

# El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile

Julián López Masle \*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto explicar someramente la forma en que Chile ha resuelto (o está tratando de resolver) la tensión existente entre el derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley en materia criminal<sup>1</sup>.

No nos parece necesario detenernos a demostrar la existencia de esta tensión. El Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, requiere investigar los delitos y sancionarlos, acercándose tanto como sea posible a la verdad material. Los errores cometidos en este ámbito no son bien vistos. Se espera que el Estado no deje sin sanción a quienes han delinquido y, en mayor medida, que no sancione a inocentes, aplicándoles penas por delitos de los que no son responsables. Consideraciones de esta índole parecieran exigir que se reconozca al Estado el derecho a hacer uso de todos los medios que se encuentren a su alcance en la investigación de los delitos. Sin embargo, el interés público existente en la búsqueda de la verdad entra en conflicto con el interés de los ciudadanos en defender su privacidad, de impedir intromisiones *no deseadas* del Estado en su domicilio, en sus comunicaciones, en la información disponible sobre su vida personal. El derecho a la privacidad emerge así, desde esta perspectiva, como un límite a la intromisión estatal, en un área donde el Estado aparece especialmente justificado para emprender tales actos de intromisión<sup>2</sup>.

Cualquier discusión sobre los límites que el derecho a la privacidad debiera imponer al ejercicio del *ius puniendi*, debiera intentar responder a lo menos tres preguntas básicas:

- 1- ¿Qué técnicas de investigación criminal vamos a permitir utilizar al Estado?
- 2- ¿Qué mecanismos de control vamos a establecer para esas técnicas?
- 3- ¿Cómo vamos a sancionar la utilización de técnicas no autorizadas o empleadas sin respetar los mecanismos de control establecidos?

---

\* Abogado, profesor de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. El título de este trabajo obedece a la traducción que consideramos más aproximada al tema que se nos ha propuesto: *Privacy and Law Enforcement*. La expresión inglesa *law enforcement* aparece normalmente asociada al sistema de justicia criminal y especialmente a la idea de "persecución criminal" que ha sido denominado su "punto focal".

2. Con acierto, observa Shattuck, aludiendo a la forma en que se desenvuelve esta tensión en los Estados Unidos, que "La Cuarta Enmienda... es una magnífica declaración del derecho a la privacidad que rara vez alcanza a cumplir su promesa a causa de las poderosas exigencias del derecho penal. La mayoría de las intromisiones ocurren cuando el Estado está buscando evidencia de conducta delictiva. Bajo estas circunstancias, es desafortunado pero no sorprendente que las demandas por privacidad a menudo enfrenten circunstancias difíciles, y éstas, como materias prácticas y políticas concernientes a las demandas de cumplimiento de la ley criminal, son difíciles de superar.", Shattuck, J. H. F., *Rights of Privacy*, 1977, páginas 43-44. Citado por Wacks, Raymond, *Personal Information. Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, página 295.

El presente trabajo se dividirá en cuatro partes. En la primera de ellas, intentaremos identificar un fenómeno que ha influido fuertemente en la relevancia actual de este tema en Chile y buscar algunos referentes que nos permitan agrupar lo que entenderemos por “técnicas intrusivas de investigación criminal” para efectos de este trabajo. En las tres partes siguientes, analizaremos en términos generales las respuestas que ha dado Chile a las preguntas a que hacíamos referencia en el párrafo anterior. Debemos advertir, sin embargo, que no pretendemos entregar en estas páginas un estudio exhaustivo de todas las manifestaciones que esta tensión tiene en nuestro país. Antes bien, analizaremos ciertos casos a título meramente ejemplar, con el objeto de identificar las principales tendencias que permiten retratar la realidad presente y las expectativas de desarrollo futuro de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Terminaremos exponiendo algunas conclusiones.

## II. EL PROBLEMA DE LA ADMISIBILIDAD

### *1) El fenómeno del crimen invisible y su influencia en el empleo de técnicas intrusivas de investigación criminal.*

A menudo suele decirse que el fenómeno que más fuertemente ha influido en la admisión de nuevas técnicas intrusivas de investigación criminal es el *desarrollo tecnológico*, que ha permitido elaborar sofisticados artefactos para interceptar comunicaciones telefónicas, grabar conversaciones privadas y controlar los movimientos de cosas y personas en forma prácticamente inadvertida.

Sin despreciar la importancia del desarrollo tecnológico en esta materia, a mi modo de ver, el fenómeno que ha influido más seriamente en el empleo de estas técnicas es uno que no dice relación con el aumento de las *posibilidades técnicas* de intromisión, sino con el aumento de las *justificaciones* para dicha intromisión: me refiero a la necesidad de combatir lo que se ha denominado *crimen invisible*.

Una distinción entre *crimen visible* y *crimen invisible*, supone que con la primera denominación aludimos a aquellos delitos que son puestos en conocimiento de las autoridades por un denunciante, usualmente el afectado, en tanto con la segunda aludimos a aquellos delitos sobre los cuales las autoridades no son alertadas, usualmente porque no existe una víctima consciente de haber sido afectada por el delito o porque se desarrollan en el ámbito privado de quienes participan en el mismo. Un ejemplo típico de delito de la primera clase es el de robo con violencia; un ejemplo típico de delito de la segunda clase es el de tráfico ilícito de estupefacientes. El crimen visible normalmente se asocia a una *estrategia reactiva*, es decir, una estrategia en la que se utilizarán respuestas de corte tradicional: las autoridades recibirán la denuncia, interrogarán al afectado y a los testigos; buscarán por estos medios identificar al acusado y -tras hacerlo- procurarán a través de los interrogatorios, la recolección de documentos y la opinión de expertos, formar su convicción. El crimen invisible, en cambio, no puede ser detectado utilizando esta estrategia y estas técnicas, al menos no exclusivamente. Si el Estado quiere efectivamente detectar y sancionar estos delitos, debe implementar una *estrategia proactiva* que incluye el empleo de técnicas intrusivas: necesitará interceptar comunicaciones telefónicas, emplear mecanismos de vigilancia electrónica, e

incluso interactuar con los criminales mediante el empleo de informantes o agentes encubiertos para obtener la información necesaria para prevenir o sancionar los delitos<sup>3</sup>.

No nos hemos propuesto en este trabajo definir un catálogo de las técnicas de investigación criminal que plantean conflictos con el derecho a la privacidad, ni analizar las formas en que en Chile se manifiesta la presencia o ausencia de cada una de ellas. Una tarea de este tipo sería largamente descriptiva y excedería con mucho las pretensiones de este trabajo. En razón de ello, y para tener un punto de partida que nos permita aproximarnos a los medios de investigación que pueden plantear conflictos de este tipo, acudiremos a la enumeración de actos violatorios de la intimidad elaborada por la Conferencia Nórdica de Juristas en el año 1967, que nos parece suficientemente consistente. Dicha Conferencia consideró que entre los actos de este tipo se encontraban:

- 1.- La investigación y registro de la persona;
- 2.- La entrada o registro de locales u otras propiedades;
- 3.- Los exámenes médicos y tests físicos y psicológicos;
- 4.- Las declaraciones falsas, embarazosas o fuera de propósito sobre la persona;
- 5.- La interceptación de comunicaciones telefónicas;
- 6.- El uso de vigilancia electrónica u otros dispositivos de espionaje.
- 7.- Las grabaciones de sonido y la toma de vistas fotográficas o cinematográficas;
- 8.- La revelación pública de hechos privados;
- 9.- La violación de correspondencia;
- 10.- La revelación de información dada o recibida por profesionales o autoridades públicas bajo secreto; y
- 11.- El hostigamiento de la persona (acechar, observar o acosar con llamadas telefónicas)<sup>4</sup>.

