

J. Carlos Lara, Carolina Pincheira & Francisco Vera

La privacidad dentro del sistema de persecución penal en Chile

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Constanza Figueroa

Corrección: Vladimir Garay

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra, hacer obras derivadas y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra y, en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 833005I.

+56 2 2702 7108

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

Índice

	Introducción	5
I.	La persecución penal en Chile	7
I.1.	Los sistemas procesales penales vigentes en Chile	7
I.1.1.	El proceso antiguo: Código de Procedimiento Penal	7
I.1.2.	El proceso penal actual: Código Procesal Penal	8
I.2.	Normativa aplicable	9
I.2.1.	Constitución Política	9
I.2.2.	Código Penal	10
I.2.3.	Leyes Especiales	10
I.3.	Los principios del procedimiento en materia procesal penal	11
I.4.	Órganos que intervienen en la persecución penal	12
I.4.1.	Ministerio Público	12
I.4.2.	Policías	15
I.4.3.	Tribunales	15
I.5.	Desarrollo del proceso penal	16
2.	Aspectos constitucionales y legales de la protección de la vida privada	18
2.1.	Aspectos constitucionales	18
2.2.	Aspectos legales	19
2.2.1.	Código Procesal Penal	19
2.2.2.	Código Penal	19
2.2.3.	Ley sobre delitos informáticos	21
2.2.4.	Sistema de inteligencia estatal	21
2.2.5.	Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad	23
2.2.6.	Tráfico de estupefacientes	23
2.2.7.	Libre competencia	24
2.2.8.	Código del Trabajo	24
2.2.9.	Proyectos de ley	25
3.	Medidas intrusivas de investigación en el proceso penal	27
3.1.	Interceptación de comunicaciones privadas	27
3.2.	Entrada y registro	30
3.3.	Exámenes corporales y médicos	31
3.4.	Exhumación	32
3.5.	Prueba caligráfica	32

3.6.	Incautación de objetos y documentos	32
3.7.	Retención e incautación de correspondencia	33
3.8.	Control de identidad	34
3.9.	Correo electrónico y su uso en juicio	34
3.10.	Declaración reiterativa: la revictimización	36
4.	Jurisprudencia y temas relevantes	38
4.1.	La vigilancia preventiva	38
4.2.	Bases de datos de delincuentes	39
4.3.	El caso de la “Doctora Cordero”	40
4.4.	El “Caso Bombas”	41
4.5.	Control de identidad, detención y vida privada	41
4.6.	Correos de funcionarios públicos	42
4.7.	Violación de privacidad de las cuentas de Internet	43
4.8.	Violación de privacidad en el Ejército	43
	Conclusiones	44
	Bibliografía consultada	46

La privacidad dentro del sistema de persecución penal en Chile

Policy paper

ONG Derechos Digitales

Introducción

En una sociedad democrática, el resguardo de los derechos humanos requiere hacerse cargo de su respeto en todos los ámbitos de la acción pública. Entre ellos, el quehacer del aparato estatal en la investigación y persecución de aquellos actos que la sociedad ha determinado como merecedores de sanción, por afectar esos mismos derechos fundamentales. Pero la vida en sociedad exige una ponderación de dichos interés: no es legítimo afectar totalmente uno en desmedro de otro, sino en la medida en que exista justificación, en abstracto y en concreto.

Los intentos por hacer eficiente la persecución penal a través de la regulación, en ocasiones, se contradicen con el sistema de garantías y principios fundamentales desarrollados para la generalidad de la legislación de manera uniforme. En las páginas siguientes desarrollaremos un estudio sobre los problemas de privacidad que plantea la lucha contra el crimen en Chile, para lo cual deben analizarse tres aspectos centrales.

Un primer punto relevante es el constituido por el marco legal vigente, aplicable a delitos relacionados con la privacidad y actos reñidos con la garantía constitucional de la vida privada y en especial con las normas que contemplan procedimientos para su resguardo y legalidad, tanto a nivel constitucional como también legal y reglamentario. De manera conjunta, se cubrirá la necesidad de reconocer el avance jurisprudencial y las modificaciones eventuales a los procedimientos existentes.

Otro aspecto está constituido por la forma en que el plan estratégico del Ministerio Público, órgano encargado de la persecución penal, se ocupa de los problemas de privacidad derivados de situaciones constitutivas de delito. Así, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público le entrega al Fiscal Nacional la atribución de fijar sus criterios de actuación para el cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales. Esas pautas acercan a la práctica la obligación de ponderar entre la persecución y los derechos de las personas involucradas en la investigación.

Finalmente, corresponde realizar un examen sobre la adecuada protección de la privacidad existente en el país, con miras a futuras comparaciones con aspectos relevantes del derecho extranjero y el correspondiente planteamiento de desafíos en materia legislativa.

Para desarrollar los puntos anteriores es necesario conocer de forma general los sistemas procesales penales que conviven hoy en Chile, con especial énfasis en el sistema procesal penal vigente desde el año 2000, los principios que informan este procedimiento, la visión sobre la persecución penal y los principales sujetos encargados de la persecución, con el objetivo de contextualizar el plano en que puede ser desarrollada la legislación existente y aquella que pueda constituirse como proyecto de ley. Luego, es relevante el desarrollo de las leyes generales y especiales, creadas con el propósito de establecer criterios de actuación con fundamento en la protección de los derechos constitucionales contemplados en el artículo 19 n° 4 y 5 de la carta fundamental. Finalmente, dentro de un examen de aplicación real y contingente, debe ser desarrollada la jurisprudencia pertinente y las discusiones tendientes al avance y modificación normativa.

I. La persecución penal en Chile

I.I. Los sistemas procesales penales vigentes en Chile

Actualmente en nuestro país conviven dos sistemas procesales en materia penal: el denominado “antiguo”, que se rige por el Código de Procedimiento Penal, aplicable a aquellas causas iniciadas durante su vigencia y cuya tramitación aún se encuentra pendiente; y el “nuevo”, al amparo del Código Procesal Penal, que entró en vigencia de manera gradual a contar del año 2000, completándose dicho proceso en 2005.

Sobre el particular, cabe señalar que la doctrina nacional¹ ha distinguido fundamentalmente tres sistemas de persecución penal, a saber: el sistema acusatorio, el inquisitivo y el inquisitivo reformado o mixto. A modo general, el sistema acusatorio se caracteriza por la existencia de una audiencia oral, inmediata, pública y contradictoria, donde el juez debe escuchar a un fiscal, encargado de investigar y acusar, y a un defensor del acusado, quien tiene el carácter de sujeto de derechos. El sistema inquisitivo es caracterizado por la existencia de un procedimiento escrito, discontinuo, no contradictorio e impugnado solo de forma excepcional, donde el juez conduce la investigación con carácter secreto; posteriormente entabla la acusación contra quien será objeto de persecución y lo juzga. Finalmente, el sistema inquisitivo reformado o mixto establece la persecución penal por el Ministerio Público o por el juez, y un procedimiento consistente en una investigación preliminar, una audiencia intermedia y un juicio oral, cuyo fallo, basado en la apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, es impugnado excepcionalmente.

I.I.I. El proceso antiguo: Código de Procedimiento Penal

Hasta el año 2000 la persecución penal en Chile se encontraba reglada fundamentalmente en el Código de Procedimiento Penal de 1906. El mensaje que introdujo la ley de reforma hizo mención a tres sistemas comparados existentes a la fecha: el juicio por jurados, el juicio oral y el de prueba escrita. Se descartó el primero, por la falta de ciudadanos competentes para el desempeño de la labor jurisdiccional en calidad de colaboradores; y se descartó el segundo, a pesar de ser deseable, por la cantidad de jueces y auxiliares de la administración de justicia requeridos para la substanciación de procedimiento.

Como consecuencia, el Código de Procedimiento Penal introdujo un sistema de base inquisitiva, escrito, secreto y basado en un expediente, cuya investigación y juzgamiento se encuentran concentradas en un mismo juez. Sus etapas ca-

.....

¹ En este sentido, Horvitz y López (2007).

racterísticas son: el sumario, en la cual se desarrolla la investigación con apoyo de la policía y, si es procedente, la acusación fundada concretada en el auto de procesamiento, generalmente acompañada de la prisión preventiva como medida cautelar; con posterioridad, la etapa del plenario, en que se contrastan las pruebas reunidas por el juez y las defensas del procesado o reo; y, finalmente, la sentencia.

El sistema inquisitivo y de prueba escrita fue duramente criticado, entre otras razones, porque en su tramitación el juez es capaz de formarse una convicción desde la etapa sumaria, guiando la investigación sobre los puntos que cree son correctos, arrastrando hasta el fallo esa convicción interna. Es decir, quien tramita conlleva un prejuicio sobre el resultado eventual, pudiendo incluso guiarse por ese prejuicio. En contrario, quienes defienden el sistema de prueba escrita señalan que el juez jamás dejará llevarse por las pasiones o por meras impresiones, siendo la única persona preparada para formar un juicio exacto de la verdad: en caso de no permanecer imparcial, su decisión se encuentra sujeta a la revisión de los tribunales superiores.

Con todo, las mayores críticas a este antiguo procedimiento penal hacían referencia a que vulneraba el derecho a un juicio público -ya que se trataba de un procedimiento secreto y escrito, de corte inquisitivo e inspiración colonial-, como también el derecho a defensa del imputado y la presunción de inocencia, todos ellos derechos humanos reconocidos en tratados internacionales vigentes en Chile.²

1.1.2. El proceso penal actual: Código Procesal Penal

La adecuación del sistema procesal penal chileno en materia política y económica, concretada en la Ley 19.696, tiene fundamento en los cambios del país en materia democrática, el énfasis en el respeto a los derechos humanos, la privatización de la actividad productiva, el rol regulador del Estado y la economía de mercado. A partir de estos cambios, parecía necesaria la creación de un sistema capaz de resolver un número creciente y variado de litigios, que requieren una resolución rápida y eficaz, con características de accesibilidad, imparcialidad, igualdad y maximización de garantías.

