

OFICIO FN N° 449 /

ANT.: No hay.

MAT.: Orientaciones sobre el registro de llamadas telefónicas e interceptación telefónica.

SANTIAGO, Septiembre 14 de 2004

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS,

Como es de su conocimiento, es materia de preocupación de este Fiscal Nacional estar debidamente informado sobre la aplicación de las disposiciones legales que facultan para disponer en las investigaciones penales, el registro de llamadas telefónicas, así como la interceptación y grabación de éstas, cuando ello es procedente.

Esta preocupación se manifestó en el último Consejo General del Ministerio Público del día 31 de agosto pasado, en que se acordó que los Fiscales Regionales enviarían una información completa sobre la forma como se están aplicando las normas legales pertinentes, en especial el Art. 222 del Código Procesal Penal, modificado por la ley 19.927 de 14.01.04, requerimiento que ha sido sólo respondido por algunos de los Fiscales Regionales y que por ello se encuentra pendiente.

Sin perjuicio de lo anterior, este Fiscal Nacional estima conveniente orientar a todos los fiscales sobre estas materias, atendida las distintas opiniones jurídicas y a las dificultades que se han tenido para obtener la cooperación de las empresas telefónicas.

Por lo anterior, este Fiscal Nacional hace suyo los planteamientos jurídicos elaborados por la Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional, que pasan a explicarse a continuación^{*1}:

En primer término, este oficio se refiere a las facultades de los fiscales, distinguiendo entre las diligencias de registro del tráfico de llamados - que no requieren de autorización judicial previa - respecto de las medidas de interceptación y grabación de las comunicaciones

En seguida, esta comunicación trata del desacato en que pueden incurrir las empresas telefónicas y de telecomunicaciones por la negativa o entorpecimiento en practicar tales medidas.

I.- Registro de Tráfico de llamadas telefónicas e Interceptación y Grabación de comunicaciones.

1.- Planteamiento del problema

^{*1} Este trabajo fue elaborado por el abogado dn. Jaime Retamal Herrera, de la Unidad de Tráfico, actualmente designado como Fiscal Adjunto de la Región Metropolitana Centro Norte y fue discutido en Clínica Jurídica de la Fiscalía Nacional.

En el curso de numerosas investigaciones por tráfico de drogas, se ha constituido como una diligencia de importancia, el solicitar a la empresa telefónica o de telecomunicaciones, la remisión de un registro o listado de las llamadas telefónicas entrantes y salientes de una línea telefónica, sea celular o fija, a fin de identificar la existencia de comunicaciones entre sujetos investigados, su fecha y duración.

Sobre el particular, la posición jurídica de la asesoría legal de las empresas telefónicas se ha orientado hacia exigir a los fiscales que este requerimiento de información sea autorizado por el juez de garantía, de conformidad con los artículos 9 y 219 del Código Procesal Penal, lo que ha derivado en la práctica por algunas fiscalías, de solicitar previamente esta autorización para proceder a la solicitud de información. Lo anterior, debido a que la entrega de dicha información a un fiscal afectaría la garantía constitucional de la intimidad contemplada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, que cautela el respeto y la protección a la vida privada y pública.

Dicha exigencia de autorización previa, sin perjuicio de retardar la persecución penal, implica extender la cautela de garantías hasta límites insospechados por el legislador, olvidando que toda actividad de persecución penal siempre implica inevitablemente por sí misma, la afectación de algunas garantías, y como primera de ellas, la intimidad de todo inculpado.

2.- Presupuestos

Una de las premisas de análisis debe ser el adecuado equilibrio entre persecución penal y vigencia de garantías fundamentales. Este necesario equilibrio conlleva la exclusión de dogmas de garantismo idealista, que pretenden la vigencia de garantías fundamentales sin ningún tipo de límite, e incluso su vigencia a pesar del legítimo interés en la persecución penal de delitos especialmente graves.

Es por lo anterior que nadie duda de la necesidad de que un tribunal cautele garantías en el caso de la práctica de medidas intrusivas (exámenes corporales, allanamientos, interceptaciones, etc.) que implican una afectación grave o de cierta entidad a precisas garantías fundamentales, por lo cual resulta necesario que sea un juez quien las autorice. En este contexto, por cierto, existe una norma de clausura, contemplada en el artículo 9 del Código Procesal, llamada a cobrar vigencia cada vez que se afecte una garantía fundamental de manera relevante, por la actividad investigativa, siendo necesario en estos casos, recabar autorización judicial en forma previa a la actuación.

