

INTERVENCION DE TELEFONOS EN LA LEGISLACION CHILENA

Ricardo Gálvez Blanco

Profesor de Derecho Procesal

Cada vez con mayor frecuencia se puede ver en el cine y la televisión escenas en que se presenta a alguien oyendo y grabando a escondidas conversaciones telefónicas ajenas, por medio de aparatos más o menos sofisticados.

Esta repetición ha llevado a muchos a pensar que estas actividades serían usuales y legales en Chile.

Acontecimientos nacionales recientes han traído el tema al primer plano de la atención de legos y letrados, por lo que parece adecuado y oportuno formular algunas apreciaciones sobre los principales aspectos jurídicos relacionados con la interceptación de las comunicaciones telefónicas que pudiera tener lugar en nuestro medio, y principalmente sobre su legitimidad.

1. La "intervención telefónica", o interceptación de las comunicaciones que se hacen a través del teléfono, comprende corrientemente tres operaciones:

- a) La conexión directa o indirecta de audífonos a una línea telefónica determinada, singularizada por un número, sin conocimiento del abonado o titular de la línea;
- b) La escucha subrepticia de las conversaciones que tienen lugar por ese medio de comunicación; y
- c) La eventual grabación, total o selectiva, del contenido de esas conversaciones.

2. La naturaleza misma de estas maniobras hace que necesariamente con ellas se invada la esfera de privacidad personal de quienes hablan por el teléfono intervenido, por lo que es necesario reflexionar sobre la licitud de tales actividades, sea que ellas provengan de particulares, de agentes de la autoridad, de funcionarios de la policía o de la magistratura.

3. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas es reconocida universalmente como un derecho fundamental del ser humano.

Esto se comprueba —en lo que atañe a la normativa internacional aplicable a nuestro país— en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (artículo 12), la Proclamación de los Derechos Humanos de 1968 (punto 18), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 17), la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre de Bogotá de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969 (artículo 11 N^{os.} 2 y 3).

4. La trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza, y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad.

La injerencia ajena —que se produce con el acceso que extraños tengan a la exteriorización de ideas, pensamientos y sentimientos privados—, atenta contra el pudor de la intimidad natural del hombre, y afecta a su personalidad y plena libertad.

5. La casi totalidad de las legislaciones considera necesario proteger enérgicamente este bien jurídico, consagrando al efecto diversas figuras delictivas que, en nuestro país, se contienen respecto de la correspondencia epistolar y telegráfica, en los artículos 146, 156 y 337 del Código Penal; y en materia de telecomunicaciones, en el artículo 36 b) de la Ley N° 18.168, reemplazado por la Ley N° 19.091 de 1991, el cual establece que interceptar maliciosamente un servicio de telecomunicaciones constituye un delito de acción pública sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo (desde 541 días a cinco años).

6. Por su parte, la Constitución Política de la República de Chile dispone en el artículo 19 N° 5 que es inviolable toda forma de comunicación, prescribiendo que las comunicaciones y documentos privados *sólo* pueden interceptarse, abrirse o registrarse “en los casos y formas determinados por la Ley”.

De manera que la regla general de inviolabilidad únicamente admite excepciones provenientes del legislador, y sus límites deben estar definidos en el respectivo texto legal.

7. Dentro de las leyes de procedimiento que regulan los juicios criminales chilenos se encuentran cuatro disposiciones del Código de Procedimiento Penal y una de la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas, que se relacionan con la posibilidad legítima de afectar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, mediante una orden judicial.

8. El artículo 176 del aludido Código prescribe:

“Podrá el Juez ordenar la retención de la correspondencia privada, sea postal, telegráfica o de otra clase, que el procesado remitiere o recibiere, y la de aquella que, por razón de especiales circunstancias, se presuma que emana de él o le está dirigida, aún bajo nombre supuesto, siempre que se pueda presumir que su contenido tiene importancia para la investigación. También podrá emitir esta orden el Juez respecto de cualquier otro objeto que remitiere o recibiere el procesado.

El decreto del Juez se hará saber a los jefes de los respectivos servicios de comunicaciones para que lleven a efecto la retención de la correspondencia, que entregarán bajo recibo al secretario del Juzgado.”

El artículo 177, por su parte, establece:

“El Juez podrá, asimismo, ordenar que por cualquier empresa de telégrafos o cables, o de otros sistemas de comunicación semejantes, se le faciliten copias

de los telegramas, cablegramas o comunicaciones transmitidos o recibidos por ella, si lo estimare conveniente para el descubrimiento o comprobación de algún hecho de la causa. Podrá, además, exigir las versiones que existieren de las transmisiones por radio o televisión”.