El mensaje que acompañó el ingreso del proyecto del actual Código Procesal

.....

2 “El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen I, Aspectos Jurídicos.” Cristián Riego. 1994. http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/especiales/CAJ_n04_Serie_Publicaciones_Especiales.pdf

Penal³ explica los órganos del sistema propuesto y del procedimiento ordinario, que contempla una etapa de instrucción, una audiencia preparatoria del juicio y el juicio propiamente tal, de carácter oral, cuyo detalle será abordado en extenso más adelante.

La existencia de este nuevo procedimiento penal supuso la implementación de una serie de principios relacionados con la igualdad ante la ley y el debido proceso, incluso mediante reforma constitucional. Al mismo tiempo, puso en vigencia el Código Procesal Penal, cuyo primer título consagra una serie de principios que sirven como garantías mínimas que guían el curso del proceso penal, en estrecha relación con principios y derechos constitucionales.

Para efectos del presente informe - sin perjuicio de la subsistencia del sistema antiguo respecto de las causas judiciales en las que es aplicable y atendida su progresiva pérdida de relevancia, dado de su paulatino reemplazo - el objeto de estudio será el sistema del Código Procesal Penal.

I.2. Normativa aplicable

Cabe señalar que, además del Código del ramo que aborda su ordenamiento, al proceso penal resultan aplicables las siguientes normas:

I.2.1. Constitución Política

En ella se regula el principio del debido proceso (artículo 19 número 3) a través de la garantía de igualdad en la protección legal de los derechos de las personas, estableciendo como aspectos relevantes el derecho a la defensa, la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales, el proceso previo y legalmente tramitado y una investigación racional y justa, la imposibilidad de presumir de derecho la responsabilidad penal, la aplicación de ley anterior a la comisión de delitos, salvo que favorezca al afectado, y el principio de legalidad. Conceptualmente, puede caracterizarse como un conjunto de estándares mínimos para que una decisión judicial produzca plenos efectos, respetando las garantías fundamentales.

En relación a la mencionada garantía del debido proceso, cabe mencionar la prueba ilícita, que puede caracterizarse en términos generales como aquella que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

El ordenamiento jurídico chileno no contempla una definición concreta, pero la trata a propósito de la exclusión de la misma. Así por ejemplo, el Código Procesal Penal consagra en el artículo 295 la libertad de prueba, en relación al 276 inciso

.....

3 Biblioteca del Congreso Nacional (2000).

3º, que faculta la exclusión de aquellas pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Son relevantes a este respecto algunos procedimientos del mismo cuerpo normativo, tales como el procedimiento de registro, las copias y la interceptación de las comunicaciones, protegidos por un criterio garantista, caracterizado por la autorización judicial previa para su validez.

La carta fundamental, en el inciso 2º del artículo 5º, garantiza el respeto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En estos acuerdos se establece el debido proceso, a través de la consagración del derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y el derecho de las personas a ser oídas públicamente por un tribunal competente, imparcial, establecido por ley y con las debidas garantías. Otros resguardos son la presunción de inocencia, el derecho a defensa, la igualdad en el ejercicio de los derechos y la información general del estado del proceso.

La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, que obliga a los miembros de la Organización de los Estados Americanos, contempla reglas comunes para la asistencia penal mutua en investigaciones, juicios y actuaciones referentes a delitos cuyo conocimiento compete al Estado requirente, considerando la notificación de ciertas resoluciones y personas; la recepción de diligencias y testimonios; la práctica de diligencias, tales como embargo, secuestro de bienes e incautación; la exhibición y remisión de documentos y el traslado de personas detenidas, entre otras de similares características, previo acuerdo entre los Estados requirente y requerido.

1.2.2. Código Penal

Cuerpo normativo que regula los hechos considerados punibles, como las penalidades que les son aplicables a cada uno de ellos. Si bien no contempla normas procedimentales, es en torno a estos tipos penales que se centra el proceso criminal.

Se estructura en función de tres libros, referidos a: i) los delitos y las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal; ii) los crímenes y simples delitos y sus penas -entre los cuales se encuentran los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, a los que nos referiremos más adelante-; y iii) las faltas.

1.2.3. Leyes especiales

Una serie de otros cuerpos legales resultan aplicables al procedimiento penal, y en algunos casos crean también tipo especiales. Entre ellos encontramos: la

Ley 19.974: Sobre el Sistema de Inteligencia de Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia; la Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad; la Ley 20.000: Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y el Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia, los que serán objeto de un análisis más detallado a propósito de la protección a la vida privada.

1.3. Los principios del procedimiento en materia procesal penal

Los principios existentes en los diversos ordenamientos jurídicos tienen relevancia en la medida que establecen criterios rectores de los procedimientos ordenados por la ley, más allá de simples características supletorias. Así, el Código Procesal Penal adopta un sistema de principios para la substanciación de las actuaciones y procedimientos que van a desarrollarse. Consagrados de forma expresa en la ley, constituyen pautas generales que inspiran al sistema y deben seguirse al momento de la tramitación de causas y de la interpretación del cuerpo normativo.

Es el Título I del Libro I del Código Procesal Penal el que establece estos principios en trece artículos. Encontramos los siguientes:

- Sentencia fundada en materia penal como resultado de un juicio previo.
- Única persecución respecto a un mismo hecho constitutivo de delito.
- Prohibición de juzgamiento por comisiones especiales establecidas de forma posterior a la comisión del hecho.
- Dirección exclusiva de la persecución penal en manos del Ministerio Público.

Con respecto al imputado, es posible listar:

- Presunción de inocencia.
- Derechos del imputado.
- Cautela de garantías por parte del Juez de Garantía en cualquier estado del procedimiento.
- Imposición de medidas privativas o restrictivas de libertad solo en las forma establecida en la ley.
- Protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento.
- Autorización judicial previa para la realización de actuaciones que restrinjan o perturben el ejercicio de derechos fundamentales.
- Aplicación de la ley únicamente a procedimientos no iniciados, exceptuado el caso de disposiciones más favorables al imputado.

De la misma forma, el Código Procesal Penal regula con cierto detalle al secreto como rector del desarrollo del proceso penal completo. Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y la policía, según dispone el artículo 182, serán secretas para terceros ajenos al procedimiento. El imputado

y los demás intervinientes,⁴ podrán examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando sea necesario para la eficacia de la investigación, el fiscal podrá disponer que determinados registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, identificando las piezas o actuaciones respectivas y fijando un plazo no superior a 40 días para la mantención del secreto. No podrá decretarse la mantención del secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiera intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o defensor. La obligación de secreto se extiende a los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que tuvieren conocimiento de las actuaciones.

1.4. Órganos que intervienen en la persecución penal

En este apartado nos referiremos a los órganos principales que sustentan, conducen y ejercitan la persecución penal y la indagatoria, dejando de lado a otros que pudieren tener participación como coadyuvantes en otras aristas del proceso penal.

1.4.1. Ministerio Público

El Mensaje del Ejecutivo del año 1996,⁵ con el que inicia el proyecto de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, presentó como objetivo la persecución penal pública. Sus funciones específicas contemplan la investigación de delitos, la formulación de la acusación y el sustento de la acusación durante el juicio.

Tanto la Constitución Política de la República, en el artículo 83, como la Ley 19.640 lo caracterizan como un organismo autónomo, jerarquizado y sin funciones jurisdiccionales, encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, ejerciendo la acción penal pública
.....

4 Se consideran intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

5 Biblioteca del Congreso Nacional (1997). Historia de la Ley 19.696, disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1630-07. Consultado el 27.05.2014

en los casos que procede. Además, le corresponde la adopción de medidas para proteger a las víctimas y testigos.

Como funciones específicas contempladas en la ley son relevantes: la realización de actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales; la facultad de impartir órdenes directas a las fuerzas de orden y seguridad; la obligación de velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido y coordinado cumplimiento de sus funciones; y, como característica común a todo procedimiento llevado por el Ministerio Público, deberán ser estos ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurando la simplificación y rapidez de sus actuaciones.

Es relevante la figura del Fiscal Nacional, cuyas funciones principales son fijar criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales legales; dictar instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de los objetivos de investigación, la acción penal pública y la protección de la víctima, testigos y otros sujetos que la requieren; crear unidades especializadas para la persecución de delitos como el tráfico de estupefacientes y delitos sexuales; rendir cuenta una vez al año de los criterios de actuación para el año siguiente y sugerir políticas públicas y modificaciones legales para el mejoramiento del sistema penal.

Dentro de las atribuciones que corresponden al Fiscal Nacional, se encuentra la de dictar instrucciones generales (denominados “instructivos”) que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos. Para la materia específica del presente informe, son relevantes los siguientes:

- a. Oficio FN N° 224–2008. Comunica instrucciones generales impartidas a las policías sobre las materias que se indican, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 20.253: Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Trata las actuaciones autónomas de la policía sin orden judicial previa, el control de identidad y la flagrancia como aspectos relevantes.
- b. Oficio FN N° 061–2009. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000, que sanciona el tráfico de drogas. Trata el agente encubierto y revelador, los informantes, las interceptaciones telefónicas, el secreto de las investigaciones y la incautación de bienes.

El Plan Estratégico del Ministerio Público,⁶ cuyo objetivo es la creación de una serie de directrices, lineamientos y proyectos para el desarrollo del proceso penal, configura la persecución penal en varios ámbitos de tramitación. Fija requisitos respecto de los procesos de investigación altamente complejos, que suponen medidas intrusivas como la interceptación telefónica o la entrada y registro, cuyos parámetros son la presencia de una organización delictiva, la supraterritorialidad del delito, medios complejos de investigación y persecución criminal, probabilidad de la configuración de más de un delito y calidad e importancia de los involucrados que pudiera dificultar gravemente la utilización de técnicas ordinarias de investigación. Para la solución de estos casos se plantea la creación de una superintendencia supraterritorial, con equipos de trabajo interdisciplinarios, capacidad de autogenerar y anticiparse a la ocurrencia de casos de envergadura; otro presupuesto requerido es la definición de criterios para identificar los casos que revisten el carácter de alta complejidad.