3.- Situación especial: Información sobre el tráfico de llamadas

La cuestión reside entonces en discernir si la afectación propia de proporcionar información del tráfico de llamadas entrantes y salientes de una línea telefónica de cualquier persona, exige la autorización judicial previa del Art. 9, por afección al derecho constitucional a la vida privada, partiendo de la base que la entrega de dicha información a terceros supone una afectación a la intimidad o al derecho a la vida privada, al revelarse información esencialmente confidencial, y que el titular de la línea, puede en principio resguardar de terceros por pertenecer a un ámbito de su vida cuyo conocimiento está vedado.

Ahora bien, según el profesor Enrique Evans de la Cuadra, el concepto de vida privada está directamente vinculado a la "intimidad", esto es, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros¹. A similar conclusión debemos llegar si tomamos en cuenta la regulación de la

¹ Enrique Evans de la Cuadra. Los Derechos Constitucionales, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, pág. 213.

referida garantía en los tratados internacionales más relevantes sobre la materia. De esta forma, es posible citar el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11 prescribe que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. En consecuencia, la intimidad como garantía constitucional parece vincularse con un espacio físico de un individuo o con el contenido de sus comunicaciones, lo que deben desenvolverse sin intervención o presencia de terceros.

Es por lo anterior que estimo que el tema debe ser resuelto por dos ordenes de consideraciones:

a) Entidad de afectación de las diligencias intrusivas y ámbito de aplicación del artículo 9º del Código Procesal Penal.

En efecto, es dable concluir que el legislador ha estimado necesario regular las medidas intrusivas de común ocurrencia en la fase investigativa, y que significan una importante afectación a los derechos constitucionales, de ahí que el Código Procesal Penal dedique numerosas disposiciones a regular los exámenes corporales, exámenes médicos, pruebas caligráficas, entrada y registro de lugares cerrados, incautación de objetos y documentos e interceptación de comunicaciones, y no a otra clase de diligencias. Como es natural, la actividad investigativa puede adoptar numerosas formas, imposibles de abarcar por la regulación legal, y junto con ello afectar seriamente alguno de los derechos constitucionales de los involucrados, mediante la práctica de algunas diligencias, siendo necesario en estos casos la autorización de un juez.

La norma del artículo 9º a primera vista parece ser categórica, y sin excepciones, al exigir que toda actuación que importe afectación de garantías sea autorizada por el juez previamente. Ahora bien, ello en rigor no es así, ya que la propia ley, sea el Código Procesal Penal u otra norma, autoriza a que determinadas diligencias de actuación que afectan garantías, sean realizadas sin autorización judicial previa, por ejemplo, el control de identidad (Art. 85), la detención por flagrancia (Art. 130), las facultades autónomas de la policía (Art. 83), y las facultades de investigación propias de los fiscales (Art. 180 y 181).

En este contexto, el ámbito de aplicación del Art. 9º está dado por la ausencia de regulación expresa de la medida intrusiva –esto es, que no esté normado por los artículos 197 y siguientes-, por la ausencia de una actuación excepcional sin orden –en que se autoriza a la policía o fiscales para actuar sin dicha orden, Arts. 85, 130, 83, 180 y 181-, y por la afectación de una garantía constitucional en una entidad suficiente que justifique la intervención jurisdiccional. En este último sentido, la norma del artículo 226 parece ser particularmente clara, al exigir la autorización del juez de garantía cuando se afecta la intimidad o vida privada de cualquier sujeto mediante la fotografía, filmación u otro medio de reproducción, excluyéndose a contrario sensu cuando la afectación a esa garantía no implica el uso de estos medios técnicos.

En consecuencia, sin perjuicio de la apariencia categórica de la norma del artículo 9º, a nuestro juicio, la ponderación de intereses en su aplicación resulta ineludible, de tal forma que sólo la privación, restricción o perturbación de derechos garantidos por la Constitución justifican la intervención del tribunal de garantía, y no la justifican la mera afectación de ellos o la simple amenaza. Precisamente esto señala el inciso 2º del artículo 9º, al hacer alusión a que la diligencia de investigación debe producir alguno de “tales efectos” para solicitar la referida autorización. Es por ello, que su aplicación coherente debe significar que la privación, restricción o perturbación es de similar entidad a las ya

reguladas por el Código Procesal Penal, guardando correspondencia las diligencias expresamente normadas con la aplicación de esta disposición como norma de clausura.