El artículo 178, expresa:

“La apertura y registro de la correspondencia de que tratan los dos artículos precedentes, se decretará por resolución fundada, en la cual se determinará con la precisión posible la correspondencia que debe ser objeto de esta medida”.

Y, finalmente, el artículo 302 dispone:

“Podrá también el incomunicado tener los libros, recado de escribir y demás efectos que él se proporcione, si a juicio del Juez no hubiere peligro para el éxito de la investigación.

Pero no podrá entregar ni recibir carta o comunicación alguna sino con la venia del Juez, quien se instruirá previamente de su contenido, salvo lo dispuesto el segundo inciso del artículo 295”.

9. La lectura atenta y cuidadosa de los tres preceptos transcritos y su análisis en conjunto con el resto de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, llevan necesariamente a las conclusiones que a continuación se indica:

a) La correspondencia que se retiene conforme al artículo 176 no ha sido recibida aun por el destinatario, y es incautada para ser abierta y examinada sólo por el Juez (artículo 180 del C.P.P.);

b) Dentro del contexto del artículo 177, sólo podrán considerarse comprendidas aquellas comunicaciones en que la operación normal consista en recibir un texto, registrarlo y enviar un ejemplar de él al destinatario; de esta forma quedarán incluidos en la denominación de “otros sistemas de comunicaciones semejantes”, elementos actuales como el télex y el tommail;

c) Los medios de comunicación a que aluden estas disposiciones, en definitiva, van ya contenidos en una materialidad documentaria directa o copia de la transmitida –cartas, telegramas, cablegramas, grabaciones de radio, videos de televisión, etc.–, o también en objetos –encomiendas, paquetes–, y esa materialidad preexistente es la retenida requerida por el Juez;

d) Lo incautado o extraído por orden del tribunal es devuelto finalmente a su destinatario (artículos 180, 181, 419 y 508 del C.P.P.); y

e) Ninguna de las actividades autorizadas en las disposiciones estudiadas concuerda con las maniobras propias de la intervención telefónica, reseñadas en el N° 1.

10. En lo relativo al artículo 14 de la Ley N° 18.314, su actual texto –fijado por la Ley N° 19.027– determina que “sometida a proceso una persona, el juez, mediante resolución fundada, calificará la conducta como terrorista, pudiendo entonces decretar por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas: ... 3. Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica”.

En su inciso segundo se agrega que “las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del procesado con sus abogados”; y más adelante se señala que “las medidas no podrán decretarse por un plazo superior a treinta días”.

Como protección ante un mal uso de estas facultades, el inciso sexto del artículo 14 dispone que "el abuso de poder en el ejercicio de las atribuciones que confiere el presente artículo será sancionado con la inhabilitación temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos"; y el sexto prescribe que estas medidas no pueden adoptarse en contra de determinadas autoridades.

11. Según se puede advertir, la intervención telefónica es permitida en la ley antiterrorista, respecto del procesado por ese delito, con lo cual se estaría dando uno de los "casos" autorizados en la Constitución para hacer excepción a la garantía de inviolabilidad a la privacidad.

Sin embargo, no se determina de manera alguna, las "formas" como se realizarían en esta actuación las operaciones mencionadas en el N° 1, de conexión, escucha y grabación, por lo que esta norma especial no cumple las exigencias constitucionales para que su aplicación sea legítima.

Por otra parte, el texto es confuso en cuanto a la interceptación de telefonemas que tenga el procesado con su abogado o con autoridades; pues se tendría que saber por anticipado quién es su interlocutor, para no intervenir el teléfono en determinadas ocasiones, lo que es materialmente imposible.

12. Sobre intervenciones telefónicas de conversaciones de un posible inculpado de delito, y confirmando la ilegitimidad de las conductas destinadas a interferir con la privacidad de las telecomunicaciones, el inciso final del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal prescribe que "no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación (sic) de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes".

Si se considera que toda otra confesión no prestada ante el Juez constituye "un indicio o presunción, más o menos grave según las circunstancias...", se puede advertir que es muy excepcional que la ley le niegue cualquier mérito probatorio a la lograda por estos medios.

13. La legislación propiamente telefónica se encuentra contenida en la Ley N° 18.168 de 1982, que ha sido objeto de modificaciones por las leyes N°s 18.482 de 1985 y 18.591 de 1987, del DFL N° 1 de 21 de febrero de 1987, y las leyes N°s 18.681 de 1987, 18.838 de 1989 y 19.901 de 1991.

