar, como ya se dijo, consiste en el acceso sin consentimiento, de parte de un tercero, a una conversación telefónica privada con la intención de aprehender su contenido. Consiste efectivamente en apoderarse del contenido de una comunicación, con la intención de conocer su contenido, mas no requiere que efectivamente se conozca ese contenido. Dicho de otra forma, interceptar significa acceder a la comunicación, apoderarse de ella, con el ánimo de conocerla, pero sin que sea necesario que ella sea escuchada. O sea, en el caso de las comunicaciones telefónicas, se intercepta desde que la comunicación es derivada desde el sistema del prestador de servicios de telecomunicaciones al aparato de la policía o la fiscalía, sin que sea necesario que sea escuchado.

ii) Captar.

Captar es uno de los verbos rectores utilizados por este tipo penal. Según el diccionario de la R.A.E. significa en una primera acepción: *“percibir por medio de los sentidos o de la inteligencias, percatarse, comprender”*. En una segunda acepción captar significa: *“recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas”*.

El sentido que le debemos dar a “captar”, en la figura del 161 A del C.P. es en su primera acepción, esto es, *“percibir por medio de los sentidos o de la inteligencias, percatarse, comprender”*; de lo contrario, si se entiende captar como “recoger sonidos”, parece ser que estamos frente a un concepto que se asemeja al de “interceptar” y su aparición en el tipo sería redundante.

Para Alfredo Etcheberry, en referencia estos delitos, captar es “escuchar clandestinamente”.⁵³ Para este autor la palabra interceptar no tiene relevancia en el tipo, ya que “no parece razonable” que se “intercepten” comunicaciones.

iii) Grabar.

Como ya dijimos consiste en almacenar en algún soporte la conversación telefónica. Esto se produce en los aparatos técnicos de la fiscalía o las policías, una vez que es derivado desde la empresa telefónica.

iv) Que las comunicaciones sean de carácter privado.

En este sentido entendemos que las comunicaciones entre un abogado y su cliente son esencialmente de carácter privado, no necesariamente por el contenido de la conversación, sino por el espacio o ámbito de seguridad que existe en ella, que otorga plena confianza entre abogado y cliente, da contenido al secreto profesional y que hace surgir el deber de confidencialidad del abogado.

En efecto, como ya vimos, todo lo que conferencia el abogado defensor con su defendido, ya sea en la oficina del primero, por teléfono, por correspondencia, etc., debe considerarse como comunicación de carácter privado. Y esto por cuanto las comunicaciones entre el abogado y su cliente (máxime si es su representado en un proceso penal en que tiene la calidad de imputado) se encuentran en un espacio de seguridad inviolable. De ahí radica el secreto profesional y el deber de confidencialidad. En este sentido, el Instructivo de la Fiscalía Nacional, como ya pudimos constatar, es inconstitucional e ilegal, al permitir que fiscales y policías escuchen estas conversaciones y puedan definir unilateralmente si la materia conversada se encuentra en la categoría de secreto profesional o no. No puede el Estado decidir si el contenido de una conversación privada es una materia de secreto profesional o no lo es.

v) Lugar de comisión de la conducta y el medio comisivo.

La conducta de interceptar, captar y grabar no puede ocurrir en cualquier espacio, ya que la descripción típica delimita el lugar de intromisión de los autores a un recinto particular o un lugar que no sea de libre acceso al público.

⁵³ Idem nota N° 28.

Esta descripción es claramente un error del legislador, que no tiene sentido ni lógica. El Profesor Bascuñán Rodríguez al respecto señala que *“Finalmente, la ley comete el error de usar el criterio en cuestión para precisar el contexto en el cual debe realizarse la acción constitutiva de intromisión. Esto ya no es injustificado, sino derechamente absurdo: el acto de intromisión que es efectuado desde la calle hacia el interior, por ejemplo, no queda comprendido por el supuesto que define el hecho punible”*.⁵⁴

Para los hechos y el problema descrito en esta tesis, en general, se daría la circunstancia fáctica que exige la ley, en cuanto a que las interceptaciones y grabaciones se realizan en lugares que no son de libre acceso al público, tales como las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones, las oficinas del Ministerio Público, o las oficinas de las policías.⁵⁵

En cuanto al medio comisivo, puede ser “cualquier medio”, por lo que todo medio tecnológico es apto para realizar la conducta.

vi) Lugar de afectación del derecho a la intimidad.

Al igual que el lugar donde se da inicio a la conducta de intromisión, el legislador hizo una muy deficiente descripción del espacio en el cuál se afecta la intimidad (donde las personas realizan la interacción comunicativa) ya que lo enmarca sólo en dos tipos de espacios de protección (recintos privados o lugares que no sean de libre acceso al público) dejando afuera los espacios públicos en los que pueden existir conversaciones privadas, y complicando enormemente la punición de las intromisiones a las telecomunicaciones.