La persecución en materia procesal penal⁷ constituye el elemento central y ordenador de la estrategia institucional del Ministerio Público, agrupando de forma coherente los objetivos, metas, proyectos, iniciativas, procesos y recursos. En este sentido, es posible identificar tres ejes centrales de desarrollo en el sistema chileno: los criterios de instrucción, tipos de tramitación y delitos de especial relevancia.

La uniformidad de criterios es un eje central derivado de los instructivos y oficios con pautas de actuación e interpretación normativa que se encontraban dispersos desde el inicio de la reforma; ellos son sometidos a un proceso de revisión y sistematización que supone la homogenización de las decisiones ante hechos similares, traducidos en criterios generales y únicos de actuación en materia de delitos de corrupción, delitos económicos y delitos de la ley de drogas, sin perjuicio de potenciar en lo no regulado el rol de las unidades especializadas para concretar la unidad.

La clasificación de casos tiene base en la tramitación de casos con características determinadas, cuyo objetivo principal sea la eficiencia. Así, es posible diferenciar casos menos complejos, complejos y de alta complejidad. Por su parte, los delitos de especial relevancia consideran en particular la tramitación de delitos sexuales, los delitos contemplados en la ley de drogas y delitos de violencia intrafamiliar. En atención a esto, son relevantes los aspectos diferen-
.....

6 Fiscalía de Chile. Plan Estratégico del Ministerio Público 2009 – 2015. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/plan.jsp> Página 24.

7 Ministerio Público de Chile (2009), p. 24.

ciadores frente a otros delitos por su trascendencia en la sociedad, el riesgo permanente y los bienes jurídicos que afectan.

I.4.2. Policías

El Código Procesal Penal regula a la policía como sujeto procesal en los artículos 79 y siguientes. Los organismos de policía en Chile - Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones - son considerados auxiliares del Ministerio Público en las tareas de investigación, desarrollando las diligencias necesarias para cumplir los fines de la persecución penal en relación a las órdenes impartidas por los fiscales. Además de estos actores, corresponde a Gendarmería de Chile la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales.

Como antecedentes comunes, las tareas encomendadas a estos entes se ejecutarán bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones particulares que estos les impartieren para efectos de investigación, de inmediato, sin más trámite, manteniendo registro de ellas y sin calificación de oportunidad previa. Las comunicaciones entre los fiscales y estos auxiliares serán realizadas de la forma y por los medios más expeditos posibles. Además están sujetos a instrucciones generales impartidas por el Ministerio Público para el cumplimiento de sus actuaciones.

Sin perjuicio de la autorización previa con la que deben actuar los auxiliares policiales, existen circunstancias en las que no se requiere orden previa, contemplándose en ellas: prestar auxilio a la víctima, practicar detención en caso de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, identificar testigos y consignar las declaraciones, recibir denuncias del público, realizar controles de identidad y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.

I.4.3. Tribunales

El Juez de Garantía constituye una innovación del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de no poder ser llamado “órgano de persecución” propiamente tal, es relevante por su función de garante de los derechos, actuando de forma objetiva sobre los procedimientos desarrollados por el Ministerio Público y la policía en el ejercicio de sus labores. Esto pues, como indica su nombre, es su función principal la de tutelar el debido proceso y los derechos fundamentales de las partes durante la investigación. De esta forma, es requisito de validez su presencia en aquellas audiencias que buscan examinar la legalidad de la privación de libertad de la persona, la decisión sobre medidas cautelares y la de formalización de la investigación, entre otras.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal es otra innovación del nuevo sistema. Es el tribunal colegiado encargado del juicio oral, compuesto de tres jueces profesionales. Tiene por funciones conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía; resolver sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición; resolver sobre todos los incidentes que se promueven durante el juicio oral y demás labores que encargue la ley. En la etapa de juicio oral, el Tribunal, encabezado por el juez presidente de sala, se encarga de la garantía de derechos fundamentales, quedando relevado el Juez de Garantía.

I.5. Desarrollo del proceso penal

Como se señaló anteriormente, el procedimiento ordinario contempla una etapa de instrucción, una audiencia preparatoria del juicio y el juicio propiamente tal, de carácter oral.

La etapa de instrucción se constituye por la preparación del juicio mediante la investigación del hecho denunciado -si se considera que no amerita dar inicio a una investigación se desestima y ordena el archivo provisional, hasta que existan nuevos antecedentes-, la recolección de medios de prueba y la preparación de la acusación, cuyos actores fundamentales son una de las partes, el fiscal y la policía u otros organismos especializados. Se contempla en esta etapa un juez unipersonal de control de instrucción (hoy, Juez de Garantía), cuya función es la resolución de los conflictos que puedan presentarse entre la actividad de investigación del fiscal y los derechos e intereses del imputado y los intervinientes.

Si en la etapa de investigación se recogen antecedentes suficientes, será procedente formular la acusación en la correspondiente audiencia intermedia (hoy, audiencia de preparación del juicio oral), ante el mismo juez de control, con el objetivo de preparar el juicio fijando el contenido y los medios de prueba que serán admitidos, dar pie a la formalización de la defensa frente a la acusación y permitir el control judicial mediante la facultad del juez de corregir vicios formales, junto a la posibilidad de rechazar la acusación decretando el sobreseimiento definitivo. Otras alternativas son que se ejerza la facultad de no perseverar o se sobresea la causa.

Además, en esta etapa es posible la existencia de salidas alternativas a la sentencia, que acortan el proceso, evitando que el caso llegue a juicio oral. Existen dos tipos de ellas: la suspensión condicional y los acuerdos reparatorios.

Las primeras consisten en la imposición de ciertas condiciones al imputado,

suspendiéndose la investigación y el procedimiento por un tiempo determinado, de manera que si ellas son cumplidas se extingue la acción penal. En los acuerdos reparatorios, el imputado se obliga “a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible, en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos.”⁸

También es posible la terminación del juicio por la aplicación del procedimiento simplificado ante el mismo juez de control, respecto de la tramitación de delitos menores, permitiendo descomprimir la labor penal, así como aplicar un marco punitivo más laxo. Dentro de este tipo de procedimientos encontramos el monitorio, que es aún más ágil, aplicándose a faltas penales a cuyo respecto el fiscal solo requiere la pena de multa.⁹

Finalmente, el juicio oral ante un tribunal colegiado compuesto por tres miembros, como elemento central del procedimiento, constituye una oportunidad para la formulación de la acusación, el ejercicio de la defensa, la ocasión para presentar prueba, el debate sobre la prueba y la dictación de la sentencia.

Eventualmente, puede optarse por la alternativa de un juicio abreviado, que implica un acuerdo en que el imputado acepta expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funda, además de someterse a este procedimiento, en tanto el fiscal del Ministerio Público solicita la imposición de una pena que no exceda de cinco años. De esta forma, el juicio se desarrolla directamente ante el juez de garantía, quien no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal.

.....

8 <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/8a4ab33c5e2e7bb0e-41blab9c7e6e9ff.pdf>

9 Oficio FN 286/2010 de la Fiscalía del Ministerio Público.

2. Aspectos constitucionales y legales de la protección de la vida privada

2.1. Aspectos constitucionales

Constitucionalmente, la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones tienen consagración en el artículo 19, números 4 y 5 respectivamente, que establecen que “la Constitución asegura a todas las personas: 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; 5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. No hay protección constitucional explícita de los datos personales, esta existe solo a nivel legal, sin perjuicio de que la jurisprudencia le ha brindado amparo a través de la acción de protección.

El carácter sustantivo de la garantía consignada en el numeral 5° la hace objeto de cuidado en aquellos casos en que la legislación establece la ilicitud de prueba, fundada en la vulneración de garantías fundamentales.

Como es posible apreciar, nuestro ordenamiento constitucional reconoce la existencia de un interés jurídicamente protegido a la no intromisión en la vida propia, sea a nivel corporal como también familiar y espacial, y del mismo modo sobre la información relativa a una persona. Los contornos de tal interés han variado significativamente a través del tiempo.¹⁰

En sentido estricto, no existe en Chile un derecho a la “privacidad” en su concepción original como *right to privacy*.¹¹ Sin embargo, varias de sus consecuencias son verificables en la legislación chilena, con el expreso reconocimiento de la protección de la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones. El *right to privacy* goza además de un vasto desarrollo a nivel jurisprudencial,
.....

10 Seguimos en este punto a CERDA SILVA, Alberto. “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”. Revista Chilena de Derecho Informático, 3 (2003). Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile.

11 Atendido el propósito de este trabajo, y sin pretender desconocer las diferencias conceptuales existentes, utilizaremos el anglicismo “privacidad” para referirnos a un mismo interés jurídicamente relevante, como parcialmente análogo del derecho a la vida privada e incluso de la protección a la intimidad y a la información personal. Para parte de la doctrina, la diferenciación parece carecer de efectos jurídicos conforme a la legislación chilena; véase JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad de la intimidad y el delito informático. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.37.

que lo lleva a amparar conceptualmente a una gran cantidad de bienes jurídicos, que exceden a aquellos mencionados en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución.

Por otra parte, en el ámbito internacional, corresponde mencionar nuevamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que establecen el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, imparcial y establecido por ley, en todo juicio penal y civil. Con todo, la publicidad de los juicios presenta excepciones, entre las que se considera el interés de la vida privada. Por ejemplo, se establece el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Resulta importante señalar que, por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por el Estado en tanto se encuentren vigentes, entregando además una vía procesal adicional, de orden supranacional –ya sea a nivel latinoamericano o mundial– a la que es posible recurrir en caso de una infracción a los bienes jurídicos en comento.

