



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

Análisis de las modificaciones introducidas al régimen normativo de la  
Intercepción de comunicaciones del Código Procesal Penal por la Ley N°  
21.577

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MAURICIO TOMÁS CÁCERES CORTÉS

Profesor Guía:

Juan Sebastián Vera Sánchez

Santiago de Chile

2024

*A mi padre Manuel Cáceres, a mi amada Camila Belmar,*

*Y a la Dra. Claudia Ogalde.*

*Quienes fueron faro  
en las noches más oscuras.*

## Índice

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: LAS DILIGENCIAS INVESTIGATIVAS QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS PRINCIPIOS RECTORES EN EL PROCESO PENAL .....	11
1. La investigación en el proceso penal.....	11
2. Las medidas intrusivas o limitativas de derechos en el Código Procesal Penal.....	12
a) Generalidades.....	12
b) Medidas intrusivas .....	13
3. El Principio de autorización judicial previa .....	21
CAPITULO II: DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO POR LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES Y SU CONTROL JUDICIAL .....	24
1. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas .....	24
a) Sentido y alcance de la expresión “comunicaciones privadas” .....	25
b) La “Neutralidad tecnológica” o concepto amplio y abierto a innovaciones tecnológicas.....	27
c) La inviolabilidad .....	28
d) Límites del derecho.....	28
2. El principio de proporcionalidad o prohibición en el exceso .....	30
a) Pilares del principio de proporcionalidad: principio de legalidad y justificación teleológica. ....	31
b) Requisitos del Principio de Proporcionalidad.....	32
a. Requisitos Extrínsecos (o ajenos al contenido de la medida restrictiva) .....	32
b. Requisitos Intrínsecos (propios del contenido de la medida restrictiva).....	35
CAPITULO III: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 21.577 .....	38
1. Ley 21.577 que “Fortalece la persecución de delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias” .....	38
a) Contexto del proyecto de ley. Combate a la delincuencia organizada, comiso de ganancias y nuevas técnicas especiales de investigación.....	38
b) Objetivos generales del Proyecto.....	40
2. Principales modificaciones a la interceptación de comunicaciones en el CPP .....	41
a) Nueva terminología: “Interceptación de comunicaciones”.....	41
b) Cambios incorporados en el Art. 222 CPP.....	41

3. Nueva medida intrusiva del Art. 225 bis. CPP: Registro remoto de equipos informáticos	44
4. Consideraciones generales sobre las modificaciones incorporadas por la ley 21.577 ...	47
5. Algunos problemas prácticos presentes en la aplicación de la interceptación de comunicaciones.....	48
a) Uso de la medida por el Ministerio Público y control del Juez. ....	49
b) La falta de desarrollo jurisprudencial .....	51
CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA .....	56

## RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la regulación de la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones en el Código Procesal Penal. Comenzando con la descripción de las principales medidas contempladas en dicho cuerpo normativo para pasar a la regulación específica de la medida.

Posteriormente, se detalla el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones como límite a la aplicación de la medida intrusiva. Lo anterior, conllevará un examen detallado del desarrollo que la doctrina ha dado al principio de proporcionalidad como fórmula de control a la afectación de los derechos fundamentales en el actuar del estado, junto con detallar sus principales presupuestos y requisitos de aplicación.

Finalmente, pasaremos a realizar un análisis crítico de las principales modificaciones implementadas por la Ley N° 21.577 en materia de interceptación de comunicaciones y los posibles efectos que tendrían en la protección de los derechos fundamentales en el proceso penal.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas Intrusivas – Interceptación de comunicaciones- Inviolabilidad de las comunicaciones privadas – Derechos fundamentales - Principio de proporcionalidad – Ley 21.577 - Registro remoto de equipos informáticos

## INTRODUCCIÓN

Junto con el avance de la sociedad y el desarrollo de las modernas formas de comunicación han surgido nuevos problemas para la persecución de la actividad delictiva en general y sobre todo respecto a la persecución del crimen organizado. Este fenómeno es de especial preocupación para el Estado, dado que en los últimos años se ha hecho evidente la presencia de dicha forma de criminalidad en Chile. En opinión del ejecutivo, las herramientas que actualmente existen para su persecución se han hecho insuficientes. Es así, que en atención a sus particulares características (su especialidad, organización, y ventajas que protegen la impunidad en su ejecución), se requeriría de una respuesta más sofisticada para poder perseguirla<sup>1</sup>.

De esta manera, con fecha 15 de junio del presente año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.577, que “Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias”. Dicha ley tiene como finalidad abordar 4 ejes principales: 1) La reestructuración del delito de asociación ilícita; 2) la incorporación de normas relativas al comiso de las ganancias de las organizaciones delictivas; 3) la creación de medidas especiales de protección para las víctimas y testigos, y 4) la introducción de cambios a las medidas de investigación del Código Procesal Penal.

Respecto de este último punto es donde podemos encontrar grandes modificaciones al régimen de las medidas investigativas que afectan derechos fundamentales, como lo es la incorporación de técnicas especiales de investigación aplicables solo a los nuevos delitos de “asociación delictiva o criminal”. Por ejemplo: el uso de agentes encubiertos, informantes y entregas vigiladas.

Ahora bien, sin perjuicio de que la ley tiene como objetivo la modernización de la normativa relativa a la persecución de la delincuencia organizada y su efectiva sanción, ésta también presenta modificaciones respecto de las medidas investigativas del proceso penal que no necesariamente dicen relación con la investigación de los delitos mencionados, sino que son

---

<sup>1</sup> CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2022). *Política nacional contra el crimen organizado*. p. 5

de aplicación general para la investigación, cumpliéndose los requisitos y formas que la misma establece.

De esta manera se nos presenta la modificación a la actual medida intrusiva de “interceptación de comunicaciones telefónicas” (Art. 222. CPP), la cual pasa a tener un nuevo epígrafe, llamado: “interceptación de comunicaciones”. A primera vista esto denota que el legislador ha ampliado el ámbito de aplicación de la medida y ha establecido nuevos requisitos para la resolución que la decreta, adaptando de esta manera la legislación chilena a las tendencias actuales de las telecomunicaciones (ahora sin limitarlo a las comunicaciones telefónicas). Por otra parte, podemos encontrar dentro de esta nueva regulación la incorporación de una nueva medida investigativa de carácter específico para la investigación de los delitos de asociación delictiva y criminal, en el nuevo artículo 225 bis., que prescribe el “Registro de equipos informáticos y ámbito de aplicación”.

Es a raíz de estas modificaciones al régimen normativo de la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones, que el presente trabajo reviste especial relevancia atendida la magnitud en las cuales dichas modificaciones pueden afectar, restringir o perturbar los derechos fundamentales de las personas, quienes, dentro del marco de una investigación penal, pueden o no estar formalizadas, y que por esencia han de decretarse con desconocimiento del afectado.

Lo que se pretende es analizar los presupuestos en los cuales se puede solicitar la medida por el Ministerio Público; cuál es el control interno a la solicitud por parte del juez de garantía y cómo se ha llevado a efecto en la práctica previo a la reciente modificación legal; y en general cuáles son las problemáticas que se observan o podrían surgir ante la posibilidad de un uso más intensivo de la medida por parte del ente persecutor.

Principalmente respecto del segundo punto, es que corresponde un análisis más detallado del control que hace el juez de garantía en su autorización previa. Lo anterior a la luz del principio de proporcionalidad, puesto que se encuentran en juego derechos fundamentales que han de ser ponderados ante la solicitud de la medida, así como los estándares y criterios que deben ser satisfechos por el fiscal en su solicitud, de manera de mantener un equilibrio entre la obligación de perseguir los delitos que se impone el Estado y el establecimiento de la verdad, en contraposición a la protección y respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Lo anterior se desarrollará mediante la siguiente estructura: en primer lugar, se hará una breve exposición de las medidas investigativas que afectan derechos fundamentales en nuestro Código Procesal Penal que requieren de una autorización judicial previa, exponiendo los principios que las rigen y sus requisitos generales. Posteriormente, se pretende desarrollar en profundidad el objeto principal de este trabajo, la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones telefónicas (Art. 222.CPP): su alcance, presupuestos de hecho para ser concedida, los sujetos de la medida, contenido de la orden que la autoriza y demás normas relativas a quienes son llamados a ejecutar la medida, duración de la orden, registro y prohibición de utilización.

En tercer lugar, se hará un análisis de los principales derechos fundamentales que se encuentran en juego al decretar la medida, como lo son el derecho a la privacidad y la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, su regulación y cuál es el contenido que en general ha entendido la doctrina que se protege por esta garantía. Lo anterior, implicará hacer una revisión a una materia que ha sido poco explorada y que dice relación con el rol de control interno que cumple el juez de garantía a través de su autorización judicial con aplicación del principio de proporcionalidad. Para ello nos planteamos desarrollar dicha actividad mediante la descripción de sus presupuestos, tanto formales como materiales, y demás requisitos desarrollados por la doctrina.

Finalmente, se hará un análisis crítico de las principales modificaciones al régimen normativo de la interceptación de comunicaciones en el Código Procesal Penal introducidas por la Ley N° 21.577, partiendo del contexto en el cual nace y los motivos que se tuvieron a la vista por el ejecutivo y el legislador para trabajar en una modificación en la materia, llegando a un análisis crítico de las modificaciones implementadas y específicamente en lo que respecta a las modificaciones al artículo 222 del Código Procesal Penal, relativos al estándar para la autorización de esta medida y requisitos formales, en conjunto a la incorporación del nuevo artículo 225.bis, relativo al registro remoto de equipos informáticos y su ámbito de aplicación.

Este trabajo se plantea hacer un análisis normativo de las modificaciones planteadas por la nueva ley en lo que respecta a sus alcances, a los posibles conflictos que puede plantear su

implementación en el sistema, y si ésta se encuentra conforme con los principios generales del proceso penal.

Bajo este marco lo que se busca es determinar si la nueva normativa es concordante con el sistema de garantías establecido en nuestro Código Procesal Penal o, si por el contrario, resulta un retroceso que pone en riesgo los derechos fundamentales de los individuos, al no establecerse un sistema de control suficiente para el uso de las medidas en estudio. El resultado de este estudio es de especial importancia, toda vez que el sistema penal es precisamente aquel que afecta con mayor intensidad los derechos de las personas, quienes pueden ser objeto de medidas intrusivas sin tener conocimiento de éstas. Por lo tanto, en este sistema se debería contar con un régimen de control robusto y proporcional, que nos permita mantener un justo balance entre el deber de persecución de la actividad delictual y el resguardo a los derechos fundamentales.

Es dentro de esta tensión en donde el estudio de la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones toma especial importancia, puesto que ella no solo afecta la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones y el correlativo derecho a la privacidad, sino que plantea el análisis del grado en el cual se afectan los derechos fundamentales del sujeto de la medida. Estas fueron cuestiones que en su tiempo se tuvieron en vista por el legislador en la discusión de la reforma<sup>2</sup>, lo que se plasmó finalmente en ser la medida intrusiva con la regulación más detallada del código original.

Por otra parte, respecto de la interceptación de comunicaciones telefónicas, la escasez de datos estadísticos que nos permitan establecer si existe un uso racional por parte del Ministerio Público, como a su vez la ausencia de estadísticas acerca de la cantidad de interceptaciones autorizadas por cada Juzgado de Garantía hace aún más relevante hacer una revisión de la materia. Esto, para que los intervinientes puedan actuar en base a argumentos y motivación de calidad, y que a la larga se establezcan como una mejora en la práctica judicial.

En virtud de los puntos antes expuestos, y en atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido escasamente la temática de las medidas intrusivas en general y

---

<sup>2</sup> HORVIZ María y LOPEZ Julián (2005). *Derecho procesal penal chileno Tomo II*. Santiago, Ed. jurídica. p. 527.

la interceptación de comunicaciones en específico, a pesar de los derechos en juego, es que se pretende que este trabajo sea un avance en el establecimiento de criterios y permita contribuir con el debate relativo a la protección de los derechos fundamentales en materia de investigación penal.

# **CAPÍTULO I: LAS DILIGENCIAS INVESTIGATIVAS QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS PRINCIPIOS RECTORES EN EL PROCESO PENAL**

## 1. La investigación en el proceso penal

Dentro del proceso penal, por mandato constitucional, el ente encargado de llevar adelante la persecución de los hechos punibles que revistan los caracteres de delito corresponde al Ministerio Público, quien ejerce sus funciones a través de sus Fiscales. Dicha institución se caracteriza por ser un organismo de rango constitucional, autónomo y jerarquizado, a quien le corresponde de forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, estableciéndose que en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales (Art. 83 CPR).