En otros términos, y a modo de conclusión provisoria, la aplicación del artículo 9º exige que la afectación del derecho constitucional sea precisamente mediante su privación, restricción o perturbación, y que ella sea ponderada por el juez de garantía, como de similar entidad o gravedad que las situaciones reguladas expresamente por las diligencias intrusivas, ya que de otro modo, la más mínima e incluso irrelevante afectación de una garantía motivaría la intervención del aparato jurisdiccional, lo que resulta innecesario y excesivo, ya que siempre está latente como contrapartida el legítimo interés en la persecución penal.

En este contexto, la mera entrega de información sobre el tráfico entrante y saliente de llamadas de una línea telefónica no puede significar privar o restringir la vida privada o la intimidad. Ahora bien, la perturbación de dicha garantía si bien en principio parece ser clara, no guarda relación con la afectación que suponen las restantes diligencias intrusivas, que sí poseen una significación y afectación de gran relevancia, como el allanamiento, el examen de correspondencia, o las escuchas telefónicas, implicando éstas últimas la observación y registro de todos los contenidos propios de la vida privada, con lo cual, por su mínima afectación no resulta necesaria la autorización judicial previa.

Esta conclusión además parece ser obligada si se distingue adecuadamente entre dos situaciones, por una parte, la invasión de terceros al contenido de la vida privada o la intimidad, propio del allanamiento y registro, y de la revisión de vestimentas, y dentro de las escuchas telefónicas al contenido del mensaje, por citar algunos casos; y por la otra, el mero conocimiento de la existencia de comunicaciones o mensajes, sin entrar a conocer el contenido, o a invadir espacios propios donde se desarrolla la vida familiar o privada de un sujeto, como lo son tradicionalmente su hogar, oficina, efectos personales, vestimentas. Por vía ejemplar, el requerimiento de información que se solicita a las empresas telefónicas, sería equivalente a solicitar a la empresa de correos que informe si ha despachado correspondencia de determinada persona, identificando la fecha y remitente; o en su época, si recibió comunicación telegráfica, fecha y remitente, sin indagar acerca del o los contenidos de los mensajes. Puestas así las cosas, la afectación a la intimidad parece ser sustancialmente menor.

b) Estatuto del requerimiento de información de los fiscales, y la ineludible afectación de la vida privada por la persecución penal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, al momento de resolverse la eventual aplicación del artículo 9º en el caso del tráfico de llamadas, no debe perderse de vista la regulación general del requerimiento y entrega de información que realiza el Código Procesal Penal, cuando el requirente es un fiscal a cargo de una investigación.

O en otros términos, un registro de llamadas entrantes y salientes, no deja de ser un requerimiento particular de información, por mucha proximidad que tenga con la existencia de una comunicación privada, y su afectación no tiene ni tendrá jamás la misma entidad que la interceptación y grabación de conversaciones, sino que se limita a la que afectación que posee toda información proveniente de la vida privada. En virtud de lo primero, debe recordarse entonces la norma del artículo 19, que compele nada menos a que a las autoridades y órganos del Estado a la entrega de toda clase de información, inclusive la estrictamente confidencial de cualquier ciudadano; y la norma del artículo 180 del Código Procesal Penal, que en términos generales faculta a los fiscales para realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación. Pero lo que parece ser más decidor en todo este tema, es el inciso final del artículo 180, que claramente establece la posibilidad

de los fiscales de **exigir información de toda persona o funcionario público**, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

En otros términos, la regla general y casi sin excepciones, según el Código Procesal Penal, en materia de entrega de información frente a un requerimiento de un fiscal, consiste en la obligación de toda persona de proporcionarla, salvo excepción legal expresa, caracterizada por ejemplo, por el secreto de ciertas actividades profesionales (Art. 303 del Código Procesal Penal, que se refiere al abogado, médico o confesor).

En estos términos, no se aprecia la existencia de una excepción legal expresa que autorice a las empresas de telecomunicaciones a omitir la entrega de información requerida por los fiscales, encontrándose éstos autorizados legalmente para requerirla directamente y sin autorización judicial previa, en virtud del imperativo legal ya citado.