Si bien esta enumeración pretende cubrir todos los actos violatorios de la intimidad, independiente de cuál sea su procedencia, no es casual que la mayor parte de ellos evoque actuaciones realizadas por el Estado en la investigación de los delitos y, en especial, de aquellos que reconoceríamos como formas de crimen invisible. Para aludir a estas actuaciones del Estado que, sin una justificación apropiada, consideraríamos claramente como atentatorias del derecho a la privacidad, utilizaremos en este trabajo la denominación *técnicas intrusivas de investigación criminal*.

En Chile, las técnicas intrusivas de investigación criminal han sido recepcionadas paulatinamente, a medida que las formas de criminalidad presentes en el país lo han ido requiriendo. Así, por ejemplo, hasta fines de la década de 1960, un estudio de las técnicas de este tipo reconocidas por la ley chilena se habría agotado en la entrada y registro en lugar cerrado y en las formas más tradicionales de retención, apertura y registro de correspondencia;

---

3. Una interesante descripción de la forma en que operan estos criterios y se utilizan estas técnicas en los Estados Unidos puede encontrarse en Katzmann, Gary, *Inside the Criminal Process*, W.W.Norton & Company, 1991.

4. Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1967, página 64. Citado por Gana, José Miguel, 1995, página 52.

a fines de la década de los '60 aparecen formas de excepción al secreto bancario reconocidas en el Código Tributario para la investigación de delitos de ese carácter; en la década de 1990, la preocupación por combatir formas de crimen organizado incorpora técnicas de este tipo para la investigación de los delitos terroristas, el narcotráfico y lavado de dinero; y es posible esperar que en el futuro próximo, estas técnicas se extiendan a otras formas de crimen invisible que no han merecido todavía la atención seria de nuestro medio, como son los delitos de cuello blanco y los delitos de corrupción.

Una primera observación plausible es, entonces, que existe una relación directamente proporcional entre el incremento en los niveles de crimen invisible existentes en la sociedad chilena y la proliferación de técnicas intrusivas en las leyes de nuestro país. El bosquejo de la forma en que las nuevas técnicas han ido siendo admitidas en nuestro sistema, los criterios que parecen estar subyacentes a ellas, y los problemas que ellas pueden generar en el orden jurídico, es el objetivo primordial de este trabajo.

## ***2) El problema de la admisibilidad de las técnicas intrusivas de investigación criminal en Chile***

Hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, la protección del derecho a la privacidad en Chile ante las intromisiones estatales se encontraba restringida al principio de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Los constituyentes de 1980, con el claro propósito de generar una disposición que permaneciera en el tiempo, consagraron dos garantías constitucionales de carácter amplio:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

4° El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia<sup>5</sup>.

5° 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”<sup>6</sup>.

Para garantizar la efectividad de estos derechos, la propia Constitución estableció la posibilidad de interponer una acción de carácter jurisdiccional, denominada “Recurso de Protección”. Esta acción permite que el que haya sufrido privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de estas garantías, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, solicite a la Corte de Apelaciones respectiva que adopte “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”<sup>7</sup>.

La amplitud de la disposición constitucional en su propósito de proteger el derecho a la privacidad contra toda forma de intromisión moderna, *no tiene*,

---

5. Artículo 19, n° 4°, inciso 1° de la Constitución Política de la República de Chile.

6. En las actas de la Comisión Constituyente se dejó constancia de que “la disposición comprende e incluye la protección de las comunicaciones contra todas las formas modernas que se pudieran usar para su interceptación”. Acta de la sesión n° 129 de la Comisión de Estudios de la Constitución, página 23.

7. Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

*sin embargo, una concreción consistente en las disposiciones de rango legal vinculadas a la protección de esta garantía.* Así, nuestro Código Civil no contiene ninguna forma especial de protección, con lo cual la única vía disponible para reclamar de los atentados a esta garantía es la general de la responsabilidad extracontractual. Nuestro Código Penal, tipifica como delito algunas conductas tradicionalmente atentatorias de estas garantías, pero cuya forma de redacción asegura solamente un nivel de protección restringido a la protección del espacio físico<sup>8</sup>. Por último, leyes especiales han venido a establecer en una forma que ha sido calificada de “caótica” diversos tipos penales específicos para sancionar otras conductas atentatorias contra el derecho a la privacidad<sup>9</sup>.

No obstante lo anterior, la garantía constitucional prodiga al derecho a la privacidad una forma de protección lo suficientemente amplia para frenar cualquier intento de intromisión estatal, que no haya sido expresamente autorizada por la ley. Más aún, la exigencia de que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse *en los casos y formas* determinados por la ley” implica que la técnica no sólo debe estar autorizada, sino también reglamentada legalmente en cuanto a las formas que deben cumplirse antes de proceder a su utilización.

Para analizar las técnicas intrusivas de investigación criminal admitidas en Chile, debiéramos distinguir aquellas autorizadas con carácter general, para la investigación de toda clase de delitos, e incorporadas en nuestro Código de Procedimiento Penal, de aquellas autorizadas exclusivamente para la investigación de ciertos delitos específicos, e incorporadas por tanto en leyes especiales.

### **a. Autorizaciones de carácter general**

En términos generales, nuestro Código de Procedimiento Penal autoriza las siguientes técnicas de investigación atentatorias contra el derecho a la privacidad:

- a) La entrada y registro en lugar cerrado (artículos 156 a 168 CPP).
- b) El registro de libros y papeles de contabilidad (artículos 169 a 172 CPP).
- c) El registro de los vestidos que actualmente lleva una persona (artículo 175 CPP).
- d) La retención, apertura y registro de correspondencia (artículos 176 a 181).

---

8. Así, los artículos 144 y 146 del Código Penal chileno, sancionan, respectivamente, los delitos de violación de domicilio y violación de correspondencia cometidos por un particular. Los artículos 155 y 156 sancionan los delitos de allanamiento irregular y violación de correspondencia cometida por un funcionario público. Lo más llamativo, sin embargo, es que la Ley n° 19.423 del 20 de noviembre de 1995, que incorporó al Código Penal un párrafo específicamente destinado a los delitos contra la intimidad, mantuvo la idea de protección de espacio físico: así, el artículo 161-A inciso 1° sanciona al que “en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”. El artículo 161-A inciso 2° sanciona los actos de difusión de estos “conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos”, y el artículo 161-B pena su utilización en el delito de chantaje.

9. Me refiero a la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad, Ley 18.168 sobre Telecomunicaciones y Ley 19.223 que tipifica figuras penales relativas a la informática. Véase al efecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio, *La intimidad de las telecomunicaciones*, Santiago, 1996.

