

PROTECCION LEGAL DE LA ESFERA DE INTIMIDAD O DERECHO A LA PRIVACIA

PROF.: CARLOS KUNSEMULLER L.

1. La Constitución Política de 1980, consagra a su artículo 10º Nº 5, como garantía constitucional, "la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la Ley".

En la constitución Política de 1925, se aseguraba a todos los habitantes de la República, la inviolabilidad del hogar y la de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas, prohibiendo la apertura, interceptación y registro de los papeles o efectos públicos, salvo los casos expresamente señalados por la Ley. (artículo 10, nros. 12 y 13).

2. En el ámbito penal, el bien jurídico "esfera de intimidad" se halla resguardado en el Título III del Código Penal, que trata de los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución.
 - A. El párrafo 3ro. de dicho título, contempla los delitos contra la libertad cometidos por particulares; en el artículo 146 se castiga al que "abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad". La penalidad se agrava si el agente del delito divulgare o se aprovechara de los secretos que la correspondencia o los papeles contuvieren. Este percepto penal no se aplica a los cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallan bajo su dependencia. Estas personas se hallan amparadas por la causal de justificación de "ejercicio legítimo de un derecho". En la redacción primitiva del Código, aprobada en 1874, sólo se concedía el derecho al registro o apertura a los maridos respecto de las mujeres, tratándose de los cónyuges; sólo en el año 1953, a través de la Ley 11.183, se modificó el texto, ampliándose la fórmula de exención de la responsabilidad.

En esta hipótesis de la violación de correspondencia cometida por un particular, la protección penal es muy restringida. En efecto, no incluye la privacidad de las comunicaciones telefónicas, lo cual es obvio atendida la época de dictación del código (1875) y el precepto no ha sido modificado, para adecuarlo a la amplitud de la garantía constitucional, que protege **toda forma de comunicación privada**. Además, los verbos rectores que emplea la Ley para definir el delito, "abrir" y "registrar", demuestran la conducta sólo puede recaer sobre un objeto material, pero no sobre un medio inmaterial o no transmisible como una comunicación telefónica radiodifundida. Por otra parte, la ley no emplea el verbo rector "**interceptar**" que resulta aplicable a aquellas formas de comunicación no contenidas en un objeto material y aprehensible. Sin embargo, como se indica más adelante, la interceptación de correspondencia sí es castigada, cuando la comete un **funcionario público**.

- B. En el párrafo cuarto del título III del Código Penal, se sancionan los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la constitución. Dentro de este párrafo, se halla tipificada la violación de correspondencia cometida por un funcionario público.

El artículo 155 sanciona al empleado público que abusando de su oficio, hiciere registro en los papeles de cualquiera persona y el artículo 156, a los empleados en el servicio de correos y telégrafos u otros que prevaleciéndose de su autoridad interceptaren o abrieren la correspondencia o facilitaren a un tercero su apertura o supresión. La penalidad se agrava si se aprovecharen de los secretos contenidos en la correspondencia o los divulgaren. También se sanciona el retardo doloso en el envío o entrega de la correspondencia epistolar o de partes telegráficas.

Atendidos los términos de garantía constitucional, que protege toda forma de comunicación, la doctrina se ha preguntado si las comunicaciones telefónicas pueden considerarse correspondencia en el sentido legal y específicamente para los efectos penales. Se estima que no existe obstáculo al respecto, ya que la expresión correspondencia tiene un alcance amplio, no necesariamente restringido al intercambio de cartas y además, aquí en el artículo 156, la ley emplea el verbo "interpretar", aplicable sin duda a formas inmateriales de comunicación.

La conducta de interceptación consistiría en este caso, en oír la conversación mediante la intervención en el sistema telefónico o mediante la utilización de un mecanismo de grabación que permitirá después enterarse de la conversación o reproducirla¹.

- C. Tratándose en particular del secreto telegráfico, el art. 337 del Código Penal, castiga al empleado de una oficina telegráfica que divulgare el contenido de un mensaje sin autorización expresa de la persona que la dirige o a quien es dirigido. Las mismas penas se impondrán al empleado que por descuido culpable, no transmitiere fielmente un mensaje telegráfico y si en la transmisión infiel hubiere mala fé, será sancionado conforme al artículo 195, que contempla la falsedad en que incurra e empleado de una oficina telegráfica en el ejercicio de sus funciones.

