

## MEDIDAS INTRUSIVAS: LEY PAREJA NO ES DURA

- Más allá de las cuestionables filtraciones, la posibilidad de que el sistema de justicia utilice medidas intrusivas como las escuchas telefónicas es necesaria para el restablecimiento del Estado de Derecho.
- Por cierto, ese tipo de medidas, por la afectación a la privacidad de las personas, debe cumplir con el estándar que la ley exige, esto es, la autorización de un juez. En ese sentido, no se entiende la insistencia del oficialismo de que, en otras medidas similares, como la del levantamiento del secreto bancario, se busque debilitar la forma en que se accede a información privada de los ciudadanos.
- Finalmente, es positivo que el Gobierno haya retrocedido en su reclamo respecto que debía haber un estándar distinto para el Presidente de la República, especialmente por la naturaleza de sus conversaciones, lo que no se ajusta a los principios que cautela la Constitución.

En medio de las investigaciones judiciales asociadas al caso ProCultura se ha abierto una discusión respecto a la pertinencia de las medidas intrusivas, como las escuchas telefónicas, las que incluso afectaron al Presidente de la República.

Siempre que estas medidas estén debidamente autorizadas por un juez, tal como lo establece la ley, son herramientas de investigación válidas y que ayudan a reestablecer el imperio de la ley. Por ello, declaraciones que tildan a la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público de “espionaje con fines políticos” son desafortunadas y no contribuyen al esclarecimiento de los hechos.

Así, no deja de ser paradójico que sistemáticamente el mismo Gobierno ha buscado eliminar los controles judiciales en medidas intrusivas en el ámbito económico, para dar más poder a órganos de la Administración del Estado, como el Servicio de Impuestos Internos, respecto de información protegida por el secreto bancario, cuando en épocas no muy lejanas, el mismo servicio ha sido cuestionado por la instrumentalización política que se hizo de sus facultades fiscalizadores.

### **MEDIDAS INTRUSIVAS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES**

Tanto para la inteligencia, como para la investigación penal, las denominadas “técnicas especiales de investigación” son herramientas fundamentales: en la mayoría de los

casos la información necesaria para tomar una decisión o poder determinar una verdad en el marco de un proceso judicial requiere acceder a una esfera de intimidad mediante medidas intrusivas. Esto configura la tensión entre una función del Estado y los derechos de las personas, la cual debe resolverse siguiendo a la Constitución: mediante garantías que establezcan un procedimiento y una investigación racionales y justos. De este modo, aún si hubiese conversaciones que por su naturaleza fuesen especiales, como las que podría sostener el Presidente de la República, ellas deben poder ser accesibles si es que hay razones para que, en el marco y con los requisitos que señala la ley, fuese relevante para la búsqueda de la justicia y la afirmación del Estado de Derecho.

En términos muy generales, los procesos penales cuentan con dos grandes garantías. La primera es el carácter adversarial del proceso: toda persona que se vea involucrada en un proceso penal como imputado, formalizado o acusado o con cualquier otra calidad procesal tiene derecho a controvertir la acción del Ministerio Público y de los querellantes, si los hubiere. La segunda, y más importante aún, respecto del Ministerio Público, organismo autónomo que, por mandato de la Constitución “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”<sup>1</sup>, la ley impone una serie de controles al ejercicio de sus funciones, especialmente respecto del ejercicio de medidas intrusivas. Estos controles están dados, básicamente, por la necesidad de requerir autorización judicial para su realización.

Lo anterior implica que el Ministerio Público debe exponer fundadas sospechas basadas en hechos determinados y acreditarle al juez que la investigación de los delitos en cuestión lo haga imprescindible. Asimismo, el artículo 222 del Código Procesal Penal (CPP) expone varios otros requisitos y limitaciones, entre los cuales está la prohibición de interceptar comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo autorización expresa del Juez de Garantía; el art. 224 del CPP, la notificación al afectado una vez que la medida ha sido realizado y “en cuanto el objeto de la investigación lo permitiere, y en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas”; el art. 225 del CPP, la prohibición de hacer valer en juicio interceptaciones que se hayan dado fuera del marco legal; y el art. 225 ter del CPP, el contenido de las resoluciones que autorizan las interceptaciones, entre otras.

---

<sup>1</sup> Según prescribe el inciso primero del artículo 83 de la Constitución.

## ¿DEBE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA TENER UN TRATO ESPECIAL?

Al conocerse, en el marco de la investigación penal del caso ProCultura, que se habrían intervenido comunicaciones del Presidente de la República, la ministra de Ciencias, Aisén Etcheberry, quien oficia de subrogante en la vocería de Gobierno, expresó que las conversaciones del Jefe de Estado “tienen un estándar de protección que es más alto, porque si son conocidas por terceros, podrían eventualmente comprometer la seguridad nacional”<sup>2</sup>. Por ello, solicitó que el Ministerio Público aclarara la situación que, en ese momento, era un trascendido de prensa. Si bien el Gobierno terminó retrocediendo en sus argumentos, no deja de ser llamativo el inicial: a pesar de no haber ninguna norma que establezca privilegio, se invocó por la naturaleza de sus comunicaciones.