Al revisarla se advierte que ninguna de sus disposiciones acepta o reglamenta la intervención telefónica por particulares, autoridades, agentes de la policía o la magistratura.

14. En estas condiciones y frente a la ausencia de un texto expreso, corresponde analizar la posibilidad de una interpretación extensiva de la parte del artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental que permite obviar la garantía constitucional, y de los artículos legales reseñados anteriormente, con el propósito de establecer si por la vía de la hermenéutica legal pudiera aceptarse la interceptación de las telecomunicaciones por orden judicial.

15. Tal eventualidad debe descartarse de plano por los motivos siguientes:

a) La propia Constitución Política establece en su artículo 7° inciso segundo, que las facultades, autoridad y derechos que pueden invocar las magistratu-

ras y las personas, sólo pueden ser aquellas que “expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”; lo que excluye automáticamente interpretaciones sobre atribuciones “implícitas” o deducidas, para proceder a efectuar interferencias telefónicas;

b) La hermenéutica de las leyes debe ser realizada por los órganos públicos de manera tal que se favorezca el respeto y la promoción de los derechos garantizados por la Constitución –artículo 5º de ese cuerpo jurídico–; y si, como la misma Carta Fundamental dispone, en ningún caso los preceptos legales mismos “podrían afectar los derechos en su esencia” –artículo 19 Nº 26–, con menor razón es aceptable que lo haga el intérprete de la ley;

c) La situación de que se trata está regulada por disposiciones que indudablemente quedan comprendidas dentro del Derecho Público, como son las de orden procesal penal, y nunca en el Derecho Privado. En estas circunstancias no caben interpretaciones analógicas ni extensivas, sino por el contrario, proceden las de carácter restrictivo, conforme a un conocido principio jurídico universal;

d) Ni siquiera el motivo de favorecer el derecho al debido proceso legal, autorizaría una tal interpretación, puesto que la garantía constitucional del artículo 19 Nº 3 inciso 5º constituye un mandato para el legislador y no para el Tribunal. Precisamente es la ley la que debe establecer las reglas que, respetando los derechos de todos, aseguren la justicia de la decisión; y no el intérprete legal; y

e) Se lesionaría gravemente el bien común de la respetabilidad de los Tribunales, de aceptarse una facultad de origen judicial –no legislativo– para afectar la inviolabilidad de las comunicaciones mediante la escucha oculta de los teléfonos.

16. Así las cosas, resulta de lo expresado que no hay en nuestra normativa legal facultades entregadas a autoridades políticas, policiales o judiciales para emplear la excepción constitucional –de por sí estrecha– a esta garantía de privacidad.

17. Pero, con todo, existen en la vida jurídica situaciones en que podría ser conveniente y necesario proceder a la interceptación de líneas telefónicas con el objeto de imponerse del contenido de comunicaciones transmitidas por teléfono.

Una de estas circunstancias evidentemente está vinculada al éxito de una investigación criminal destinada a prevenir o castigar un delito.

18. Es indispensable que la necesidad de bien común que existiría en tal caso, quede legitimada mediante los instrumentos jurídicos adecuados; así se evitaría que una medida de ese tipo, que afecta a un derecho esencial del hombre, pudiera erradamente escudarse en el principio inaceptable de que el fin justifica los medios.

Por lo tanto, la aparente colisión entre el derecho a la privacidad de las comunicaciones y la eficacia de la acción de la justicia, debe solucionarse armonizando o compatibilizando ambos bienes, de forma que ninguno de ellos quede negado, disminuido o perjudicado; para lo cual debe darse una clara normativa legal que delimite las condiciones en que pueda ocurrir una interferencia telefónica.

19. Esta materia está tratada con latitud en diversas legislaciones.

Así, se refieren a la eventualidad de intervenir las comunicaciones telefónicas por orden de alguna autoridad: en España, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo del mismo año, que reemplazó el texto del artículo 579 del Código de Enjuiciamiento Criminal; en Francia, la Ley sobre interceptación de telecomunicaciones, Nº 91-646, de 10 de julio de 1991; en Italia, los artículos 226 a 271 del Código de Procedimiento Penal de 1988; en Suiza, el artículo 179 del Código Penal; en Alemania, la Ley sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico, de 13 de agosto de 1968, modificada en 1972 y 1978; en Inglaterra, la *Interception of Communications Act*, de 1985; en los Estados Unidos, los artículos 2510, 2515, 2516, 2518 y 2520 de la *Omnibus Crime Control Act*, de 1968; y en la Comunidad Europea de Naciones, el artículo 8º del *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950.