Lo anterior no es más que el establecimiento de la especificación de la actividad a realizar por el Ministerio Público, siendo la principal la dirigir la investigación en el proceso penal, dejando en manos de los jueces la función de cautelar las garantías del proceso y juzgar. De esta manera, pasamos de un sistema de carácter *inquisitivo*, como lo era el sistema antiguo, a uno de carácter *acusatorio*, en donde existe una clara distinción y división de funciones entre persecutor y quien juzga. Dicho cambio, en conjunto con otros, tuvo el objetivo de dinamizar la forma en la cual el Estado realizaba la actividad destinada a averiguar aquellos hechos denunciados como delitos<sup>3</sup>.

La doctrina, por su parte, ha definido a la etapa de investigación del proceso penal como: “la etapa del proceso que tiene por objeto consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para que el órgano público de persecución penal y/o el querellante particular, puedan decidir si deducen acusación en contra de determinada persona, pidiendo al tribunal correspondiente la aplicación de una sanción penal, previo un juicio oral, público y con todas las garantías”<sup>4</sup>.

Esta etapa puede a su vez ser subdividida en dos partes, teniendo como elemento o hito para su distinción a la formalización de la investigación. En general la doctrina ha planteado la

---

<sup>3</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007). *Proceso Penal*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 119.

<sup>4</sup> CAROCCA, Alex (2009). *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno*. Santiago. Legal Publishing. 5ta. Ed. p. 73.

distinción entre investigación *desformalizada o preliminar*, e investigación *formalizada*<sup>5</sup>, en atención a si al imputado se le ha comunicado o no en presencia del juez de garantía que actualmente existe una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados.

Como se ha mencionado, el propósito de la etapa de investigación por parte del Ministerio Público es la recolección de antecedentes mediante los cuales pueda sustentar, primeramente, sus peticiones dentro del procedimiento, como lo sería, por ejemplo, la petición de la prisión preventiva o alguna otra medida cautelar de menor grado. Y luego para sustentar la posible acusación que presente en contra del acusado, y de esta manera solicitar su condena al juez. Lo anterior, sin perjuicio de lo que ordena el principio de objetividad en su actuar, que obliga al Ministerio Público a investigar con igual celo tanto los elementos que establezcan la responsabilidad del imputado como aquellos que permitan descartarla o reducirla (Art. 3 LOCMP)

Ahora, para poder llevar a cabo la investigación propiamente tal, la ley faculta a los fiscales, encargados de dirigir la investigación, a impartir órdenes a las policías, quienes son sus auxiliares en la investigación y están llamados a ejecutar la ordenes que los fiscales les den para la consecución de los fines que estimen.

## 2. Las medidas intrusivas o limitativas de derechos en el Código Procesal Penal.

### a) Generalidades.

En general las medidas intrusivas o que limitan derechos han sido definidas por la doctrina como: “aquellas diligencias investigativas, efectuadas en la etapa de investigación del proceso penal, que afectan los derechos fundamentales de las personas”<sup>6</sup>. Entendiéndose, por lo tanto, que toda actuación realizada en dicha etapa que afecte, perturbe o prive una persona de los derechos que la Constitución asegura constituiría una medida de dicho carácter<sup>7</sup>. Nos encontramos ciertamente ante una distinción de carácter doctrinal, puesto que el Código no

---

<sup>5</sup> CHAHUÁN, Sabas (2002). *Manual del nuevo procedimiento penal*. Santiago. Legal Publishing. 6ta. Ed. p. 170.

<sup>6</sup> MORA, Carlos (2018). *El control de las medidas intrusivas en el proceso penal chileno*. Santiago. IUS CIVILE. p. 21.

<sup>7</sup> CERDA, Rodrigo (2010). “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la justicia penal*. N°6. p. 143.

realiza una diferenciación expresa ni una regulación sistemática de las mismas, sino que se limita a regular algunas de las diligencias de investigación que requieren de autorización judicial previa, sin que aquella regulación sea taxativa, atendida la posibilidad de realizar otras diligencias distintas a las reguladas en atención a la naturaleza de la investigación, en la medida que se cumpla con los requisitos legales correspondientes.

En relación con lo anterior, cabe mencionar que el principio básico establecido por el legislador en esta materia es el que se encuentra consagrado en el artículo 9° del Código Procesal Penal, y que exige para toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o que lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. Continúa en su inciso segundo indicando que, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía (Art. 9 CPP inc. 1° y 2°).

A pesar de ser aquella la regla general, esta tiene sus respectivas excepciones, por ejemplo, aquellas disposiciones que plantean la posibilidad de la detención en caso de flagrancia o la entrada y registro de lugar cerrado cuando existan llamadas de auxilio,<sup>8</sup> lo que permite establecer que la legislación distingue entre diligencias que requieren de autorización previa y otras, excepcionales, que no la requieren<sup>9</sup>.

#### b) Medidas intrusivas

Teniendo presente la antes comentada distinción, es que se nos permite establecer y hacer una reseña de las principales medidas investigativas que se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal con anterioridad a las modificaciones establecidas por la Ley 21.577, y que requieren de autorización judicial previa, a saber:

A) Exámenes Corporales: la doctrina principalmente ha discutido qué debe entenderse por “exámenes corporales”, principalmente para no dejar de lado hipótesis en las cuales podría verse afectado un sujeto en sus derechos, atendida la relevancia de los intereses en

---

<sup>8</sup> MORA, Carlos (2018). ob. cit. p. 22.

<sup>9</sup> Ídem.

juego. Así alguna doctrina prefiere llamarlas “intervenciones corporales”<sup>10</sup>, siguiendo a la doctrina alemana que ha dado mayor desarrollo al tema y definiéndolas como “aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o inspecciones) o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él (investigaciones corporales, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable”<sup>11</sup>. De la regulación establecida en el Art. 197 del CPP podemos distinguir que esta medida debe cumplir con dos requisitos para poder ser decretada: primero, ella debe ser necesaria para constatar circunstancias relevantes para la investigación; y en segundo lugar, se podrá decretar siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Por otra parte, se establece que pueden ser objeto de la medida tanto el ofendido como el imputado, pudiendo estos prestar su consentimiento para la realización de la diligencia, y en caso de negativa a la realización se debe solicitar la correspondiente autorización al juez de garantía.

- B) Exhumación: regulada en el Art. 202 del CPP, la ley establece dos requisitos para su realización, estimando en primer lugar que debe hacerse en casos calificados, y en segundo lugar, cuando se considerare que la exhumación de un cadáver pudiera resultar de utilidad en la investigación de un hecho punible. Para poder proceder de esta manera el juez resolverá previa citación al cónyuge, conviviente civil o demás parientes del difunto, en tanto la ley considera que sus derechos fundamentales se ven afectados por la medida, principalmente su derecho a la honra.
- C) Pruebas caligráficas: se establece en el Art. 203 como diligencia que permite al fiscal solicitar que el imputado escriba en su presencia algunas frases o palabras, con el objeto de realizar las correspondientes pericias caligráficas que considerare necesarias para la

---

<sup>10</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián (2005). *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 507.

<sup>11</sup> Ídem.

investigación. Ante la negativa del imputado a su realización, el fiscal podrá solicitar la respectiva autorización al juez de garantía para su realización. Ello nos permite identificar que el imputado puede consentir en la realización de la diligencia. Para algunos será necesario que el imputado preste su consentimiento de manera libre y espontánea, siendo requisito esencial de esto que el fiscal advierta el imputado sobre el objeto de la muestra caligráfica<sup>12</sup>.

D) Entrada y registro de lugares cerrados: establecida en el Art. 205 del CPP, su regulación se preocupa principalmente de proteger el derecho a la privacidad y la garantía de inviolabilidad del hogar. Conforme con esto, los Art. 19 N° 4 y 5 de la CPR protegen el derecho a la privacidad estableciendo que “El hogar solo podrá allanarse (...) en los casos y formas determinados por la ley”<sup>13</sup>. En relación con lo anterior es que el legislador, lo que realiza al regular esta medida, es precisamente establecer los casos y formas en los cuales se puede afectar el derecho a la privacidad por parte de los agentes del Estado, cumpliendo así con la reserva legal establecida.

De esta manera, el camino utilizado ha sido el de diferenciar entre los distintos lugares en los cuales se puede llevar a efecto y sus diferentes requisitos. El Código distingue entre el acceso a lugares cerrados, con o sin necesidad de orden; lugares de libre acceso al público; lugares especiales; lugares consulares y lugares que gozan de inviolabilidad diplomática.

Para efectos de este trabajo nos limitaremos describir la primera hipótesis, en el caso de que se trate de lugar cerrado que no es de libre acceso al público. Se establece en el Art. 205 que cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigue, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá ingresar al mismo, en primer término, siempre que el propietario o encargado consienta en que se practique la diligencia. Además, los funcionarios que la lleven a cabo deben individualizarse, procurando causar el menor daño y molestias a los ocupantes, y entregar

---

<sup>12</sup> CHAHUÁN, Sabas (2002). ob. cit. p. 180.

<sup>13</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián (2005). ob. cit. p. 512.

finalmente al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, junto con la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado.

Ahora, en el caso de no contar con el consentimiento por parte del propietario o encargado del edificio o lugar, se establece que la policía adoptará las medidas tendentes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal deberá solicitar al juez la autorización para proceder a la diligencia.

Como podemos notar, lo que se busca a través de esta diligencia es la presencia misma del imputado en el lugar, o los medios de comprobación del hecho que se investigará. Para requerir la autorización para la entrada y registro, el fiscal deberá plantear en su solicitud un relato que contenga antecedentes tales que permitan al juez presumir que se cumplen dichos presupuestos para decretarla.

E) Incautación de objetos y documentos: (Art. 217 CPP) Esta medida investigativa tiene por finalidad la obtención de objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba en el proceso. Para esto el fiscal deberá solicitar orden judicial previa, en los casos en los cuales la persona que en cuyo poder se encontraren no las entregare voluntariamente o si el requerimiento voluntario pudiere poner en peligro el éxito de la investigación. Lo que plantea en definitiva esta medida es la posibilidad de afectar del derecho de propiedad del titular del bien respectivo, protegido por la Constitución en el Art. 19 N° 24, con el fin de que la evidencia obtenida pueda acreditar el delito o la participación culpable del sujeto en él<sup>14</sup>.

F) Retención e incautación de correspondencia: de conformidad a lo establecido en el Art. 218 CPP esta medida intrusiva se puede autorizar por el juez de garantía a petición del fiscal, la cual deberá hacerse mediante resolución fundada. Respecto al objeto de la retención, la ley establece que podrán ser tanto correspondencia postal, telegráfica, o de

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 533.

otra clase, así como los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aún bajo nombre supuesto cuando se presumiere que emanan de él o de los que él pudiera ser destinatario. Continúa señalando que (del mismo modo), se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

Por otra parte, la ley establece como requisito para su autorización la existencia de *motivos fundados* mediante los cuales fuere previsible su utilidad para la investigación, cuestión que para alguna doctrina la establece como una de las pocas medidas intrusivas que tiene un estándar de procedencia a satisfacer para su autorización<sup>15</sup>, tarea que requerirá el despliegue de una actividad mayor para fiscal, y en donde para obtener la autorización, deberá fundarla especialmente, atendida su excepcionalidad<sup>16</sup>.

En relación con el derecho que se puede ver afectado por esta diligencia, podemos decir que lo que se busca proteger mediante la regulación de esta medida intrusiva es el derecho a la intimidad y la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones.

Finalmente, la ley establece que, al momento de examinar la correspondencia o envíos retenidos, el fiscal tiene el deber de conservar aquellos que tuvieren relación con el objeto de la investigación, rigiendo para efectos de su conservación la norma del Art. 188 CPP, y aquella correspondencia o envíos que no digan relación con el hecho investigado deberán ser devueltos o entregados a su destinatario.

Como se verá en su oportunidad lo que diferencia a esta medida con la interceptación de comunicaciones regulada en el Art. 222 del CPP es la posibilidad que existe en la primera de que dichas comunicaciones dejen un registro en donde conste el contenido del hecho comunicativo susceptible de ser incautado, teniendo como base aquellas comunicaciones que puedan constar en un soporte material, y que es distinto al caso de la interceptación del proceso comunicativo mismo<sup>17</sup>. Como podemos ver, el legislador aplica una distinción material del objeto de la retención o incautación, a pesar de la posibilidad de aplicarse a medios digitales como el correo electrónico, teniendo como presupuesto que estos hayan dejado algún medio de respaldo.

---

<sup>15</sup> Ibid. p. 524.

<sup>16</sup> CHAHUÁN, Sabas (2002). ob. cit. p. 187.

<sup>17</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián (2005). ob. cit. p. 525.