También la Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos continen normas relativas a la penalidad de la violación del secreto postal o telegráfico.

- D. La tutela penal de la esfera de privacidad, en su aspecto específico de las comunicaciones, se ve completada actualmente por la Ley N° 18.168, "Ley General de Telecomunicaciones", que entró en vigencia el 2 de Octubre de 1982. Conforme al artículo 1º, "para los efectos de esta ley se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos". En el artículo 31, se sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, **al que maliciosamente Interfiera, Intercepte o Interrumpa un servicio de telecomunicaciones."**

II. EXCEPCIONES A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.

A. CONSTITUCION POLITICA.

Estados de Excepción Constitucional.

El artículo 39 de la Carta de 1990, declara que los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

En situación de guerra externa, el Presidente de la República podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de asamblea.

En caso de guerra interna o conmoción interior, el Presidente podrá declarar todo o parte del territorio nacional en estado de sitio.

En caso de graves alteraciones del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo, puede declarar todo o parte del territorio nacional en estado de emergencia.

En caso de calamidad pública, podrá declarar la zona afectada o cualquier otra que lo requiera, en estado de catástrofe.

La declaración de los estados de asamblea, de sitio y de emergencia, faculta al Presidente para suspender o restringir diversos derechos constitucionales; entre otras facultades, **puede imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.**

B. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

El Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de las reglas sobre comprobación del delito y averiguación del delincuente (Título III), consagra normas sobre la apertura y registro de la correspondencia.

- a) Conforme al artículo 169, no se practicará el registro de los libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino por el mismo juez y en el único caso de aparecer indicios graves de que de esta diligencia ha de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa.

El Proyecto de nuevo Código de Procesamiento Penal en actual estudio, propone la derogación de este artículo.

- b) De acuerdo al artículo 171, toda persona que tenga objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos y entregarlos. Si lo rehusare, podrá ser apremiada con arresto.

En el proyecto antes aludido, se propone la sustitución de este artículo, por el siguiente: **Artículo 171.** Toda persona que tenga objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos y entregarlos.

El juez podrá examinar personalmente toda clase de antecedentes o documentos, cualquiera que sea su naturaleza, aún cuando en virtud de leyes especiales esté prohibido su conocimiento o exhibición a los tribunales de justicia en general o a otras personas o funcionarios diversos de aquellos que los tengan en su poder.

Tratándose de esta clase de documentos secretos o reservados, el juez ordenará su examen o inspección en resolución fundada, adoptará las medidas convenientes para evitar que ellos sean conocidos por otras personas y levantará un acta en la cual consignará, exclusivamente, los datos o referencias útiles al proceso de que ellos desprendan.

Se consagra también la facultad de apremiar al que rehusa exhibir los documentos que tiene en su poder o bajo custodia o autoridad.

Como puede apreciarse, en el inciso segundo del nuevo artículo 171 propuesto, se confieren al juez amplísimas facultades, para el examen y conocimiento de toda clase de antecedentes y documentos.

- c) El artículo 172 faculta al juez, para que en caso que sus ocupaciones no le permitan proceder por sí mismo, encargue a un ministro de fe, asociado de dos testigos y acompañado de la fuerza pública, si fuere necesario, que recoja los papeles y documentos de la persona objeto del registro. Tales papeles sólo podrán ser examinados por el juez y no por el ministro de fe, a menos que el interesado consienta en ello. Si no consintiere, dicho funcionario remitirá al juez los papeles cuyo examen estime necesario, bajo sobre sellado.

En el nuevo artículo 172 que propone el proyecto de Código de Procedimiento Penal, se faculta al juez, en casos graves y urgentes, o de registros que deben llevarse a cabo en lugares alejados del asiento del tribunal, para encargar la diligencia a la policía, debiendo cumplirse una serie de formalidades. Los papeles objeto del registro no los puede examinar la policía, ni aún con el consentimiento del interesado, debiendo remitirlos en sobre sellado al juez.

- d) De acuerdo al artículo 176, el juez podrá ordenar la detención de la correspondencia privada, postal o telgráfica que el procesado remitiera o recibiera y la de aquella que por razón de especiales circunstancias, se presume que emana de él o que le está dirigida, siempre que hubiere importancia para la investigación.