Las normas que establecen la posibilidad de realizar estas actuaciones dentro de una investigación criminal han sido objeto de modificaciones durante la última década, cuya principal finalidad ha sido -a mi juicio- la de aumentar la eficacia de estas técnicas de investigación criminal<sup>10</sup>. Lo anterior no ha influido, sin embargo, en un aumento en el número de técnicas admitidas. Una simple lectura de las normas pertinentes deja de manifiesto que aquellas que nuestro Código reconoce siguen obedeciendo a un criterio tradicional, que no permite limitar el derecho a la privacidad sino en sus manifestaciones como inviolabilidad de domicilio y de correspondencia.

Lo interesante, sin embargo, es que esta situación no parece obedecer a un atraso legislativo de nuestro país, sino a un criterio claramente definido que es contrario a la utilización generalizada de estas técnicas de investigación.

Así, por ejemplo, no puede dejar de llamar la atención que la misma ley que modificó nuestro Código de Procedimiento Penal, en el año 1989, para reconocer la posibilidad de admitir como prueba las “películas cinematográficas, fotografías, fonografías, y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido”<sup>11</sup>, haya establecido explícitamente que “no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes”<sup>12</sup>.

La existencia de esta norma ha significado una seria barrera para la admisión, ante nuestros tribunales, de medios técnicos de investigación criminal. Un buen ejemplo de ello se encuentra en la causa sobre extradición pasiva caratulada *contra Sabina Dufek, Nancy*, fallada en el año 1994<sup>13</sup>. En este caso, el gobierno de Australia solicitó a Chile la extradición de una mujer que se encontraba acusada en Australia de conspirar para importar cocaína comercial. La solicitud invocaba la legislación de extradición australiana modificada por el Tratado entre Gran Bretaña y Chile para la Extradición de Criminales de 1897, del cual Australia es parte. El Gobierno Australiano fundamentaba su solicitud en que la participación en el delito de la requerida se encontraba acreditada por pruebas que comprendían “varias conversaciones en la sala de visitas de la cárcel de *Long Bay*... que fueron grabadas mediante un dispositivo microfónico secreto”; “varias conversaciones telefónicas... que fueron interceptadas y grabadas” y “vigilancia visual de reuniones” en que había participado la requerida. El Presidente de la Corte Suprema Chilena de la época, don Marcos Aburto Ochoa, actuando como tribunal de primera instancia, estableció en su sentencia que se cumplían todos los requisitos para conceder la extradición excepto uno: los medios de prueba debían estar “contemplados en la ley chilena y, además, ser valorados y suficientes, de acuerdo con ella”.

La 3a. Sala de la Corte Suprema, conociendo del recurso de apelación interpuesto en contra de esta sentencia, la confirmó explicitando por qué razón dicho requisito no se cumplía en este caso: “los antecedentes probatorios que

---

10. Véase Ley n° 18.857 del 6 de diciembre de 1989.

11. Artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal.

12. Artículo 484, inciso final, del Código de Procedimiento Penal.

13. Fallos del Mes N° 426, página 263.

se obtuvieron mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes no tienen valor para acreditar ni siquiera una posible confesión extrajudicial (artículo 484 inciso final del Código de Procedimiento Penal), y por ello, aun apreciados en conciencia, no puede dárseles el mérito que lleve a opinar favorablemente la petición en estudio”.

Para armonizar la tradicional desconfianza con que nuestra ley y nuestros jueces han mirado a estas técnicas de investigación con la necesidad de combatir el crimen organizado, se ha desarrollado el criterio de que la utilización de estos mecanismos debe ser tolerada con carácter particular, para la investigación de esa clase de delitos, pero sin concederles una autorización de carácter general. Este criterio ha determinado que estas técnicas hayan ido paulatinamente incorporándose en leyes especiales, sin eliminar las barreras existentes en la legislación común.

Una clara manifestación de este criterio se ha producido en la discusión parlamentaria del proyecto de nuevo Código Procesal Penal<sup>14</sup>. El proyecto original, presentado por el Poder Ejecutivo contemplaba cinco artículos que tenían por objeto autorizar y reglamentar las condiciones bajo las cuales podría decretarse judicialmente la interceptación de comunicaciones telefónicas. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados los rechazó todos, tras considerar que no cabía autorizar el uso de esta técnica para la investigación general de cualquier clase de delitos. Se estimó en la Comisión que “la interceptación de comunicaciones no sólo afecta, sino que “es una invasión completa del campo de la libertad, de la intimidad de la persona”. Y se concluyó, por tanto, que “la interceptación sólo debe ser una medida muy excepcional, que debe otorgarse para la investigación de ciertos delitos específicos, como los de terrorismo, de narcotráfico o en contra de la seguridad del Estado, en las respectivas leyes que los consagren”<sup>15</sup>. Posteriormente, una indicación presentada por el diputado Sr. Sergio Elgueta, tendiente a reponer dichos artículos con algunas modificaciones, fue también rechazada bajo el argumento de que dichas normas “eran para el crimen organizado, para las bandas criminales y que, por lo tanto, debían estar en leyes especiales y no en este Código, de manera genérica y para todo tipo de delitos”<sup>16</sup>.

---

14. El Congreso Nacional chileno se encuentra actualmente discutiendo un proyecto de reforma global al procedimiento penal chileno, que procura reemplazar el actual procedimiento escrito e inquisitivo, en que el juez acumula las funciones de *investigar, acusar y juzgar*, por un procedimiento oral de *corte acusatorio* en el que la investigación estará a cargo de un organismo autónomo denominado “Ministerio Público”, bajo la supervisión de un juez de control de la instrucción, en tanto que el proceso penal propiamente tal se desarrollará ante un tribunal colegiado de juicio oral, a quien corresponderá dictar sentencia. A la fecha de redacción de este trabajo, el proyecto se encontraba en su segundo trámite constitucional habiendo sido aprobado en general, por la Comisión de Constitución del Senado, con fecha 2 de junio de 1998.

15. Adicionalmente, la comisión “consideró que en esta materia se han cometido graves errores y abusos, por lo que no parece razonable conceder a los jueces la facultad de interceptar comunicaciones. El juez de control no es ninguna garantía frente a esta situación”. Se estimó, por otra parte que “La interceptación sólo debe ser una medida muy excepcional, que debe otorgarse para la investigación de ciertos delitos específicos, como los de terrorismo, de narcotráfico o en contra de la seguridad del Estado, en las respectivas leyes que los consagren”. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de fecha 6 de enero de 1998.

16. Sesión 29, miércoles 21 de enero de 1998, páginas 74 a 76.

Coherente con todo lo anterior, el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal, en su texto aprobado por la Cámara de Diputados, no innova en cuanto al reconocimiento expreso de nuevos medios técnicos de investigación<sup>17</sup>. Paradojalmente, sin embargo, el proyecto es mucho menos claro que nuestro actual Código en cuanto a cerrar la puerta a los nuevos medios técnicos de investigación criminal. En efecto, en su actual texto, el proyecto reitera con algunas modificaciones el actual artículo 113 bis, permitiendo que el juez admita medios de prueba que no están expresamente regulados en la ley, tales como “películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe”, instruyendo al juez para que los adecue al medio de prueba más análogo. Si observamos, por otra parte, que el proyecto no reitera la disposición del artículo 484 del actual Código de Procedimiento Penal, resulta que la inadmisibilidad de la prueba obtenida por esta vía resultará mucho menos clara bajo la vigencia del nuevo Código, al punto que, quienes deseen sostenerla, deberán recurrir directamente a argumentos de orden constitucional.