Antonio Bascuñán R. señala al respecto que *“utiliza como criterio esencial de demarcación de la legítima expectativa de intimidad su vinculación a un espacio físico sobre el que puede ejercerse el derecho a exclusión (“recintos particulares”, “lugares que no sean de libre acceso al público”). Este criterio es utilizado por la ley para definir el contexto donde debe tener lugar la interacción o debe existir la información que es objeto del ataque*

⁵⁴ Bascuñán Rodríguez, Delitos contra la intimidad, Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, T2, Pág. 550.

⁵⁵ Por lugares que no son de libre acceso al público, Alfredo Etcheberry, entiende que son aquellos en que no siendo privados no admiten el acceso indiscriminado, sino que sólo de quienes se encuentran autorizados para ingresar, como los hospitales, los restaurantes privados, etc. “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo III, pág. 276 y ss.

*prohibido. Esa es una demarcación insatisfactoriamente restrictiva, pues priva de protección a la intimidad en espacios públicos (...)*⁵⁶

Para el caso de las conversaciones telefónicas, la situación es paradójica y absurda. En efecto, siguiendo el principio de legalidad, para que concurra el elemento espacial del tipo, las personas intervenidas (imaginemos un abogado defensor y su cliente) no se encuentran en el mismo lugar, ya que de lo contrario sería prácticamente innecesario comunicarse por teléfono, por ende, ambos se encuentran en distintos lugares, y llegaríamos a la paradoja que si se llaman desde líneas de teléfono fijo (que generalmente se encuentran en recintos privados o que no son de libre acceso al público) el *extraneus* que intercepta y graba, podría estar incurriendo en el tipo, con todos los problemas a nivel de culpabilidad que ello puede acarrear por su desconocimiento del lugar en que se hace la llamada. Por el contrario, si el imputado cuyo teléfono se encuentra intervenido llama a su abogado desde su celular en la calle y el abogado contesta su celular, también en la calle, la situación sería atípica. En ambos casos el bien jurídico *intimidad* se ve igualmente afectado, pero en un caso sería punible y en el otro impune. Todo lo anterior nos lleva a otro problema bastante absurdo, cual es el caso en que uno de los intervinientes llama desde un teléfono ubicado en un recinto privado y el otro contesta en un lugar público. En ese caso ¿se dan los requisitos del tipo? Esta es una interrogante de difícil respuesta, toda vez que tendríamos que precisar si la conversación vía teléfono ocurre en un lugar u ocurre en dos lugares, por lo que el criterio del legislador, como dice Bascuñán, carece de sentido.

b) Causal de justificación.

Esta protección penal se encuentra justificada por las autorizaciones judiciales para obtener medidas que afectan la intimidad. Así, el propio artículo 161-A del Código Penal, dispone que este delito “no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”. Esta justificación parece redundante a la causal de justificación del artículo 10 número 10 del mismo código, que establece que está exento de responsabilidad “el que obra en

⁵⁶ Idem Nota 54. Pág. 549 de la cita.

cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

En el caso de las interceptaciones al imputado y su abogado no existe esta autorización, a menos que el juez lo ordenare expresamente porque el abogado es partícipe del mismo delito investigado.

c) Culpabilidad.

Entendemos que el 161-A del Código Penal requiere de dolo del autor, ya sea directo o eventual, ya que no existen descripciones de un dolo específico. El delito no puede ser cometido con culpa o negligencia.

En el caso en estudio entendemos que los trabajadores de las empresas de telefonía se encuentran exentos de responsabilidad penal.

Por una parte, su obligación legal consiste solamente en poner a disposición de los funcionarios policiales y fiscales de las facilidades para realizar la intervención. Así, el artículo 222 inciso final del C.P.P. señala que *“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 que se requiera. (...)”.*

Por otra parte, las empresas de telecomunicaciones se encuentran tanto obligadas como compelidas a prestar estos servicios. Así, el mismo artículo dispone que *“la negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato”.*

Asimismo, según el Reglamento contenido en el Decreto N° 142 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en su artículo 2, se dispone que: *“Para los efectos de llevar a cabo las interceptaciones y grabaciones decretadas, los prestadores de servicios de telecomunicaciones darán cumplimiento a ellas, en el plazo y la forma establecida en el oficio respectivo por el tribunal de conozca de la causa”.* En su artículo 3, señala que *“los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán tener disponibles para los organismos operativos policiales los medios necesarios para llevar a efecto las diligencias (...)”.*

Es por esto que los trabajadores y ejecutivos de estas compañías, para cumplir con la medida, sólo deben requerir la exhibición de la autorización judicial correspondiente.