2.2. Aspectos legales

2.2.1. Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal contempla y regula una serie de medidas intrusivas, que se encuentran armonizadas con los principios de legalidad y proporcionalidad para fundamentar su procedencia, sin perjuicio de contener en sí mismas elementos que atentan contra la vida privada y honra de la persona. Estas diligencias contemplan exámenes corporales y médicos, entrada y registro en lugar cerrado, retención e incautación de correspondencia, interceptación de comunicaciones e incautación de objetos y documentos. Estos aspectos serán analizados en la tercera parte de este informe.

2.2.2. Código Penal

Es relevante hacer especial mención de la consagración de delitos contra la vida privada y la intimidad en el Código Penal, incluyendo las comunicaciones. En aquellos casos en que tales conductas sean realizadas al margen de la ley en actividades penales, no solamente se afectará una garantía constitucional, sino que existirá concurrentemente una sanción penal asociada.

La apertura y registro de correspondencia o papeles de otro sin su voluntad es

sancionada en el artículo 146 en los siguientes términos:

- a. Si divulgare o se aprovechar de los secretos que ellos contienen, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.¹²
- b. Si no divulgare o se aprovechar de los secretos que ellos contienen, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.¹³

La excepción a esta regla está dispuesta en favor de cónyuges, padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos menores bajo su dependencia y en favor de aquellas personas que las leyes o reglamentos especiales habilitan.

Entre los delitos contra la vida privada, se determina un apartado especial para los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, castigando en el artículo 161-A al que, en recintos particulares o que no sean de libre acceso al público, sin autorización y por cualquier medio, salvo autorización legal o judicial:

- a. Capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado.
- b. Sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado.
- c. 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.
- d. Difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refieren los puntos anteriores.

Sobre los delitos cometidos por una organización delictiva, a petición del Ministerio Público, el tribunal podrá autorizar la interceptación, grabación de telecomunicaciones, fotografía, filmación, agentes encubiertos u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos, cuando existieren sospechas fundadas de la preparación o comisión de un delito.

Es contemplada la pena de reclusión menor en su grado mínimo¹⁴ para los empleados del servicio de correos, telégrafos u otros que, prevariándose de su

12 541 días a 3 años.

13 61 días a 540 días

14 Pena que se extiende entre los 61 y los 540 días de cárcel.

autoridad, interceptaren, abrieren la correspondencia o facilitaren a un tercero su apertura o supresión; y, en el supuesto de aprovecharse de los secretos que contienen o los divulgaren, ascenderá la pena a reclusión menor en cualquiera de su grados¹⁵ y multas de II a 20 UTM.¹⁶

2.2.3. Ley sobre delitos informáticos

Junto a las normas propias del Código Penal, la Ley 19.223, que tipifica las figuras penales relativas a la informática, contempla la sanción de presidio menor en su grado mínimo a medio¹⁷ a quien, con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamiento, lo intercepte, interfiera o acceda a él. Quien además, maliciosamente, revele o difunda los datos contenidos en dicho sistema, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.¹⁸ Si el imputado es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.

2.2.4. Sistema de inteligencia estatal

La Ley 19.974: Sobre el Sistema de Inteligencia de Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia, establece como su objetivo el desarrollo de la inteligencia y contrainteligencia, a través de las funciones de recolección y procesamiento de información a nivel nacional e internacional; elaboración de informes periódicos de carácter secreto para ser presentados al Presidente de la República; proposición de normas y procedimientos de protección de los sistemas de información;

15 Equivalentes a una extensión que va desde los 61 días a los 5 años de privación de libertad.

16 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), unidad utilizada para la aplicación de multas y otros, que se actualiza conforme a la inflación. Al mes de junio de 2014 asciende a un valor equivalente a \$42.052 pesos chilenos, aproximadamente USD\$ 75. En consecuencia, la multa aquí indicada equivale a un rango comprendido entre los \$462.572 y los \$921.040 pesos chilenos, o entre USD\$ 825 y USD\$1.500 dólares americanos.

17 Equivalentes a la extensión comprendida entre los 61 días a tres años de privación de libertad.

18 Desde 541 días a 3 años de cárcel.

requerimientos a los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, entre otros, de información de su competencia y la aplicación de medidas de inteligencia con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales.

Conforme a la señalada normativa, son sancionados los siguientes delitos:

- Violación de secretos del artículo 38. Estos son los antecedentes, informaciones y registros que obren en poder de los organismos que conforman el Sistema o su personal, y aquellos antecedentes de los cuales el personal de tales organismos tome conocimiento en el desempeño de sus funciones o con ocasión de estas. Quienes violen el secreto de esta información sufrirán la pena de reclusión mayor en su grado mínimo¹⁹ y la inhabilitación absoluta temporal en su grado medio²⁰ a perpetua para ejercer cargos y oficios públicos; el funcionario que utilizare la información del artículo 38 en beneficio propio o ajeno, en beneficio de una persona, autoridad u organismo, o para ejercer presiones o amenazas, sufrirá la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a máximo²¹ y la inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos.
- Violación de la obligación de guardar secreto del artículo 39, sobre control del Congreso y de otros organismos, tendrá la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio²² y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales.

Sobre los procedimientos especiales de obtención de información contemplados en la ley, se autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; la intervención de sistemas y redes informáticos; la escucha y grabación electrónica, incluyendo la audiovisual, y la intervención de cualquier otro sistema tecnológico destinado a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información,
.....

19 5 años y 1 día a 10 años de cárcel.

20 5 años y 1 día a 7 años.

21 5 años y 1 día a 20 años de cárcel.

22 61 días a 3 años.

cuando sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas.

Estos procedimientos están reservados exclusivamente a las actividades de inteligencia y contrainteligencia nacional, incurriendo en la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados quien los realice sin pertenecer a los servicios que regula la ley, sin perjuicio de los crímenes y simples delitos con ocasión de la actividad ilícita. Adicionalmente, cabe señalar que la ley contempla como medidas de resguardo, en sus artículos 33 y siguientes, que los organismos de inteligencia quedan sujetos a ciertas medidas de control interno (por parte del director o jefe de cada organismo que forma parte del sistema) y externo (a cargo de la Contraloría General de la República, Tribunales de Justicia y la Cámara de Diputados), en aras de velar por su correcto desempeño, el pleno respeto de las garantías constitucionales y el marco normativo vigente.

2.2.5. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad

Por petición del Ministerio Público, la ley sobre conductas terroristas permite al Juez de Garantía la intercepción, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica, de todas aquellas conductas que califiquen como terroristas por la ley, cuando los hechos se cometan con la finalidad de producir, en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie.

2.2.6. Tráfico de estupefacientes

La Ley 20.000 sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, estableciendo entre los medios de restricción y otros medios técnicos de investigación la retención o incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, bastando la consignación de circunstancias que individualicen al sujeto o lo determinaren, sin necesidad de indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida.

La investigación puede ser secreta para los intervinientes cuando lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo de 120 días renovables sucesivamente por plazos máximos de 60 días, no aplicando la posibilidad de control judicial anterior a la formalización establecida en el Código Procesal Penal, que indica que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente podrá pedir al Juez que ordene al fiscal informar sobre los hechos objeto de la investigación o fije un plazo para ella.

Finalmente, establece sanciones para quien informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto o el hecho de estarse realizando, incurriendo en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.²³

2.2.7. Libre competencia

El Decreto Ley 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia, entrega atribuciones al Fiscal Nacional Económico para autorizar a la policía a entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos; autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella en casos graves y calificados. Esto es admisible en el contexto de acreditar los acuerdos expresos o tácitos entre competidores o las prácticas concertadas que les confieran poder de mercado y consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación, que son objeto de la competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

2.2.8. Código del Trabajo

El Código del Trabajo establece el procedimiento de tutela laboral para la resolución de cuestiones suscitadas por la aplicación de normas que afecten los derechos fundamentales de los empleados, entre los que se contemplan los numerales 4° y 5° de la Constitución Política de la República. Se entiende por lesión de esos derechos a aquellos casos en que se limita su pleno ejercicio sin justificación suficiente, en forma arbitraria y desproporcionada o sin respeto a su contenido.

En efecto, el artículo 5° del Código del Trabajo dispone que “el ejercicio de las facultades del empleador dentro de la empresa tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el derecho a la intimidad, la vida privada y la honra.”²⁴

Con ese fin, los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo regulan el

23 541 días a 5 años de privación de libertad.

24 La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Juan Carlos Ferrada Bórquez y Rodolfo Walter Díaz. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200004&script=sci_arttext

procedimiento, que se remite al procedimiento de aplicación general con las modificaciones y especificidades que señalan las normas citadas. Con todo, es factible que se inicie una persecución de naturaleza penal ante el tribunal competente, derivado de un procedimiento de tutela laboral.

2.2.9. Proyectos de ley

En la actualidad, son escasos los proyectos de ley presentados con el objeto de reformar la legislación existente o, directamente, crear legislación nueva. En este sentido, no existen intereses suficientes para reformar o cuestionar la legalidad de las atribuciones del Ministerio Público o plantear temas relativos a los correos electrónicos, a los delitos contra la privacidad contemplados en el Código Penal o referente a la autorización judicial. Sin perjuicio de lo anterior, existen intuiciones por parte de los parlamentarios en orden a reformar algunos aspectos de la ley existente. En esos casos encontramos los siguientes:

En materia de interceptación telefónica, el año 2010 el Senador Navarro presenta un proyecto de ley sobre la materia,²⁵ que se refiere a los siguientes puntos: la invasión a la esfera de privacidad de aquellos que hablan por un teléfono intervenido y que requiere una reflexión sobre la licitud de las medidas; la comunicación privada como forma de expresión personal en que se manifiestan aspectos de la intimidad; la necesidad de armonía entre el derecho a la privacidad y los fines de la justicia, los cuales se encuentran en la actualidad muy por encima de los primeros; la amplitud de las facultades del Ministerio Público, que permiten la intervención de las comunicaciones incluso al margen de la ley y sin intermediación del órgano correspondiente; la selección y transcripción de comunicaciones como un elemento preocupante en atención a las características de la prueba presentada. Finalmente, se plantea la necesidad de restringir la aplicación de este método a través de la reforma del Código Procesal Penal.