En el Proyecto de Código de Procedimiento Penal, se propone la sustitución de este artículo por el siguiente:

Artículo 176.— "Podrá el juez ordenar la detención de la correspondencia privada, sea postal, telegráfica, cablegráfica radiotelegráfica o transmitida a través de otros medios de comunicación semejante, que el procesado remitiera o recibiera, y, la de aquella que por razón de especiales circunstancias se presume 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 esa orden el juez respecto de cualquier otro objeto que remitiera o recibiera el procesado.

La misma facultad tendrá el juez para disponer tales medidas con relación al inculpa-do respecto de quien haya fundades sospechas para reputarlo autor, cómplice o en-cubridor de un delito legalmente acreditado.

No podrán detenerse las cartas o documentos que se entreguen o dirijan a los defensores para el desempeño de su cargo, o que estos, entreguen o dirijan con el mismo carácter".

Se advierte claramente la mucha mayor amplitud de la nueva regla propuesta, no sólo en cuanto a que comprende toda la forma de comunicación, sino que alcanza también al simple inculpa-do, al sospechoso de un delito, que todavía no tiene la cali-dad de procesado.

- e) En el artículo 177 se autoriza al juez para ordenar que por cualquiera administración de telégrafos se le faciliten copias de los telegramas transmitidos o recibidos por ella, si lo estima conveniente para el descubrimiento o comprobación de algún hecho de la causa.

El proyecto ya mencionado propone la siguiente redacción para el artículo 177: "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."

C. LEY 18.314 SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS Y SU PENALIDAD.

Conforme al artículo 10 de esta ley, los procesados a que dieran lugar los delitos previstos en esta ley pueden iniciarse por requerimiento o denuncia de ciertas autoridades políticas y militares: Ministro de Interior, Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales y Comandantes de Guarnición. El artículo 14, faculta a las autoridades señaladas en el artículo 10, para solicitar la interceptación, apertura o registro de las

comunicaciones y documentos privados y la observación, por cualquier medio, de personas sospechosas de la comisión o preparación de delitos terroristas., Corresponderá resolver sobre esta petición al Tribunal que estuviere conociendo o le correspondiere conocer del delito cometido o en preparación. La resolución se dictará sin conocimiento del afectado, será siempre fundada y no será susceptible de recurso alguno. Las medidas no podrán decretarse por un plazo superior a treinta días, prorrogables hasta por igual período.

En el mismo artículo 14 se expresa que en casos de urgencia, la medida podrá ordenarla el Ministro de Interior, comunicándole al Tribunal respectivo por escrito y dentro de las veinticuatro horas siguiente. El Tribunal, mediante resolución fundada, revocará o confirmará tal medida en un plazo máximo de 72 desde que fue ordenada la interceptación, apertura o registro.

Al autorizarse la **observación, por cualquier medio**, de personas sospechosas se consagra sin duda en forma muy amplia, una penetración lícita en la esfera de privacidad de los individuos.

III. MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

A. Los medios de prueba que contempla el Código de Procedimiento Penal Chileno para acreditar los hechos en un juicio criminal son (art. 457):

- a) Los testigos;
- b) El informe de peritos;
- c) La inspección personal del juez;
- d) Los instrumentos públicos o privados;
- e) La confesión; y
- f) Las presunciones o indicios.

El artículo 456 prescribe que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo Juzgue haya adquirido, **por los medios de prueba legal**, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley.

Nuestro Código sigue el sistema de *numerus clausus*, de enumeración taxativa de los medios de prueba, excluyendo la admisión de nuevos medios que no estén comprendidos en la enunciación cerrada. Igual criterio sigue el Código de Procesamiento Civil, que establece los mismos medios probatorios.

Dado que el avance y progreso de la técnica ha ido creando una serie de nuevos sistemas de percepción, conocimiento, registro y reproducción de hechos y por tanto, de nuevas formas de producción de pruebas, ha surgido la inquietud acerca de la admisibilidad y valor probatorio en nuestro sistema procesal, de la fotografía, la copia fotostática, la radiografía, la radiotelefonía, la grabación sonora. Como indica un estudioso

del tema, "particular importancia revisten en el campo penal la fotografía y las grabaciones sonoras, sea en discos fotográficos o cintas magnetofónicas"².

En lo que al tema de esta relación concierne, el Código de Procedimiento Penal no contiene ninguna regla que se refiera de manera expresa a la escucha, interceptación y grabación de las comunicaciones, como medio prueba utilizable en un juicio criminal. En la doctrina especializada se sostiene que las grabaciones, al igual que las fotografías, tienen cabida en el numerus clausus empleado por la ley, ya que pueden ser consideradas **documentos** en el sentido amplio de esta palabra³.