G) Interceptación de comunicaciones: regulada en los artículos 222 a 225 del CPP es una de las diligencias de investigación que tienen la regulación más extensa del Código, lo que, como ya veremos, se corresponde con el cumplimiento del mandato constitucional de protección al derecho a la intimidad o privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones, que establece que este derecho solo puede verse afectado en los casos y formas que establezca la ley.

Respecto a su regulación, podemos mencionar en primer lugar que el artículo 222 CPP comienza hablando de interceptación de comunicaciones “telefónicas”, a pesar de que en la parte final de su inciso primero establece expresamente que, cumplidos los requisitos para su autorización, el juez de garantía podrá ordenar la interceptación y grabación tanto de comunicaciones telefónicas como “de otras formas de comunicación”, quedando claro que esta medida puede adecuarse a otros medios distintos a la telefonía.

En cuanto a los requisitos de procedencia para la autorización por parte del juez de garantía, la doctrina ha planteado que éste sería uno de los pocos casos en los cuales la norma ha establecido un estándar de procedencia a una medida intrusiva, siendo además especialmente exigente<sup>18</sup>.

Este estándar se compone de los siguientes elementos: en primer lugar, de la existencia de *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 merezca la pena de *crimen*; y, en segundo lugar, que la investigación lo hiciere *imprescindible*. Una mayor profundización respecto del contenido de estos elementos y la labor del juez de garantía para darlos por satisfechos será tema de análisis posterior de este trabajo.

Respecto a los sujetos que pueden ser afectados por esta medida pueden ser tanto el imputado o las personas respecto de las cuales existieren sospechas, fundadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones, así como aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o a sus intermediarios.

---

<sup>18</sup> Ibid. p. 528.

En síntesis, pueden ser afectados: el imputado, sus intermediarios o los facilitadores de estos.

En cuanto a limitaciones, la ley establece una regla general de prohibición de ciertas comunicaciones que no pueden ser interceptadas: aquellas mantenidas entre el imputado y su abogado, a menos que el juez lo ordenare, por estimar fundadamente que el abogado pudiere tener responsabilidad en los hechos investigados. Lo anterior debiendo hacer constar los antecedentes que sirvieron de base para esta orden en la respectiva resolución.

En relación con el contenido de la orden que decreta la medida, la ley establece que la orden que disponga la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, señalar la forma de la interceptación, así como la duración de ésta. Respecto a este último punto, se establece que la duración de la medida no podrá exceder los sesenta días, plazo que podrá ser prorrogado por periodos de hasta igual duración, para lo cual el será deber del juez examinar cada vez la concurrencia de los requisitos para decretar la medida.

Por otra parte, el art. 222 CPP en su inciso quinto, establece los deberes de los sujetos que deben llevar a cabo la medida y la respectiva sanción ante su incumplimiento. De esta forma, establece que las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a la medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades para que la lleven a cabo. A su vez establece el deber de dichas compañías de mantener a disposición del Ministerio Público, en carácter reservado, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP y de las conexiones que realicen sus abonados.

En cuanto a la sanción asociada al incumplimiento o entorpecimiento de su implementación, el Código prescribe que será constitutivo del delito de desacato.

Finalmente, como regla de cierre, establece que en el caso de que las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.

A continuación, los artículos 223, 224 y 225 del CPP se encargan respectivamente de regular el registro de la interceptación, la notificación del afectado y la prohibición de

utilización de los resultados de la medida. Respecto a lo primero, el artículo 223 del CPP establece que la interceptación deberá registrarse mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro, así como también existe la posibilidad de realizar transcripciones de ésta por parte del Ministerio Público.

El mismo artículo establece que en el caso de encontrarse comunicaciones irrelevantes, ellas deben ser entregadas al afectado por la medida y destruidas las que estén en poder del Ministerio Público, salvo que dichas grabaciones contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir delito que merezca la pena de crimen, caso en el cuál sí se podrá hacer uso de ellas.

En cuanto a la notificación del afectado, el artículo 224 CPP establece que la medida deberá ser notificada con posterioridad a su realización, siempre que la investigación lo permitiere y la medida no pusiere en peligro la vida o integridad física de terceras personas. Esto sería a la inversa de la regla general contenida en el Art 236 del CPP, el cual establece que para que se llevare a cabo una diligencia investigativa sin previa comunicación al afectado, es necesario que así lo solicite el fiscal<sup>19</sup>.

Finalmente, se prescribe que los resultados de la medida no podrán ser utilizados en el procedimiento cuando ella hubiera tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 222 del CPP.

A pesar de la extensa reglamentación anteriormente mencionada para la medida de interceptaciones, en el último tiempo se realizaron ciertas modificaciones legislativas tendientes a ampliar su ámbito de aplicación, y en específico a la posibilidad de su utilización para la investigación de ciertos delitos a través de lo que se denominó como “Técnicas especiales de investigación” establecidas en el artículo 226 bis CPP., las cuales buscaban mejorar la efectividad en la persecución de delitos como los del artículo 190 de la Ley N° 18.290 y de los artículos 442, ,443, 443 bis, 447 bis, 448 bis, 448 septies y 456 bis del Código Penal, y el delito de asociación ilícita, o participación en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en

---

<sup>19</sup> MORA, Carlos (2018). ob. cit. p. 44.

estas normas aun cuando esta o aquella no conformen una asociación ilícita. En dicho contexto, se establecía como requisito, que la investigación hiciera imprescindible este tipo de medida y que existieren fundadas sospechas basadas en hechos determinados de la participación en la organización u agrupaciones mencionadas. El artículo 226 bis establecía además, que el Ministerio Público debía aplicar las técnicas previstas en los artículos 222 a 226, conforme a lo que disponen dichas normas, lo que incluía toda la regulación aplicable a la interceptación de comunicaciones y a las que el Código llama “Otros medios técnicos de investigación”.

### 3. El Principio de autorización judicial previa

Todas las medidas anteriormente mencionadas se encuentran bajo el principio de autorización judicial previa, el cual se encuentra plasmado expresamente en el Código Procesal Penal como un “Principio Básico” en su artículo 9° inc. 1. Este señala expresamente que: “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.”.

La disposición citada continúa en su inciso 2, estableciendo una regla especial que posibilita que en “casos urgentes”, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, ella podrá ser solicitada por cualquier medio idóneo para tal efecto, como por ejemplo, por medios como el teléfono, fax, correo electrónico, etc., y sin perjuicio del deber de constancia posterior en el registro correspondiente, elemento fundamental para la revisión del cumplimiento de los requisitos legales por el juez de garantía en su oportunidad<sup>20</sup>. Por lo tanto, siempre debe existir autorización judicial previa, regla que es insoslayable, aun cuando en casos excepcionales se pueda dar de manera distinta a la escrituración atendida a la urgencia ya mencionada.

---

<sup>20</sup> CHAHUÁN, Sabas (2002). ob. cit. p. 176-177.

El principio de autorización judicial previa se plantea como parte del sistema de protección de garantías, en este caso como uno de los mecanismos preventivos<sup>21</sup>. Dicha protección y límite a la actividad del órgano persecutor es concordante con lo establecido en el Art. 83 inc. 3 de la CPR, que regula la actividad del Ministerio Público a nivel constitucional, estableciendo como límite a las ordenes que pueda impartir a las fuerzas de orden y seguridad la necesidad de autorización judicial previa para el caso en que éstas priven al imputado o a terceros de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben.

Por otra parte, es también concordante con el Art. 4 inc. 2 de la LOCMP<sup>22</sup>, que reitera la misma idea que la Constitución, estableciendo la potestad del Ministerio Público para poder impartir órdenes directas a las fuerzas de orden y seguridad, estableciendo, sin embargo, que cuando estas priven, restrinjan o perturben al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura, requerirán siempre de aprobación judicial previa.

Para la doctrina algunas de las características básicas que se desprenden del artículo 9 CPP sobre la autorización son que, en primer lugar, se trata de una *autorización*, por lo tanto “de una actividad donde se permite o reconoce la realización de determinado comportamiento”<sup>23</sup>. Por lo tanto, cuando el tribunal autoriza, puede y debe cuestionar y vigilar los supuestos de hecho en los que el fiscal se apoya<sup>24</sup>.

Con respecto a este último punto, parte de la doctrina plantea ciertos cuestionamientos que son posibles de adelantar, con relación al control ejercido por el juez a dicha solicitud. Ante esto se ha manifestado “que el juez no tiene forma de comprobar la veracidad y completitud de los antecedentes presentados por el fiscal tendientes a justificar su solicitud o a fundar la autorización o su rechazo por lo que ello queda entregado meramente a la buena fe y la confianza”<sup>25</sup>.

En segundo lugar, como característica básica encontramos que la autorización *debe ser judicial*, sin que sea posible que la otorgue otro órgano estatal<sup>26</sup>. Y finalmente, en tercer lugar,

---

<sup>21</sup> HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián (2005). ob. cit. p. 100.

<sup>22</sup> CHAHUÁN, Sabas (2002). ob. cit. pp. 174-175.

<sup>23</sup> MEDINA, Rodrigo, MORALES, Luis y DORN Carlos (2007). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Santiago. LexisNexis. p. 155.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> MORA, Carlos (2018). ob. cit. p. 71.

<sup>26</sup> MEDINA, Rodrigo, MORALES, Luis y DORN Carlos (2007). ob. cit. p. 155.

ella es *previa*, lo que quiere decir que debe entregarse con anterioridad a la diligencia y que no caben ratificaciones<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Ídem.

## **CAPITULO II: DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO POR LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES Y SU CONTROL JUDICIAL**

### 1. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

Como se ha mencionado, en el marco del proceso penal es necesario tener en cuenta el balance que debe existir entre el respeto a los derechos fundamentales de las personas, por un lado, y el deber estatal de dar cumplimiento a la ley mediante la persecución de los delitos, por el otro. Dentro de esta tensión es donde encontramos las medidas intrusivas y los derechos que estas pueden afectar.

Como es el propósito de este trabajo, en este capítulo expondremos específicamente cómo la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones afecta el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se encuentra establecido en el Art. 19 N°5 de la CPR, la cual asegura a todas las personas:

*“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”*

A su vez, este derecho se encuentra reconocido por diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 12), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. X) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 11).

Tanto el ordenamiento jurídico nacional e internacional, tutelan este derecho como un *derecho humano*, siendo reconocido como “parte de la expresión más inmediata de la dignidad humana”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> ARRIETA, Raúl (2005) “Derecho a la vida Privada: Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas”, *Revista Chilena de Derecho Informático*. N°6. p. 158.

Habiéndose mencionado la consagración normativa del derecho fundamental en cuestión, corresponde determinar su alcance y por consiguiente el contenido protector de dicha garantía.

Respecto a los alcances de este derecho, mediante el estudio de la historia fidedigna de la Constitución de 1980, es decir, las “Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”, la doctrina ha determinado diversos aspectos de este derecho que es preciso mencionar.

En primer lugar, cabe destacar que la doctrina tradicional reconoce un vínculo entre el derecho a la intimidad (Art. 19 N°4 CPR), y el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas (Art 19 N°5 CPR). Atendido dicho vínculo la Comisión de Estudios acordó en su oportunidad tratarlas en una sola norma, como lo hacen las constituciones modernas. Sin embargo, en su informe final se separaron, quedando como la mencionamos en el texto final<sup>29</sup>.

Compartiendo el criterio que tuvo la Comisión de Estudios en su tiempo, esta doctrina reconoce al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como una manifestación concreta del derecho a la intimidad<sup>30</sup>.

#### a) Sentido y alcance de la expresión “comunicaciones privadas”

En cuanto al concepto de “comunicaciones privadas”, Evans plantea: “La inviolabilidad de las comunicaciones privadas comprende la protección de la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, electrónicos, télex y los emitidos por cualquier otro medio (...)”<sup>31</sup>.

Para llegar a esta conclusión, es preciso hacer una breve revisión de los juicios planteados en la Comisión respecto al tema. Así, en la sesión 129<sup>a</sup>, el integrante señor Guzmán planteó la necesidad de hacer un cambio de concepto al tratar la antigua Constitución: el de “correspondencia”.

---

<sup>29</sup> VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA Humberto (1999). *Derecho Constitucional. Tomo I*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 254.

<sup>30</sup> Ibid. p. 256.

<sup>31</sup> EVANS, Enrique (2004). *Los Derechos Constitucionales. Tomo I*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p 224.

Guzmán sostiene: “que en realidad este concepto, en primer lugar está referido, en el uso del diccionario, a las cartas, es decir, al correo; en segundo lugar, en el uso tradicional chileno también está referido a la correspondencia epistolar. Y tanto es así que estaba consagrada en la Constitución la inviolabilidad de la correspondencia y después se agregó la telegráfica y las comunicaciones telefónicas”<sup>32</sup>.