20. Los cuerpos legales a que se ha hecho referencia generalmente especifican las autoridades facultadas para ordenar una intervención telefónica, los casos en que ello es aceptable, los mecanismos para garantizar la seriedad a la actuación, la manera de proceder, las penas por los abusos que pudieran cometerse en la interceptación, el resarcimiento de los daños causados, etc.

21. Como se desprende palmariamente de lo ya expuesto es posible afirmar que en Chile no existen normas legales que permitan hacer uso de la limitación a la inviolabilidad de las telecomunicaciones privadas, que autoriza la parte final del artículo 19 Nº 5 de la Constitución Política de la República.

Por otra parte, puede concluirse que es conveniente proceder a estudiar una legislación que conceda atribuciones en este sentido a la judicatura —por ser el órgano encargado de la protección constitucional de este derecho humano, según el artículo 20—, determinando con exactitud y estrictez los presupuestos para que ello pueda ocurrir.

22. Esas condiciones tendrían que consistir, a lo menos, en los siguientes elementos:

a) El tipo de delito: naturaleza y gravedad de las infracciones penales que justificarían tal medida;

b) La oportunidad: si la interceptación telefónica sería de carácter preventivo, o para efectos de la pesquisa, para obtener prueba en la etapa contenciosa, para aprehender al delincuente a fin de que cumpla la condena, etc.;

c) El afectado: si procedería respecto de quien tiene la calidad de procesado, del mero inculpado, de quien puede ser detenido, de personas ajenas al proceso, u otros;

d) La duración: extensión propia de la medida de intervención, y posibilidades de prorrogarla o repetirla;

e) El lugar de operación: la realización de los actos de interferencia en cualquier sitio, en recintos policiales o judiciales, en la empresa que presta el servicio telefónico, etc.;

f) Los participantes: personas que pueden actuar en la diligencia —dado el conocimiento que adquirirían sobre el contenido de las comunicaciones—; grado de reserva que deben mantener; responsabilidades, etc.;

g) El medio: tipo de aparatos para conectarse o escuchar la telecomunicación; sistema técnico que garantice fidelidad y discreción; formas de conservar el registro de lo oído, etc.; y

h) El procedimiento: iniciativa de la medida, formalidades de publicidad, fundamentación explícita de la resolución judicial; recursos contra la decisión; incorporación de los resultados al proceso; valor probatorio de lo obtenido, etc.

23. No aparece conveniente —dada la trascendencia del derecho personal que está envuelto en este asunto— otorgar facultades de interceptación y escucha telefónica a otras autoridades o a agentes de la policía, los que pudieran estar vinculados a intereses contingentes; por lo que su decisión y su aplicación deberían quedar reservadas exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

Finalmente, y como corolario, puede decirse que el tema no es tan simple, tan claro y tan inocuo como acostumbra a presentarse en escenas propias de la vida de otros países.

La tradición jurídica nacional, de amplio respeto a los derechos individuales frente a la actividad del Estado, hace necesario tomar conciencia de la importancia de efectuar estudios serios y acabados para producir reglas legales transparentes y detalladas que fijen con precisión los límites de aquellos “casos y formas” en que la ley pueda autorizar —como excepción— la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Santiago, julio de 1992.

REFERENCIAS

- GARCÍA ALARCÓN, Juan: Tipificación penal de las escuchas telefónicas y su divulgación / Juan García Alarcón, pp. 1 y ss. En: *Actualidad Jurídica Aranzodi* Nº 7 (Mayo 1991).
- INTERVENCIÓN TELEFÓNICA: pp. 1 y 6. En: *Actualidad Jurídica Aranzodi* Nº 14 (Julio 1991).
- GARCÍA DELGADO, Joaquín: Valor probatorio de conversaciones grabadas en cinta magnetofónica / Joaquín García Delgado, p. 5. En: *Actualidad Jurídica Aranzodi* Nº 41 (Febrero 1992).
- Loi Nº 91-645 Du Juillet 1991 Modifiant les Articles 24, 26 et 34-1 de la Loi Nº 86-1067 du 30 septembre 1986 relative a la Liberté de Communication, pp. 9167-9169. En: *Journal Officiel de la République Française* Nº 162 (Julio 1991).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida / Jacobo López Barja de Quiroga, Madrid, Editorial Akal, 1989.
- KAYSER, Pierre: La loi n. 91-646 du 10 Juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, pp. 91-99. En: *Doctrine*.
- MADRID CONESA, Fulgencio: Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho / Fulgencio Madrid Conesa. España: Universidad de Valencia, 1984. 102 pp.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos / Eduardo Novoa Monreal. México: Siglo Veintiuno, 1981. 224 pp.