



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL
CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO

INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL

Memoria para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales
MACARENA HERMINIA GONZÁLEZ CERDA

Profesor Guía SALVADOR MILLALEO

Santiago de Chile
Julio de 2017

Dedicado a Silvia Saavedra

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	9
GARANTIA FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS	
1. Análisis a nivel nacional	9
1.1. Artículo 19 nº5 Constitución Política de 1980.....	9
1.1.1. Inviolabilidad de las comunicaciones en la redacción de la Constitución Política de 1980.....	11
1.1.2. Situación de la garantía de inviolabilidad del hogar.....	15
1.1.3. Protección a documentos privados.....	18
1.2. Protección en tratados internacionales.....	20
2. Comparación con legislación internacional.....	22
2.1. España	22
2.2. Argentina	26
2.3. Perú	27
2.4. México	30
CAPITULO II	33
COMUNICACIÓN Y SUS DIVERSAS FORMAS	
1. Concepto de comunicación.....	33
2. Formas de comunicación.....	35
2.1. Correspondencia o correo epistolar.....	36
2.2. Telecomunicaciones.....	37
2.3. Comunicación telefónica.....	39
2.4. Influencia de internet en las Telecomunicaciones.....	41
2.4.1. Twitter.....	41
2.4.2. Facebook.....	42
2.4.3. Servicios de mensajería instantánea.....	43
2.4.4. Correo electrónico.....	47

CAPITULO III.....	53
DILIGENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL QUE AFECTA LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	
1. Regulación en el Código Procesal Penal.....	54
1.1. Tipos de comunicaciones reguladas	56
1.2. Infracciones que prevén la posibilidad de aplicar medidas intrusivas.....	58
1.3. Personas susceptibles de aplicación de la medida.....	62
1.4. De quién puede emanar autorización	63
1.5. Duración de la medida	65
1.6. Oportunidad para solicitar diligencia intrusiva	65
1.7. Conocimiento del afectado	66
1.8. Aportación por uno de los comunicantes.....	66
2. Apreciaciones en torno a tratamiento diferenciado de diligencias investigativas.....	67
3. Análisis de diligencias como prueba ilícita	69
4. Otras leyes que regulan interceptación de comunicaciones electrónicas...72	
4.1. Decreto Ley 142. Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación.....	72
4.2. Ley 20.000 que sustituye la Ley nº 19.366, que sanciona el trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.....	73
4.3. Ley 18.314 que Determina conductas terroristas y fija su penalidad.....	74
4.4. Ley 19.974 Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y Creación de la Agencia Nacional de Inteligencia.....	75
4.5. Decreto Ley Nº211 Fija normas para la defensa de la libre competencia...75	
4.6. Código Penal.....	76
CAPITULO IV.....	79
EXPERIENCIA NACIONAL EN INCAUTACIÓN DE CORREOS ELECTRÓNICOS	
CONCLUSIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como eje aquellos artículos del Código Procesal Penal Chileno que regulan la interceptación, retención e incautación de comunicaciones privadas contenidas en los soportes denominados *medios de comunicación electrónica*, en específico el análisis de los correos electrónicos y sistemas de mensajería instantánea.

Este estudio se enmarcará en torno a la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y los supuestos procesales que permiten hacer una excepción a éste derecho, por estar en colisión con otros derechos fundamentales. Asimismo, se hará un paralelo en comparación con el tratamiento de la misma garantía constitucional en otras legislaciones, para posteriormente analizar en detalle los supuestos que hacen procedentes las diligencias intrusivas durante la investigación penal. Finalmente se expondrá un caso de relevancia nacional en el que se ha cuestionado la efectividad del resguardo de la garantía fundamental en estudio.

INTRODUCCIÓN

Durante la última década en nuestro país el aumento del acceso a internet ha sido exponencial, fenómeno que se ha producido de manera transversal a toda la sociedad y que ha sido en desmedro de las clásicas comunicaciones telefónicas que reinaron durante el siglo pasado. Sólo como dato de referencia, y según información aportada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en el año 2015 los accesos a internet aumentaron en un 14,1% mientras que las comunicaciones telefónicas, tanto fijas como móviles tuvieron una disminución en un 2,0% respecto al año 2014, baja que se le adjudica a que las personas están privilegiando el uso de la comunicación vía datos¹ por sobre otras formas de telecomunicación. Este fenómeno social que es de público conocimiento, necesariamente debe plasmarse en todos los aspectos de nuestras vidas. Se privilegia el envío de correos electrónicos o la comunicación mediante Whatsapp (por nombrar el sistema de mensajería instantánea actualmente más usado a nivel nacional), lo que indiscutiblemente se refleja en la preparación y ejecución de hechos delictivos.