Por su parte, los antecedentes legislativos del inciso final del artículo 180 demuestran que la obligación de comento aparecía ya en el proyecto propuesto por el ejecutivo, y que no sufrió mayores alteraciones, salvo el cambio del verbo entregarla por proporcionarla. Lo que sí resulta interesante destacar, es que el proyecto original permitía ordenar al ministerio público el arresto de toda persona que dificultare el cumplimiento de cualquier diligencia y mantenerla privada de libertad hasta el cumplimiento de la misma, siempre que dicha situación no se prolongue por más de 8 horas².

Lo anterior además se vincula con la naturaleza propia de la actividad investigativa del ministerio público, que inevitablemente conlleva una afectación a la intimidad o a la vida privada de cualquier imputado desde el primer instante en que se inicia. En efecto, la actividad de la policía y de cualquier fiscal destinada a identificar al responsable de un ilícito o a atribuirle participación en un hecho siempre entrañará abordar aspectos de su vida privada, de la o las actividades que ha realizado con anterioridad al ilícito, y en ese sentido, todo requerimiento de información dirigido a cualquier persona o autoridad invadirá su intimidad, de tal forma que sin ello, ninguna actividad investigativa es posible. En este contexto, carece de realismo y practicidad, que el más mínimo requerimiento de información obligue a un pronunciamiento jurisdiccional previo, y de esta forma, el registro de llamadas de una línea telefónica no puede ser la excepción, ya que por lo demás no tiene el carácter invasivo de la interceptación, registro o escucha, propios de la interceptación. De aceptarse la tesis jurídica que se impugna, todo requerimiento de información, sin excepción, debiera ser cursado por el juez de garantía mediante su autorización, lo que además de ser impracticable, llevaría a algunas situaciones de absurdo. Visto de otro modo, tampoco parece sustentable que las empresas de telefonía o telecomunicaciones ostenten una situación de privilegio en materia de entrega de información, de tal forma que sólo a su respecto sea posible un requerimiento autorizado judicialmente, mientras que el resto de las entidades, organismos u autoridades deban entregarla sin dicha autorización. Si lo que se pretende por las empresas es resguardar la confidencialidad de información de sus clientes, ello aparece suficientemente cautelado por el artículo 182 del Código Procesal Penal, que establece el secreto de las actuaciones para los terceros ajenos al procedimiento, y que sólo el imputado e intervinientes puedan examinar los registros y documentos de la investigación, donde se contendrán la información de estos registros de llamadas.

Criterio de actuación.

Sin perjuicio de que en situaciones urgentes pueda resultar más práctico requerir directamente la información acudiendo previamente ante el juez de garantía, estimo que salvo casos excepcionales, y a fin de dar vigencia a la entrega inmediata de información por parte de las empresas de telefonía,

² En este sentido, Emilio Pfeffer Urquiaga, Código Procesal Penal, Anotado y concordado. Editorial jurídica de Chile, pág. 200.

resulta necesario que luego de haber efectuado el requerimiento de información, y ante la negativa o tardanza inexcusable en su entrega, se formule el reclamo que corresponda ante la Corte de Apelaciones, conforme al artículo 19 del Código Procesal Penal

Si luego es desatendida una decisión judicial favorable a la petición del fiscal, se estará en presencia de un delito de desacato que es tratado en el siguiente punto.

II.- Desacato de las empresas telefónicas en relación a las órdenes de registro de llamados e interceptación de comunicaciones.

El artículo 222 inciso 5° del Código Procesal Penal señala que las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia de interceptación telefónica las facilidades necesarias para llevarla a cabo. Agrega que la negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato.

La disposición parece inevitablemente vinculada al denominado delito de desacato, previsto en el inciso 2° del Art. 240 del Código de Procedimiento Civil, y cuyo texto es el siguiente: “El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”, siendo necesario un análisis de su alcance y posibles criterios de actuación.

1) Antecedentes legislativos. Historia de la disposición del Art. 222 del CPP.

Los antecedentes legislativos del artículo 222 demuestran que la obligación de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones de otorgar facilidades, y la constitución del delito de desacato a través de la negativa o entorpecimiento de la práctica de la medida, ya se encontraba en el anteproyecto de Código Procesal Penal, y que en definitiva, el proyecto de ley del nuevo Código Procesal enviado por el ejecutivo lo contempló en idéntica forma. Si bien las normas de interceptación telefónica fueron primeramente eliminadas por la Cámara de Diputados, posteriormente fueron repuestas en su integridad por el Senado con algunas modificaciones en otros aspectos no vinculados al desacato, no existiendo referencias específicas de discusión parlamentaria en la configuración del delito en comento, el cual parece haber sido aprobado tal y como fuera presentado por el proyecto del ejecutivo.