Respecto de los fiscales y policías, la cuestión parece ser diferente. Ellos son actores fundamentales del sistema e intervinientes del mismo. Los primeros se encuentran regidos por los principios de probidad y objetividad, son los que dirigen la investigación y dan órdenes a los funcionarios policiales. Esto se encuentra claramente recogido en la Ley Orgánica del Ministerio Público en sus artículos 4 y 63, letra d).

La policía está sujeta a una estricta normativa de probidad administrativa, y deberían tener perfecto conocimiento de la prohibición legal expresa de interceptar comunicaciones telefónicas entre abogado e imputado, sumado a ello el hecho que las autorizaciones judiciales que ellos transmiten generalmente contienen la reserva de prohibición de interceptación entre abogado e imputado.

Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 83 inciso de la Constitución que dispone que el *“Ministerio Público podrá impartir instrucciones directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso”*.

A este respecto, la sentencia de la Corte Suprema, de 19 de octubre de 2011, ya analizada en el Capítulo I, confirma la responsabilidad de la policía en las interceptaciones ilegales, al señalar que: *“(…) al funcionario señor Bórquez 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. El artículo 222 inciso 3° del Código Procesal Penal, sólo le permitía grabar aquella conversación específica en la medida que el Juez de Garantía se lo hubiese ordenado (...) 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.”

Así las cosas, encontrándose expresamente prohibido por la ley (art. 222 inciso 3° del C.P.P) no existe orden administrativa, ya sea de las autoridades del Ministerio Público, ni de los fiscales, ni de autoridades policiales que pueda legitimar y validar la interceptación y escucha de conversaciones entre abogado defensor e imputado.

A partir de este punto, se hace necesario revisar el grado de conocimiento –que redundaba en el dolo–, que tienen los funcionarios policiales y fiscales que realizan intervenciones y escuchas telefónicas respecto de la existencia de un abogado que asista o represente a una persona imputada cuyos teléfonos han sido intervenidos. Para ello, creemos que se pueden distinguir algunas hipótesis de hecho, según el grado de conocimiento de la existencia de una relación cliente–abogado:

i. **El imputado no tiene un defensor conocido, e ignora que se le sigue un proceso penal en su contra.**

Por ejemplo, si estamos en presencia de un sujeto que no sabe que existe una investigación en su contra, ya que el delito no se ha hecho público, o no hay indicios de su descubrimiento.

Recordemos que se tiene la calidad de imputado desde el primer acto que se dirige contra él, ya sea de investigación o frente a un juez de garantía, por ende no requiere que sea conocido por el propio imputado.

En este caso, se encuentran protegidas las comunicaciones de esta persona imputada con su abogado, si lo tuviere, aun cuando no tuviere abogado defensor conocido por la fiscalía ni la policía, y se suponga que no conoce que es investigado penalmente.

Resulta claro que no es excusable en este caso la intervención de conversaciones entre ellos, aún a pretexto que el imputado no conocía que tenía tal carácter y ni la fiscalía ni la policía podían asumir que contaba con abogado.

Además, en ningún caso se puede escuchar la conversación entre estas dos personas, las que se deben dejar de escuchar (cortar) al instante en que se

percatan que se trata de este tipo de conversación. Entendemos que escucharlas, a sabiendas que se trata de abogado y cliente, cumple con los requisitos del dolo (conocimiento y voluntad) y no se encuentra legalmente justificada.

ii. **El imputado intervenido ya ha tenido contacto con la fiscalía o la policía, sabe que existe un procedimiento penal en su contra, pero para los aparatos persecutores no tiene un abogado defensor conocido.**

Por ejemplo, cuando una persona ha sido citada a declarar por la policía y no ha concurrido con abogado defensor ni ha designado uno.

Es muy común en nuestro sistema, que la fiscalía y la policía cite a personas a declarar en calidad de imputados, y se les permita hacerlo aun cuando no cuenten con un abogado, señalándole previamente que tienen el derecho a tener un abogado de su confianza presente, pero preguntándoles si renuncian a ese derecho. Así mismo, es común que se cite a personas en calidad de testigos, de manera que no concurren con abogado, pero posteriormente se les cambia dicha calidad por parte de la fiscalía (decisión cuya legalidad es muy dudosa)

En este caso, fiscales y policías no pueden desconocer la alta posibilidad de que esta persona tenga abogado, y que antes de concurrir a declarar, o cuando tuvo noticia de la citación, se comunique con él. La interceptación de las llamadas de este imputado con su abogado, serían entonces una posibilidad real, y la intromisión ilegítima podría estar siendo cometida con dolo eventual o directo.

Nuevamente, en ningún caso se puede escuchar la conversación entre estas dos personas, las que se deben dejar de escuchar (cortar) al instante en que se percatan que se trata de este tipo de conversación. Entendemos que escucharlas, a sabiendas que se trata de abogado y cliente, cumple con los requisitos del dolo (conocimiento y voluntad) y no se encuentra justificado.

iii. **El imputado tiene abogado defensor conocido.**

Ya sea que el imputado haya designado a un abogado defensor en la investigación o ante el juez de garantía, antes o después de la formalización de la investigación, resulta sostenible decir que si se interceptan las

comunicaciones del imputado, se asume que se interceptaran aquellas con su abogado defensor.