Sobre las medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva, es propuesta la utilización de un sistema telemático o supervisión por medios tecnológicos en casos calificados y con el objetivo de supervisión de medios tecnológicos,²⁶ consistente en la colocación al imputado de un dispositivo que

25 Proyecto de ley sobre interceptación telefónica en materia procesal penal. Legislatura 358. Fecha de ingreso: martes 14 de diciembre de 2010, número de boletín: 7354-07.

26 Proyecto de ley. Modifica el Código Procesal Penal con el objeto de agregar dentro de las medidas cautelares el establecimiento del monitoreo telemático. Legislatura 360. Fecha de ingreso: jueves 10 de enero de 2013. Número de Bole- tín N° 8781-07.

permita determinar su posición geográfica en todo momento, con fundamento en la falta de efectividad y deficiencia del cumplimiento de las medidas.

Otra propuesta que se encuentra archivada establecía un sistema de vigilancia y control electrónico de personas. Esta iniciativa es más amplia que aquella contemplada para la eficacia de las medidas cautelares, ya que supone un dispositivo que permite conocer la ubicación de forma permanente durante la tramitación de su proceso. Lo anterior, pese a la existencia de la presunción de inocencia, señalando en lo relevante que no corrige conductas sino que vigila y controla los movimientos de una persona, emitiendo una alerta si aquel altera su rutina o ingresa a un área prohibida, no porque implique que la persona haya cometido o vaya a cometer necesariamente un delito, sino porque aumenta el riesgo de que lo cometa.

3. Medidas intrusivas de investigación en el proceso penal

En el siguiente apartado ahondaremos en aquellas medidas contempladas en el proceso penal que tienen efectos directos sobre la vida privada, afectándola. Si bien ellas son legítimas, dado que es la propia normativa la que las autoriza bajo determinadas circunstancias y cumpliendo los requisitos que se señalan, no deja de resultar interesante la consagración a nivel legal de medidas contrapuestas a la norma constitucional.

En este sentido, encontramos expresa aceptación de medidas intrusivas basadas en fundadas sospechas, incluso antes de la comisión de un delito; la notificación de las diligencias siempre que no se contraponga con los fines de la investigación; la retención de correspondencia y la investigación en base a indicios, entre otras fórmulas utilizadas por la ley, abiertamente atentatorias de las garantías constitucionales, pero permitidas por la existencia de la figura del Juez de Garantía y la consagración específica procedimental.

3.1. Interceptación de comunicaciones privadas

Como se indicó anteriormente, la garantía fundamental del artículo 19 n° 5 de la Constitución establece la inviolabilidad del hogar y toda comunicación privada, señalando que solo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley. Respecto al Ministerio Público, el artículo 83 inciso tercero de la Constitución señala que requieren aprobación judicial previa aquellas actuaciones que priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura.

Por su parte, el Código Procesal Penal contiene varias normas en materia de interceptación de comunicaciones:

- a. Normas que permiten la interceptación: en los artículos 222 y siguientes establece los casos y formas en que las comunicaciones pueden interceptarse, abrirse o registrarse, de forma excepcional y en cumplimiento a la reserva de ley establecida en el numeral 5 del artículo 19 de la Constitución.
- b. Casos en que procede la interceptación: solo podrá interceptarse una comunicación telefónica cumpliendo los siguientes requisitos:
 - Si existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados de la relación de una persona con el hecho punible que merezca pena de crimen: ha cometido el crimen; ha participado en la preparación o comisión del crimen; ha preparado la comisión o participación del crimen. En este apartado no se incluyen los actos preparatorios, los cuales son punibles solo

excepcionalmente,²⁷ conforme a lo dispuesto en el artículo 8° del Código Penal.

- Si la investigación lo hiciera imprescindible. En este caso, el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación. Dicha orden solo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.
- c. Requisitos que debe contener la orden de interceptación y grabación: la orden del Juez de Garantía, a solicitud del Ministerio Público, deberá indicar circunstanciadamente: nombre y dirección del afectado por la medida; forma de interceptación de la comunicación; plazo, que no podrá exceder sesenta días. El plazo es prorrogable por períodos de igual duración, para lo cual el juez deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos para la interceptación. Cumplido el plazo fijado o disipadas las sospechas, la medida deberá ser interrumpida inmediatamente.
- d. Comunicaciones que no pueden ser interceptadas: no pueden ser interceptadas las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el Juez de Garantía lo ordene, por estimar fundadamente que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.
- e. Rol de las empresas telefónicas y de comunicaciones: las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán llevar a cabo las medidas ordenadas por el Juez de Garantía, proporcionando a los encargados las facilidades para el oportuno cumplimiento de estas, sin negativas ni entorpecimientos, los cuales serán constitutivos de desacato.²⁸ Además deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que sean citadas como testigos. Como medida previa, dichas empresas deberán mantener un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro de los números IP de las conexiones

.....

27 Horvitz, María Inés; López M., Julián. 2007. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 638 págs. página 528.

28 En relación al desacato, el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil señala que cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

- que realicen sus abonados, no inferior a un año.
- f. Registro de la interceptación y destrucción de copias: la interceptación telefónica será registrada mediante grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. Debe ser mantenido bajo sello, custodia y conservación de los originales por parte del Ministerio Público, a quien será entregada de forma directa. El Ministerio Público podrá disponer la transcripción escrita de la grabación por un funcionario, quien actuará como ministro de fe para efectos de su fidelidad.
 - g. La incorporación al juicio oral de los resultados se realizará de la manera que determine el tribunal en la oportunidad procesal respectiva, reservándose la facultad de citar como testigos a los encargados de practicar la diligencia. Las comunicaciones irrelevantes serán entregadas a las personas afectadas con la medida y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público, a menos que contengan informaciones relevantes para otros procedimientos sobre delitos que merezcan pena de crimen.
 - h. Notificación al afectado: la medida intrusiva será notificada al afectado con posterioridad a su realización, si la investigación lo permitiere y si no pusiere en peligro la vida o integridad corporal de terceras personas. En caso contrario regirá lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, que regula el secreto de las actuaciones de investigación.
 - i. Prohibición de utilización de los resultados de la medida: no podrán ser usados los resultados de la interceptación telefónica cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o incumpliendo los requisitos de los artículos 222 y siguientes, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas, a que se hizo referencia anteriormente.
 - j. Otros medios técnicos de investigación: en los casos en que el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible con pena de crimen, a petición del Ministerio Público, el Juez de Garantía podrá ordenar otros medios técnicos de investigación regidos por los artículos 222 y siguientes, consistentes en la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos.
 - k. Otras leyes que contemplan la interceptación de comunicaciones: el Código Penal; la Ley Sobre el Sistema de Inteligencia de Estado; la Ley que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad; la Ley 20.000: Sobre Tráfico de Estupefacientes, y el Decreto Ley 211: Fija Normas Para la Defensa de la Libre Competencia.

3.2. Entrada y registro

Los artículos 204 y siguientes del Código Procesal Penal determinan el procedimiento de entrada y registro en lugares públicos, cerrados, especiales, los que gozan de inviolabilidad diplomática y consular.

En cuanto a la naturaleza de los lugares a los que se permite la entrada y registro, es posible señalar lo siguiente:

- a. Lugares de libre acceso público. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones podrán realizar la búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, de rastros o huellas del hecho investigado u otros medios que pudieren servir a la comprobación del mismo.
- b. Lugares cerrados. Debe distinguirse el caso de aceptación de entrada para la realización de diligencias de investigación.
 - El propietario o encargado acepta. Se podrá entrar y registrar en lugar con consentimiento expreso del propietario o encargado, cuando se presume que el imputado o medios de comprobación se encontraren en el lugar. El funcionario deberá individualizarse y cuidar que la diligencia se realiza causando el menor daño y molestias posibles a los ocupantes y proceder a la entrega de un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios y de aquél que lo hubiere ordenado.
 - El propietario o encargado se niega. Si no hay consentimiento expreso del propietario o encargado, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. Las razones que fundamentan la negativa serán hechas saber al juez por el fiscal. La entrada y registro podrá realizarse sin consentimiento, autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de las personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito. Deberá darse comunicación inmediata al fiscal del procedimiento y levantar el acta correspondiente dentro de las 12 horas siguientes con copia al propietario o encargado.
- c. Lugares cerrados especiales. Los lugares especiales contemplados por la ley son los sitios religiosos, edificios en que funcione alguna autoridad pública o recintos militares. Para la entrada a ellos debe procederse en los siguientes términos: con al menos 48 horas de anticipación, el fiscal deberá oficiar una comunicación a la autoridad a cargo del lugar; la comunicación contendrá señas de lo que fuere objeto de registro, salvo si existiere motivo para creer que el aviso pudiera frustrar la diligencia. Deberá

indicarse las personas que acompañarán el registro y se invitará a la persona a cargo del lugar a presenciar la actuación o a nombrar alguna persona que la asista. Debe también hacerse mención expresa en caso de requerir examen de documentos o de lugares en que se encontrare información y documentos de carácter secreto, cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional. Corresponderá a la autoridad a cargo del lugar informar al Ministro de Estado, quien si lo estimare procedente oficiará al fiscal manifestando su oposición.