2) Distinción respecto del desacato contra la autoridad contemplado en los artículos 263 y siguientes del Código Penal.

Un primer análisis debe vincularse con la necesidad de distinguir la figura del artículo 222 y del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, de las descripciones típicas contenidas en los artículos 263 y siguientes del Código Penal, más vinculados a la protección de la honra o seguridad de las autoridades, y que fueron objeto del oficio de la Fiscalía Nacional N° 273 de 18 de junio de 2004, al que me remito para evitar reiteraciones.

3) Bien jurídico

Sobre el particular, el profesor Etcheberry únicamente nos indica en su conocida obra, que el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil sanciona a quien quebrante lo ordenado cumplir sin agregar nada más, no arrojándonos ninguna luz sobre esta disposición. A su turno, el profesor Labatut no aborda la referida disposición en su curso de Derecho Penal.

Dentro de la legislación comparada es posible hacer concordancias con el antiguo artículo 369 del Código Penal Español de 1973, que castigó con penas de inhabilitación y multa a los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u ordenes de la autoridad superior. Sobre el particular el profesor Juan Bustos Ramírez³, señalaba que este delito, denominado de desobediencia, aparece consustancial al carácter jerarquizado de la administración, sea ésta civil o militar, y que en un Estado social y democrático de derecho, ello no es producto del establecimiento de un sistema autoritario, sino en razón del cumplimiento de deberes específicos que tienen los sujetos al interior de la administración. Para otros, el bien jurídico protegido es el ejercicio legítimo de la autoridad⁴, de manera que ese bien jurídico no resulta no lesionado ni puesto en peligro allí donde la orden desobedecida es abiertamente ilegítima.

Desde otro punto de vista, lo que se protege es el principio jerárquico en la organización de la administración pública cuando a través de ella se persigue directamente la satisfacción de un interés general, por ello la realización del tipo de desobediencia requiere además de que el subordinado incumpla con su deber de cumplir la orden, y genere el riesgo de que no se realicen los fines institucionales asignados a la administración de que se trate⁵. En virtud de lo anterior, se trataría de un delito de peligro abstracto que no requiere resultado alguno, en el que para la realización del tipo no es posible la concreción del peligro.

Para otros, se trataría del normal funcionamiento de la administración, sea la general, o la administración de justicia, exigiéndose que las sentencias, decisiones u órdenes han de tener una apariencia mínima de legalidad⁶.

En todo caso, lo que parece ser claro en este ámbito, es que entre quien dicta la orden y quien la recibe, debe existir una relación jerárquica establecida por el derecho administrativo funcional, y que ella es distinta de otras situaciones generadoras de deberes, pero no apoyadas en la subordinación, como el deber de colaboración con otros poderes e instituciones⁷.

No obstante lo anterior, la discusión acerca del preciso contenido de injusto de la figura sigue estando pendiente en nuestro país, como se advertirá al revisar las dos decisiones jurisprudenciales que se citan. En efecto, al extenderse la protección penal de las decisiones jurisdiccionales incluso a la actividad que realiza un tercero ajeno a la administración de justicia, el objeto jurídico de protección parece situarse más en la eficacia de dicha administración o en el respeto de sus decisiones, más que en la mera jerarquía, la cual obviamente no existe entre un tribunal y un particular. De esta forma, la figura parece emparentada con los otros ilícitos que afectan la administración de justicia (prevaricación, obstrucción a la justicia). Pero aún en este contexto, todavía resta por analizar si la figura adquiere el carácter de un delito formal o de incumplimiento de un deber, o si exige una real afectación a la actividad jurisdiccional, de tal forma que por vía ejemplar, la tipicidad se consume incluso con la mera dictación de un decreto municipal aún sin resultados respecto de los sujetos a

³ Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel S.A., Barcelona, pág. 442.

⁴ En este sentido, Vives, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Romo III, Editorial Akal, Madrid, España, 1992, pág. 278.

⁵ En este sentido Alvarez García. El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, citado por Jacobo López Barja de Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial, Romo III, Editorial Akal, Madrid, España, 1992, pág. 278.

⁶ En este sentido, José Luis Manzanares Samaniego y José Luis Albácar López. Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Granada, 1990, pág. 900.