Continúa su punto planteando: “(...) derivando de esta búsqueda de lo genérico, desea sugerir a la Comisión si acaso el término más adecuado no fuera el de “comunicaciones privadas”, porque “comunicaciones” cubre todo acto, no sólo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana”<sup>33</sup>.

De esta manera podemos desprender que lo que buscó la Comisión en su momento fue llegar a un concepto lo más genérico posible, el cual permitiera adecuarse a los avances de la tecnología y su impacto en las comunicaciones, de manera que se diera contenido protector al acto comunicativo, tanto por medios existentes al momento de la discusión como aquellos que la modernidad fuese creando a futuro.

Conforme con esto Silva Bascuñán intenta una definición de la cual se dejó constancia en las actas y que fue de gran aceptación en la Comisión, precisando a la comunicación privada como: “*Aquel tipo de comunicación en que el emite escoge, singularizadamente, la persona que la recibe*”<sup>34</sup>. Y a la cual el consejero Ovalle agrega: “*con el evidente propósito de que sólo él la reciba*”<sup>35</sup>.

Para el constituyente el elemento más relevante, y que determina la calidad de “*privada*” de la comunicación, más que su medio de transmisión sería la posibilidad de determinación clara del destinatario por parte de quien la emite, indistintamente del medio por el cual se transmita.

De esta manera su ámbito de aplicación se extiende a toda comunicación privada por el hecho de serla, independiente de su contenido. Así, como describe Álvarez: “la Constitución protege por igual tanto una comunicación privada donde se expongan aspectos sensibles de la vida de las personas, como aquellas donde se expongan nimiedades o asuntos sin

---

<sup>32</sup> Actas oficiales, sesión 129ª p. 10 en CEA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*. Santiago. Editorial Universidad Católica de Chile. p.192.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Ídem.

<sup>35</sup> Ídem.

importancia”<sup>36</sup>, cuestión que a su entender la caracteriza como una garantía constitucional autónoma e independiente del derecho a la vida privada del 19 N°4 CPR<sup>37</sup>.

b) La “Neutralidad tecnológica” o concepto amplio y abierto a innovaciones tecnológicas

Como hemos mencionado, el constituyente tomó el camino de plasmar un precepto que permitiera abarcar futuros avances tecnológicos de los medios a través de los cuales comunicarse, de manera que quedase abierto a acoger las posibles innovaciones que se pudieran dar en la materia.

A esto es lo que apunta la expresión “*toda forma*”, la cual dada su amplitud nos permite salvar conflictos de interpretación, evitando hacer mención a los medios de comunicación conocidos al momento de su redacción y quitándole a la redacción el carácter restringido de la Constitución anterior.

La doctrina, por su parte, ha indicado que el avance de la Constitución de 1980 en materia de protección de las comunicaciones privadas reviste el carácter de ser “tecnológicamente neutro”<sup>38</sup>, de modo que no es relevante el medio por el cual se transmita el contenido comunicativo privado.

En la misma línea, la doctrina lo ha denominado un concepto “amplio y abierto a las innovaciones tecnológicas”<sup>39</sup>, igualmente en atención a su adaptabilidad ante la evolución de los medios técnicos de transmisión, cuestión que se tuvo a la vista en la Comisión de Estudios, la cual en aquel entonces ya mencionaba la existencia de aparatos tecnológicos que permitían la posibilidad de conocer el contenido de comunicaciones privadas.

Así lo podemos ver en la opinión del presidente de la Comisión de Estudios, Señor Ortúzar quien en la sesión 129 estimaba: “que este precepto comprende e incluye todas las formas modernas, de acuerdo con la técnica, de interceptar una conversación, y conviene que de ello quede constancia en acta, puesto que hoy día se han creado instrumentos altamente sensibles que permiten escuchar desde gran distancia, incluso las conversaciones que se producen

---

<sup>36</sup> ÁLVAREZ, Daniel (2019). *La inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas*. Santiago. LOM Ediciones. p. 31.

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> Ibid. p. 40.

<sup>39</sup> CEA, José (2004). ob. cit. p. 194.

dentro de un hogar, de un recinto privado. De manera que la garantía constitucional cubriría también estas posibilidades”<sup>40</sup>.

#### c) La inviolabilidad

Finalmente nos corresponde a referirnos a lo que protege este derecho, siendo esto la “inviolabilidad”. La inviolabilidad ha sido definida como aquella *“cualidad que tienen los bienes protegidos en el sentido que no pueden ser observados, revisados, registrados, visitados, transmitidos, difundidos, ni traspasados, para ningún efecto, sin el consentimiento previo del afectado”*<sup>41</sup>.

#### d) Límites del derecho

Como se puede ver, el constituyente al momento de redactar el derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas dejó abierta la posibilidad de que el derecho en cuestión fuera posible de verse afectado bajo determinadas condiciones. Como establece el Art. 19 N°5 CPR: *“en los casos y formas que establece la ley”*.

Del análisis del precepto, en primer lugar, es posible afirmar de que estamos en presencia de un derecho que no es de carácter absoluto, ya que en el mismo numeral en el cual se establece la garantía de inviolabilidad, la propia Constitución establece la posibilidad de excepciones. Ante esto se ha planteado que en general la inviolabilidad desaparece ante la aplicación de la justicia y el aseguramiento del imperio de la ley<sup>42</sup>.

En segundo lugar, corresponde preguntarse cómo deben estar establecidas estas excepciones, y cuáles serían estos “casos y formas”, para que una afectación al derecho sea de carácter legítima y tolerada por el derecho.

En relación con lo anterior, se establece que para poder determinar los “casos y formas” mediante los cuales se puede establecer una excepción que afecte el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, lo primero a lo cual debemos hacer mención es a la reserva legal. Tal como indica el precepto, será solo el legislador mediante

---

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA Humberto (1999). ob. cit.p.255.

una ley habilitante quien podrá establecer los casos y formas en los cuales se puede perturbar, restringir o privar el derecho, negando la posibilidad de que puedan establecerse por otros instrumentos de carácter normativo como decretos con fuerza de ley, reglamentos, decretos u otros.

Se trataría de una reserva legal de carácter acotado<sup>43</sup>, ya que el legislador sólo está autorizado a establecer los casos en los cuales operan los límites al derecho, además de la forma en la cual la autoridad debe actuar para hacerlos efectivos. Lo anterior junto con que la ley habilitante, como lo establece el Art. 19 N°26 de la CPR, no puede afectar el derecho en su esencia.

Por otra parte, si bien es la ley la que permite el actuar legítimo de la autoridad para la afectación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, ha sido la jurisprudencia la cual ha trazado los límites, determinando la extensión y precisión en la cual la norma habilitante será constitucional, cumpliendo con la reserva legal acotada antes mencionada.

En general, se ha planteado que una ley al permitir la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones no debe hacerlo en términos genéricos de modo que la autoridad competente tenga un amplio margen de actuación<sup>44</sup>. Por el contrario, dicha ley debe “señalar con exactitud el procedimiento y los casos precisos en que ello puede llevarse a efecto”<sup>45</sup>.

Un ejemplo de esto es el que plantea Cea, quien cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que con ocasión del control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes, da un ejemplo de lo que ha entendido respecto al alcance del mandato constitucional al legislador, y que en el año 1995 estimó que: *“(...)el inciso tercero del artículo 16 en examen (...) no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento, ni los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, (...) Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está*

---

<sup>43</sup> CEA, José (2004). ob. cit. p.196.

<sup>44</sup> Ibid. p. 197.

<sup>45</sup> Ídem.

*vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*<sup>46</sup>.

## 2. El principio de proporcionalidad o prohibición en el exceso

Como hemos mencionado, la actividad investigativa en materia penal se encuentra sujeta al control del juez de garantía, principalmente a través de la necesidad de autorización judicial previa que debe dar este a la solicitud de las medidas intrusivas. Dicha labor no puede quedar al mero arbitrio o discreción del juez, sino que para autorizar una medida intrusiva como la interceptación de comunicaciones, debe llevar a cabo una actividad racional de estudio de los antecedentes presentados en la solicitud del fiscal y, mediante su análisis, determinar si se satisfacen los requisitos formales establecidos por la ley, así como también sopesar la magnitud de la afectación de los derechos fundamentales del sujeto de la diligencia investigativa.

La actividad intelectual que lleve a cabo el juez debe hacerse teniendo a la luz los principios generales del derecho y demás derechos establecidos en la CPR, siendo necesario cumplir con el principio general del derecho de “proporcionalidad”, también denominado principio de “prohibición en el exceso”.

El principio de proporcionalidad se ha planteado por la doctrina como aquel juicio de ponderación que debe existir entre los fines legítimos del Estado y la sociedad, y la garantía de no afectar en su esencia los derechos consagrados por la constitución<sup>47</sup>, y que en nuestro caso será la tarea que deberá realizar el juez de garantía para autorizar una medida intrusiva.

De otra manera, puede entenderse que el principio de proporcionalidad en su sentido amplio se ha definido como aquel “conjunto de presupuestos y requisitos de validez de las medidas que, en conjunto, constituyen un complejo y riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Ibid. p. 197. Sentencia del Tribunal constitucional. Rol N° 198 pronunciada el 4 de enero de 1995. Considerando 10° letra c).

<sup>47</sup> OSANDON WIDOW, M (2009), *La formulación de tipos penales: valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, p. 461. citado por MORA, Carlos (2018). ob. cit. p. 49.

<sup>48</sup> GONZALEZ-CUÉLLAR, Nicolas (1998). “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español”, *Cuadernos de Derecho Público* N°5. p. 193.

Como hemos visto, los derechos fundamentales, como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, poseen un carácter relativo, y por lo tanto pueden afectarse legítimamente por parte del Estado bajo determinados supuestos, teniendo como método de control de su poder, que las injerencias que este realice y que afecten derechos fundamentales deben guiarse por el cumplimiento del principio de proporcionalidad, ya que a través de su observancia se cumplirán los fines previstos para la medida por la sociedad.

Constituyéndose de esa manera como “un complejo y riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales”<sup>49</sup>.

a) Pilares del principio de proporcionalidad: principio de legalidad y justificación teleológica.

Se plantean como pilares del principio de proporcionalidad dos presupuestos previos, sin los cuales no puede pasarse a la discusión de los demás requisitos que lo componen, estos son el principio de legalidad, y la justificación teleológica.

Respecto al principio de legalidad, se trata de un principio de carácter formal<sup>50</sup>, que establece que toda medida restrictiva de los derechos fundamentales debe encontrarse prevista por ley. Se le llama de carácter formal dado que no plantea un juicio al contenido de la medida, sino que se plantea como un postulado base para la legitimidad democrática de la medida garantizando su previsibilidad<sup>51</sup>, de modo que los poderes públicos como los sujetos de la medida conozcan con antelación los límites del autorizados por el derecho para la medida.

Un ejemplo del principio de legalidad que podemos plantear es precisamente el que hemos mencionado en el Art 19 N°5 CPR, en donde la Constitución establece que los “casos y formas” en los cuales se puede afectar legítimamente el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, estableciendo que esto sea previsto “por ley”<sup>52</sup>.

Por su parte, el presupuesto de la justificación teleológica plantea que las medidas restrictivas de derechos fundamentales se justifican en la búsqueda de un fin constitucionalmente

---

<sup>49</sup> Ibid. p. 193

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> MORA Jano, Carlos (2018). ob. cit. p. 52.

legítimo y socialmente relevante<sup>53</sup>. Se le ha llamado a su vez como un elemento de carácter material, en atención a que introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de una medida restrictiva realizada por el Estado los valores que trata de proteger y la revisión de si estos poseen la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse con los derechos fundamentales afectados<sup>54</sup>.

En el caso estudiado, la búsqueda de antecedentes suficientes para fundar la persecución del delito será el fundamento suficiente y legítimo para el cumplimiento de este presupuesto y de esa manera concretar el interés público en la efectiva sanción de conductas delictivas, evitando la impunidad.

#### b) Requisitos del Principio de Proporcionalidad

Junto con los presupuestos anteriormente mencionados la doctrina plantea también que, para la satisfacción del control ejercido por el principio de proporcionalidad a las medidas de la autoridad, debe cumplirse con una serie de requisitos copulativos, tanto de carácter extrínseco como intrínsecos al contenido de las medidas, los cuales expondremos a continuación:

##### a. Requisitos Extrínsecos (o ajenos al contenido de la medida restrictiva)

1) Judicialidad: es aquel requisito que establece que toda injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe ser autorizada por un órgano judicial, lo cuales son los llamados a la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución<sup>55</sup> y los Tratados Internacionales vigentes ratificados por Chile.