- d. Si la entidad tiene autonomía constitucional, dicha comunicación deberá remitirse a la autoridad superior correspondiente; si el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional, quien si compartiere la apreciación, solicitará a la Corte Suprema que se resuelva la controversia. Mientras la determinación se encuentre pendiente, el fiscal dispondrá sello y resguardo al lugar objeto de la diligencia
- e. En el caso de los lugares que gozan de inviolabilidad diplomática, el juez pedirá su consentimiento al respectivo jefe de misión por oficio, en el cual le solicitará que conteste dentro de veinticuatro horas. En caso de silencio o negativa, se solicitará la gestión de soluciones y la adopción de medidas de vigilancia. Si se trata de casos urgentes y graves, podrá solicitarse de forma directa al jefe de misión o intermediario del fiscal.

Para los lugares consulares, debe requerirse la autorización del jefe de oficina consular, una persona que este designe o un jefe de misión diplomática de Estado.

3.3. Exámenes corporales y médicos

Sobre el particular cabe destacar lo siguiente:

- a. Exámenes corporales: procede la realización de exámenes corporales al imputado u ofendido por el hecho punible para constatar circunstancias relevantes para la investigación, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Tales exámenes no se encuentran detallados de manera taxativa en la ley, pero se señala que puede consistir en pruebas biológicas, extracciones de sangre u análogos. La persona objeto del examen puede consentir o no la realización. En el primer caso, el fiscal o la policía ordenarán que se practiquen sin más trámite; en caso de negativa, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo, siendo el Juez de Garantía quien autorizará la práctica de la diligencia, previo cumplimiento de las garantías correspondientes.

- b. Exámenes médicos y pruebas: en relación a los exámenes y pruebas relacionados con los delitos de violación, estupro, incesto y otros delitos sexuales contemplados en los artículos 361 a 367 y 375 del Código Penal, los establecimientos de salud deberán practicar reconocimientos, exámenes médicos y pruebas conducentes a acreditar el hecho punible y la identificación de los partícipes en la comisión del delito.
- c. Exámenes médicos y autopsias: para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal (SML) u otro servicio médico.
- d. Exámenes y pruebas de ADN: podrán realizarse exámenes y pruebas de ADN por profesionales técnicos que se desempeñen en el SML o en instituciones acreditadas para tal efecto ante dicho servicio.
- e. Lesiones corporales: las personas a cargo de un establecimiento de salud, público o privado, están obligados a dar cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales significativas, indicando el estado del paciente, la exposición de las personas sobre el origen de las lesiones y el lugar y estado en que se le hubiere encontrado. El incumplimiento de esta obligación es considerada una falta, sujeta a pena de multa. Se constituye así el examen como un paso previo a la investigación criminal propiamente tal.

3.4. Exhumación

Cuando a juicio del fiscal se considere que la exhumación del cadáver sea de utilidad en la investigación, por aportar antecedentes relevantes, puede solicitar autorización judicial, resolviendo el tribunal como estime pertinente, previa citación del cónyuge o los parientes más cercanos al difunto.

3.5. Prueba caligráfica

Con el objeto de realizar pericias caligráficas necesarias para la investigación, el fiscal podrá solicitar al imputado que escriba en su presencia palabras o frases. En caso de negativa, el juez de garantía podrá entregar la autorización correspondiente. Esta forma de examen se revela como posible afectación de la vida privada del examinado, toda vez que la caligrafía es capaz de identificar a una persona con alto grado de certeza, además de revelar su vinculación con otra documentación o correspondencia manuscrita.

3.6. Incautación de objetos y documentos

La incautación de objetos y documentos previa orden judicial procede sobre

aquellos que están relacionados con el hecho investigado, los que pudieran ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieran servir como medios de prueba, cuando no sean entregados voluntariamente o cuando la comunicación ponga en peligro el éxito de la investigación.

3.7. Retención e incautación de correspondencia

Procedimiento

A petición del fiscal y por resolución fundada en la utilidad de la investigación, el juez podrá autorizar la retención de la correspondencia “postal, telegráfica o de otra clase” y los envíos dirigidos por el imputado o remitidos a él usando su nombre real, su nombre supuesto y aquellos que se presumiere emanan de él o pudiere ser el destinatario. Las copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de este podrán ser objeto del mismo examen. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos al destinatario, a algún miembro de la familia, a su mandatario, representante legal o servicios de comunicaciones según corresponda.

Rol de las empresas de comunicaciones

El Juez de Garantía, a petición del fiscal, podrá autorizar la facilitación de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. En este sentido, el decreto 142 de 2005 reglamenta la interceptación y grabación de comunicaciones y otras formas de telecomunicación de los prestadores de servicios. De acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento, se remite el plazo de actuación de dichas empresas al oficio emitido por el tribunal que conoce la causa. La empresa deberá contar con los medios técnicos necesarios para la realización de las diligencias.

En materia de privacidad, se señala que “los prestadores requeridos deberán cuidar que las intervenciones se ejecuten de manera tal que se proteja la privacidad y la seguridad de las comunicaciones cuya interceptación y grabación no fue autorizada, debiendo evitar cualquier tipo de intromisión en ellas. Además, deberán adoptar las medidas de resguardo necesarias para que no se produzcan alteraciones en el servicio que pudieren alertar a las personas cuyas comunicaciones se ha ordenado interceptar y grabar, y contar con un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. Asimismo, deberán otorgar las facilidades necesarias para llevar a cabo las intervenciones que fueren ordenadas, debiendo sujetarse al respecto a lo prescrito en el artículo 2º del presente reglamento”.

Objetos y documentos excluidos de la incautación

No podrá disponerse la incautación ni la entrega de los objetos de las comunicaciones entre el imputado y las personas a las que la ley permite abstenerse de declarar como testigos, ni sus notas sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración; y de otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración.

Control de legalidad del juez

Los objetos y documentos incautados serán puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía. El fiscal será el encargado de decidir la legalidad de la medida, ordenando su inmediata devolución si son de aquellos excluidos en la incautación.

Inventario y custodia

De toda diligencia de esta naturaleza se levantará inventario conforme a las reglas generales. El encargado otorgará un recibo detallado de los objetos y documentos incautados, los cuales serán inventariados, sellados y puestos bajo custodia del Ministerio Público.

3.8. Control de identidad

El artículo 85 del Código Procesal Penal dispone que los funcionarios policiales podrán, sin orden judicial previa, solicitar la identificación de las personas en los casos en que existieren indicios suficientes de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, se dispusiere a cometerlo, pudiere suministrar informaciones útiles o intentare ocultar su identidad mediante capucha o emboce.

3.9. Correo electrónico y su uso en juicio

No existe en la legislación chilena un concepto de correo electrónico que permita analizar los elementos y alcance como medio probatorio en juicio. Sin perjuicio de esto, existen normas para establecer un criterio de analogía e inclusión como medio de prueba, cuyas características se manifiestan de forma relevante en los siguientes tres puntos:

- a. Ley 19.799: Sobre documento electrónico, firma electrónica y ser-

vicios de certificación de dicha firma. el artículo 2 letra a) define “electrónico” como la característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares.

- b. La Ley 19.799 también establece la “equivalencia de soportes”, la cual supone que los documentos que han sido suscritos mediante firma electrónica son equivalentes a aquellos en formato papel.
- c. Sobre los medios de prueba no regulados expresamente, El Código Procesal Penal establece que podrán admitirse como pruebas 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.

En Chile, la utilización del correo electrónico como prueba en juicio se encuentra estrechamente vinculada al debido proceso y la prueba ilícita, por sus características particulares y su forma de obtención.²⁹ Así, la protección del correo electrónico ha sido tratada en distinta áreas. El Consejo para la Transparencia³⁰ ha considerado que el artículo 19 n° 5 de la Constitución entrega protección a los correos electrónicos. En materia laboral, donde la jurisprudencia y la doctrina han sido más abundantes y enfáticas, se ha determinado que “la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor, y destinada solo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”.³¹

Sobre el conflicto recurrente que enfrenta las facultades del empleador y el correo electrónico laboral, está establecido que el empleador “puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos

29 Sobre el particular, encontramos una interesante sentencia en un procedimiento de tutela laboral referida a la prueba obtenida de manera ilícita mediante la intromisión en el correo electrónico del trabajador, en los autos caratulados “Gastch con Red Capacita S.”, RIT T-12-2009, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que el Tribunal decretó que constituía prueba ilícita la boleta de honorarios emitida por el trabajador, obtenida mediante el acceso no autorizado en su correo electrónico laboral.

30 Consejo para la Transparencia. Amparo rol C406-II del año 2012. http://extranet.consejotransparencia.cl/web_scw/Archivos/C406-II/C406-II_decision_web.pdf

31 José Luis Cea. Derecho Constitucional Chileno Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile.

de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.³² Asimismo, el Tribunal Constitucional³³ ha resuelto, en relación a la Ley de acceso a la información pública, que los mensajes enviados a través del correo electrónico institucional no son información pública, sino que constituyen información reservada protegida por los artículos 19, n° 4 y 5 de la Constitución.

3.10. Declaración reiterativa: la revictimización

Entre los derechos de la víctima se encuentra la posibilidad de ser oída, si lo solicitare, antes de que el fiscal pidiere o resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, y antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria. Lo anterior, con el objetivo de presentar eventuales reparos, basados en el interés de lograr condena en ciertos delitos en que la declaración de la víctima pueda resultar clave para el esclarecimiento de los hechos.

A partir de estos derechos, derivados de la posibilidad de esclarecimiento y colaboración en el proceso, la revictimización puede caracterizarse como la repetición del hecho concreto en que la persona se ha transformado en víctima, en momentos posteriores a su ocurrencia. Es decir, allí donde una persona es obligada (a partir de la investigación) a dar cuenta de la situación de la que es víctima, los efectos psicológicos podrían reiterarse o bien producirse otros distintos como objeto de la exposición ante terceros.