## **b. Autorizaciones de carácter particular**

Las leyes especiales han reconocido el empleo de técnicas intrusivas de investigación criminal, pero de manera bastante restringida, como lo demuestran algunos ejemplos que analizaremos a continuación:

### **1. Ley Antiterrorista** <sup>18</sup>

La Ley Antiterrorista de Chile establece en su artículo 14, inciso 1°, n° 3, que el juez, después de haber sometido a proceso a una persona por alguno de los delitos contemplados en dicha ley, podrá, por resolución fundada “interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica”.

Añade la misma norma que “Asimismo, el Ministerio del Interior, los Intendentes, los Gobernadores y los Comandantes de Guarnición podrán solicitar la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones, registros privados o la observación, por cualquier medio, de personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de la comisión o preparación de delitos que constituyan conductas terroristas”.

Se ha dicho que esta ley sería inconstitucional en la medida que ella autoriza una forma de interceptación de comunicaciones privadas sin señalar *la forma* en que debiera procederse a realizarla<sup>19</sup>. Sin embargo, nuestros tribunales no han mostrado una gran sensibilidad para acoger pretensiones basadas en la inconstitucionalidad de estas técnicas cuando está de por medio la investigación de delitos terroristas.

---

17. La excepción la constituye, el hecho de haberse incorporado, en el título del párrafo 5° del Libro Segundo, la idea de que el registro puede también afectar a “archivos computacionales”.

18. Para facilitar la referencia, denominaremos en este trabajo “Ley Antiterrorista”, a la Ley n° 18.314, del 17 de mayo de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

19. Bofill, Jorge, *op. cit.*, página 103.

En efecto, en el año 1995 nuestros tribunales tuvieron una oportunidad de analizar indirectamente este tema con motivo de la creación del establecimiento penitenciario conocido como Unidad Especial de Alta Seguridad, destinada a albergar a los reclusos de más alta peligrosidad y, en particular, a los condenados por delitos terroristas<sup>20</sup>. Los días 2 y 3 de abril de 1995, aparecieron publicaciones en los diarios *El Mercurio* y *La Epoca* que informaban que, en conferencia de prensa, parientes de personas que se encontraban recluidas en dicha unidad habían declarado que dentro de ella existían micrófonos instalados, quince de los cuales habían sido descubiertos por los reclusos, e incluso algunos de ellos exhibidos a los periodistas. Tras ser reconocido el hecho públicamente por la Ministro de Justicia y el Director de Gendarmería de la época, un grupo de abogados del Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo -CODEPU- interpuso un recurso de protección fundado, entre otras consideraciones, en que la instalación de dichos micrófonos violaba la garantía del artículo 19 n° 5° de la Constitución en cuanto afectaba “el respeto y protección a la vida privada que correspondía a los presos, como también a los parientes y personas que los visitaban...”<sup>21</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago se planteó que el problema consistía en dilucidar “si con la instalación del sistema de escucha, ya descrito, en los lugares de la Unidad Especial de Alta Seguridad que reconoce la recurrida, Gendarmería de Chile<sup>22</sup>, se ha ajustado al ordenamiento jurídico vigente y a las potestades jurídicas de que ha sido dotado y, en su caso, si ha hecho uso razonable de tales elementos”<sup>23</sup>. Tras analizar las funciones que la ley asigna a Gendarmería de Chile, en especial la de “dirigir todos los establecimientos penales del país” y la de “contratar directamente el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación y conservación de los inmuebles donde funcionasen los establecimientos penitenciarios del país...”, la Corte consideró que “en estas condiciones, Gendarmería de Chile ha actuado conforme a sus potestades jurídicas sin que exista tampoco arbitrariedad en su actuar, por cuanto ha velado tanto por la seguridad interior del establecimiento penal de que se trata, destinado a internos calificados como de peligrosidad extrema, como por la integridad física de aquellos que la custodian, previniendo la planificación de ilícitos en el interior del penal...”<sup>24</sup>. Conociendo del recurso de apelación, la Corte Suprema confirmó este fallo sin modificaciones.

Un análisis formalista conduciría inevitablemente a calificar esta sentencia como un error. Aun cuando fuera efectivo que -como se adujo en este caso- dichos micrófonos no hubieran sido nunca puestos en operación, su sola instalación es a lo menos una amenaza al derecho a la privacidad que, conforme a nuestra Constitución, requiere de una ley que lo autorice expresamente y que determine la forma en que se habrá de realizar. Ninguna norma de la Ley

---

20. La Unidad Especial de Alta Seguridad fue creada por Decreto Supremo n° 353 de 25 de febrero de 1994. Dicho decreto entregó su administración y dirección a Gendarmería de Chile.

21. Fallos del Mes n° 440, página 726.

22. Gendarmería de Chile reconoció la instalación de un sistema de escucha, constituido por micrófonos y elementos para la recepción, pero señaló que se había excluido expresamente la Sala de Abogados y las dependencias destinadas a las visitas conyugales. Sostuvo, asimismo, que los micrófonos no habían sido utilizados hasta esa fecha. Fallos del Mes n° 440, página 727.

23. Considerando 2°, Fallos del mes N° 440, página 728.

24. Considerando 7°, Fallos del mes N° 440, página 729.

Orgánica de Gendarmería de Chile, ni de las demás leyes, reglamentos y decretos que cita la sentencia en sus considerandos, facultaban a Gendarmería para instalar estos micrófonos. Por su parte, la única norma de la Ley Antiterrorista al amparo de la cual podría haberse justificado esta conducta era la que faculta para decretar la “observación, por cualquier medio” de los sospechosos de estos delitos, norma que no sólo proporciona una dudosa cobertura a la instalación de micrófonos secretos, sin que, requiere, en cualquier caso, de una previa resolución judicial. Sin embargo, si abandonamos por un momento este análisis formalista, veremos que tras esta resolución de la Corte se encuentra implícita la misma idea que la Cámara de Diputados hacía valer al rechazar las normas sobre interceptaciones telefónicas en el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal: la idea de que este tipo de técnicas intrusivas deben ser aceptadas para la investigación del crimen organizado, y que en tales casos ellas constituyen una legítima limitación al derecho a la privacidad.

## 2. Ley Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes<sup>25</sup>

El artículo 31 de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes establece que el juez que tenga a su cargo la investigación de alguno de los delitos previstos en dicha ley, puede “autorizar la intervención, apertura o registro de las comunicaciones o documentos privados, o la observación, por cualquier medio, de aquellas personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas que intervienen en la preparación o comisión de estos delitos”.

La constitucionalidad de esta norma es claramente discutible, porque la disposición no cumple a cabalidad con el requisito constitucional de establecer *la forma* en que se autoriza esta forma de interceptación de comunicaciones privadas. Apenas se establece en la disposición mencionada que la resolución que decreta la medida debe ser fundada y decretarse por un plazo no superior a veinte días, prorrogable por igual período.

