



Celulares en poder de la Fiscalía

Una de las palabras que más se han repetido este año en el Ministerio Público es "chupacabra". El concepto no hace referencia a la misteriosa criatura que hace décadas atacaba animales chupándoles la sangre, sino que al poderoso software de la empresa israelí Cellebrite.

Su denominación oficial es UFED -Universal Forensic Extraction Device- y se trata de un dispositivo que logra extraer la información de un aparato tecnológico. Al igual que el mito del chupacabra, el software del Ministerio Público es capaz de sustraerlo todo: textos, audios, videos y archivos.

Cuando hace poco más de un año la Fiscalía Oriente solicitó una autorización judicial para incautar el celular del abogado Luis Hermosilla -en el marco de la investigación de Factop que se abrió cuando recibieron el audio que grabó ilegalmente Leonarda Villalobos-, sin pensarlo provocó un remezón en el mundo judicial.

Con el celular de Hermosilla incautado, el Ministerio Público lo analizó utilizando el chupacabra, y luego de procesarlo durante siete días extrajo toda la información, la cual quedó copiada en un documento de 777.256 páginas. En ese momento, la Fiscalía Oriente creó una verdadera caja de Pandora que quedó bajo su custodia.

Si bien el fiscal Felipe Sepúlveda pidió autorización al 4to. Juzgado de Garantía de Santiago para realizar dicha diligencia en el marco de su investigación de eventual cohecho por parte de Hermosilla o Villalobos a funcionarios públicos del SII o la CMF, la

Fiscalía ha usado ese celular para correr el cerco y hurgar más allá del objetivo inicial de la indagatoria.

Así, por ejemplo, abrió investigaciones - algunas luego de filtraciones a medios de comunicación- por eventuales delitos cometidos por el exdirector de la PDI Sergio Muñoz, la exsuprema Ángela Vivanco o el exfiscal Manuel Guerra. Todas esas causas se iniciaron tomando como base chats del celular de Hermosilla, pero que nada tienen que ver con la autorización judicial que solicitó el fiscal Sepúlveda el 16 de noviembre de 2023 a la jueza Andrea Díaz-Muñoz.

De ahí en adelante, el Ministerio Público solo ha ido sumando más celulares. Ya tiene el de Guerra -entregado voluntariamente- y la semana pasada incautó otro más. Se trata del dispositivo del abogado Enrique Aldunate, quien, además de haber sido querellante en el caso audio, fue el asesor de la bancada de diputados socialistas. A Aldunate le incautaron el celular por ser imputado en la arista por las filtraciones.

El acceso total a estos celulares -sobre todo el de Hermosilla- reactivó el complejo debate sobre el secreto profesional. Un asunto que se ha tomado con fervor la discusión al interior del consejo del Colegio de Abogados. Tanto así que en el encuentro anual del gremio, realizado a mediados de noviembre, se destinó un panel especial para debatir sobre confidencialidad, secreto profesional y la "carencia dramática de certidumbre sobre la normativa".

La disyuntiva ha adquirido un nuevo cariz a propósito de la irrupción de la tecnología. Cuando la Fiscalía solía incautar la oficina de un abogado, el espacio que siem-

pre ha gozado de una protección especial debido al secreto profesional, este debate era el mismo. Ha pasado en casos anteriores, como cuando en 2011 la ministra en visita Jéssica González incautó documentos de la oficina del abogado Juan Pablo Bulnes, quien representaba eclesiásticamente a Fernando Karadima. O como cuando en 2013 el expresidente del CDE Sergio Urrejola defendió el secreto profesional de su institución por sobre las exigencias de publicidad a propósito de la Ley de Transparencia o, más recientemente, cuando en 2018 la Fiscalía de Valparaíso allanó la oficina de los abogados de Enap.

Si antiguamente la discusión se centraba en los kárdex, el despacho o un computador, hoy las preguntas son similares, pero ha cambiado el soporte: ¿Qué puede y qué no puede revisar la Fiscalía si al buscar antecedentes pertinentes para su investigación se topa con documentos que están bajo secreto? El ingrediente adicional se vincula con que actualmente el despacho de los abogados se ha trasladado a los celulares, y es en esos dispositivos en los que van quedando documentos, escritos, informes y, por supuesto, las conversaciones con los clientes. Es imposible que la Fiscalía pueda quedarse con una copia completa del despacho de un abogado, pero ahora con softwares como el chupacabra sí lo puede hacer respecto de sus celulares. Es en ese momento cuando surgen los problemas.