En materia procesal penal son relevantes dos aspectos: la posibilidad de la víctima de actuar como testigo y la revictimización de los sujetos más vulnerables en el proceso. Sobre el primer tema, es posible señalar que la calidad de víctima no impide que esta pueda actuar como testigo, presentándose una doble posibilidad de victimización. Así, en ciertos casos la víctima va a tener que participar como tal en el relato de los hechos y también pesarán sobre sí los deberes de todo ciudadano, entre los que se cuentan comparecer y prestar declaración testimonial al no encontrarse legalmente exceptuada.³⁴ Como segundo tema

32 Dirección del Trabajo. Ordenanza N° 2210/035. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96717.html>

33 Tribunal Constitucional. Ministerio Secretaria General de la Presidencia y otro c. Consejo para la Transparencia. II de Septiembre de 2011. <http://www.tribunal-constitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> .

34 En este sentido, María Inés Horvitz en “Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia 3

de interés, es necesario señalar, que la ley busca reducir los efectos negativos que produce la declaración reiterada en juicio de los hechos del delito.

En este sentido, la Ley 19.968, que crea los tribunales de familia, protege a los testigos calificados como niños, niñas o adolescentes, señalando que solo serán interrogados por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio. El juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente excepcionalmente, cuando se estime que ello no afectará su persona, por su grado de madurez.

Asimismo, la UNICEF³⁵ ha establecido directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, consagrando las características que este debe tener. Entre estas se consideran: prontitud en el proceso penal e interés superior del niño; privacidad de la diligencia y auxilio pericial; interrogatorio con preguntas claras, estructura simple, en lugar cómodo y procurando la no repetición de estas; asistencia profesional especializada y la declaración del niño como primera diligencia del juicio o de forma óptima, como prueba anticipada.

En efecto, cabe señalar que una de las directrices específicas de UNICEF en relación a niños víctimas y testigos de delitos dice relación con el derecho al trato con dignidad y compasión, entre los cuales expresamente se señala “la interferencia en la vida privada del niño debe limitarse al mínimo necesario, al mismo tiempo que se mantiene un alto estándar en la recopilación de evidencias para asegurar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia”.³⁶ De lo transcrito, es sencillo apreciar la relación existente entre revictimización y la vida privada en el caso específico de los menores de edad involucrados en procesos de naturaleza penal, aspirando a un equilibrio difícil de conseguir cuando además se pretende que la persecución criminal rinda sus frutos.

.....

Año 2003. http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej3/archivos/Estatus%20de%20la%20victima%20en%20el%20proceso%20penal_I3_.pdf

35 UNICEF. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en proceso penales. Costa Rica. 2004. <http://www.poder-judicial.go.cr/ninnos/images/libros/007b.pdf>

36 UNICEF. <http://www.unicef.org.co/Ley/AI/I3.pdf>

4. Jurisprudencia y temas relevantes

La práctica en Chile ha demostrado escasa preocupación por el cuestionamiento, mediante procedimientos judiciales, de los problemas de afectación de la vida privada en el contexto de la investigación y la persecución criminal. Trabajos como el presente intentan levantar información que permita que, a futuro, cualquier acción de los entes de investigación y persecución que sea atentatoria contra la vida privada, la intimidad o el tratamiento lícito de datos sensibles y personales, obtenga un reproche no solamente desde el ámbito de la opinión entre el público interesado o especializado, sino una clara manifestación de los tribunales de justicia.

Las situaciones descritas a continuación permiten dar cuenta del estado de la práctica en Chile, en relación con la apreciación de la vida privada, vinculada al ejercicio de potestades públicas de investigación y persecución de delitos.

4.1. La vigilancia preventiva

La Subsecretaria de prevención del delito se encuentra impulsando un plan de vigilancia destinado a los 100 delincuentes que más reinciden en Chile.³⁷ La iniciativa consiste en la identificación de las personas con mayor porcentaje de reincidencia, para el posterior monitoreo por parte de personal policial especializado. El objetivo central consiste en la prevención de la reiteración de delitos,³⁸ entendiendo que la labor preventiva incluye toda la cadena del delito: las medidas para anticiparse a él y la creación de herramientas y tecnologías para mejorar el trabajo de persecución. Además se plantea la existencia de sistemas complementarios ya implementados en el país, tales como el Sistema Táctico de Análisis del Delito,³⁹ como premisa de este nuevo sistema. Lo anterior,

37 El Mercurio. "Grupo policial especial vigilará a los 100 delincuentes que más reinciden en Santiago". Lunes 29 de Julio de 2013. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7B6fd8f5c9-fdf0-4965-alc7-7176905c57b5%7D>

38 En este sentido, la Fundación Paz Ciudadana, en el marco del VIII Congreso Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia, señala que el 65 % de los reincidentes son por causa de los mismos delitos. <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/08/Jorge-Fabrega.pdf>; la misma información se encuentra contenida en la publicación "La reincidencia en el sistema penitenciario chileno", disponible en http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf

39 El Sistema Táctico de Análisis del Delito consiste en el trabajo focalizado de las policías compartido en reuniones para el análisis de los aspectos más críticos en

sin desconocer el rol del Ministerio Público y la calidad auxiliar de la policía en administración de justicia.

Las críticas a este plan de vigilancia se han planteado por la confusión de roles entre la policía y quienes detentan la persecución penal, es decir, el Ministerio Público, ya que se entiende que el rol de la policía se limita a la prevención del delito, no a la creación de procedimientos para la detención en flagrancia. Asimismo, se considera que las facultades de la Subsecretaría de Prevención del Delito establecidas en la ley⁴⁰ están limitadas a la colaboración inmediata del Ministro del Interior “en todas aquellas materias relacionadas con la elaboración, coordinación, ejecución y evaluación de políticas públicas destinadas a prevenir la delincuencia y a rehabilitar y a reinsertar socialmente a los infractores de ley”.

Más allá de cuestionamientos en el ámbito de competencia de órganos o instituciones públicas, es llamativo que se establezca un sistema que seleccione a ciertas personas con el propósito de hacerlas objeto de vigilancia ante la eventualidad de un nuevo delito. Constituye una forma de ejercicio de potestades públicas reñido con la sola idea del debido proceso, de la presunción de inocencia, de la honra y, por supuesto, de la libertad ambulatoria. Aun en un espacio público, el estar bajo vigilancia sin una orden judicial fundada que lo permita y justifique es ostensiblemente atentatorio contra el libre desarrollo de la personalidad, incluyendo las aristas propias de la vida privada.

4.2. Bases de datos de delincuentes

En Chile, a fines del año 2012, es concretada la creación de un Banco Unificado de Datos mediante un convenio marco, que sería implementado por completo a fines del año siguiente a través de la plataforma integrada de servicios electrónicos del Estado, desarrollado por el Ministerio de Economía y en concordancia con las disposiciones de la Ley 19.628 sobre datos personales. El objetivo de esta plataforma es el seguimiento de las órdenes de aprehensión pendientes, el cumplimiento de las medidas cautelares y el análisis de los procedimientos, entre otros.

La información contenida en las bases de datos corresponde a: descripción de los delitos; caracterización de personas involucradas; información de la persecución penal (formalización, resultados de la investigación, medidas cautelares y medidas de protección); etapas de procesos judiciales en que se encuentran

materia delictual, con el objetivo de conocer el día y hora de la ocurrencia de los delitos, las bandas tras el sistema delictivo y el perfil de los delincuentes.

40 Artículo 12, Ley 20.502, Crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol.

las personas involucradas en el suceso; tipos y la duración de las condenas aplicadas a los imputados encontrados culpables; duración y el cumplimiento efectivo de las penas originalmente impuestas; órdenes de aprehensión pendientes, condiciones de suspensión condicional vigentes y sujetos a medidas alternativas a la reclusión.

Uno de los problemas de esta iniciativa consiste en que este sistema se convierta en una herramienta para que organismos netamente políticos, como el Ministerio del Interior, tengan fácilmente disponible información que no necesita para el cumplimiento de sus objetivos de política pública. Por lo demás, su tratamiento como base de datos personales todavía está sujeta a la débil legislación chilena y siempre quedará la tentación de atacar enemigos políticos o movilizaciones sociales echando mano a estas bases de datos, afectando de paso otros derechos.

4.3. El caso de la “Doctora Cordero”

En la causa “María Luisa Cordero Velásquez con Jaime Lara Montecinos y otros”,⁴¹ fue sancionado un grupo de periodistas que, con objeto de su investigación, grabaron y divulgaron en televisión conversaciones de la demandante en su calidad de médico, con el objetivo de incriminar a la actora por la extensión de licencias falsas.⁴² El vigésimo segundo Juzgado del Crimen, en aplicación del artículo 161-A del Código Penal, condenó a los autores con las penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, multa de 50 unidades tributarias mensuales, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de sus condenas, más el pago de las costas de la causa, sin perjuicio del beneficio de remisión condicional de la pena y el de reclusión penal. Además se condenó en materia civil al pago solidario de \$5.000.000 por daño moral. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia.

Por su parte, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo, dictando sentencia de reemplazo que absuelve a los acusados y rechaza la acción civil por los siguientes argumentos: el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas de interés público, como lo es la transgresión ética que supone el otorgamiento de licencias médicas falsas, cuyo mérito es suficiente para ser socializado, atendidas las irregularidades en la praxis médica. Respecto de quien han sido revelados hechos con supuesto carácter privado, no puede ser penada la indiscreción ni la grabación, exceptuados los casos de secreto pro-
.....

41 Corte Suprema. “María Luisa Cordero Velásquez con Jaime Lara Montecinos y otros”. Rol: 8393-2012.

42 22° Juzgado del Crimen de Santiago. “Cordero con Lara y otros”. Rol 3913-2003.

fesional; y la situación de no observarse conductas fraudulentas para obtener la información, siendo la propia titular del derecho quien permitió el ingreso a su consulta, con lo cual “descorrió el velo de protección”.