La disposición, sin embargo, superó las objeciones de constitucionalidad formuladas en el Senado, y la aplicación práctica que se ha hecho de ella no ha dado lugar a mayor controversia<sup>26</sup>. En Chile es un hecho público que, desde su entrada en vigencia, se han interceptado y grabado cientos de comunicaciones telefónicas, incluida la muy publicitada conversación entre un ex Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago y un presunto narcotraficante, cuyo texto íntegro fue publicado en los medios de prensa<sup>27</sup>.

---

25. Para facilitar la referencia, denominaremos en este trabajo “Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes” al D.F.L. n° 1 del 18 de octubre de 1995, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la Ley n° 18.403.

26. En el Informe de la Comisión del Senado recaído en este proyecto consta que la constitucionalidad de esta norma fue cuestionada por el Senador Otero, quien “estimó que la redacción del la norma no es adecuada... ya que, en los términos en que está concebida, afectaría garantías constitucionales relacionadas con el derecho a privacidad de las personas, consagrado en el artículo 19 n° 4 de la Constitución Política.”. La disposición fue, sin embargo, aprobada por mayoría de votos. Sesión 17a. Diario de Sesiones del Senado, página 2.702.

27. En la conversación, cuya transcripción fue publicada por los medios de prensa escrita, el presunto narcotraficante Mario Silva Leiva prodigaba al ex Fiscal Marcial García Pica el trato de “padrino”, y le solicitaba su intercesión ante la Corte para obtener la libertad provisional de individuos procesados por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

La poca resistencia que ha provocado esta norma en nuestro medio, a pesar del precedente de la solicitud de extradición *contra Sabina Dufek, Nancy*, que la antecede en apenas un año<sup>28</sup>, pareciera ser otra manifestación del criterio que favorece la utilización de medios de investigación de carácter intrusivo para la investigación de esta clase de delitos.

### **3. Las Excepciones al Secreto Bancario**

Un ejemplo de intromisiones autorizadas que puede resultar menos novedoso en cuanto a la antigüedad de las normas, pero de permanente actualidad en cuanto a su aplicación se encuentra en las disposiciones que consagran excepciones al secreto bancario, motivadas por investigaciones de orden judicial<sup>29</sup>.

El artículo 154 de la Ley General de Bancos establece en nuestro sistema el Secreto Bancario reconociendo en términos generales la posibilidad de que los tribunales requieran información sobre operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en las causas civiles o criminales de que estuvieren conociendo. La norma, que autoriza esta forma de intromisión en el curso de todo tipo de investigación criminal, impide al juez el examen generalizado de las cuentas de una persona, y los Bancos suelen ser celosos en exigir una máxima precisión en la determinación de las operaciones sobre las cuales se solicita la información.

En cambio, el artículo 62 del Código Tributario, establece que la Justicia Ordinaria puede ordenar el examen de las cuentas corrientes bancarias en el caso de procesos por *delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias*, y que el Director del Servicio de Impuestos Internos puede también disponer dicho examen, por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando *infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal*.

La Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, por su parte, establece que el Consejo de Defensa del Estado, en la investigación del delito de lavado de dinero, puede, previa autorización judicial, requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas que sean objeto de la investigación<sup>30</sup>.

Como se aprecia, entonces, el contraste entre la medida de investigación autorizada por la Ley General de Bancos, con carácter general para la investigación

---

28. Véase *supra* nota 13.

29. A la fecha de preparación de este trabajo, se acababa de interponer ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por parte de la Administradora de Tarjetas de Crédito Transbank, un recurso de protección en contra de la notificación n° 76 del Servicio de Impuestos Internos que obligó a la empresa a entregar bajo juramento, la información sobre el detalle de todas las ventas y servicios cancelados con tarjetas Visa, Magna y Mastercard en los establecimientos comerciales, hoteles y restaurantes afiliados a su sistema, realizadas entre el 1° de enero y el 31 de marzo de 1998. Según las informaciones de prensa relativas al caso, el recurrente consideró que, entre otras, la actuación impugnada atentaba contra el derecho a la privacidad de sus clientes al requerir información sobre 7.000.000 de operaciones que estaban sujetas a reserva bancaria. Diario *La Segunda*, 25 de mayo de 1998, página 31; diario *El Mercurio*, 26 de mayo de 1998, Cuerpo B6.

30. Artículo 16, inciso 3° letra d) del D.F.L. n° 1 del 18 de octubre de 1995.

de todo tipo de delitos, y la medida autorizada por el Código Tributario y por la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, para la investigación de delitos de ese orden, deja de manifiesto nuevamente que la ley chilena exige mucho menos requisitos y condiciones para autorizar excepciones al Secreto Bancario cuando se trata de la investigación de formas de crimen invisible sancionados por leyes especiales, que cuando se trata de delitos de carácter general.

Lo anterior es, a nuestro juicio, otra manifestación del criterio imperante acerca de la admisibilidad de estos medios en nuestro sistema legal.

### III. EL PROBLEMA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL

Hemos visto en la parte anterior de este trabajo que la admisión de nuevas técnicas de investigación criminal en las leyes chilenas, plantea problemas de constitucionalidad básicamente porque no se ha cumplido a cabalidad con la exigencia de determinar *la forma* en que las comunicaciones privadas pueden interceptarse, según lo dispone el artículo 19 n° 5° de la Constitución.

La preocupación, sin embargo, no está limitada a la interceptación de comunicaciones privadas sino a todas las técnicas de investigación que, de algún modo, se consideran usualmente como atentatorias contra el derecho a la vida privada, garantizado por el artículo 19 n° 4° de la Constitución. En efecto, resulta evidente que, aun cuando esta disposición constitucional no incorporó la exigencia de que los casos y formas de limitación de esta garantía sean determinadas por ley, tal omisión no puede considerarse significativa de una menor protección constitucional<sup>31</sup>. Cualquier acto de intromisión estatal que vulnerara el derecho a la privacidad caería bajo la sanción de nulidad de derecho público prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución y daría lugar a la acción constitucional de protección contra actos ilegales o arbitrarios, prevista por el artículo 20.

Así, por lo demás, ha quedado en evidencia en la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el inciso 3° del artículo 16 de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, que facultaba al Consejo de Defensa del Estado, *sin autorización judicial previa*, para recoger e incautar documentos y otros antecedentes probatorios, y para requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas al secreto o reserva en la investigación de delitos de lavado de dinero<sup>32</sup>.

---

31. Por el contrario, Kelsen considera que el requerimiento de una ley común no constituye una exigencia adicional, sino que una verdadera desprotección de la garantía constitucional. En su concepto, para que exista una efectiva protección de los derechos de libertad, es necesario que para su regulación se exija una ley constitucional formal, de manera que la modificación de las normas reguladoras de esos derechos requiera, por ejemplo, un quórum especial. Para Kelsen, “la garantía constitucional desaparece desde el momento que la constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad”. Kelsen, *Teoría General del Estado*, (traducción de Legaz Lacambra), 1934, página 204. Citado por López Barja de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1989, página 154.

32. Entre las consideraciones que llevaron al Tribunal Constitucional a adoptar dicha decisión se estimó que la norma infringía “la garantía que contempla el n° 5 del artículo 19 de la Constitución, que establece conjuntamente con el n° 4, lo que la doctrina ha denominado el derecho a la intimidad de que gozan las personas y su familia”. El fundamento de la sentencia fue que la norma analizada “no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni

Ahora bien, si hemos de analizar la situación de Chile en relación con los mecanismos de control de las técnicas intrusivas autorizadas por la ley, tendríamos que comenzar por constatar una gran diferencia en cuanto al grado de control establecido para las técnicas tradicionales (entrada y registro en lugar cerrado, retención, apertura y registro de correspondencia) y los nuevos medios técnicos de investigación criminal.