Cada vez es más frecuente que se utilicen como medios de prueba durante el desarrollo del proceso penal correos electrónicos o transcripciones de mensajes en celulares, por lo que es indispensable analizar la naturaleza jurídica que tienen estos medios de comunicación electrónica si se debe entender que son documentos o correspondencia, similares a lo que tradicionalmente se conocía como correspondencia epistolar y de este análisis derivan importantes consecuencias jurídicas ya que no debemos olvidar el manto de protección que otorga la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrada en el artículo 19 N°5 de nuestra Constitución Política de la República.

¹Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Chile 2015 “Sector Telecomunicaciones Cierre 2015”[en línea]
<http://www.subtel.gob.cl/wpcontent/uploads/2015/04/PPT_Series_DICIEMBRE_2015_V5.pdf> [consulta: 20 de septiembre de 2016]

A partir de la protección que otorga este derecho fundamental es que debemos cuestionarnos de qué manera se está desarrollando actualmente la investigación penal, de qué forma un Código que es de promulgación reciente (si se compara con el resto de los Códigos nacionales), se adapta a las nuevas tecnologías que influyen sustancialmente en las formas de delinquir.

Es por ello que el presente trabajo de investigación se centra en su primer capítulo en definir qué entendemos por comunicaciones, comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones, correos electrónicos y sistemas de mensajería instantánea, para a continuación analizar someramente las políticas de privacidad que se aceptan cada vez que nos suscribimos a alguno de estos servicios.

A continuación, en el capítulo segundo se analizarán estos medios de comunicación electrónica en función de la garantía a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, de qué manera se regula en nuestra legislación nacional y sus fronteras. También se hará una comparación con la regulación de este derecho en otras legislaciones, ya que por ejemplo en la legislación española el presente tema tiene un desarrollo doctrinal y jurisprudencial mucho más avanzado que el que se ha logrado en Chile.

De tal modo, una vez comprendido cabalmente esta garantía constitucional, en el capítulo tercero se estudiarán sus excepciones legales². Estudio que, en este trabajo de investigación, se limitará exclusivamente al desarrollo del proceso penal, ya que en doctrina y jurisprudencia existen importantes discusiones en torno a la privacidad de los correos electrónicos en el contexto de la relación laboral, así como también en cuanto a su uso por funcionarios públicos y la Ley de Transparencia, temas demasiado extensos que son objeto de trabajos de investigación por sí mismos y que por aquel motivo, no se hará mayor referencia a ellos.

² HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 522p.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se expondrá un caso de relevancia nacional en el que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas aparentemente se ha vulnerado, por la forma en que se ha autorizado el acceso así como por la eventual colisión con el derecho a la libertad de información al publicar el contenido de estas comunicaciones.

CAPÍTULO I

GARANTIA FUNDAMENTAL DE LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

1. Análisis a nivel nacional

1.1. Artículo 19 nº5 de la Constitución Política de 1980

La garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha sido definida como “aquel derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada”³.

A juicio de Nogueira, esta garantía se compone de dos aspectos, la libertad de las comunicaciones y el secreto de las mismas, ambas teniendo su origen en el derecho a la privacidad⁴, componiéndose la primera por el derecho a determinar libremente el contenido de las comunicaciones y la segunda por la facultad de decidir abstraer del conocimiento de terceros el contenido de aquella, sentido similar a la protección que se le confiere a las comunicaciones en el derecho constitucional español, pero que tal como se explicará más adelante, en nuestra carta fundamental difiere ostensiblemente en cuanto a su extensión.

Para Nogueira, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se enmarca en lo que ha denominado bloque constitucional de derechos fundamentales, el cual tiene su eje central en la dignidad humana de las cual derivan los derechos fundamentales de la persona, los que ha definido como “el

³ ALVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (5): 191-202. 192p [en línea] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10736/11004> [consulta 20 septiembre 2016]

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1998. El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius Et Praxis (2). 89p.

conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos- considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos”⁵.