Este caso, de común ocurrencia, revela dolo directo de parte de los agentes, ya que conocen la existencia del abogado y aun así se interceptan las comunicaciones del imputado con aquel. Si no hay llamadas interceptadas entre abogado e imputado, simplemente no habrá acción típica ni antijurídica. Si por el contrario, se interceptan, sí habrá una acción típica, antijurídica y culpable.

Como ya se dijo, en ningún caso se puede escuchar la conversación entre estas dos personas, las que se deben dejar de escuchar (cortar) al instante en que se percatan que se trata de este tipo de conversación. Entendemos que escucharlas, a sabiendas que se trata de abogado y cliente, cumple con los requisitos del dolo (conocimiento y voluntad) y no se encuentra justificado.

4.5.4) Eventual aplicación del delito del artículo 36 B. letra c) de la Ley General de Telecomunicaciones.

Esta figura penal se encuentra en una normativa especial, la ley N° 18.168, que tipifica y sanciona la siguiente conducta:

“c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.”

Según María Cecilia Ramírez, el objeto jurídico de este delito es *“la indemnidad de las comunicaciones en los términos descritos en la norma”*⁵⁷.

A nuestro entender, este delito tiene como bien jurídico protegido la intimidad de las comunicaciones, toda vez que al sancionar la ley la interceptación, captación y grabación de la señal (telefónica) por su sola descripción se desprende claramente la protección de dicho bien jurídico. Como objeto de protección supraindividual, la indemnidad de las comunicaciones no deja de ser razonable, pero ocupa un lugar secundario. Esto se

⁵⁷ María Cecilia Ramírez, Protección de las Comunicaciones Telefónicas en Chile”, Universidad de Talca, pág. 534.

reafirma al observar la conducta tipificada en la letra d) del artículo 36 B, que sanciona la difusión de lo obtenido.

a) Conducta típica

i) Acción de Interceptar, captar y grabar.

Nos remitimos en los mismos términos que al analizar el delito del art. 161 A

ii) Contenido de las comunicaciones.

Las comunicaciones entre un abogado y su cliente son esencialmente de carácter privado, no por el contenido de la conversación, sino por el espacio de seguridad que existe en ella, y que da contenido al secreto profesional y al deber de confidencialidad del abogado.

iii) Lugar de comisión de la conducta y el medio comisivo.

A diferencia del art. 161-A del Código Penal, la conducta de interceptar, captar y grabar puede ocurrir en cualquier espacio.

b) Causal de justificación.

La descripción típica requiere que la interceptación, captación o grabación se haga “*sin la debida autorización*”. Una autorización para interceptar llamadas entre imputado y su abogado, sólo puede tener validez si es ordenada por un juez, justificada en que el abogado tiene participación en el mismo crimen que el imputado.

c) Culpabilidad.

El tipo de este artículo requiere que la conducta se lleve a cabo “maliciosamente”, por lo que requeriría de dolo directo.

En lo restante hacemos las mismas observaciones que el delito anteriormente descrito, con la prevención de que no cabría el dolo eventual.

4.5.5) Eventual existencia de delito de desacato.

El artículo 240 del Código de Procedimiento Civil sanciona al que “quebrante lo ordenado cumplir” por una resolución judicial.

Se trata de un delito considerado como un atentado a la recta administración de justicia y “la fiabilidad y el respeto de las resoluciones judiciales”⁵⁸.

La doctrina y la jurisprudencia se han decantado porque las resoluciones judiciales que pueden quebrantarse son aquellas en que no pueden cumplirse forzosamente por parte de los Tribunales de Justicia por cuanto en aquellas la voluntad de la persona afectada por la resolución puede cumplirla o no cumplirla, y en este último caso el Tribunal que dictó la resolución puede ordenar su cumplimiento y aplicar su imperio.

Para Matus y Ramírez, las sentencias que pueden quebrantarse son aquellas que suponen “la prohibición de ejecutar ciertos hechos en el futuro o, lo que es igual, el mandato de omitir su ejecución futura”.⁵⁹

Por su parte la resolución debe estar firme y ejecutoriada. Asimismo, el desacato se puede cometer respecto de resoluciones dictas por cualquier tribunal de la República, y puede ser cometido por cualquier persona a la cual esté dirigida la resolución judicial, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 3º inciso segundo del Código Civil sobre efectos relativos de las sentencias.