En otras palabras, la decisión de la afectación o no de un derecho fundamental a través de una medida o injerencia del Estado, debe siempre recaer en manos del Juez quien será en encargado de velar por su resguardo.

En lo que respecta al deber de protección que deben realizar los jueces, podemos decir que la escasa jurisprudencia existente al respecto permite cuestionar si nuestros

---

<sup>53</sup> BERNADO, Alicia (2009). “La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de investigación del Proceso Penal y las exigencias derivadas del Principio de Proporcionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. N°24. p. 9.

<sup>54</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás (1998). ob. cit. p. 193.

<sup>55</sup> Ibid. p. 197.

tribunales superiores de justicia han sido del todo rigurosos en el control de medidas intrusivas que no han sido autorizadas por un Juez de Garantía, o que han sido realizadas por los agentes del Estado fuera del plazo autorizado para posteriormente ser utilizados sus resultados en el procedimiento.

Así la Corte Suprema en la sentencia de la causa Rol 3016-2011, conociendo del recurso de nulidad, se ha pronunciado en un caso en que se intentó su invalidación dada la realización y rendición en juicio de interceptaciones telefónicas realizadas fuera del plazo autorizado por el Juez de Garantía, de la siguiente manera: *“(...)En estas condiciones, no es efectivo el reclamo inaugural de la oponente, desde que las escuchas ilícitas no fueron utilizadas para demostrar el hecho punible, como tampoco la intervención de la inculpada en aquel, por cuanto se refieren a circunstancias diferentes de las que se dieron por probadas, lo que pone en evidencia, que de existir la ilegalidad, ella ha carecido de toda trascendencia en lo resuelto (...)”*<sup>56</sup>.

A nuestro juicio la Corte pierde la oportunidad de hacer referencia a la necesidad de que las actuaciones de los agentes del Estado que afecten o vulneren derechos fundamentales deberían siempre ser autorizadas previamente y que, de lo contrario, sus resultados deberían ser excluidos como antecedentes que puedan servir de prueba. Además, la Corte pierde una oportunidad de, a través de su dictamen, dotar de contenido a los presupuestos exigidos por la ley para la ejecución de la medida de interceptación de comunicaciones telefónicas. Por el contrario, sólo se limita a hacer referencia a que, a pesar de la ilegitimidad de las actuaciones realizadas, sus resultados al no ser útiles no darían lugar al recurso intentado por la defensa.

En el mismo sentido, si bien la Corte acepta la existencia de la vulneración de derechos fundamentales por parte del persecutor, sólo se remite a mencionarlos para luego fundar su posición de rechazar el recurso mencionado, argumentando de la siguiente manera: *“(...)En esta forma, la Policía de Investigaciones conculcó el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de la convicta y en lo relativo a las interceptaciones de los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco, fueron consignadas en el fallo, sería posible aceptar que se desconoce con ello el debido*

---

<sup>56</sup> Corte Suprema, Segunda Sala (Penal), 29 de junio del 2011, Causa Rol 3016-2011, Considerando Quinto.

*proceso, pero, esa anomalía, como ya se anotó, no tiene el mérito suficiente como para provocar la invalidación del dictamen ni del juicio oral que le sirvió de soporte, toda vez que esas llamadas telefónicas en particular, carecen de toda trascendencia en el desenlace del litigio (...)*<sup>57</sup>.

2) Motivación: es aquel requisito que establece que no basta con la autorización de la autoridad judicial para la implementación de una medida restrictiva, sino que es menester que se “plasmese el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido”<sup>58</sup>.

De este modo, las razones de hecho y de derecho que tuvo a la vista el Juez para su decisión podrán ser conocidas por el afectado, permitiendo su derecho a defensa a través de los medios que establece la ley, evitando la posible arbitrariedad en el actuar judicial y otorgando seguridad jurídica<sup>59</sup>.

Es necesario desde ya mencionar que este requisito es uno de los que presenta más dudas en cuanto a su cumplimiento en la práctica. Al respecto, no es ajeno a nuestra realidad judicial el encontrarnos con autorizaciones de medidas intrusivas que presentan escasa motivación, o no presentan una motivación en los términos planteados anteriormente, sino que muchas veces se limitan a reproducir en la resolución los antecedentes planteados por el fiscal en su escrito de solicitud, sin plasmar juicio de ponderación alguno.

Adicionalmente, podemos mencionar que otro de los puntos de conflicto respecto de este requisito es el de la parcialidad de los antecedentes presentados al momento de conocer la solicitud. Dado que el fiscal no está obligado a presentar todos los antecedentes que tenga respecto a la causa, el juez deberá decidir sobre la base de los antecedentes limitados o escasos, que a su vez son narrados a discreción del fiscal, situación que es cuestionable a lo menos. Ésta y otras dificultades presentadas serán profundizadas posteriormente en el presente trabajo.

---

<sup>57</sup> Ibid. Considerando Sexto.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás (1998). ob. cit. p. 193.

<sup>59</sup> BERNARDO, Alicia (2009). ob. cit. p. 10.

b. Requisitos Intrínsecos (propios del contenido de la medida restrictiva)

1) Idoneidad: para que la medida restrictiva de derechos fundamentales supere el juicio de idoneidad debe “ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto”<sup>60</sup>. Es decir, debe tener la aptitud suficiente para cumplir con el propósito constitucional previsto. Para González-Cuellar este requisito es de carácter empírico, por lo que requiere un estudio en concreto de la medida, tanto objetivo como subjetivo, de la causalidad entre la medida restrictiva y sus fines, exigiendo que la injerencia facilite el resultado que se persigue<sup>61</sup>.

En la misma línea, el jurista español plantea que la medida debe ser idónea de manera cuantitativa, cualitativa y en su ámbito subjetivo de aplicación. Junto con lo anterior, declara estar de acuerdo con que no es necesario para que la medida cumpla con este requisito que su aptitud sea completa, sino que basta que esta acerque o ayude a la consecución del fin deseado<sup>62</sup>.

Para que la medida sea cualitativamente idónea esta debe ser apta por su propia naturaleza<sup>63</sup>. Como, por ejemplo, el decretar la interceptación de comunicaciones telefónicas para así recopilar antecedentes relacionados con la investigación de un delito de tráfico de drogas respecto de un imputado específico, permitiendo obtener de sus comunicaciones privadas mayores antecedentes de su participación y culpabilidad en el hecho.

Por otra parte, que la medida sea cualitativamente idónea también involucra que esté determinada en su duración en el tiempo e intensidad para evitar su aplicación cuando no son requeridas por el fin buscado<sup>64</sup>.

Finalmente, para la adecuación del ámbito subjetivo de aplicación es necesaria la determinación de los sujetos que serán objeto de la medida y cuyos derechos

---

<sup>60</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás (1998), ob. cit. p. 199.

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Ídem.

<sup>63</sup> Ibid. p. 200.

<sup>64</sup> Ibid. p. 201.

fundamentales se verán afectados. Esto significa que “los órganos de persecución no pueden someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten sus derechos fundamentales”<sup>65</sup>, debiendo por lo tanto individualizarlos, como se exige en el Art. 222 del CPP como regla general en la interceptación de comunicaciones.

Para González-Cuellar es posible agregar un requisito adicional, al que llama “prohibición de desviación de poder”. Dicho concepto plantea la idea de cuestionar el fin perseguido por el órgano persecutor, de manera que este no pueda perseguir un fin distinto al establecido por la ley amparándose precisamente en la habilitación que le otorga aquella<sup>66</sup>. De esta manera, deben rechazarse prácticas como la utilización de medidas intrusivas para la investigación de delitos no relacionados con el investigado (sin perjuicio de la posibilidad de encontrarnos ante un “hallazgo casual”, que sí se encuentra regulado en nuestro CPP) o con fines puramente exploratorios.

2) Necesidad: el principio de necesidad, también llamado de la alternativa menos gravosa o intervención mínima, supone que “el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o que lo haga de manera menos gravosa”<sup>67</sup>. Lo que busca este requisito es obligar a los órganos del Estado a comparar entre las posibles medidas restrictivas aptas para conseguir el fin, debiendo optar por aquella que sea menos lesiva para los derechos de las personas<sup>68</sup>. De esta forma, la medida escogida ha de ser aquella que sea objetivamente imprescindible para asegurar el fin previsto por la constitución, debiendo el juez autorizar solamente aquellas que sean indispensables para asegurar dicho fin<sup>69</sup>.

3) Proporcionalidad en sentido estricto: corresponde al último subprincipio del principio de proporcionalidad, siendo necesario para su análisis el cumplimiento previo del requisito de necesidad e idoneidad. Este requisito establece la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en discusión, con la finalidad de comprobar si existe una adecuada correlación entre la intensidad de la afectación del derecho

---

<sup>65</sup> Ibid. p. 203.

<sup>66</sup> Ibid. p. 204.

<sup>67</sup> BERNARDO, Alicia (2009). ob. cit. p. 11.

<sup>68</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolas (1998). ob. cit. p. 206.

<sup>69</sup> BERNARDO, Alicia (2009). ob. cit. p. 11.

fundamental en juego y el resultado obtenido<sup>70</sup>, de forma que no pueda considerarse excesiva.

Entre los factores o criterios mencionados por la doctrina para que el Juez pueda comprobar la proporcionalidad estricta de la medida podemos mencionar la gravedad del delito investigado, la intensidad de los antecedentes que fundan la solicitud, la duración y la utilidad de la medida<sup>71</sup>, la importancia de la causa, el interés de la persecución penal<sup>72</sup>, entre otros.

La utilización de criterios por parte del Juez es de especial relevancia, ya que la ponderación de intereses debe tener un sustento lógico y racional, evitando así que la decisión tomada pueda recaer en su mero arbitrio. De esa forma, los mencionados criterios complementan y facilitan la labor del Juez, determinando los parámetros y guías bajo los cuales debe decidir.

El principio de proporcionalidad, como hemos visto, se alza como una herramienta que permite al Juez la adopción de posturas fundadas y debidamente razonadas al momento de tomar la decisión de autorizar o no la afectación de derechos fundamentales. Por otro lado, resulta ser uno de los métodos de control existentes ante el actuar estatal en materia Procesal Penal.

De esta manera, es a través del cumplimiento de sus presupuestos y distintos requisitos sucesivos que se establece un límite al ejercicio del poder público, determinando cuando actuar del Estado en la persecución penal posee un fin es legítimo y tutelado por el Derecho, que es conforme con la protección de los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>70</sup> MORA, Carlos (2018). ob. cit. p. 60.

<sup>71</sup> BERNARDO, Alicia (2009). ob. cit. p. 12.

<sup>72</sup> GONZALEZ-CUELLAR, Nicolas (1998). ob. cit. pp. 209-214.

### **CAPITULO III: ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 21.577**

1. Ley 21.577 que “Fortalece la persecución de delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias”

a) Contexto del proyecto de ley. Combate a la delincuencia organizada, comiso de ganancias y nuevas técnicas especiales de investigación

Durante los últimos años la preocupación de las autoridades respecto de la criminalidad realizada en el contexto de organizaciones criminales no ha sido ajena al debate público. El aumento de crímenes violentos, como la tasa de homicidios ligados al narcotráfico, es uno de los indicadores que ha tenido en vista el ejecutivo para tomar un conjunto de medidas para ofrecer una respuesta eficaz en la persecución y sanción del fenómeno criminal.

Dentro un conjunto de otras medidas, en el año 2020, se presentó durante el Gobierno de Sebastián Piñera el proyecto de ley Mensaje N° 495-368 “que moderniza los delitos que sancionan la delincuencia organizada y establece técnicas especiales para su investigación”. Dicho proyecto presentó modificaciones en su tramitación en el congreso, en atención a las indicaciones presentadas por el ejecutivo en el año 2022, ésta vez por el Gobierno del Presidente Gabriel Boric, que buscaban perfeccionar y complementar el proyecto original, agregando otras materias pertinentes, como la incorporación de normas relativas al comiso de ganancias de organizaciones delictivas.

En el proyecto original, el ejecutivo describe una serie de antecedentes que manifestarían la necesidad de legislar en la materia. Sostiene, en primer lugar, que el Derecho Penal actual se encontraría en una etapa de transición, en donde existe un cambio de paradigma respecto al fenómeno criminal debido al nacimiento de nuevas formas de delincuencia como lo es la ciberdelincuencia y la criminalidad organizada tanto nacional como transnacional<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Proyecto de Ley Original. Mensaje N° 405-368. Año 2020. p.1

Para el ejecutivo el principal catalizador dentro de América Latina en el aumento de delitos como el comercio ilegal de armas, homicidio, corrupción, etc., sería la presencia del narcotráfico en la región, lo que se evidencia por el crecimiento de nuevos delitos en el ámbito local como el contrabando, trata de personas y tráfico de migrantes, los cuales podrían hacer uso de la logística y redes establecidas por el narcotráfico para su desarrollo en nuestro territorio.