En el contexto de este bloque constitucional, en el que nuestra carta fundamental consagra el derecho a la privacidad e intimidad en dos numerales continuos, el artículo 19 n°4 y 5. Al respecto al concepto de bloque constitucional de derechos, éste ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema⁶ definiéndolo como “el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de derecho internacional de los derechos humanos como son el derecho convencional, los principios de ius cogens, derechos como los implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH. Este bloque constitucional de derechos, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso segundo de la Constitución política vigente, asimismo nutren de contenido a los derechos expresamente asegurados en la Carta Fundamental, como asimismo, posibilitan asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. Revista de Estudios Constitucionales.13(3) 306p.

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.2015. Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014. Revista Ius Et Praxis.(1) [En línea] <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art19.pdf> [Consultado 30 de junio de 2017].

la Carta Fundamental, todos los cuales conforman parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”⁷.

Ello implica que la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones, en conjunto con todos aquellos derechos inherentes a las personas se establecen como límites a la soberanía Estatal, “operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico”⁸.

Hecha esta precisión, cabe analizar qué es lo que comprende este derecho que le da origen a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y al respecto la doctrina ha distinguido 3 conceptos: vida privada, intimidad y privacidad. Nogueira sostiene que “el concepto de vida privada es un concepto variable en el tiempo. El ámbito de la vida privada es aquel donde el individuo actúa como parte de una pequeña unidad (familia, círculo de amigos), que reclama y está preparada, como dice Westin, para ejercer una segregación corporativa, permitiendo alcanzar relaciones francas, relajadas y cerradas entre dos o más personas”⁹, estimando que el ámbito en el que se circunscribe la intimidad es uno aún más profundo, contenido en el derecho a la vida privada.

Por otra parte, el derecho a la privacidad abarcaría el derecho a la intimidad, consistiendo el primero en una dimensión más concreta y externa, abarcando aquella esfera de la vida del individuo en la que solo aquel tiene la facultad de decidir lo que ha de compartir o no con otras personas, y con quienes en específico. De aquí deriva el derecho constitucional del artículo 19 n°5, en el cual

⁷ Ibid.

⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista *Ius Et Praxis*, n°2, 2005.[En línea]
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002
[Consultado 24 mayo 2017]

⁹ NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. 1998.El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Revista *Ius Et Praxis*, vol.4 n°2. P.67.

se ha regulado conjuntamente la inviolabilidad del hogar, comunicaciones privadas y documentos privados¹⁰ y cuya redacción se analizará en el siguiente punto.

1.1.1. Inviolabilidad de las comunicaciones en la redacción de la Constitución Política de 1980

La actual redacción del artículo que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas proviene de las discusiones que se dieron al interior de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (en adelante CENC), de las cuales existe constancia en una serie de actas en las que se plasmó el debate previo a la dictación de una nueva Constitución Política.

Previa a ella, lo que se regulaba era la correspondencia la cual podía entenderse en un sentido restringido (aplicándolo sólo al correo epistolar) o en un sentido amplio como es el que le da Jacinto Valenzuela “el vocablo correspondencia es, en verdad, una expresión general que debe abarcar la comunicación epistolar, telegráfica y también, según nuestro parecer, puede extenderse a los despachos telefónicos y radiotelefónicos. De esta opinión participa el Dr. Eusebio Gómez, para quien la expresión correspondencia es genérica y debe incluir también las comunicaciones fonopostales”¹¹, de esta forma, el autor sostiene que por “la palabra correspondencia debe indicar todas las comunicaciones que se verifican o verifiquen entre las personas, cualesquiera que sean los medios técnicos que existan o que se invente en el futuro para la

¹⁰CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República, DTO-100, 22 septiembre 2005.