Basta comparar las disposiciones de los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal con las normas especiales contenidas en la Ley Antiterrorista y en la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, para observar que existe una regulación mucho más minuciosa, detallada y completa de las técnicas de investigación tradicionales, que de las no tradicionales.

Un ejemplo extremo de la desregulación existente respecto a los nuevos medios de investigación del crimen organizado se encuentra en dos técnicas que, si bien, no son *per se* atentatorias contra el derecho a la privacidad, constituyen una vía indirecta sumamente fecunda de ataques a la intimidad en el desarrollo de una investigación criminal: me refiero a la utilización de agentes encubiertos y de informantes, técnicas que la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes acogió de lleno en nuestro sistema por la simple vía de definir las, pero sin regularlas de manera alguna<sup>33</sup>.

No obstante lo anterior, pensamos que, de un estudio relacionado de la normativa existente, podemos llegar a establecer a lo menos la existencia de dos condiciones comunes en la autorización de los medios que afectan el derecho a la privacidad. Estas condiciones pueden ser consideradas como mecanismos de control generalmente aceptados en nuestro país, y marcan una tendencia acerca de las posibles regulaciones futuras de las nuevas técnicas intrusivas de investigación criminal. Son las siguientes:

### ***1) La autorización judicial***

Las técnicas de investigación que amenazan directamente el derecho a la privacidad requieren, para su utilización, por regla general, de una resolución judicial previa que autorice su empleo.

Así, por ejemplo, sucede generalmente con la entrada y registro en lugar cerrado (artículo 156 del CPP); el registro de libros y papeles de contabilidad

---

los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, en las que deben actuar los funcionarios del servicio autorizado para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios y objetos que estimen necesarios para la investigación. Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está 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". Considerando 10º, letra c) de la sentencia. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Segunda Parte, Sección Sexta, página 7.

33. La única norma referida a estas técnicas se encuentra contenida en el artículo 34 de la Ley, que no tiene por objeto regularlas, sino limitar la posibilidad de conceder conocimiento del sumario cuando éste sea peligroso para la seguridad de los agentes encubiertos y de los informantes. Esta desregulación contrasta, por ejemplo, con el modelo argentino contenido en la Ley n° 24.424 de 9 de enero de 1995, que admitió la utilización de agentes encubiertos proporcionando una solución legislativa a la mayoría de los problemas que esta técnica conlleva, como por ejemplo, el establecimiento de una causal de justificación especial para los delitos cometidos por el agente en el desempeño de su rol.

(artículo 169 CPP); el registro de los vestidos que actualmente lleve una persona (artículo 175 CPP); la retención, apertura y registro de la correspondencia privada (artículos 176 y 178 CPP); la obtención de copias de comunicaciones transmitidas a través de empresas de comunicación (artículo 177); las interceptaciones de comunicaciones privadas autorizadas por la Ley Antiterrorista (artículo 14 Ley n° 18.314); la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes (artículo 31 DFL n° 1 de 1995) y la posibilidad de requerir información protegida por el secreto bancario (artículo 154 de la Ley General de Bancos y artículo 16, inciso 3°, letra d) de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes).

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico reconoce también varias excepciones a esta regla: así, por ejemplo, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en caso de delito flagrante y siempre que hubieren fundadas sospechas de que responsables del delito se encuentran en un determinado lugar, pueden proceder a la entrada y registro sin previa orden judicial (artículo 156 inciso 3° CPP); el Director de Impuestos Internos está autorizado para disponer el examen de cuentas corrientes en la investigación de delitos tributarios sancionados con pena corporal (artículo 62 inciso 2° del Código Tributario); y la intervención de agentes encubiertos requiere solamente la autorización de “sus superiores”, sin intervención judicial alguna (artículo 34 DFL n° 1 de 1995).

A pesar de estas excepciones, nos parece que la autorización judicial previa se ha ido asentando en Chile como un mecanismo de control ineludible para proteger el derecho a la privacidad de las intromisiones estatales no deseadas, en la medida que las normas de excepción se han interpretado tradicionalmente en forma restrictiva y se ha comenzado últimamente a cuestionar su constitucionalidad.

Un ejemplo de interpretación de estas disposiciones en forma restrictiva se encuentra en un recurso de protección fallado en el año 1980, en el cual se analizó el alcance del artículo 62 inciso 2° del Código Tributario, que dispone que el Director de Servicio de Impuestos Internos puede disponer el examen de las cuentas corrientes cuando se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal. La Corte Suprema, analizando el artículo 1° n° 10 del Acta Constitucional n° 3 -que corresponde a los actuales artículos 19 n° 4° y 5° de la Constitución- consideró que esta facultad era privativa del Director de Impuestos Internos y que no podía, por tanto, ser *delegada* en los directores regionales del Servicio. Declaró, en consecuencia, que el decreto emanado del Director Regional Metropolitano de Santiago, autorizando el examen de las cuentas corrientes de la recurrente había “vulnerado la garantía constitucional de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, ya que sus documentos privados únicamente pueden registrarse en los casos y en la forma determinados por la Ley”<sup>34</sup>.

Un ejemplo del cuestionamiento actual de estas normas puede encontrarse en el fallo del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el inciso 3° del artículo 16 de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, que facultaba al Consejo de Defensa del Estado para recoger e incautar documentos y otros antecedentes probatorios, y para requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras

---

34. *Gaceta Jurídica*, n° 32, año 1980, página 40-44.

operaciones sujetas al secreto o reserva en la investigación de delitos de lavado de dinero, sin previa autorización judicial<sup>35</sup>. Aunque el requerimiento de la autorización judicial se fundamentó aquí en la muy discutible opinión de que tales actuaciones tenían un carácter jurisdiccional y no podían, por tanto, ser asignadas a un servicio público como el Consejo de Defensa del Estado<sup>36</sup>, lo cierto es que su resultado fue el de incorporar la necesidad de autorización judicial previa a las nuevas medidas técnicas de investigación de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, dejando de paso la puerta abierta al cuestionamiento de la constitucionalidad de otras normas que facultan a autoridades administrativas para adoptar por sí mismas medidas de investigación que atentan contra el derecho a la privacidad.

## **2) La motivación**

Un segundo elemento que surge con gran generalidad en la mayoría de las técnicas intrusivas autorizadas por la ley chilena, tiene que ver con las razones que motivan la utilización de la medida. La ley chilena no autoriza al juez para decretar sin más, dentro de las actuaciones ordinarias de la investigación criminal, el empleo de estas técnicas, sino que requiere que existan, a lo menos, indicios de su utilidad y de la responsabilidad penal del afectado. En doctrina, estos requerimientos se asocian al denominado *principio de proporcionalidad* según el cual sólo deben aceptarse intromisiones estatales en la vida privada de las personas en la medida que exista una debida relación entre el derecho afectado y la necesidad de la medida para el éxito de la investigación criminal.