⁷ Gonzalo Quintero Olivares, Comentarios al Nuevo Código Penal. Varios autores. Editorial Aranzadi, 2001, págs. 1873 y 1874.

quien va dirigido; o por el contrario, por exigencias del principio de lesividad, la contravención de la conducta debe materializarse en una consecuencia externa prohibida por la decisión jurisdiccional, que importa una afectación palpable a la administración de justicia. Las dos decisiones jurisdiccionales que se citan a continuación parecen ir en direcciones opuestas en cuanto a esto último.

4) Descripción típica

Si bien la descripción original del tipo contenido en el artículo 240 hace referencia a quebrantar lo ordenado cumplir por una resolución judicial, el inciso 5º del artículo 222 del Código Procesal Penal parece entrañar una nueva descripción típica de mayor especificidad, y que supone un cumplimiento más inequívoco del principio de legalidad. Esto significa que sin perjuicio de la norma general sobre desacato, precisamente el negarse o entorpecer la práctica de la medida de interceptación y grabación importaría un delito específico de desacato, existiendo un mero reenvío al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil para efectos de asignación de la penalidad de la conducta.

De esta forma, los supuestos parecen partir de la existencia de una orden que ha dispuesto la interceptación y grabación, emitida por un tribunal de garantía, y que ha sido puesta en conocimiento de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones.

Luego de ello, y encontrándose las personas responsables, jurídicamente obligadas por la orden judicial a otorgar las facilidades para implementar ambas medidas, la actividad típica se concreta al negarse éstas, sea en forma expresa o tácita a dar las facilidades a los funcionarios policiales encargados de la diligencia, o al poner trabas en su ejecución. La fuente de esta obligación legal respecto de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones no es otra que la ley, en particular, el artículo 222 del Código Procesal Penal, y el fundamento de su instauración radica en las necesidades de persecución penal e investigación de determinados delitos, que por su complejidad o gravedad hacen necesaria esta medida⁸.

Como es natural, la orden judicial debe ser cumplida inmediatamente, debiendo cada sujeto responsable dentro de la organización empresarial, cumplir sin dilación alguna, con la labor que le corresponde para la implementación de la medida. De esta forma, el gerente general una vez notificado de la orden deberá dar la instrucción al encargado técnico de realizar las operaciones técnicas que permitan intervenir la comunicación, y luego de ello, derivar la señal a una línea telefónica que permita la escucha y grabación.

Omisión y acción alternativas

El delito se configura de esta forma, bajo una modalidad alternativa de omisión y acción, la primera, constituida por la negativa a la práctica, y la segunda, por el entorpecer la labor, debiendo delimitarse los ámbitos de responsabilidad que competen a cada uno de los intervinientes en la práctica de la medida *inter criminis*.

La definición como un delito de mera infracción de un deber (mera actividad), o como un delito de resultado permite discernir justamente acerca de su consumación, y la eventualidad de formas imperfectas de ejecución. De esta forma, la peculiar descripción que no alude a si finalmente se impidió o no la práctica de la interceptación, parece excluir toda forma de tentativa o frustración,

⁸ En este sentido, María Inés Horvitz y Julián López. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 527.

consumándose la figura con la mera abstención de la práctica o la puesta de trabas por quien tiene poder de decisión y un ámbito de actuación al respecto.

5) Jurisprudencia sobre la materia

Las decisiones jurisdiccionales referidas al desacato son particularmente escasas y raras, siendo citables únicamente las dos que han sido posible encontrar:

a) Caso del detective Barraza. Sentencia de 24 de Enero de 2002, del 20° Juzgado del Crimen de Santiago, en que se condenó a Jorge Barraza Riveros, Juan Osvaldo Ponce Santibañez, Roberto Alfredo Araneda Pérez y Jaime Osvaldo González Aguilar, a la pena de 541 días de reclusión menor en su grado mínimo, como autores del delito de desacato. Los hechos establecidos por la sentencia fueron los siguientes: Que el día 29 de Agosto de 1992, terceras personas pertenecientes a la Policía Civil de este país, en conocimiento que un menor no podía salir del país al extranjero por impedirselo una resolución judicial de arraigo, de 5 de febrero de 1990, emanada del 4° Juzgado de Menores de Santiago, en causa Rol N° 55.136 y plenamente vigente, facilitaron su salida en compañía de su madre por el Paso Los Libertadores, sin que se dejara constancia de su salida. Al respecto, la sentencia realizó el siguiente razonamiento: Que los hechos descritos son constitutivos del delito de desacato, ya que ha quedado acreditado en autos que funcionarios de Investigaciones menospreciando la autoridad que la ley atribuye a la resolución de un juez dotado de potestad jurisdiccional, por delegación de la soberanía que reside en la Nación, quebrantaron lo ordenado cumplir por un tribunal de la República, ya que permitiendo y facilitando la salida al extranjero de un menor respecto del cual se había decretado arraigo, y para quien no se había dado autorización de salida por la autoridad respectiva.