Respecto a su aplicación en nuestro caso, no se ve plausible, toda vez que lo que el Tribunal podría expresamente ordenar cumplir, esto es, que no se intercepten comunicaciones entre la persona intervenida y su abogado defensor, se encuentra expresamente prohibido en la ley, en el inciso 3º del artículo 222 del C.P.P. Por ende, el Tribunal sólo repite o refuerza la prohibición dispuesta en la Ley, como expreso recordatorio a los Fiscales de que la conducta se encuentra prohibida, pero no ordena cumplir una resolución judicial, sino más bien, ordena dar cumplimiento a la norma jurídica dispuesta en la ley.

⁵⁸ Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte Especial, Tomo II, pág. 371, Thompson Reuters.

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 372.

CAPITULO CUARTO: Propuestas de solución del problema.

1. Introducción.

El problema es de difícil solución práctica. Desde un punto de vista político criminal, parece ser que toda limitación a las medidas intrusivas de la investigación atentarían contra las necesidades de eficiencia del sistema procesal penal y contra el conocido discurso de “emergencia”.

Sin embargo, al quebrantarse el secreto profesional producto de las escuchas abogado defensor–cliente, la infracción al debido proceso y al derecho a la intimidad de la persona, es de tal magnitud que no puede mantenerse el *status quo*.

Para solucionar el problema materia de esta tesis, intentaremos resolver las siguientes preguntas:

¿Es posible terminar con las interceptaciones telefónicas de comunicaciones abogado defensor–cliente, efectuadas por la autoridad?

¿Es posible terminar con las escuchas telefónicas de comunicaciones abogado defensor – cliente, efectuadas por la autoridad?

¿Para solucionar el problema se requiere de mayores exigencias judiciales en la autorización de interceptaciones telefónicas, a modo de evitar la ocurrencia del problema?

¿Qué puede hacer el Ministerio Público y la Policía para detener las interceptaciones y escuchas materia de esta memoria?

¿La sanción penal es una solución adecuada al problema?

¿Para solucionar el problema se requiere un cambio legislativo?

2. Propuestas de solución del problema.

A) Solución tecnológica.

Si existiera un sistema tecnológico capaz de interceptar sólo aquellas comunicaciones que el Tribunal autoriza y de rechazar la interceptación de las comunicaciones entre abogado y cliente, de manera que éstas no se intercepten, escuchen ni graben, y este sistema fuera implementado por los entes persecutores, probablemente el problema materia de este trabajo no existiría. La tecnología no ha llegado a ese punto, y cuesta imaginar un sistema

de esas características, ya que no solamente se requeriría saber el número telefónico del abogado, si no que para el caso de no conocerse, se requeriría de una máquina que distinguiera la conversación y detectara si se trata de abogados en el caso que llamara desde cualquier número telefónico.

Creemos, eso sí, que en la actualidad ya se debe haber inventado una tecnología que permita a los sistemas automáticos de interceptación de las compañías telefónicas no derivar o transmitir las comunicaciones con determinados números telefónicos a los sistemas de la fiscalía o la policía (aclaro que no se logró encontrar información sobre este tema para este trabajo). Vale decir, si los organismos que requieren las interceptaciones le señalan a las compañías que no pueden derivar las llamadas del “interceptado” con tal o cual número de teléfono, quizás se logre una solución parcial al problema, ya sea que las compañías de telecomunicaciones lo hagan a través de un sistema automatizado, o simplemente los empleados de dichas compañías manualmente rechazan la derivación de dichas llamadas.

Pero la verdad, es que esta solución tiene varios reparos:

Primero, porque sería una solución parcial. Un sistema así sólo podría ser útil para el caso de que se conozca quien es el abogado defensor de una persona, y que además se conozca su o sus números telefónicos. De lo contrario el sistema quedaría trunco, ya que no habría criterios para determinar llamadas del abogado, a menos que se analice el contenido de la conversación. Vale decir, un sistema así no tendría utilidad cuando no se conozca quien es el abogado defensor o consejero en etapas primarias de investigación.

Además, este sistema no funcionaría en el caso que el abogado llame desde un teléfono diferente al registrado por la compañía telefónica.

Segundo, a menos que el sistema sea totalmente automatizado, su implementación requeriría del trabajo continuo de empleados de compañías telefónicas, cuestión cuya exigibilidad y puesta en práctica es dudosa.⁶⁰

⁶⁰ A modo de ejemplo, en el Estado de California, E.E.U.U. “si el agente que lleva a cabo la interceptación percibe que se trata de una conversación privilegiada debe interrumpirla por un intervalo de al menos dos minutos y solo podrá reanudarla durante no más de 30 segundos para determinar si sigue tratando de la misma, y así sucesivamente hasta que finalice la conversación”. Cita al texto de Dr. Teresa Manso Porto. “Las

No obstante lo anterior, se puede concluir que un sistema tecnológico que al menos pueda rechazar la interceptación de las llamadas entre el sujeto intervenido y un número telefónico que se sepa pertenece a su abogado sería un paso importante en resolver la problemática. Para llegar a este punto, se requiere de un Tribunal activo, que le exija al Fiscal el cumplimiento de esta medida, y de una Fiscalía que efectivamente ordene a las compañías a no interceptar ni derivar los llamados de determinados números telefónicos.