Lo cierto es que la tradición constitucional chilena ha configurado un sistema donde todas las personas gozan de los mismos derechos, bajo una misma ley. Las diferencias arbitrarias, es decir, sin justificación racional, no son, por tanto, constitucionalmente admisibles. Por ello, el primer inciso del primer artículo de nuestra Constitución prescribe que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Así, en nuestras bases de la institucionalidad se halla el fundamento esencial de la igualdad política y jurídica; y, por tanto, es posible afirmar que, en Chile, todas las personas tienen las mismas garantías constitucionales que el Presidente de la República.

Lo señalado anteriormente no obsta a que la misma Constitución y, a partir de ella, la ley, trate a personas en situaciones iguales de manera igual y, a quienes están en situaciones desiguales, de manera desigual, en virtud del “Principio de Isonomía”. Precisamente por ello, la ley concede ciertos y muy específicos privilegios procesales en determinados casos (como vimos anteriormente) que permiten, antes que asegurar un privilegio a la persona que ejerce el cargo de Presidente de la República, ciertos resguardos al ejercicio en abstracto del cargo de la primera magistratura.

Se trata de una cuestión que entraña un problema en sí mismo es el hecho de que se argumente que la naturaleza de las conversaciones del Presidente de la República le hagan merecedor de una protección especial. Ello implicaría que, o bien la naturaleza del cargo de Presidente hace a su titular un ciudadano distinto de los demás; o bien, hay cierta clase de conversaciones, donde las del Presidente de la República son una más, que deben tener un tratamiento privilegiado. Como veremos, ambos argumentos son equívocos.

---

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-espera-que-fiscal-valencia-aclare-si-se-solicito-intervenir-telefono-del-presidente-boric-por-caso-procultura/>.

## **IGUALDAD ANTE LA LEY Y ANTE LA JUSTICIA**

No solamente las bases de la institucionalidad declaran la igualdad política y jurídica. También, nuestras garantías constitucionales, que alcanzan a todas las personas en nuestro territorio, aseguran la igualdad ante la ley y ante la justicia.

La igualdad ante la ley, en tanto garantía constitucional (art. 19 N°2), tiene una declaración fundamental: la Constitución asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”. Esta disposición, que se remonta a los primeros textos constitucionales y cuyo sentido era constitucionalizar el fin de los títulos nobiliarios y los mayorazgos<sup>3</sup>, cobra vital importancia para recordar que ni aún la primera magistratura convierte a su titular en un ciudadano distinto ni la Presidencia de la República, ni cualquier otro cargo público o de elección popular, convierte a su titular en propietario de fueros o derechos especiales.

Una consecuencia de lo anterior es la igualdad ante la justicia, garantía que está expresada en el artículo 19 N°3 de la Constitución en los siguientes términos: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Como recuerda el profesor Carlos Cruz-Coke, “como se deja constancia en las actas de la Comisión de Estudios [de la nueva Constitución], lo anterior implica que todas las personas quedan sometidas a los mismos tribunales y a los mismos procedimientos cuando se enfrentan al órgano jurisdiccional”<sup>4</sup>. En los párrafos posteriores, se explicitan el derecho a la defensa, las garantías básicas de los procesos judiciales y, más importante aún, la garantía del debido proceso: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En definitiva, es perfectamente lícito que el Presidente de la República sea objeto de una medida intrusiva, en el marco de una investigación penal o incluso bajo otras formas autorizadas por la ley.

## **COMENTARIOS FINALES**

Aunque en los hechos las medidas intrusivas impliquen la afectación de garantías constitucionales, son herramientas indispensables para afirmar el Estado de Derecho. Para ello, sin embargo, es fundamental contar con los debidos contrapesos y garantías,

---

<sup>3</sup> Los mayorazgos fueron una institución del Derecho Civil que tenía por objeto perpetuar en la familia la propiedad de ciertos bienes o derechos con arreglo a las condiciones que se dicten al establecerla o, a falta de ellas, a las prescritas por la ley.

<sup>4</sup> Cruz Coke Ossa, Carlos. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ediciones Finis Terrae, p. 385.

dentro de los cuales el control judicial del actuar de los organismos del Estado habilitados para solicitarlas es el más importante, por su rol de tercero imparcial.

Con todo, es importante asegurar que el uso de medidas intrusivas se ciña estrictamente a los estándares de garantías, lo cual no solo implica cumplir con los requisitos formales para su autorización, sino que con el tratamiento de la información que se obtiene. Es tan dañino para la democracia el uso arbitrario de las medidas intrusivas como la filtración del contenido de las mismas por parte de quienes tienen acceso a ellas, esto sin contar que en muchos de los casos que han cobrado relevancia pública, la filtración entraña la comisión de un delito de violación de secreto.

Bajo la afirmación de la igualdad política y jurídica, que es la piedra fundamental de nuestro sistema constitucional e institucional, todos los ciudadanos, iguales en dignidad y derechos, deben someterse a todos los rigores que la búsqueda de la justicia y la afirmación constante del Estado de Derecho exigen, con las garantías de igualdad, racionalidad y justicia que impone la Constitución como garantía para la defensa de las personas frente al poder del Estado.