Otro antecedente en el cual se hace énfasis en el mensaje del ejecutivo serían las especiales características geográficas de nuestro país. Para el ejecutivo, nuestro territorio nacional al tener una larga extensión, mantener la presencia de múltiples pasos fronterizos (habilitados y no habilitados), puertos y rutas comerciales, lo hacen especialmente vulnerable y atractivo para desarrollo del narcotráfico y otras formas de delincuencia organizada transnacional.

Como consecuencia, Chile en el presente no solo sería un país de tránsito de drogas, como se sostenía en el pasado, sino que también se ha establecido como un mercado final para el comercio de sustancias ilícitas.

Para el ejecutivo la presencia de bandas de narco o micro traficantes acarrea consigo no solo un problema de salud pública como consecuencia del consumo de las drogas comercializadas, sino que tiene como consecuencia secundaria un “aumento en la criminalidad, violencia urbana y el surgimiento de barrios críticos”<sup>74</sup>.

Finalmente continúa planteando que “El solo hecho de la organización de personas para la comisión de delitos es, en sí mismo, un atentado grave contra la seguridad pública, que socava el desarrollo social, económico, cultural, político y civil de la sociedad”<sup>75</sup>. Por esta razón, los estados requieren de instrumentos jurídicos adecuados para perseguirlas y sancionarlas<sup>76</sup>.

Así, se plantea la necesidad de legislar en torno a la materia de delincuencia organizada considerando especialmente la capacidad que esta tiene de cambiar y adaptarse a distintos ámbitos. Requiriendo la actividad permanente de todas las instituciones del Estado competentes en la materia de manera de dar una respuesta oportuna y eficaz al fenómeno.

---

<sup>74</sup> Ibid. p.2.

<sup>75</sup> Ídem.

<sup>76</sup> Ídem.

## b) Objetivos generales del Proyecto

Para hacer frente al fenómeno de la criminalidad organizada, se planteó en el proyecto original la necesidad de hacer modificaciones legales en diversos cuerpos normativos a fin de robustecer la regulación de la materia.

Una primera materia planteada fue la necesidad de modernizar el delito de asociación ilícita, cuya regulación se mantenía sin variación desde la época de dictación del Código Penal en 1874. La antigüedad en la regulación del delito ya daba luces de lo desactualizada que se encontraba nuestra legislación en la materia, la cual no hacía eco de la realidad actual, ni de las conductas presentes en un mundo globalizado.

Junto con esto, se reiteraba la idea de que atendidas las ventajas que presenta la organización de los sujetos en la comisión de delitos, como lo son sus mayores niveles de aseguramiento y éxito en su comisión, estos tendrían como consecuencia, intrínsecamente un injusto mayor a aquel delito cometido individualmente o de manera esporádica<sup>77</sup>.

Proponiendo la modernización del tipo penal de asociación ilícita, con la finalidad de superar la vaguedad del tipo penal original<sup>78</sup>, así como la extrema formalidad con que la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de los requisitos de la organización, el proyecto establecía dos nuevos delitos con criterios materiales claros, los delitos de asociación delictiva y de asociación criminal.

Un segundo objetivo tenido en cuenta era el de otorgar al Estado nuevas herramientas para la persecución de delitos que vayan de la mano con la modernización de las nuevas formas de criminalidad.

Lo que se buscaba era superar la regulación basada en leyes especiales de delitos específicos, y pasar a una regulación orgánica en el Código Procesal Penal, que extienda la utilización de técnicas especiales de investigación a todos los casos de criminalidad organizada, tales como el agente encubierto, agente revelador, informantes y entregas vigiladas.

Como ya hemos mencionado, el ejecutivo presentó el 20 de octubre de 2022 indicaciones al proyecto en tramitación, incorporando y modificando diversas materias del proyecto original,

---

<sup>77</sup> Ibid. p.4

<sup>78</sup> Ibid. p.8

en miras de perfeccionar su redacción y hacerla compatible con los principios de nuestro ordenamiento jurídico y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, los antecedentes fundantes y objetivos buscados mediante el proyecto continuaron en general siendo los mismos.

## 2. Principales modificaciones a la interceptación de comunicaciones en el CPP

### a) Nueva terminología: “Interceptación de comunicaciones”

Lo primero que podemos notar respecto de los cambios en la regulación de la interceptación de comunicaciones es que se decidió modernizar la terminología empleada, de modo de no limitar la medida intrusiva a las comunicaciones realizadas únicamente a través de aparatos telefónicos, sino que entendemos que se buscó ampliarlas a las múltiples formas de comunicación actuales y futuras.

Para cumplir con dicho propósito se incorpora entre los artículos 221 y 222 del CPP un nuevo epígrafe con el siguiente texto: “*I. Interceptación de Comunicaciones*”.

### b) Cambios incorporados en el Art. 222 CPP

En primer lugar, podemos notar que, en virtud de la Ley N° 21.577, se modifica el encabezado del artículo 222 del CPP, pasando de: “Interceptación de comunicaciones telefónicas.” a “Ámbito de aplicación”. Lo cual es coherente con la incorporación del epígrafe antes mencionado.

Continuando, en su inciso primero se ha invertido el orden de su redacción, iniciando con que será el Juez a petición del Ministerio Público quien podrá ordenar la medida para pasar luego a los presupuestos que deben cumplirse para su autorización.

Por otra parte, podemos notar que los requisitos de autorización no sufren modificaciones de manera sustancial, manteniéndose los ya conocidos:

- La existencia de fundadas sospechas basadas en hechos determinados de que una persona ha cometido o participado en: la preparación o comisión, o que ella prepara actualmente la comisión o participación en un delito.
- Que aquel delito merezca la pena de crimen<sup>79</sup>.
- Y que la investigación de tales delitos lo haga imprescindible.

A continuación, el inciso 2° del artículo 222 mantiene su redacción original, regulando la posibilidad de decretar la medida respecto de personas tales como el imputado y otras, como lo son sus intermediarios o quienes faciliten medios de comunicación a este, siempre que existan “fundadas sospechas basadas en hechos determinados” de aquello. Sin embargo, el legislador agrega en su parte final que “la investigación de tales delitos lo hiciera imprescindible”. Dicho requisito no se encontraba en la anterior regulación, pudiendo interpretarse que los requisitos para decretar la medida intrusiva respecto de intermediarios y facilitadores eran menores a los requeridos cuando el sujeto fuera el imputado. De esta manera, la nueva redacción permite alejar dudas respecto de su aplicación, equiparando los requisitos para todos los sujetos de la medida.

Respecto al inciso 3° del artículo 222, referido a la interceptación de comunicaciones entre un imputado y su abogado, se mantiene la regla general que establece que no se podrán interceptar las comunicaciones entre ellos, con la excepción de aquellos casos en que el Juez de Garantía lo ordenare fundadamente, pero ya no sobre la base de “antecedentes” acerca de que el abogado pudiera tener responsabilidad penal en los hechos investigados, sino que en base a “hechos determinados” al respecto, de los cuales dejará constancia en la respectiva resolución. Sobre esto entendemos que una vez más el legislador robustece la regulación sobre el control a realizar por el juez de garantía, ya que se puede entender que el anterior vocablo “antecedentes” dejaba abierta la posibilidad de existiera cierta indeterminación sobre aquellos que sirvieran de base para autorizar la medida, sin que se requiriera un grado mayor de fundamentación en la solicitud del fiscal, y por consecuencia el control del juez era menos estricto. Por el contrario, pensamos que al exigirse “hechos determinados”, en primer lugar se precisa la necesidad de que sean acontecimientos relevantes de carácter fáctico (no

---

<sup>79</sup> Quantum de la pena que finalmente se mantuvo sin modificaciones, a pesar de que en el proyecto original se propuso rebajarlo a delitos a los cuales la ley asignara una pena igual o superior a presidio menor en su grado máximo cuestión que finalmente no prosperó.

hipotético o del ámbito meramente especulativo) que permitan al juez desprender que el abogado pudiere tener responsabilidad en los hechos investigados, y en segundo lugar la necesidad de la determinación de los mismos impone el deber de que los hechos sean posibles de individualizar separadamente como distintos eventos singulares.

En cuanto al inciso 4° del artículo 222, este aborda los requisitos de la orden que autorice la medida de interceptación de las comunicaciones. En general podemos mencionar los siguientes cambios: En primer lugar, se sustituye la anterior redacción que ordenaba el deber de indicar circunstanciadamente el nombre y domicilio del afectado, por una de carácter más laxo, ya que solo se deberán “consignar las circunstancias necesarias para individualizar o determinar al afectado por la medida y, de ser posible, los datos que permitan singularizar los medios de comunicación a intervenir y grabar”.

En segundo lugar, como un aspecto novedoso, se establece el deber de señalar en la orden a la autoridad o funcionario policial que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación.

En tercer lugar, la regulación relativa al plazo de la medida pasa a estar en un nuevo inciso 5° separado de lo mencionado. Este nuevo inciso 5° en todo caso mantiene la regulación del plazo de duración de 60 días para la medida, junto con la posibilidad del juez de establecer prórrogas por periodos de igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos por la ley.

Con relación a la posibilidad de prórrogas y el establecimiento de un límite máximo, estimamos que se ha desaprovechado por parte del legislador la oportunidad de regular una materia que no ha estado libre de críticas como ha sido la inexistencia de un límite máximo para la duración de la medida, atendida la posibilidad de prórrogas *ad infinitum* por plazos no mayores a 60 días, mientras se mantengan los requisitos previstos por la ley que examinará el juez en cada ocasión<sup>80</sup>.

La reforma a la regulación pudiendo hacerse cargo de dicha situación la pasa por alto, a pesar de que, como veremos posteriormente, al momento de incorporar la nueva medida intrusiva

---

<sup>80</sup> ALVARADO, Agustina (2014). “El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 43, N°2. pp. 430-432.

de “Registro remoto de equipos informáticos” del artículo 225 bis. CPP en su inciso final se establece tanto la duración máxima de la medida, la posibilidad de prorrogas y su duración, así como un límite máximo para la duración total de la medida.

### 3. Nueva medida intrusiva del Art. 225 bis. CPP: Registro remoto de equipos informáticos

Una de las principales novedades en materia de medidas intrusivas del CPP es aquella incorporada por el nuevo artículo 225 bis. del CPP, que establece el registro remoto de equipos informáticos.

Esta medida podemos definirla como aquella mediante al cual el juez de garantía, a petición fundada del Ministerio Público, autoriza en el curso de una investigación el uso de programas computacionales para poder acceder y aprehender el contenido de un dispositivo, computador o sistema informático, sin conocimiento del afectado, bajo los supuestos que la ley establece. Con la finalidad de obtener antecedentes o informaciones relevantes para la investigación de los delitos de asociación delictiva o criminal.

Por su parte, la doctrina española ha definido al registro remoto de la siguiente manera: “El registro remoto, registro online, remote search o hacking judicial es una técnica que consiste en el acceso y exploración a distancia de un sistema informático o dispositivo electrónico del sujeto investigado, sin su conocimiento”<sup>81</sup>.

Si bien la ley menciona de manera general como puede llevarse a cabo esta medida, en el derecho comparado se distinguen tres tipos de métodos usados más comunes: una primera opción es realizarla mediante la instalación de un programa computacional conocido como “troyano o spyware”, para acceder al contenido buscado de manera remota. Otro de los métodos usados es aquel en el que se usan códigos de datos de identificación para el ingreso al dispositivo a investigar. Y finalmente, se suele utilizar un procedimiento usando un “keylogger” (o llave de acceso) físico o digital, y mediante el cual se puede acceder a las

---

<sup>81</sup> ORTIZ PRADILLO, Juan (2013). *Problemas Procesales de la Ciber Delincuencia*. Madrid. Colex Editorial Constitución y Leyes. P.177 citado en ARRABAL PLATERO, Paloma (2020). “Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español”. *Revista de ciencias sociales Universidad de Valparaíso*, N° 76, p. 99.

pulsaciones del teclado que realice el sujeto en determinados dispositivos, para efectos de conocer contenidos relevantes como claves de acceso o comunicaciones de mensajería<sup>82</sup>.

Sus requisitos son los siguientes:

- Petición fundada del Ministerio Público
- Autorización del juez de garantía
- La existencia fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que el delito de esté cometiendo actualmente, o que se esté preparando la comisión o participación en una asociación delictiva o criminal.
- Que el delito investigado sea el de asociación delictiva o criminal.