Para la académica y abogada María Soledad Krause la discusión de fondo siempre ha sido la misma, pero "los desafíos prácticos derivados de que las comunicaciones se contengan en un único dispositivo que





no las separa, son diferentes". Krause, quien hace clases de Derecho Penal en la Universidad Católica y de Profesión Jurídica en la Universidad de Chile, agrega que por ese motivo se abren nuevos conflictos, debido a que "por el momento no existen herramientas para diferenciar las comunicaciones contenidas en un celular que están amparadas por el secreto profesional de aquellas que no".

Un secreto poderoso

Los abogados tienen un deber de confidencialidad con sus clientes que es amplio, general y vitalicio. Ese deber, a su vez, tiene una manifestación institucional que se conoce como el secreto profesional: la posibilidad que tienen los abogados de abstenerse a declarar por razones de secreto cuando son requeridos por la autoridad. Dicha prerrogativa -que tiene su reconocimiento en distintas fuentes, como la Constitución, el Código Procesal Penal, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Ética Profesional- también se hace extensiva a los documentos o comunicaciones con sus clientes e incluso entre los mismos abogados.

Para entender el problema, lo primero que hay que despejar es que cuando hay indicios de que un abogado cometió un delito, el privilegio desaparece. "El abogado que es autor, cómplice o encubridor de un delito no está actuando como abogado y no hay ningún secreto profesional que resguardar", explica el presidente del Colegio de Abogados, Pedro Pablo Vergara.

Sin embargo, ese criterio no resuelve todas las dudas. En el caso del celular de Hermsilla, los delitos perseguidos tenían que ver con el audio que grabó Villalobos y las posibles coimas a funcionarios públicos del SII. Bajo esa lógica, ¿cómo fue que la Fiscalía eligió abrir los chats con Muñoz, Vivanco o Guerra? ¿Bajo qué justificación lo hizo?

Las interrogantes, incluso, han llegado a otros extremos. Uno de ellos apunta a lo que hizo el fiscal Francisco Ledezma. El persecutor, que no es de la jurisdicción Oriente, sino que de la zona Centro Norte, a petición de una querellante ofició a la fiscal regional Lorena Parra, para saber si en el celular de Hermsilla había chats con funcionarios de la PDI. Lo hizo sin tener ninguna vinculación con el caso Audio, sino que por una indagatoria que lleva él -denominada caso Motorola- y que tiene de imputada a la ex subsecretaria Katherine Martorell, cuyo representante era Hermsilla. Parra respondió diciendo que existían chats con el exdirector de la PDI y con Martorell, pero que si los quería usar debía pedir autorización judicial.

Otro ejemplo de los dilemas apunta a cuando la Fiscalía le entregó al CDE las conversaciones con casi 100 contactos que estaban en el celular de Hermsilla y que eran funcionarios públicos, ante lo cual la defensa de Luis Hermsilla solicitó una cautela de garantía para impedirlo. Lo mismo pasó cuando el fiscal regional de Arica, Mario Carrera -quien lleva el caso de Guerra-, solicitó a la Fiscalía Oriente verificar si en el celular del penalista había mensa-

Las zonas grises del uso de información bajo secreto profesional

El acceso total a los dispositivos electrónicos de abogados -como el de Luis Hermsilla, Manuel Guerra o el del exasesor de los diputados PS Enrique Aldunate- revivió un duro dilema jurídico: ¿Hasta dónde puede hurgar un fiscal cuando quiere investigar un delito a través de evidencia que goza de una reserva especial?

Por Juan Manuel Ojeda

jes con otros persecutores.

A eso se suman antecedentes como que la Fiscalía haya adjuntado en la carpeta investigativa del caso Factop conversaciones de la vida privada de Hermsilla o incluso los diálogos de él con periodistas en el marco de la relación entre un reportero y su fuente.

¿Quién pone los límites?

El exdefensor nacional Andrés Mahnke es claro en delimitar la cancha en la cual puede actuar la Fiscalía. "Tanto por normas procesales como constitucionales, si se trata del contenido de un celular debidamente incautado de una persona imputada, el Ministerio Público no puede ni debe entrar a conocer otra información que aquella específica de la investigación y respecto de la cual obtuvo la autorización judicial", dice el abogado.

Mahnke agrega que "responsablemente las fiscalías, en caso de dispositivos electrónicos incautados, debiesen tener 'descriptores' que solo les permitieran el acceso a la información pertinente y respectiva a la investigación. Toda otra información recibida debería ser considerada como prueba ilícita por la judicatura".