El proceso técnico ha superado el concepto tradicional del documento como papel escrito y permite disponer de otros medios más exactos y fieles de registro y representación de pensamientos o hechos. Como señala el profesor de Derecho Procesal Enrique Paillás, en las imágenes fotográficas o en las grabaciones sonoras hay un pensamiento objetivado, como ocurre en un papel escrito, pero mientras es éste hay sólo signos, en los medios mecánicos es la voz fresca y viva, es la imagen exacta la que está dando ese pensamiento en forma siempre actual. "El documento -dice- es, pues, una voz genérica, comprensiva de cualquier modo de fijar el pensamiento en forma indeleble, sea un papel escrito o un registro sonoro o fotográfico. Y es por esto que en un proceso se emplean las fotografías, las grabaciones en cinta o disco sin que hasta ahora se haya entendido que no son medios de prueba admitidos por la ley. Es obvio que como documentos deben ser reconocidos en la forma que señala el artículo 187 del Código de Procesamiento Penal"⁴.

El precepto del artículo 187 del Código de Procedimiento Penal, dispone que los instrumentos privados deben ser reconocidos por las personas que los han escrito o firmado. A su vez, el artículo 478 del mismo Código, prescribe que los escritos privados reconocidos por el que los hizo o firmó, tienen la misma fuerza probatoria que la confesión, si el reconocimiento es efectuado por el reo; o que la declaración de testigos, en los demás casos.

En la práctica judicial, se ha aceptado como prueba, las grabaciones, cuando ellas han sido reconocidas por la parte cuya voz fue grabada, adjuntándose una transcripción escrita del contenido de la cinta. Si es desconocida o negada la voz grabada, el juez podría ordenar un informe pericial para que se determine la correspondencia entre la voz grabada y la del imputado.

Precisamente, en un caso judicial muy reciente, un dirigente del transporte colectivo profirió algunas expresiones que se consideraron ofensivas al honor del Presidente de la República, expresiones que fueron grabadas. En el proceso penal correspondiente, el inculcado, enfrentado a la grabación, reconoció su voz y ello fue prueba suficiente para que el juez dictara auto de procesamiento en contra del encausado.

Esto, indica como señala un especialista, que el juez estimó la grabación como una prueba distinta de la confesión porque en nuestro sistema procesal penal, la existencia del hecho punible no puede quedar establecida por la sola confesión, sino a través de otros medios de prueba⁵.

Ahora bien, ya hemos visto el capítulo anterior, como en la ley 18.314, conocida como "Ley antiterrorista", se consagra la facultad de interceptación, apertura o registro de las comunicaciones y la observación por cualquier medio, de personas sospechosas de la comisión o preparación de delitos terroristas.

Sin duda que los resultados que arrojen la interceptación, apertura, registro y observación, van a constituir una información que deberá agregarse al correspondiente proceso penal y que el juez podrá considerar o no como medio de prueba.

La ley no ha señalado el valor o fuerza probatoria que cabe atribuir a los procedimientos de interpretación aludidos, pero el hecho de contemplar estos medios de investigación, cuyo uso debe ser autorizado por el juez, los eleva a la categoría de medios de prueba.

Por otra parte, en el artículo 20 de la ley 18.403, que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, se establece que los tribunales podrán admitir como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, sistemas de reproducción de la imagen y del sonido y, en general, cualquier medio idóneo apto y conducente para producir fe.

Como puede apreciarse, esta fórmula tan amplia incluye naturalmente métodos de interpretación y vigilancia de comunicaciones, cuyos resultados materiales pueden ser admitidos como pruebas por el tribunal.

Cabe señalar también, que la ley de abusos de publicidad, Ley 16.643, obliga a radioemisoras y canales de televisión a mantener, durante un cierto período, las grabaciones de los programas que transmiten, a fin de facilitar las investigaciones de los delitos que aquella ley establece. La ley no señaló cual es la fuerza o mérito probatorio que puede tener la grabación, pero ya el hecho de contemplar este medio de investigación, le confiere carácter de medio probatorio.