Artículo 19.- La constitución asegura a todas las personas:

Nº5.- 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 determinados por la ley

¹¹VALENZUELA BARAHONA, Jacinto. 1945. De la inviolabilidad del hogar y la correspondencia: legislación de Chile, Argentina, Brasil, Cuba, Perú, Méjico, Uruguay, España y Rusia. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P.47

transmisión del pensamiento humano. Y la violación de la correspondencia constituiría perturbar, molestar o infringir, en cualquier forma, el derecho a la libre circulación de las comunicaciones entre las personas”¹². De tal modo, se hacía una interpretación demasiado extensiva al término correspondencia, lo que se subsanó con la redacción propuesta por la CENC

En un principio, de las discusiones de la CENC, se puede extraer que se tratarían conjuntamente el respeto a la intimidad y honor de la persona junto con la inviolabilidad del hogar y correspondencia, poniendo énfasis en que lo que estas instituciones tienen en común es el respeto a la libertad de la intimidad. Sin embargo, tal como se desprende de las actas, se adopta el criterio de que ambas si bien emanan de una misma garantía, son expresiones distintas ya que por una parte se resguarda un aspecto abstracto o espiritual del individuo y por otra un aspecto más concreto como la protección al hogar y la correspondencia¹³.

Una de las reflexiones más relevantes para este trabajo de investigación, es la observación hecha por Jaime Guzmán, en orden a señalar que con el término correspondencia “generalmente se está apuntando solamente al correo en el sentido que le da el Diccionario y no a todo tipo de comunicaciones. Y, precisamente, derivando de esta búsqueda de lo genérico, desea sugerir a la Comisión si acaso el término más adecuado no fuera el de ‘comunicaciones privadas’, porque ‘comunicaciones’ cubre todo acto, no sólo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana. Y, al decir ‘privadas’ el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son públicas, porque en las comunicaciones públicas no hay inviolabilidad, la idea es la comunicación privada:

¹²VALENZUELA BARAHONA, Jacinto. 1945. De la inviolabilidad del hogar y la correspondencia: legislación de Chile, Argentina, Brasil, Cuba, Perú, Méjico, Uruguay, España y Rusia. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P.48.

¹³ CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N°129. 353p. [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf.> [consulta 23 agosto 2016]

puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen”¹⁴.

De lo anteriormente expuesto, es posible colegir el carácter innovador de la Constitución de 1980, si tenemos en consideración el contexto en el que ésta se redactó donde no existían estas nuevas formas de comunicación pero que sin embargo, previeron que los avances tecnológicos harían posibles que estos existieran mereciendo la misma protección constitucional. Esto se confirma con lo señalado por Ortúzar en las discusiones de la CENC, al estimar “que este precepto comprende e incluye todas las formas modernas, de acuerdo con la técnica, de interceptar una conversación, y conviene que de ello quede constancia en acta, puesto que hoy día se han creado instrumentos altamente sensibles que permiten escuchar desde gran distancia, incluso las conversaciones que se producen dentro de un hogar, de un recinto privado”¹⁵.

Este último aspecto ha sido reforzado por la doctrina en los años posteriores a la Constitución de 1980, por ejemplo Evans Espiñeira citando a Evans de la Cuadra “la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no de terceros”¹⁶ o citando a Ricardo Gálvez “la trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de la intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la

¹⁴ CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N°129. [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf.> [consulta 21 noviembre 2016]

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. La inviolabilidad del hogar y de la correspondencia: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 2014 n°12. [En línea] <http://derechofinis.uft.cl/images/investigacion/revistas-derecho/revista-de-derecho3.pdf>. [Consulta 15 mayo 2017]

privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad”¹⁷.

En el mismo sentido ha fallado el Tribunal Constitucional, en el considerando trigésimo segundo de la sentencia en causa Rol nº2153 al señalar que “la expresión que utiliza la Constitución es ‘comunicación privada’. La expresión ‘comunicación’ es genérica. Comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico [...] la comunicación es un proceso de transmisión de un mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado”¹⁸.

1.1.2. Exclusión de Inviolabilidad del Hogar

La Constitución de 1925 trataba de forma separada al derecho a la inviolabilidad del hogar respecto de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica, sin embargo, a partir de la Constitución de 1980 se decide tratarlas de manera conjunta por estimar que ambas constituyen aspectos materiales de la protección de la vida privada¹⁹.

Inicialmente, la inviolabilidad del hogar como garantía constitucional se asociaba al derecho de propiedad bajo el concepto de que “la casa del hombre es su castillo”²⁰, castigándose como delito de violación domiciliaria.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol Nº 2153-2011. Considerando vigésimotercero.

¹⁹ VIAL SOLAR, Tomás. Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la Vida privada. Revista Persona y Sociedad. 2000. p59

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y Fundamentos. Revista Chilena de Derecho Volumen 27 nº1 .2000.p52

Sin embargo ya a en la Constitución de 1925 se garantizaba ya que “se entendía que había una relación entre la intimidad y la protección del hogar y que esta protección decía relación con el valor de la libertad personal, en cuanto a crear un ámbito propio libre de intromisión, características que integran las definiciones que se dan del derecho a la vida privada”²¹.