Todo lo anterior no se hace en Chile hasta la fecha, por lo que cualquier paso en esta dirección sería un aporte.

Ante la pregunta sobre si es posible terminar con las interceptaciones telefónicas de comunicaciones abogado defensor–cliente, efectuadas por la autoridad, una medida tecnológica como la señalada sería una solución parcial del problema.

B) Intervención judicial como solución al problema.

Mucho pueden y deben hacer los Jueces de Garantía⁶¹ para terminar con el abuso de las interceptaciones de comunicaciones entre abogados y clientes.

En primer lugar, deben dar una interpretación restrictiva al artículo 222 del Código Procesal Penal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º del mismo código, que establece que “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de algunas de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”. Por ello, la limitación de los derechos del imputado que se produce al autorizar escuchas telefónicas no puede ser interpretada livianamente, sino de manera exigente y restrictiva. El artículo 222 del C.P.P. establece que “cuando existieran fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere la 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 sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación”.

escuchas telefónicas entre un abogado defensor y cliente en una comparación internacional” Revista de Estudios Penales y Criminológicos, vol XXXII (2012), pág. 47.

⁶¹ Entiéndase también en esta afirmación incluidos los ministros de Corte de Apelaciones conociendo requerimientos del Fiscal Nacional Económico o de la Agencia de Inteligencia Nacional.

La interceptación y grabación de las telecomunicaciones debe ser imprescindible para la investigación. El juez debe velar porque no hayan otras formas más idóneas para obtener la prueba requerida, o para lograr evitar que se consume el crimen, siguiendo los principios de proporcionalidad y legalidad.

Los Jueces de Garantía, interpretando restrictivamente la norma, y considerando el problema de las interceptaciones indebidas entre abogados y clientes deben hacer un estudio y una valoración de los antecedentes que le exhibe el Fiscal, para determinar si existen sospechas fundadas, basadas en hechos determinados de la existencia de un crimen⁶². Para ello, no basta con la presentación de meras conjeturas y suposiciones, sino que es deber de los magistrados exigir prueba concreta de hechos determinados de la existencia del delito o de su futura realización. La ley señala que el juez de garantía al autorizar la interceptación, debe señalar cuáles son las sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, es decir, el fiscal no puede señalar y el juez no podrá autorizar, si existen sólo conjeturas indeterminadas, dichos de terceros no registrados en la carpeta investigativa, vaguedades, etc. El fiscal debe mostrar al juez “hechos” y sus “pruebas”.

Además, deben considerar y hacer un análisis de si las pruebas concretas que se le exhiben corresponden al hecho punible que la Fiscalía manifiesta. Si los hechos corresponden según el análisis del Tribunal a hechos que no merecen pena de crimen, y aprecia que la Fiscalía está señalando como fundamento de la petición un hecho punible con pena de crimen, que en realidad es sólo un medio para obtener la medida, el Tribunal la debe rechazar. En ello, la interpretación del Tribunal debe ser estricta.

Respecto del peligro de interceptar comunicaciones entre el imputado y su abogado, el Tribunal, a mi juicio, debe considerar los siguientes aspectos:

⁶² En Estados Unidos, mediante la 18 U.S. Code § 2518, sobre procedimiento para la interceptación de comunicaciones (procedure for interception of wire, oral, or electronic communications), se describen y ordenan estrictos controles a las interceptaciones de comunicaciones, tanto en las actuaciones de las autoridades solicitantes como para los jueces otorgantes de las medidas. Cabe destacar que esta ley exige que se intercepten sólo aquellas comunicaciones que se refieran a los hechos investigados (respecto de los cuales se requiere explicitar la “causa probable”. Además exige que la interceptación se termine una vez obtenido lo buscado, y aunque la orden del juez se mantenga vigente en su plazo, la interceptación debe terminarse si se cumplieron sus objetivos. Además, respecto de las grabaciones de las interceptaciones, el juez exige que se entreguen al Tribunal una única copia, y sellada, de una manera que asegure que nadie puede alterarla o acceder a ellas sin autorización. Ver: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2518>.