Algo similar opina el abogado y socio de Lupa Legal Lucas Sierra. "Obviamente, la Fiscalía debe tratar de buscar todo lo vinculado al delito que investiga. Pero en esa búsqueda va a encontrar cuestiones que, evidentemente, no tienen que ver con ese delito. En ese caso la Fiscalía debería abstenerse de leerlo", dice el profesor del curso de Profesión Jurídica en la Universidad de Chile. De lo contrario, agrega Sierra, "si

se abre esta caja de Pandora para que el Estado pueda mirar adentro, eso sería desconocer el secreto profesional como mecanismo institucional".

Si Mahnke habla de "descriptores", Sierra plantea que el Ministerio Público debería tener un protocolo interno para saber cómo separar lo que puede ocupar de aquello que está bajo secreto, tal como lo hacen otras instituciones que también trabajan con medidas intrusivas, como la Fiscalía Nacional Económica: "Sería bueno tener un protocolo con criterios para saber hasta dónde puede llegar hurgando el fiscal. Probablemente, esos criterios no van a servir para que el fiscal no husmee, pero sí pueden ser muy importantes para determinar qué información después tiene que morir en la tumba de la Fiscalía". La Tercera consultó a la Fiscalía Nacional si contaban con algún instructivo que plantee dichos criterios, pero no hubo respuesta de la institución.

El fantasma de las filtraciones

El dilema en vez de simplificarse se complejiza aún más. Fuentes de la Fiscalía comentan que cuando un persecutor analiza el material incautado, sobre todo cuando hay abundancia de información como un celular, se puede producir lo que la doctrina denomina hallazgos casuales o descubrimientos fortuitos. En otras palabras, esa es la hipótesis que se genera cuando un investigador que está detrás de un delito específico se encuentra con evidencias que reflejan la existencia de un ilícito distinto del inicial. Esa es la manera, dice un persecutor, de justificar la legalidad de un descu-

brimiento que de otra forma habría sido considerado ilícito.

Pese a eso, hay abogados que creen que esa es la manera de justificar un acceso que en realidad nunca debió haber ocurrido. Incluso, hay otros que creen que cuando existen dudas se tiene que aplicar lo que establece el Artículo 220 del Código Procesal Penal, una norma que no ha sido invocada en el caso de Hermsilla.

Ese artículo establece, entre otras cosas, que no se pueden incautar las comunicaciones entre el imputado y su abogado. "En ese caso, los objetos y documentos incautados deben ser puestos a disposición del juez sin previo examen del fiscal o la policía, debiendo ser este quien decida acerca de la legalidad de la medida. Si el tribunal estima que esos documentos u objetos están amparados por el secreto, deberá ordenar su devolución inmediata al abogado y solo en caso de estimar que no, entregarlos al fiscal", explica Krause.

Esa es la norma que, a juicio del presidente del Colegio de Abogados, es la que debería limitar las pesquisas del ente persecutor. "La Fiscalía no tiene ninguna libertad para usar la información extraída del celular de un abogado. Como el Artículo 220 no estaba pensado para lo que hay hoy día, en que la información secreta que se incauta tiene que ser previamente depurada a través de un software que el juez no posee, a continuación todo eso que está ahí debe quedar en secreto, y si alguien lo quiere utilizar tiene que pedir autorización al juez. De lo contrario, simplemente no se puede usar. Ese uso directo que se pretende hoy día es, a mi juicio, atentatorio del secreto profesional que está resguardado en la Constitución y en las leyes", dice Vergara.

La gravedad de las zonas grises que existen cuando se analiza material que puede estar bajo secreto profesional se agrava cuando se producen las filtraciones de antecedentes que deberían estar bajo reserva, algo que ha pasado en casos judiciales como el de Hermsilla. Mahnke es especialmente crítico de esa situación, ya que dice es una práctica que atenta contra el adecuado proceso penal: "No se trata de un problema de nuestra convivencia social, ni del gobierno o de la política, ni siquiera del sistema de justicia penal en su conjunto. Es un problema de afectación que ocurre en la investigación penal y ello depende de quien dirige en forma exclusiva dicha investigación: el Ministerio Público".

Para el exlíder de la Defensoría Nacional "se trata de una conducta intencionada que responde a una cultura institucional que me parece bastante enraizada y que encuentra medidas e incentivos procesales importantes para llevarla adelante".

Eso, de hecho, fue lo que motivó a que en septiembre el fiscal nacional, Ángel Valencia, convocara a Vergara y al exdefensor nacional Carlos Mora a una reunión junto al director de la Unidad Anticorrupción, Eugenio Campos. En la cita, Valencia se comprometió a perseguir seriamente las filtraciones -ya hay una causa que está en manos del fiscal regional Occidente, Marcos Pastén- y buscar medidas para mejorar la trazabilidad de las carpetas. ●