b) Caso del alcalde de Maipú. Auto de procesamiento de fecha 26 de Febrero de 2004, dictado por el 20° Juzgado del Crimen de Santiago, en contra de Roberto Eduardo Sepúlveda Hermosilla, por el delito de desacato, en su calidad de alcalde de Maipú, ya que se justificó que el 9 de octubre de 2002, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago pronunció una resolución ordenando al Alcalde de la Municipalidad de Maipú, que suspendiera los efectos de un decreto que días antes había emitido en el que disponía la clausura de un relleno sanitario mientras no se fallara un recurso de protección, lo que fue comunicado a esa municipalidad el mismo día por fax, y al día siguiente por oficio, quebrantando el alcalde lo ordenado cumplir el 11 de Octubre de 2002, en horas de la tarde, cuando ya tenía conocimiento indubitable de la resolución que debía cumplir, al llevar a efecto la clausura fundándose en un segundo decreto que estaba basado en similares predicamentos fácticos que el primer decreto, cuyos efectos habían sido suspendidos, pero argumentando consideraciones jurídicas no hechas valer anteriormente, pero que se encontraban subentendidas en las ya exteriorizadas, clausura que se materializó cuando todavía no se había dictado sentencia en el recurso de protección aludido.

6) Omisio libera in causa

Un problema de previsible presentación radica en la forma en que se ha estado ejecutando o prestando cooperación por parte de las compañías o empresas de telefonía celular, para la práctica de la diligencia de interceptación y grabación de comunicaciones. Como es de conocimiento generalizado, la realidad en esta materia es bastante diversa, oscilando entre la absoluta expedición de la medida en algunas empresas, pasando por la existencia de un determinado número de cupos de interceptación en otras, y llegando hasta el inservible ofrecimiento de un único cupo para interceptaciones a nivel nacional en las últimas. Las empresas afectadas y compelidas a realizar interceptación y grabación de comunicaciones, han realizado reiteradas alegaciones de índole técnico

y financiero, que a su juicio, restringirían su capacidad para proporcionar según ellas este “servicio” originalmente no presupuestado dentro de actividad económica.

Al margen del debate técnico y económico, que parece desvanecerse si se comparan algunas de ellas con la empresa telefónica que accede sin dilación a todas las interceptaciones, o que se minimiza cuando se trata de adjudicar al Estado como el obligado económico a soportar los costos de las interceptaciones, lo que parece ser claro es que las empresas, a través de sus representantes legales, gerencias generales y asesores legales, están plenamente conscientes de la nueva obligación legal que poseen en virtud de la vigencia del Código Procesal Penal desde el año 2000, y parecen haber matizado su respuesta frente a esta nueva exigencia legal.

En estas circunstancias, a mi juicio, cobrará relevancia cada día más, la imposibilidad de esgrimir como excusa o defensa penal frente a un eventual desacato, razones de orden técnico o económico que esgrime la propia empresa de telecomunicaciones. Lo anterior, mediante la figura de la omisión libera in causa, de similar estructura a la actio liberae in causa. En efecto, si bien la primera es más conocida, y se dirige a resolver las situaciones en que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o anormalidad motivacional, que el mismo ha provocado, y los casos de mayor aplicación se vinculan con la incapacidad de culpabilidad, nadie parece discutir su vigencia en los casos de incapacidad de acción.