- i. Ordenar a la Fiscalía a dar fiel cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 222 inciso 3º del C.P.P. Esta medida ya es aplicada por los Jueces de Garantía de manera general, señalándole al Fiscal que no se deben interceptar comunicaciones del imputado con su abogado, o que deben dar cumplimiento a lo establecido en la norma aludida. Esta medida es mínima. Debe ser expresada por el Tribunal en la resolución que otorga la medida, de manera que su transgresión genere las responsabilidades legales correspondientes, con especial consideración respecto de los delitos establecidos en los artículos 161 a) del Código Penal y 36 B) letra c) de la Ley de Telecomunicaciones.
- ii. Ordenar expresamente a la Fiscalía que tome medidas concretas para evitar la interceptación de conversaciones entre abogado e imputado y exigir que se explique cuáles son esas medidas. Así el Tribunal ya no sólo ordena, de manera nominal el cumplimiento de la norma, sino que asegura su no infracción. Este es un rol que se puede exigir a los Jueces de Garantía para que ellos a su vez lo exijan al Ministerio Público.
- iii. Tomar en consideración el momento y la situación procesal en que se solicita la medida intrusiva. En efecto, para evitar la interceptación de comunicaciones entre abogados defensores y clientes, no ha de concederse la medida en momentos en que el proceso penal ha tenido cierto avance. La verdad, al menos en cuanto a procesos que no traten de crimen organizado y bandas criminales, la solicitud de interceptación telefónica de un imputado, cuando el proceso está avanzado y el supuesto delito investigado ya ocurrió, la intrusión del Estado tiene fines esencialmente utilitaristas, cuyo objeto central es aprehender la estrategia de la defensa u obtener declaraciones o confesiones indebidas.

Cabe destacar que la ley en este punto se refiere a dos escenarios, el delito cometido y el que está por cometerse. Resulta muy importante esta distinción, ya que la ley otorga herramientas a la autoridad ya sea para encontrar pruebas del delito cometido o de su autoría, o bien para evitar un delito que puede estar por cometerse. Esta distinción puede llegar a ser un criterio de gravedad y necesidad, que pueda definir la procedencia o improcedencia de la medida intrusiva de interceptación telefónica. En este entendido, la intervención

telefónica *ex ante*, que tiene por objeto precaver la comisión de un delito, aparece como de mayor necesidad. Por el contrario, tratándose de delitos ya cometidos, su necesidad debe ser plena y completamente justificada por el Fiscal, y el Juez debe ponderar la posibilidad de obtener pruebas de relevantes y lícitas, versus, los riesgos de afectación de derechos que la medida implica, en especial el riesgo de interceptación de comunicaciones entre el imputado y su abogado.

- iv. En el caso que un Fiscal le comunique al Juez de Garantía la existencia de interceptaciones entre un imputado y su abogado, de acuerdo al instructivo N° 060-2014 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, el Juez debe denunciar este hecho.

El problema es que el Tribunal debe denunciar el hecho al mismo ente que cometió la infracción o el delito, esto es, al Ministerio Público.

La situación es paradójica. El Ministerio Público solicita una autorización judicial para la interceptación telefónica de una persona. El Tribunal, revisados los antecedentes la otorga, en el entendido que se va a realizar correctamente, sin infringir el artículo 222 del C.P.P. Con posterioridad, el Fiscal le comunica al mismo Tribunal que han intervenido comunicaciones de aquellas que el propio Tribunal les ordenó no intervenir. ¿Qué debe hacer el Tribunal ante tal comunicación?

A nuestro juicio, el Tribunal no puede no hacer nada. Debe tomar alguna medida.

El simple llamado de atención y la negativa a recibir los antecedentes no es suficiente para tamaña infracción de garantías.

El Juzgado de Garantía debe denunciar los hechos. El Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 111 inciso segundo del C.P.P. está autorizado a querellarse por tratarse de delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan los derechos garantizados por la Constitución.

Recordemos que, lo que dispone el Instructivo 060-2014 de la Fiscalía Nacional, es que precisamente se comunique al Juzgado de Garantía la interceptación de comunicaciones entre imputado y abogado defensor, cuando el contenido de la comunicación entre estos sean materias “propias de

defensa". Vale decir, la comunicación al Juzgado de Garantía de la interceptación de comunicaciones entre imputado y abogado defensor es la comunicación de una noticia criminis.

C) Cambio de criterios y políticas del Ministerio Público.

Con todo lo dicho, estimamos que el principal factor y responsable del problema puede ser el ente que de mejor manera puede solucionarlo. En efecto, creemos que el Ministerio Público debe estudiar todas las fórmulas a su alcance que impidan definitivamente la interceptación y escucha de comunicaciones entre abogados y clientes.

En primer término, debe derogar del Instructivo 060-2014, el punto 4.2.b.2. número iv, de manera de no continuar con esta conducta ilícita.

Luego, debe hacer una búsqueda y averiguación del estado del arte en materia de interceptaciones telefónicas, de manera de tener los sistemas más modernos, y que en lo posible logren distinguir y no interceptar y grabar comunicaciones bajo privilegios.

Finalmente, dar estricto cumplimiento a la ley, en cuanto prohíbe este tipo de intromisiones indebidas, y debe capacitar a sus fiscales, funcionarios y a la policía a este respecto.

D) Cambio legislativo como solución al problema.