4.4. El “Caso Bombas”

El mediático “Caso Bombas” contempla, en sentencia de 13 de Julio de 2013, referencia a la prueba ilícita desestimada por el tribunal.

Son desestimados correos electrónicos entre los imputados por no haber sido obtenidos de acuerdo al procedimiento del artículo 218 del Código Procesal Penal, referido a la retención e incautación de correspondencia, es decir previa petición del fiscal a cargo y con la correspondiente autorización judicial por resolución fundada o recurriendo al procedimiento establecido en el artículo 32 de la Ley 19.974, el uso de informantes o personas que, no siendo funcionarios de un organismo de inteligencia, suministran antecedentes e información para efectuar el proceso de inteligencia. Ninguno de estos presupuestos se cumplen, por lo que se considera ilícita tanto la prueba principal (correos electrónicos) como la prueba derivada, consistente en reportes bancarios a los cuales se llegó a través de la información contenida en los correos.

4.5. Control de identidad, detención y vida privada

En el caso “González García con Ministerio Público”,⁴³ se interpuso recurso de nulidad contra sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, que condenó al Fisco al pago de 6 UTM,⁴⁴ argumentando que se había incurrido en violación al debido proceso, la libertad ambulatoria y la vida privada de una persona.

El caso consistió en que la policía, al proceder a realizar control de identidad del afectado, posteriormente lo hizo objeto de detención, sin cumplir las hipótesis de procedencia del artículo 85 a estimación del recurrente. Según la reclamación de nulidad “el sujeto no huyó de la presencia policial, no ocultó las bolsas, porque los funcionarios admiten que siempre las tuvieron a la vista, y se acercó a ellos la segunda vez que le hablaron, individualizándose de inmediato con su cédula, de modo que el control de identidad careció de la objetividad típica que la ley adjetiva exige para validar la actuación policial”. La Corte Suprema estimó que la intervención policial sí se había ceñido a los parámetros legales

43 Corte Suprema. “González García Aarón David con Ministerio Público”. Rol: 1056-2013.

44 La multa aquí indicada equivale a \$252.312 pesos chilenos o USD\$ 450 dólares americanos.

en el caso concreto, agregando que las facultades de la policía son tales que no permiten la anulación del juicio por las causales esgrimidas.

4.6. Correos de funcionarios públicos

En el caso “Ministerio Secretaria General de la Presidencia y otro c. Consejo para la Transparencia”⁴⁵ se cuestionó ante el Tribunal Constitucional la calidad de comunicaciones privadas de la correspondencia electrónica circulantes entre funcionarios estatales, debido a la decisión del Consejo para la Transparencia de ordenar la entrega del contenido de correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla.

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia⁴⁶ establece como puntos importantes la necesidad de realizar un proceso hermenéutico para interpretar la inclusión de los correos electrónicos como forma de comunicación privada, de acuerdo a las normas constitucionales que no los consideraron expresamente.

Así, podrá considerarse que la Constitución se refiere a las comunicaciones de forma extensiva como “toda forma de comunicación privada”, superando los conceptos restrictivos que trataron la privacidad de “papeles” o simplemente de “correspondencia”; son singularizadas las comunicaciones privadas como aquellas en que el remitente determina al o los destinatarios, situación de la que se infiere el propósito que sea recibido solo por ellos; el contenido de la comunicación se excluye de los elementos que determinan la inviolabilidad, ya que se protege íntegramente el mensaje, tenga que ver con aspectos públicos o privados, trascendentes o intrascendentes, que afecten o no la vida privada.

Con respecto a los correos electrónicos, señala que estos se enmarcan dentro

45 Tribunal Constitucional. Ministerio Secretaria General de la Presidencia y otro c. Consejo para la Transparencia. 11 de Septiembre de 2011. <http://www.tribunal-constitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>.

46 Artículo 5 Ley 20.285. “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”

de la expresión constitucional “comunicaciones y documentos privados”, ya que constituyen comunicaciones que se transmiten por canales cerrados y tienen destinatarios acotados, lo que constituye una expectativa razonable de injerencias y conocimiento de terceros, amparado por el solo hecho de contemplar un mecanismo técnico cerrado, sin existir razones para dejarlos al margen de la garantía. Por último, el correo electrónico debe considerarse desde dos ámbitos: la emisión y la recepción, siendo estos últimos incontrolables por el destinatario (en este caso, funcionario público), sin tener por ellos obligaciones correlativas al recibo.

4.7. Violación de privacidad de las cuentas de Internet

En este caso, el abogado Rodrigo Ferrari fue formalizado bajo los cargos de “usurpación de nombre”, como supuesto autor de tres cuentas de Twitter vinculadas al empresario Andrónico Luksic.

El Ministerio Público habría demorado más de dos años en formular dichas imputaciones, lo que requirió “vigilancia discreta” efectuada por la Policía de Investigaciones, involucrando retención y acceso indebido a datos.

Si bien el imputado reconoció la autoría de solo una de las mencionadas cuentas -@losluksic-, sostuvo que ello tuvo un carácter evidentemente paródico. En tanto, el Sr. Luksic manifestó que los comentarios vertidos en Twitter lo ridiculizaban, transformándose en un caso que puso en tensión el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, el imputado fue sobreseído de manera definitiva de los cargos, sin que la Fiscalía haya sido capaz de demostrar ninguna relación de Ferrari con las otras dos cuentas investigadas.

4.8. Violación de privacidad en el Ejército

La teniente del Ejército Marisol Vargas fue dada de baja luego de que tres oficiales, compañeros de labores de la afectada (Sergio Valenzuela, Sebastián Campos y Viviana Cartagena), accedieran a su computador personal, sin su autorización, y extrajeran imágenes íntimas de ella junto a su pareja.

Producto de lo sucedido, la víctima decidió denunciar el caso, iniciándose el respectivo procedimiento ante el Segundo Juzgado Militar, el que concluyó con la condena de los tres oficiales por delito informático, atendido que había existido una vulneración de su intimidad.

Conclusiones

En el desarrollo de este trabajo hemos concretado el estudio de los problemas de privacidad que plantea la lucha contra el crimen en Chile, a través del análisis del sistema procesal penal existente, esto es, la normativa relevante hasta hoy, el desarrollo jurisprudencial y las iniciativas para el mejoramiento del sistema ya instaurado.

El estudio histórico en materia procesal penal ha derivado necesariamente en el desarrollo de la persecución criminal realizada por el Ministerio Público. Lo anterior, desde la vigencia del Código Procesal Penal a partir del año 2000, dando cuenta en materia normativa de la existencia de legislación dispersa, lo que disminuye las posibilidades de coherencia y sistematización jurídica.

Por su parte, en materia jurisprudencial no existe desarrollo relevante que permita la vinculación de delitos relativos a la privacidad con ocasión de la aplicación de procedimientos regulados en la ley. Lo anterior podría explicarse por el alto nivel de especificación normativa, que no permite la interpretación ni el desarrollo de criterios uniformes en relación a las garantías constitucionales, privilegiando otros bienes jurídicos por sobre la vida privada. Para ilustrar lo anterior, basta señalar la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas incluso antes de la comisión de un delito en aquellos casos en que existieren “fundadas sospechas”, entendiendo esta expresión como un estándar de protección extremadamente bajo y abierto a la discrecionalidad del fiscal. Así mismo, la jurisprudencia no ha podido caracterizar como ilícito el actuar de los órganos persecutores, por encontrar resguardo procedimental en la ley. De esta forma, es difícil calificar de ilícito el actuar policial como órgano auxiliar del Ministerio Público, lo que impide la emisión de pronunciamientos judiciales a este respecto, limitándose a una simple remisión normativa.

En términos generales, es posible señalar que existe un sistema de garantías constitucionales y principios legales tendientes al desarrollo de los procedimientos penales con respeto al debido proceso, cuya característica más relevante es la exclusión de la prueba ilícita. Como contradicción a esto, la normativa legal consagra un alto nivel de especificación, al punto de ser minuciosos en el desarrollo de procedimientos para cada medida, incluso recurriendo a la reglamentación de ciertos temas que requieren ser tratados aún más en detalle, como ocurre en la interceptación telefónica.

Uno de los aspectos más importantes es la consagración a nivel legal de aspectos contrapuestos a la norma constitucional. En este sentido, encontramos expresa aceptación de medidas intrusivas basadas en fundadas sospechas incluso antes de la comisión de un delito, la notificación de las diligencias siempre que no se

contraponga con los fines de la investigación, la retención de correspondencia y la investigación en base a indicios, entre otras fórmulas utilizadas por la ley y permitidas por la existencia de la figura del Juez de Garantía y la consagración específica procedimental.

Finalmente, es preciso entender que la contingencia nacional y los pocos años transcurridos desde la reforma permiten la amplia discusión sobre algunos temas controvertidos. Así, existe desarrollo a nivel de prensa sobre la procedencia de instituciones nuevas, como la vigilancia preventiva y la creación de bases de datos de delincuentes, traspasando la discusión a iniciativas reales y en vías de ser aplicadas con prontitud, como sucede en el último caso mencionado, cuya eficacia y legalidad deberán ser analizadas.

Bibliografía

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1997). Historia de la Ley 19.515: Crea el Ministerio Público. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19519/HLI9519.pdf>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2000). Historia de la Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HLI9696.pdf>
- CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CERDA SILVA, Alberto. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. Revista Chilena de Derecho Informático, 3 (2003). Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Ordenanza 2210/035.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral.
- FISCALÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO. Oficio FN 286/2010.
- HORVITZ, María Inés (2003), Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia 3, Año 2003.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2007), Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007
- LEY 20.285: Sobre acceso a la información pública.
- LEY 20.502: Crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional Para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol.
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE (2009). Plan Estratégico del Ministerio Público 2009-2015. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/documentos/quienes/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf

RIEGO, Cristián (1994), El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen I, Aspectos Jurídicos.

UNICEF. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en proceso penales. Costa Rica. 2004.