Respecto a sus requisitos, lo primero que podemos comentar es que se trata de una medida intrusiva de aplicación especial, a lo menos en principio. Lo anterior en atención a que el artículo 225 bis. establece su aplicación solo para la investigación de los delitos de asociación delictiva y criminal. Esta vez, y a diferencia de la interceptación de comunicaciones no se establece un rango de pena para su uso, sino que lo identifica con dos tipos penales determinados.

Pareciera ser que es una norma que tiene requisitos aún más restrictivos que la interceptación de comunicaciones, atendiendo a la mayor entidad en la vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, esto podría ser solo aparente, ya que cabe cuestionarse si la aplicación respecto de solo un tipo penal es más restrictiva que la aplicación a determinados delitos con pena mayor a crimen.

Esta medida, a pesar de presentárenos como de mayor gravedad y, por lo tanto, sujeta a mayores requisitos y controles, pareciera establecer lo contrario, ya que tiene requisitos menores a la ya mencionada intervención de comunicaciones, y por otra parte permite su aplicación respecto de delitos de mucha menor gravedad a los de pena de crimen cuando sean cometidos en concurso con una asociación delictiva o criminal. Por ej.: la investigación de una asociación delictiva dedicada al hurto.

---

<sup>82</sup> Ibid. p.100.

Por otro lado, respecto a los requisitos, como se desprende de su texto, se encuentra ausente un requisito común en las medidas intrusivas y en especial en comparación a la interceptación de comunicaciones del Art 222. CPP. Hablamos de que la medida sea necesaria, útil o imprescindible para la investigación.

Para autorizar la medida mencionada en el artículo 225 bis. solo bastará entonces que existan las fundadas sospechas basadas en hechos determinados de la participación o comisión de los delitos mencionados y en los supuestos expuestos, sin que sea necesario que exista una utilidad para la investigación y menos que la medida sea imprescindible.

Lo anterior parece a todas luces un retroceso en la materia, que no toma especialmente en consideración el principio de mínima intervención. Bajo su alero, la respuesta del legislador debería haber sido la contraria, es decir, plantear mayores requisitos para su uso por entidades del Estado.

Sin perjuicio de lo planteado, es menester tener en consideración la cantidad y calidad de antecedentes que podrían obtenerse con la medida, atendida la sofisticación y uso que hoy en día se da a dispositivos como por ejemplo los smartphones, desde donde podrían obtenerse datos como mensajería, ubicación, datos de navegación en sitios web, mensajes de audio, imágenes, videos, etc. Parece contradictorio que, siendo una medida mucho más efectiva (en cuanto a la información posible de obtener), e invasiva en cuanto a la magnitud en la vulneración de derechos, el legislador estableciera requisitos mucho menores para su aplicación en comparación a otras medidas intrusivas.

Respecto al plazo de duración de la medida, la ley prescribe que será autorizada por un máximo de 30 días, junto con establecer la posibilidad de prorrogar el plazo indicado por períodos de hasta igual duración, con un máximo de 60 días, para lo cual deberá examinar cada vez los requisitos previstos en el inciso 1° del artículo 225 bis, lo que se ha planteado por la doctrina como una manifestación de la regla *rebus sic stantibus*<sup>83</sup>.

Por último, podemos señalar que la medida de registro remoto de equipos informáticos plantea algunas diferencias en comparación a la medida de interceptación de comunicaciones en cuanto a los plazos de duración y prórrogas. Por una parte, está la diferencia en su

---

<sup>83</sup> HORVITZ, María y LOPEZ, Julián (2005). Ob. cit. p. 529.

duración, estableciendo un plazo máximo de 30 días de duración, a diferencia de los 60 de la segunda. Por otra parte, a diferencia de la crítica mencionada en cuanto a la posibilidad de prórrogas en la interceptación de comunicaciones, en el registro remoto si existe un límite absoluto de ellas con un máximo de 60 días, lo que nos hace entender que podrá prorrogarse siempre y cuando sea posible según este límite.

Como pudimos ver, en este caso la medida de registro remoto de equipos informáticos escapa a la posibilidad de crítica respecto a la mantención permanente de la medida como se mencionó anteriormente respecto de la medida de interceptación de comunicaciones.

#### 4. Consideraciones generales sobre las modificaciones incorporadas por la ley 21.577

No obstante, los comentarios que hemos hecho en particular de las principales modificaciones a las medidas intrusivas, nos parece relevante resaltar las siguientes consideraciones generales respecto a las modificaciones hechas en la nueva regulación.

Respecto a las modificaciones, en general se desprende que el legislador primero buscó armonizar el concepto de “fundada sospecha” como requisito de procedencia en toda la materia regulada, ya que antes de su modificación se usaba los conceptos de “sospecha fundada” y “fundadas sospechas” indistintamente en diversas normas invirtiendo su orden (Arts. 222 a 226 CPP). Una de sus principales razones para unificar la redacción del concepto pudo ser la de evitar posibles interpretaciones en su aplicación, así como dar coherencia a la redacción del concepto aplicado a la misma materia.

Ahora, si bien el legislador se ha encargado de armonizar en los distintos artículos de la ley la mención a “fundadas sospechas”, nada ha dicho respecto a la determinación del contenido de dicho concepto, labor que ha de quedar en manos de la jurisprudencia.

Si bien la doctrina nacional, como hemos dicho, no ha dedicado mayor atención al estudio del concepto en materia de interceptación de comunicaciones, en el derecho comparado podemos encontrar diversas opiniones respecto de cuando entender satisfecho el presupuesto.

En este sentido, podemos encontrar a autores como Fernández-Espinar quien nos da una idea del contenido necesario su satisfacción. Al respecto dicho autor plantea que “la sospecha fundamentadora de la injerencia en este derecho fundamental debe revestir intensidad y reclamarse exquisitamente del material fáctico preexistente en la causa, debiendo albergarse la duda en el ánimo del juez y siendo, por todo lo dicho, inviable que una escucha ocasione la formación de una causa, dado que el proceder es inverso, es decir, se ordena una intervención telefónica en mérito a la posibilidad racional -con los datos que operan en poder del juez- de obtener el descubrimiento o comprobación de algún hecho relevante para la causa”<sup>84</sup>.

En segundo lugar, parece pertinente mencionar la modificación a toda referencia a la comunicación específicamente “telefónica”, innovación necesaria, ya que como se ha mencionado amplía el ámbito de aplicación de la medida, actualizándola a las distintas formas de comunicación actuales.

Finalmente, entendemos que el legislador al establecer el requisito de “hechos determinados” impone un supuesto de grado superior al de “indicios”, o al de “antecedentes”. Así, cada vez que el legislador ha modificado normas para establecer el de mayor grado, estamos ante un endurecimiento de los requisitos a la regulación, a manera de contrapeso al uso, mediante el control interno a la medida que hace el juez. Desprendemos que la determinación de los hechos es un presupuesto más exigente al actuar de los agentes del Estado en situaciones en que la afectación a derechos fundamentales reviste mayor entidad.

##### 5. Algunos problemas prácticos presentes en la aplicación de en la interceptación de comunicaciones

Habiendo ya analizado tanto el desarrollo de la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones, el control interno que ejerce el juez de garantía y los derechos fundamentales afectados, se han detallado la principales modificaciones e incorporaciones hechas por la Ley N° 21.577.

---

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo (1993). “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”. *Revista Poder Judicial*, N°3, p.28.

Si bien como hemos visto se trata de una institución extensamente detallada en el CPP, esto no ha obstado a que desde hace años existan voces críticas respecto a la aplicación de la institución en la práctica.

Dichas críticas abarcan un amplio espectro, y a pesar de ser una voz aún menor no deja de hacer eco la ligereza con la cual se ha aplicado la medida intrusiva por parte de los tribunales de justicia en los últimos años.

A continuación, desarrollaremos algunas de las críticas que a nuestro parecer revisten mayor relevancia respecto del uso de la medida intrusiva analizada.

a) Uso de la medida por el Ministerio Público y control del Juez.

Uno de los principales cuestionamientos que se ha hecho a lo largo del tiempo a la medida de interceptación de comunicaciones es que, a pesar de su detallada regulación y supuesta excepcionalidad, se trata de una de las medidas intrusivas más solicitadas por parte del Ministerio Público para la investigación de delitos, registrándose un aumento exponencial en su autorización en los últimos años.

Atendida la escasez de datos de registro sobre el tema, como antecedente adicional hemos solicitado vía ley de transparencia al Ministerio Público la información relativa a la cantidad de solicitudes de interceptación de comunicaciones hechas a los tribunales de justicia a nivel nacional, en conjunto con la información sobre la cantidad de interceptaciones efectivamente autorizadas por los tribunales a nivel nacional correspondientes a los últimos 10 años<sup>85</sup>.

Al respecto se recibió respuesta con una tabla correspondiente solo al número de interceptaciones registradas, entendiendo esto como aquellas que se autorizaron por tribunales y realizaron efectivamente, registrándose lo siguiente:

Año	Interceptaciones registradas
2013	19.362
2014	18.088
2015	19.388
2016	22.094

<sup>85</sup> Solicitud vía Ley de Transparencia. N° 380/2023, de fecha 16 de mayo del 2023.

2017	22.522
2018	24.291
2019	26.921
2020	28.737
2021	28.737
2022	27.896

Como podemos ver, en los últimos 9 años, sin tomar en cuenta el año en curso, se ha mantenido una tendencia al aumento a la cantidad de interceptaciones decretadas, existiendo una diferencia de cerca de 9 mil autorizaciones anuales más el año 2022 respecto de aquellas que se autorizaban en 2014.

Sin poder llevarnos a una conclusión definitiva, esta información a lo menos llama la atención. La explicación de la tendencia podría ser consecuencia de un aumento explosivo en la cantidad de delitos que pueden ser objeto de la medida, sin embargo, dicha conclusión no se condice con datos estadísticos en atención a la carencia de fuentes oficiales que permitan un análisis riguroso del fenómeno<sup>86</sup>.

Por otra parte, uno de los elementos que nos aleja del conocimiento de los datos precisos es la ausencia de registros respecto de la cantidad de aparatos intervenidos o de personas objeto de la medida. Por lo tanto, se desconoce la cantidad efectiva de sujetos cuyos derechos fundamentales se han visto afectados.

Parece ser que el aumento de la cantidad de medidas decretadas dice relación, como se menciona por la escasa doctrina existente sobre el tema, a un problema en el control ejercido por los jueces, quienes decretan la medida sin ejercer un control robusto para su autorización, por encontrarse limitados en la práctica muchas veces a tener que resolver mediante una tramitación rápida y de carácter urgente, lo que unido a la limitación de información existente en la solicitud del Fiscal hace muchas veces impracticable la verificación sustantiva de los requisitos de procedencia para la autorización de estas medidas intrusivas<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> ALVARADO, Agustina (2014). ob. cit. p. 433-434.

<sup>87</sup> WEEZEL VAN, Alex y DARRICADES, Tomás (2011). "Intercepciones telefónicas. Oportunidad de avanzar". *Revista del abogado del Colegio de Abogados de Chile*. N°52 pp. 41-42.

Al respecto debemos hacer énfasis, una vez más, en la importancia de los antecedentes presentados en la solicitud del Fiscal, y en el debido tiempo que debe tener el juez para el análisis de los mismos. La importancia radica en que éste, antes de tomar una decisión sobre si autorizar (o no) la medida, cuente con un material fáctico que apoye su decisión y que le permita valorar el grado de fiabilidad en que se presentan las sospechas.<sup>88</sup>

b) La falta de desarrollo jurisprudencial

Otro de los elementos relevantes que podemos mencionar es la escasez de desarrollo jurisprudencial que podemos encontrar sobre la materia. Dentro de los escasos estudios y datos encontrados, podemos decir que en estos se ha arribado a conclusiones tales como que los tribunales carecen de un sistema registral unificado de autorizaciones de medidas intrusivas<sup>89</sup>.

Este es solo un antecedente más a las críticas que en la práctica permiten la utilización masiva de la interceptación por parte del Ministerio Público<sup>90</sup>. Es necesario por lo tanto un control más riguroso por parte de los jueces, el cual se vea reflejado en la motivación de la resolución que autorice la medida.

De esta manera un primer paso en la materia sería el de retomar el debate en torno dotar de contenido los presupuestos legales, lo que requerirá una actividad mayor por parte de los jueces de garantía, quienes a través de la motivación de sus resoluciones permitan desarrollar el contenido de conceptos tales como la existencia de “fundadas sospechas” o determinar cuándo es “indispensable” para la investigación, entre otros.

---

<sup>88</sup> URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel (2000). *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*. Navarra. Editorial Aranzandi. p. 236.