Procede, sin duda, preguntarse que valor probatorio pueden tener las grabaciones fonográficas subrepticia o lícitamente obtenidas. La prueba obtenida merced a la violación de la esfera de privacidad, tiene valor en juicio? Como señalan los autores, una posición extrema le negará todo valor a una prueba obtenida fraudulentamente, en forma ilícita; lo fraudulento e ilícito del procedimiento para obtenerla, vicia a la prueba en sí misma, impidiendo que pueda ser admitida.

En nuestra legislación, ni el Código Civil, ni el Procedimiento Civil, se ocupan del tema, pero, conforme al principio general de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, debería considerarse inadmisibles tal prueba, ya que el obtener fraudulentamente un documento o una grabación magnetofónica es una expresión de dolo o de maquinación y entonces la prueba así lograda, beneficiaría al que actuó dolosamente.

En materia de procedimiento penal, específicamente en cuanto a los documentos, el artículo 479 dispone en su inciso segundo "Aún sin ese consentimiento, (del autor o dueño) se agregarán los (documentos) que el tribunal estime conducentes a la comprobación del delito o de sus perpetradores."

La ley prescinde de la forma o manera como se obtuvo el documento. Si es útil y contribuye a la investigación, será aceptado como prueba, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades y sanciones que correspondan por la obtención legítima de esa prueba. Si se asimilan grabaciones a los documentos, como muchos sostienen, les sería aplicables esta misma regla ya aludida, que se preocupa de la forma de obtención de la prueba.

En relación con este punto, es importante resaltar que el art. 488 bis E, del Proyecto de Código de Procedimiento Penal en actual estudio, dispone que "no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz y otros instrumentos semejantes, a menos que el juez, por motivos de gravedad extrema, estime indispensable aceptarla como prueba".

Ya hemos visto como en la ley de tráfico de drogas se consagra la admisión de películas, fonografías y en general, de cualquier medio idóneo apto y conducente para producir fe. Nada dice la ley acerca de las formas o maneras a través de las cuales se puedan haber obtenido esas pruebas. En definitiva, será el juez, quien, apreciando la prueba en conciencia, resolverá sobre la admisibilidad y mérito probatorio de una grabación obtenida subrepticamente, por ejemplo. El proyecto de Código de Procedimiento Penal varias veces aludido consagra un sistema de *numerus apertus* en cuanto los medios de prueba. En efecto, después de señalar como tales medios, los testigos, el informe de peritos, la inspección personal del tribunal, los documentos y la confesión, **Incluye a todos los demás que sean pertinentes y aptos para que el tribunal adquiera convicción sobre los hechos.**

En el art. 113 bis del Proyecto, se indica que podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, **cualquier medio idóneo apto y conducente para producir fe.**

IV. CONCLUSIONES

No existen en la legislación procesal común, ni civil ni penal, preceptos de carácter general, que se refieren de manera expresa a las grabaciones y otros recursos similares, como medios de prueba.

En la práctica, se ha aceptado asimilarlos en ciertos casos, a la prueba documental.

Existen sin duda, una serie de factores que aconsejan la consagración en la normativa procesal general, de reglas que gobiernen de manera uniforme la admisibilidad y fuerza probatoria de esta clase de medios de indagación: la protección del secreto de las comunicaciones, tanto a nivel constitucional, como legal; la existencia de disposiciones contenidas en leyes especiales, que, tratándose de ciertos delitos, autorizan y aceptan como medios de prueba, elementos que implican penetración e interferencia en la esfera de privacidad ajena; la necesidad de adoptar los procedimientos judiciales a los modernos métodos de investigación.

Precisamente, como ha quedado dicho, en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal actualmente pendiente de aprobación, se reglamenta de manera general el uso y valor probatorio de los elementos en cuestión. Por ahora, no existe certeza sobre el momento en que dicho proyecto pueda transformarse en ley, ni tampoco respecto de las disposiciones propuestas que en definitiva irán a ser aprobadas.

En todo caso, ya se ha alcanzado un estado de madurez jurídica necesaria como para abordar legislativamente este tema en forma general y unitaria.

NOTAS

- 1.- Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, T- III, pág. 205, 2ª edición, 1976, Editora Nacional. Gabriela Mistral.
- 2.- Enrique Paillás, "La prueba en el proceso penal" , pág. 53, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- 3.- Juan Agustín Figueroa, en "Nuevas Orientaciones de la Prueba", pág. 79 y s.s., Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- 4.- Enrique Paillás, op citada, pág. 106.
- 5.- Juan Agustín Figueroa, op citada, pág. 108.