En otros términos, la imposibilidad de ejecutar lo debido y obligado legalmente por la orden judicial de interceptación y grabación (en rigor, una ausencia de capacidad de acción por deficiencias técnicas, o ausencia de la tecnología necesaria para ello) como eximente, no será aplicable si esta omisión fue buscada de propósito por el o los sujetos responsables, o si ella era previsible y debió haber sido prevista esta incapacidad de cumplir con las ordenes judiciales futuras. En este sentido parece pronunciarse nuestro Código Penal, al exigir en su artículo 10 N° 12 que la omisión como eximente, se verifique cuando quien incurre en ella se halle impedido por causa legítima o insuperable. Pues bien, en estos casos, la causa de la omisión no ha sido insuperable, y la representación de la imposibilidad de cumplir con los requerimientos de interceptación y grabación excluye la imprudencia o culpa, configurándose un genuino dolo de primer grado. Lo anterior debido a que la dictación del nuevo Código Procesal Penal y su entrada en vigencia el año 2000 ha sido plenamente previsible por la asesoría legal y la gerencia de dichas empresas, debido a que el aumento de las necesidades de interceptación por la entrada en vigencia progresiva de la reforma también fue de conocimiento público y especializado, y debido a que, en definitiva, la omisión en procurarse de los medios técnicos o en hacer las inversiones necesarias para cumplir con la obligación legal de interceptar comunicaciones no merecen dudas en cuanto a su conciencia y voluntariedad, debiendo asumir las consecuencias jurídicas de estas decisiones, él o los responsables legales de esta actividad.

7) Imputación de la acción de diversos sujetos o división de la acción.

La descripción típica exige negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida, lo que en organizaciones de personas de cierta complejidad, como lo son las empresas de telecomunicaciones, implica el delimitar claramente los ámbitos de funciones y responsabilidad en la ejecución de la interceptación. Es por lo anterior, que resulta necesario indagar y que la propia empresa defina quién o quienes serán los responsables de la interceptación, esto es, el jefe y el personal técnico encargado de realizarla, definiendo las tareas que le corresponde a cada uno para verificar el ámbito de sus responsabilidades y poder imputar responsabilidad penal a la omisión o tardanza inexcusable.

En otros términos, y sin perjuicio de que la ley asigne en forma genérica a las empresas el deber de otorgar las facilidades para la práctica de la medida, la responsabilidad penal debe radicarse en el o las personas que con su omisión o tardanza inexcusables impidan o entorpezcan la práctica de la

interceptación. Dicha atribución significa una definición de las funciones y responsabilidades que competen a cada personas al interior de la empresa, para una vez constatada la omisión poder realizar la imputación de responsabilidad. Como es evidente, y por vía ejemplar, el gerente general cumplirá dando instrucciones a los técnicos, y los técnicos cumplirán a su turno, efectuando las conexiones o realizando las acciones necesarias, pero lo que no resulta admisible es que la responsabilidad se difumine en toda la organización, y definitiva siempre sea otro, todos o nadie quien deba practicar la medida.

8) Criterios de actuación.

A fin de configurar las exigencias de la descripción típica, se sugiere luego de haber obtenido la orden de interceptación y grabación, realizar lo siguiente:

- a) Requerir por escrito a la persona responsable del tema en la empresa, la práctica de la interceptación;
- b) Solicitar que se informe quiénes son los responsables de la práctica de la medida, con individualización de nombre y apellidos completos, y su función en la implementación de la interceptación, se supone que habrá a lo menos una persona de la plana ejecutiva y otra del personal técnico;
- c) Señalar que la práctica de la diligencia debe realizarse de inmediato, ya que la dinámica delictiva exige que las escuchas se verifiquen en un plazo brevísimo. De otro modo, la diligencia se verá frustrada, ya que conforme a la experiencia, los imputados cambian periódicamente de teléfono, situación que ya ha ocurrido con anterioridad.
- d) Solicitar que se informe de inmediato al Fiscal si la diligencia no puede ponerse en práctica dentro de las próximas 24 horas, explicando la persona responsable el o los fundamentos de ello;
- e) Advertir que la negativa o entorpecimiento de la interceptación y grabación constituye el delito de desacato, de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Penal.

Finalmente, y luego de completada la información, deberá evaluarse si es procedente iniciar una investigación por el delito de desacato, teniendo presente que la ausencia de medios materiales o técnicos para la práctica de la diligencia no es una justificación suficiente que exima de responsabilidad penal, ya que ello únicamente eximirá de responsabilidad al personal técnico, pero no al mando gerencial que tuvo como obligación el proveer al personal de los medios materiales para poder realizar su actividad.

Esta materia está inserta dentro de los estudios realizados sobre obstrucción a la justicia, respecto de lo cual se han impartido diversas instrucciones, en especial, por los oficios 273 de 28 de Junio y 421 de 24 de Agosto, ambos del presente año.

Este oficio deberá ser estudiado por todos los fiscales, y los Fiscales Regionales enviar a la Fiscalía Nacional la información ya solicitada y las observaciones y dudas que sean pertinentes.

Saluda atentamente a UDS.,

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

GPR/SMG/crz