<sup>89</sup> MORA, Carlos (2018). ob. cit. pp. 112-116.

<sup>90</sup> ALVARADO, Agustina (2014). ob. cit. p. 434.

## CONCLUSIONES

En la sociedad actual cada vez con mayor rapidez aparecen nuevos y más sofisticados medios tecnológicos de comunicación, los cuales se encuentran a disposición tanto de las personas, como de los agentes estatales. Como lo es en el caso investigado, a raíz de la necesidad de la persecución de los delitos relativos al crimen organizado, se hizo necesaria la modernización de la legislación procesal en materia de medidas intrusivas como la interceptación de las comunicaciones.

En este contexto es que se nos presenta el uso de técnicas de investigación tales como la interceptación de comunicaciones en el proceso penal, a fin de que el persecutor obtenga antecedentes suficientes para fundar una acusación y obtener una sanción ante la comisión de un delito.

1) Debemos entender que la utilización de estas herramientas legales, que tienen como fin último la persecución del delito y su sanción se encontrará siempre limitada por el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, manteniendo así el necesario equilibrio entre el actuar de los agentes del Estado y el respeto a las garantías de las personas.

En el trabajo desarrollado hemos visto que los derechos fundamentales no son absolutos, siendo la propia Constitución la que permite en ciertos casos y formas, que su afectación por parte de los agentes del Estado sea de carácter legítimo, y por lo tanto tolerada por el derecho. Al respecto, nos hemos referido principalmente al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, puesto que es este derecho fundamental el principal afectado por la medida intrusiva de interceptación de las comunicaciones, abordando sus límites y el contenido que la doctrina ha entendido que protege.

2) Junto con esto hemos mencionado las principales medidas intrusivas reguladas en el Código Procesal Penal, y en específico a la interceptación de comunicaciones telefónicas en el marco de la investigación realizada por el Ministerio Público, previo a las modificaciones realizadas por la Ley 21.577.

Así, como contrapartida a la afectación de los derechos fundamentales el legislador se encargó, junto con establecer una regulación precisa de cada medida intrusiva, incluir el

principio general de autorización judicial previa. El análisis de dicho principio es fundamental a la hora de plantear una postura respecto a la satisfacción del control interno que realiza el juez de garantía del actual del Ministerio Público.

3) Al respecto hemos dicho que es necesario un control más estricto por parte de los jueces a la hora de autorizar la medida intrusiva de interceptación de comunicaciones, toda vez que no es la primera ocasión en que se encuentra en entredicho su extendida utilización por parte del Ministerio Público. Para esto es necesario en primer lugar entender la medida intrusiva en cuestión como una medida de carácter excepcional, toda vez que requiere ser indispensable para el éxito de la investigación.

El control realizado por el juez de garantía a través de su autorización judicial previa es una cuestión que no puede quedar a su mero arbitrio, sino que debe ser realizada a la luz del principio de proporcionalidad, para quedar finalmente plasmado en la motivación de su resolución el análisis realizado y el cumplimiento de los presupuestos que dicho principio plantea.

3) El estudio y aplicación del principio de proporcionalidad como barrera a satisfacer para la autorización de la medida intrusiva es una cuestión central en la discusión sobre cómo debe ser un correcto proceder del juez a la hora de decretar la medida solicitada.

4) Desarrollar una cultura jurídica respecto a la satisfacción de los requisitos de procedencia de la interceptación de comunicaciones en la investigación penal es uno de los asuntos que se ha planteado por alguna doctrina, de modo de dotar de contenido los requisitos y presupuestos que establece la ley para satisfacer el estándar bajo el cual la afectación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones estará permitida, asegurando así un control más robusto a la solicitud de la medida, fundado en su instrumentalidad y principalmente en la satisfacción del estándar de proporcionalidad.

5) Continuamos exponiendo los desafíos y cuestionamientos que nos plantean las modificaciones establecidas en la materia por la Ley 21.577 que, como se ha expuesto, modificó diversos cuerpos normativos con la finalidad de una mayor efectividad en la persecución y sanción de la delincuencia organizada.

Al respecto concluimos que las modificaciones principalmente lo que han hecho es ampliar la aplicación de la medida de interceptación de las comunicaciones e incorporar nuevas medidas específicas respecto de la investigación de delitos relativos la asociación delictiva y criminal. Sin embargo, las modificaciones no se han hecho cargo de ninguno de los cuestionamientos planteados, sino más bien han hecho primar la efectividad en la persecución, sin el resguardo sustancial de los derechos fundamentales en juego.

6) Por otra parte, la incorporación de la medida intrusiva de registro remoto de equipos informáticos pareciera augurar un futuro no muy distinto al presente, en tanto como ya se ha descrito, a pesar de ser una medida específica a los delitos de asociación delictiva y criminal, el nuevo tipo penal es de tal amplitud que permitiría una aplicación masiva de esta medida.

El asunto en cuestión es que la nueva medida posee menores requisitos que la misma interceptación de comunicaciones, a pesar de ser capaz de afectar el derecho fundamental a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en una magnitud mayor, otorgando al Ministerio Público la posibilidad de obtención de antecedentes en mucha mayor cantidad y calidad.

Como ya mencionamos, parece ser que nuestro legislador ha ido en sentido contrario a los principios de nuestro sistema procesal penal, basado en el respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, fundándose principalmente en la necesidad urgente de persecución del crimen organizado, para dar de alguna manera una respuesta al supuesto estado de emergencia en materia de seguridad que se ha instalado en el debate nacional del último tiempo.

7) Finalmente, es necesario hacer presente que las voces que han llamado desde hace bastante tiempo a hacer una revisión del uso en la práctica de la medida de interceptación de comunicaciones parecen haber estado en lo correcto, puesto que desde que se hicieron los primeros llamados de atención la cantidad de medidas decretadas, según lo registrado no ha hecho más que crecer. A ello se suma que persiste la falta de información respecto a la cantidad de aparatos y personas que han sido objeto de la medida autorizada.

La interceptación de comunicaciones, a pesar de la deficiencia registral mencionada, ha mantenido una tendencia al alza desde hace por lo menos 10 años, sin que hasta el día de hoy

exista una justificación razonable para argumentar el aumento en las cantidades decretadas anualmente.

Nos queda por lo tanto concluir, en relación con este punto, que un uso intensivo por parte del Ministerio Público de esta medida tiene como fundamento principal su eficacia, que, conjugada con la laxitud en el control al momento de decretarla por el juez, la hacen una medida de primera línea para la investigación de delitos como el tráfico de drogas, en donde es más usada dado que no requiere que los delitos investigados tengan pena de crimen, como lo permite la Ley 20.000.

Así, a pesar de las posibles justificaciones que pueda tener el Estado para afectar los derechos de las personas en la materia, en el sistema procesal penal deben ser los derechos fundamentales y su protección la brújula que nos permita fijar el horizonte y límites de las injerencias del Estado. El resguardo a los derechos fundamentales, llevado a la práctica a través del establecimiento de límites y métodos de control de las injerencias del estado, es aquel pilar que nos permitirá mantener el justo balance entre persecución y sanción de los hechos delictivos, procurando así la paz social.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación y Normativa.

- Boletín N°13.982-25. Indicaciones presentadas durante la discusión en general del proyecto, en segundo trámite constitucional, que moderniza los delitos que sancionan la delincuencia organizada y establece técnicas especiales para su investigación. (20/10/2022)
- CHILE, *Código Penal*.
- CHILE, *Código Procesal Penal*.
- CHILE, *Constitución Política de la República*.
- CHILE, Ley N°20.000 (16/02/2005): *Sustituye la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*.
- CHILE, Ley N°20.931 (5/7/2016): *Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos*.
- Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). (1969).
- Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (2000)
- Instrucción General fiscal nacional en materia de Registro de Solicitudes de Interceptación Telefónica. Oficio FN N° 287/2011.
- Ley 21.577. Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias.
- Mensaje N°495-368. Proyecto de ley que moderniza los delitos que sancionan la delincuencia organizada y establece técnicas especiales para su investigación. Boletín N°13.982. (27/12/2020).
- Oficio N°18.166. Aprueba el proyecto de ley que actualiza los delitos que sancionan la delincuencia organizada, aplica el comiso de ganancias y establece técnicas especiales para su investigación (21/03/ 2023).

### Documentos

- “La privacidad dentro del sistema de persecución penal en Chile”. ONG Derechos Digitales. Policy Papers. JC Lara, Carolina Pincheira y Fco. Vera. N.9. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp-09.pdf>. Fecha de consulta 28/04/2023
- Política nacional contra el crimen organizado. Ministerio del interior y seguridad pública. (20/12/2022)

## Doctrina

- ALVARADO URÍZAR, Agustina (2014): “El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, N° 2: pp.421-464.
- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2019): *La inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas* (Santiago, LOM Ediciones, primera edición).
- ARRABAL PLATERO, Paloma (2020): “Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español”, *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, N° 76: pp. 421-464.
- ARRIETA CORTÉS, Raúl (2005): “Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”, *Revista chilena de derecho informático*, N°6: pp. 147-157.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2008): “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislados y los jueces)”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 307-349.
- BACIGALUPO, Enrique (1998). *Principios de derecho penal. Parte General* (Madrid, Editorial Akal/Iure, quinta edición).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, cuarta edición).
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia (2009): “La restricción de los derechos fundamentales en las diligencias de investigación del proceso penal, y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad”, *IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, N° 24: pp. 7-26.
- CASABIANCA ZULETA, Paola (2016): *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, primera edición)
- CAROCCA PÉREZ, Álex (2009): *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno* (Santiago, Legal Publishing, quinta edición actualizada).
- CEA EGAÑA, José (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición)

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2010): “La prueba ilícita y la regla de exclusión”, *Revista de la Justicia Penal*, N°6: pp. 99-176.
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas (2002): *Manual del nuevo procedimiento penal* (Santiago, Editorial LexisNexis, segunda edición).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol.27, n°2: pp. 331-355.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición)
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada)
- EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio (2005): “La privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia como límites al ejercicio de las potestades jurisdiccionales”, *Revista Chilena de derecho*, vol.32, N°3, pp.569.578.
- EVANS ESPÍÑERÍA, Eugenio (2014): “La inviolabilidad del hogar y de la correspondencia: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales”, *Revista de derecho de la Universidad Finis Terrae*, año II, N°1-2014: pp. 9-39.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo (1993): “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial*, N° 32. pp. 20-28.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José (2004): *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet* (Madrid, Thomson-Civitas, primera edición).
- FERRAJOLLI, Luigi (1995): *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta).
- GÁLVEZ BLANCO, Ricardo (1992): “Intervención de teléfonos en la legislación Chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol.19, N°3-1992: pp.481-487.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan (2007): *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal* (Madrid, La Ley).
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid, COLEX).
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (1998): “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de derecho público*, N°5, pp. 191-218.
- HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LÓPEZ MASLE, Julián (1999): “El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, pp.203-222.

- LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás (1991): *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal* (Madrid, Colex).
- MATORANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal*. Tomo II (Santiago, AbeledoPerrot, primera edición)
- MEDINA JARA, Rodrigo; MORALES PALACIOS, Luis y DORN GARRIDO, Carlos (2007): *Manual de Derecho Procesal Penal* (Santiago, LexisNexis, segunda edición)
- MORA JANO, Carlos (2018): *El control de las medidas intrusivas en el proceso penal chileno* (Santiago, Editorial IUS Civile, primera edición).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia, segunda edición actualizada).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Revista IUS et Praxis*, vol. 23, N°1: pp. 195- 246.
- ORTIZ PRADILLO, Juan (2013): *Problemas procesales de la ciberdelincuencia* (Madrid, Colex Editorial Constitución y Leyes, primera edición)
- URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel (2000): *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial* (Navarra, Editorial Aranzandi, primera edición)
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario (2012): “Acerca de los derechos fundamentales y sus garantías” pp. 399-409, en *Derechos Fundamentales. Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición)
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALA, Humberto (1997- 1999): *Derecho Constitucional*. Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada).
- WEEZEL VAN, Alex y DARRICADES, Tomás (2011): “Interceptaciones telefónicas. Oportunidad de avanzar”, *Revista del abogado del Colegio de Abogados de Chile*, N°52, pp. 40-43.
- ZAPATA GARCÍA, María (2009): *La Prueba Ilícita* (Santiago, LexisNexis, primera edición).

## **Jurisprudencia**

- Corte Suprema, 29 de junio del 2011, Rol N° 3016-2011 (recurso de nulidad), El Recurso de Nulidad en Materia Penal: Jurisprudencia de la Corte Suprema. Años 2001 - 2013, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile (2015), pp. 709-710.