Así, por ejemplo, la entrada y registro en lugar cerrado requiere que haya *indicio* de encontrarse allí el inculpado o procesado, o efectos o instrumentos del delito, o libros, o papeles o cualesquiera otros objetos que puedan servir para descubrir un delito o comprobarlo (artículo 156 inciso 1° CPP); cuando se autoriza a la policía para realizar esta diligencia sin previa orden judicial, el requisito se eleva a *fundadas sospechas* de que los responsables del delito se encuentran en el lugar (artículo 156 inciso 3° CPP); el registro de libros y papeles de contabilidad requiere la existencia de *indicios graves* de que de esta diligencia ha de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa (artículo 169 CPP); el registro de los vestidos que actualmente lleve una persona requiere que haya *indicios* para creer que ocultan en ellos objetos importantes para la investigación o comprobación de un delito (artículo 175 CPP); la retención, apertura y registro de correspondencia sólo se puede decretar cuando “se pueda *presumir* que su contenido tiene importancia para la investigación” (artículo 176 CPP); la interceptación, apertura y registro de comunicaciones autorizadas por la Ley Antiterrorista sólo puede autorizarse en contra del procesado por uno de estos delitos (es decir, aquel contra quien existen *presunciones* fundadas de

---

35. Véase *supra* nota 31.

36. Véase, al efecto, voto disidente de los Ministros señores Luz Bulnes Aldunate y Juan Colombo Campbell, seguido del comentario a este fallo de Raúl Tavolari Oliveros, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Segunda Parte, Sección Sexta, página 8-14.

participación) y las mismas medidas o la “observación por cualquier medio” autorizadas respecto de terceros en esa misma ley y en la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, sólo pueden decretarse cuando existan *fundadas sospechas* de su participación en la comisión o preparación de esos delitos (artículo 14 Ley n° 18.314 y artículo 31 del DFL n° 1 de 1995).

Las dos condiciones antes anotadas pueden parecer débiles en ausencia de otros requisitos, especialmente por la indefinición que existe, en nuestro sistema, en torno al significado de los términos que emplea la ley como requisitos de motivación de la medida. Sin embargo, ellas constituyen el punto de partida para una futura regulación de las técnicas de investigación no tradicionales y -en un sistema procesal preocupado de la admisibilidad de la prueba- deberían provocar el desarrollo de criterios jurisprudenciales que permitan dotar de contenido real a las exigencias de motivación establecidas por la ley.

#### IV. EL PROBLEMA DE LAS SANCIONES

El problema final que corresponde resolver cuando nos encontramos frente a técnicas de investigación criminal que afectan nuestro derecho a la privacidad, es el de las sanciones que vamos a aplicar una vez que determinemos que se ha utilizado una técnica no autorizada por el ordenamiento jurídico, o sin respetar los mecanismos de control establecidos por la ley.

El problema es tan importante, que la discusión en torno a la admisibilidad de los medios de prueba o a los mecanismos de control más adecuados pierde prácticamente todo sentido si no resolvemos, conjuntamente, qué reacción adoptará el ordenamiento jurídico ante la producción de prueba ilegal.

Por lo pronto, digamos que la generalidad de los ordenamientos jurídicos consideran sanciones de orden civil, administrativo y penal para los funcionarios estatales que, violando las disposiciones constitucionales y legales, utilicen técnicas de investigación criminal no admitidas o sin respetar los mecanismos de control. En Chile, por ejemplo, no cabe duda, que si un funcionario policial o administrativo realizara un registro y entrada en lugar cerrado o interceptara correspondencia en casos no autorizados por la ley, sería posible sancionarlo por el delito de violación de domicilio o de correspondencia, previstos por los artículos 155 y 156 del Código Penal, respectivamente. Más aun, en ciertos casos la ley ha establecido sanciones penales específicas para el abuso de poder en el ejercicio de las atribuciones conferidas para la interceptación, apertura o registro de comunicaciones, como sucede en el artículo 31 de la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y en el artículo 14 de la Ley Antiterrorista.

El problema, entonces, no consiste en determinar si éstas intromisiones ilegítimas deben o no ser sancionadas por esta vía, sino en determinar si ellas constituyen una protección *suficiente* al derecho a la privacidad reconocido por la Constitución.

Quienes consideran que lo son, postulan que la prueba ilícitamente obtenida debe ser admitida en el proceso penal y debe permitirse al juez apreciarla, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron la prueba de esa manera. Como explica Serra Domínguez -quien no comparte esta tesis- los partidarios de esta posición consideran que “la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso, y resultaría contradictorio prescindir

de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso”<sup>37</sup>. Muñoz Sabaté es probablemente quien ha explicado de la forma más gráfica el punto de vista de los partidarios de esta tesis, al argumentar que “el carácter expoliativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los museos de Londres y de París no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schilemann, un Champollion o un Howard Carter”<sup>38</sup>.

Quienes consideran que tales sanciones no son protección suficiente del derecho a la privacidad, postulan que la prueba ilícitamente obtenida no debe ser admitida al proceso, porque las limitaciones que han sido infringidas por la ley están establecidas en consideración de intereses superiores al de la búsqueda de la verdad en el procedimiento penal. En los Estados Unidos, la regla de exclusión de prueba fue establecida para el sistema federal de justicia criminal en *Weeks v. United States*<sup>39</sup>, pero sólo a partir del caso *Mapp v. Ohio*<sup>40</sup> se consideró que ésta era también una exigencia constitucional en los sistemas de justicia criminal de los estados. Es interesante observar que en *Weeks*, la Corte consideró que la prohibición de usar la evidencia en el sistema federal se derivaba directamente del derecho a ser protegido en contra de arrestos, allanamientos o embargos ilegales consagrado en la Cuarta Enmienda, que tradicionalmente ha sido considerado como la consagración constitucional del derecho a la privacidad. En *Mapp*, la regla se extendió a los estados en consideración a que el derecho a la privacidad de la Cuarta Enmienda había sido declarado exigible a los estados a través de la garantía del debido proceso consagrada en la enmienda Decimocuarta. La regla de exclusión de prueba en los Estados Unidos se justifica usualmente en el propósito de disuadir a la policía de actuaciones ilegales en la producción de la prueba. Otra justificación menos mencionada, es que las sanciones previstas para los infractores de las normas de producción de pruebas no se aplican efectivamente, entre otras razones porque en los sistemas acusatorios son los Fiscales -es decir, los propios responsables de la producción o interesados en la admisibilidad de la prueba ilegal- los llamados a instruir procesos para la aplicación de estas sanciones. El juez Murphy, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, resumió esta idea en una línea, en el voto disidente pronunciado en *Wolf v. Colorado*<sup>41</sup>, pronunciado doce años antes de *Mapp*: “No hay sino una alternativa a la regla de exclusión. Que no haya ninguna sanción en absoluto”.

Algunos autores han defendido posturas intermedias en relación con el problema de la admisibilidad de la prueba ilegal. Entre ellas merece destacarse la *teoría de la ponderación de intereses en conflicto*, según la cual “el interés

---

37. Serra Domínguez, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, tomo 16, volumen 2, 1981, página 89, n. 27 y en “El derecho a la prueba en el proceso penal español”, en el libro *Homenaje a Jaime Guasp*, 1984, Citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, página 88.

38. Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, 1967, página 80. Citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, página 87

39. 232 U.S. 383 (1914).

40. 367 U.S. 643 (1961).

41. 338 U.S. 25 (1949).

público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales”<sup>42</sup>. Por esta razón, “solamente cuando los derechos afectados por la ilegitimidad ostenten carácter constitucional, se producirá una colisión de derechos de idéntico rango, que habrá de ser resuelta atendiendo a diversos criterios, entre los que figuran la categoría del derecho fundamental afectado y las circunstancias que concurren en la violación”<sup>43</sup>.

En Chile, no existe actualmente una regla *general* de exclusión de prueba propiamente dicha. Existen eso sí, reglas de apreciación de la prueba que imponen al juez ciertas condiciones para que pueda reconocer pleno valor a la prueba rendida, pero generalmente dichas condiciones tienen que ver con una preocupación por la veracidad de la prueba producida y no con la intención de proteger garantías constitucionales que pudieren haber sido afectadas<sup>44</sup>.

Nuestra jurisprudencia tampoco ha generado una regla de exclusión de prueba, y resulta llamativa la inexistencia de fallos que se hayan pronunciado siquiera sobre alguna pretensión de que prueba ilegítimamente producida ante los tribunales chilenos sea excluida del proceso<sup>45</sup>.

La forma en que los excesos policiales y judiciales se enfrentan habitualmente en Chile, queda bastante bien reflejada en el recurso de protección caratulado *Rodríguez Portell, Mónica con Juez de Letras de Quilpué y otros*, fallado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 21 de junio de 1990. La recurrente sostuvo que el 7 de mayo de ese año, se habían presentado en su domicilio un funcionario del juzgado, acompañado de funcionarios policiales y de un perito fotógrafo, quienes le habían mostrado un papel, pretextando que era una orden judicial, y habían procedido luego a tomar fotografías de su vivienda y a retirarle toda su documentación. La afectada interpuso el recurso de protección sosteniendo, entre otras, la existencia de violaciones al principio del debido proceso y al respeto de su vida privada, y solicitando que la Corte adoptara varias medidas en protección de sus derechos. Todas esas medidas, sin embargo, tenían por exclusivo objeto impedir nuevas intrusiones futuras, sin cuestionar la validez de la prueba ilegalmente obtenida. La Corte en su fallo, tras constatar que la diligencia había obedecido al cumplimiento de una resolución judicial ordenada en un proceso criminal, señaló que: “si bien durante su desarrollo no fueron observadas, a cabalidad, las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, no es ello suficiente para estimar la protección solicitada, tanto porque dicha diligencia ya fue cumplida y, por ende, no es oportuno dejarla sin efecto, cuanto porque toda la situación de hecho que pesa sobre el Hogar de la recurrente se encuentra sometida a la jurisdicción disciplinaria de la Corte quien, obviamente, arbitrará los medios

---

42. Pastor Borgoñon, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, R. Just., 86, 2, página 337 y siguientes. Citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, página 109.

43. Sainz de Robles y Albacar, “El derecho a la prueba”, en *Primeras jornadas de derecho judicial*, 1983, página 593 y siguientes. Citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, página 110.

44. Ver artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

45. Como vimos anteriormente, nuestros tribunales sí se han pronunciado por desconocer valor probatorio a prueba producida en el extranjero pero no reconocida en Chile, en la causa caratulada *contra Sabina Dufek, Nancy*, fallada en el año 1994. Véase *supra* nota 13.

para que las futuras diligencias sumariales que puedan llevarse a cabo por el Juez del Crimen de Quilpué sean realizadas con observancia estricta de las normas procesales vigentes, de modo que ya está resguardada la debida protección de la afectada y restablecido el imperio del derecho que es, precisamente, el objeto del recurso de protección<sup>46</sup>.

La inexistencia de reglas de exclusión de prueba no puede llamar la atención en un sistema procesal penal como el chileno, en que el juez desempeña al mismo tiempo los roles de investigador-acusador, juez de control de la instrucción y juez sentenciador. Como correctamente observa Damaska, para ser efectiva la exclusión de prueba considerada inadmisibile, su eliminación debe ocurrir antes del proceso propiamente tal y no dejar huellas en la documentación disponible a quien decidirá sobre los hechos. Si esto no se cumple en los tribunales unitarios continentales, porque la exclusión de la prueba se transforma en realidad en una mera exclusión mental de los fundamentos de la decisión<sup>47</sup>, con menor razón podría tener efectividad alguna en Chile, donde el juez que determina la admisibilidad de la prueba es la misma persona que la ha producido y que, en definitiva, deberá apreciar su valor probatorio.

Afortunadamente, el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal en actual tramitación ante el Congreso Nacional viene a poner remedio no sólo a la estructura kafkiana de nuestro actual procedimiento penal y de nuestra actual organización judicial, sino que ha contemplado expresamente una regla de exclusión de prueba ilícita, que prescribe que el juez de *control* de la instrucción, en la audiencia de preparación del juicio oral, no admitirá como pruebas a rendirse en la audiencia oral las que “provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas” ni “aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. El proyecto parece haber acogido así la teoría intermedia de *la ponderación de intereses en conflicto* para resolver el problema de la exclusión de prueba, lo que debiera generar, en el futuro, una intensa jurisprudencia en torno a los alcances de la tensión entre las técnicas de investigación criminal y el derecho a la privacidad.

## V. CONCLUSIONES

La tensión entre el derecho a la privacidad y la necesidad de cumplir la ley en materia criminal, está comenzando a plantear problemas jurídicos de importancia en Chile, debido a que los nuevos fenómenos de criminalidad que el país enfrenta requieren el empleo de técnicas de investigación de carácter intrusivo, desconocidas hasta ahora por el ordenamiento jurídico chileno.

Un examen de los medios admitidos permite apreciar que existe un criterio que favorece el empleo de estas técnicas de investigación de carácter intrusivo para la investigación de delitos sancionados en leyes especiales orientadas al combate del crimen organizado, pero que los legisladores y jueces chilenos no favorecen la autorización general de estas técnicas para la investigación de todo tipo de delitos.

---

46. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Segunda Parte, Sección Quinta, página 138.

47. Damaska, Mirjan R., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, páginas 47-52.

Los mecanismos de control establecidos en Chile son mucho más fuertes respecto de las técnicas de investigación tradicionales que de las no tradicionales, planteándose serios problemas en cuanto a la constitucionalidad de estas últimas técnicas en cuanto no se han regulado adecuadamente los casos y las formas en que se autoriza la limitación al derecho a la privacidad de los afectados.

Cualquier regulación de la técnicas intrusivas de investigación criminal debiera concentrarse en el perfeccionamiento de los mecanismos de control partiendo de la base de que en Chile se consideran mecanismos generalmente aceptados la autorización judicial previa y las exigencias de motivación de la resolución, cuyo alcance resulta sin embargo impreciso.

El desarrollo futuro de la problemática en Chile pasa por la aprobación del proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal, y por el establecimiento de reglas de exclusión de prueba operativas que garanticen que los agentes del sistema de justicia criminal respetarán, en la investigación de los delitos, el derecho a la privacidad. La implementación de estas normas debiera generar un intenso debate jurisprudencial acerca de los límites impuestos al Estado en la protección de este derecho.