Las soluciones legales que otorga el Código Procesal Penal, de carácter procesal, consistentes en prohibir categóricamente las conductas materia de esta tesis, parecen ser las óptimas para determinar que la conducta se encuentra prohibida y que infringen derechos y garantías.

Desde este punto de vista no parece necesario ni pertinente proponer modificaciones al código del ramo.

El problema se expresa y manifiesta por su falta de aplicación administrativa y judicial.

No obstante, las normas jurídico penales aplicables al caso, que se analizaron en el capítulo 4.5) muestran serias deficiencias técnico legislativas que hacen más difícil la punición de estas conductas.

Proponer una tipificación en la cual se pueda subsumir la conducta que se ha expuesto en esta tesis, será materia de estudio para otra oportunidad, si es que se estima relevante.

IV. Bibliografía

A) Doctrina chilena

1. Gabriel Álvarez Undurraga. "Curso de Investigación Jurídica" LexisNexis 2005.
2. Sergio Monsalve Vergara. "Derecho Penal de los Poderosos". Editorial Metropolitana 2009.
3. Ana María Sepúlveda Fuentes. "El secreto profesional". Tesis de grado. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. 1955.
4. María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle. "Derecho Procesal Penal Chileno". Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición 2002.
5. Emilio Pfeffer Urquiaga. "Código Procesal Penal Anotado y Concordado". Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición.
6. Miguel Otero Lathrop. "La Policía frente al Código Procesal Penal". Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición 2010.
7. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004, 661 págs.
8. Rodríguez Collao, Luis, y Ossandón Widow, María Magdalena, Delitos contra la Función Pública, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2008, 518 págs.
9. Garrido Montt, Mario Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2000, 447 págs.
10. Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004. T. III, 490 págs., y T. IV, 382 págs.
11. Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal en la Jurisprudencia, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1987.
12. Bascuñán Rodríguez, Delitos contra la intimidad, Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, T2.
13. Revista del Ministerio Público N° 48, septiembre 2011. Artículo de Carolina Zavidich Dionedi, Prueba Ilegal, Exclusión, Escuchas Telefónicas. pág. 125.

14. Cristián Maturana y Raúl Montero, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I y II, Julio 2010.
15. María Cecilia Ramírez, “Protección de las Comunicaciones Telefónicas en Chile”, Universidad de Talca.
16. Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte Especial, Tomo II, pág. 371, Thompson Reuters.
- 17.

B) Doctrina extranjera

1. Marcela de Langhe. “Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas”. 1ª Edición. Buenos Aires, Editorial Hammurabi 2009.
2. Francisco Javier Pascua. “Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones”. Impresión año 2002 en Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo.
3. Claus Roxin. “La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias”. 1ª edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Arg. 2008.
4. Bernardo Feijoo Sánchez. “Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico”. Editorial B de F Ltda. Buenos Aires, Arg. 2009.
5. Leopoldo Olmo Fernández-Delgado. “El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones.” Editorial Dykinson, Madrid 2009.
6. Francisco Muñoz Conde. “De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo”. Editorial Hammurabi. 1ª Edición, Buenos Aires, Arg. 2008.
7. Francisco Muñoz Conde. “Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”. 2ª edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Arg. 2007.
8. Eduardo M. Jauchen. “Tratado de la Prueba en Materia Penal”. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires 2006.

9. Carlos A. Carbone. "Derecho Procesal Penal. Conflictos Modernos" Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Argentina 2000.
10. Carlos A. Carbone. "Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba". Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Arg. 2005.
11. José Rigo Vallbona. "El secreto Profesional". Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, 1961.
12. D. Ramón c: Pelayo. "Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Intromisión ilegítima en el derecho a la defensa". <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/795/comentario/intervencion-de-las-comunicaciones-entre-abogado-y-cliente-intromision-ilegitima-en-el-derecho-a-la-defensa>
13. Ascensión Elvira Perales "El derecho al secreto de las comunicaciones". Profesora Titular Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid. documentostics.com/component/option,com_docman/.../Itemid,3/
14. Rodríguez Marín, Fernando (1990): "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 43: pp. 197-240.
15. Dr. Teresa Manso Porto. "Las escuchas telefónicas entre un abogado defensor y cliente en una comparación internacional" *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012).

C) Jurisprudencia

1. Corte Suprema, fallo 29 de junio de 2011. Rol Ingreso 3016-2011.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso denominado "Escher y otros versus Brasil", Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
3. Corte Suprema, 12 de julio de 2011, Ingreso N° 2765-2009.
4. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18 de junio de 2010, Ingreso N° 81-2010 R.P.P.
5. Corte Suprema, 17 de agosto de 2010, Ingreso N° 4653-2010.

6. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 2011, Ingreso N° 237-2011.
7. Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Ingreso Rol N° 2.663-2011.
8. Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2016, Ingreso Rol N° 2.271-2016.