Asimismo, existe constancia en las actas de la CENC, de que la inviolabilidad del hogar se relacionó con el “respeto de la persona sobre el lugar en que desarrolla su actividad vital, lugar que puede ser de cualquier persona, que es cerrado y que sólo puede ser accedido por terceros a indicación de la persona que está realizando una actividad humana, íntima”²².

Es necesario tener presente que si bien la inviolabilidad de la correspondencia y del hogar están amparadas bajo un mismo artículo, ya que ambas son manifestaciones concretas del derecho a la privacidad, su estudio se debe hacer por separado ya que las formas de infracción son muy distintas así como las excepciones o limitaciones que se puede tener el ejercicio de estos derechos.

Si tenemos en consideración la razón histórica de la garantía de inviolabilidad del hogar “impedir el ingreso no autorizado o ilegal”²³ si una persona con la que cohabita comparte lo que ocurre al interior de éste o permite el ingreso de una persona a quien los otros cohabitantes no han permitido el ingreso ¿estaría cometiendo una infracción? Considero que la respuesta a esta pregunta no es absoluta, ya que ello dependerá en principio del “contenido material de lo

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y Fundamentos. Revista Chilena de Derecho Volumen 27 n°1 .2000.p59

²² CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N°129. [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta 22 noviembre 2016]

²³ VIAL SOLAR, Tomás. Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la Vida privada Revista Persona y Sociedad. 2000. P.62

revelado, el cual, muy posiblemente sí pertenezca al ámbito privado”²⁴, o de la relación que se tenga con la persona que ingresa al hogar. En cambio, en el caso de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas éste tiene límites más notorios, ya que requiere identificar a quienes han de intervenir en ella para determinar la esfera de protección, los intervinientes en el proceso comunicativo son los que le dan el carácter de privado o no de una conversación así como el soporte mediante el cual esta se realice, mientras que en la garantía de la inviolabilidad del hogar, independiente de que sea un recinto privado o no, debe tratarse de un lugar que cumpla con las características de la definición.

Otra diferencia radica en lo que podemos entender por hogar, siendo éste la “casa o morada, el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurren las circunstancias de vida o actividad dentro de él”²⁵. En esta definición se le da a este lugar físico la prolongación de un derecho que corresponde a una persona o grupo de éstas, por entender que es una extensión de la misma y de su ámbito de privacidad, motivo por el cual no se extiende a todo recinto privado sino solo a aquel que se enmarque en el concepto de hogar.

Es por lo motivos previamente expuestos y por el amplio desarrollo que este trabajo de investigación podría tener si nos abocamos al estudio de la inviolabilidad del hogar, es que ésta se excluirá del análisis, al menos más allá de lo que ya se ha expuesto.

²⁴ VIAL SOLAR, Tomás. Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la Vida privada” Revista Persona y Sociedad 2000. P62

²⁵ CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N°129. [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta 22 noviembre 2016]

1.1.3. Inviolabilidad de los documentos privados

A diferencia de lo que ocurre con la privacidad del hogar, al estudiar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas necesariamente debemos sostener que ella comprende la protección a los documentos privados a los que alude el artículo 19 n°5 de la carta fundamental.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, se invocaba exclusivamente la garantía constitucional de inviolabilidad de los documentos privados del art.19 n°5 en conjunto con el artículo 19 n°4 para resguardar información bancaria y profesional como fichas clínicas de pacientes²⁶ tanto en Jurisprudencia de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional²⁷.

Actualmente, el Tribunal Constitucional ha aludido a los documentos privados en el sentido de que éstos un elemento del proceso comunicativo, constituyendo e “aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. El hecho de que la Constitución los califique como ‘documentos privados’ no está en relación con que no sean instrumentos públicos. El término es utilizado como documento que ha sido empleado en una comunicación privada y que, por lo mismo, no es revelado ni accesible ni conocido por todos”²⁸. El tema de la inviolabilidad de los documentos privados se ha tratado frecuentemente por el Tribunal Constitucional²⁹, en torno a la controversia generada artículo 5° de la Ley 20.285

²⁶ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. Protección de la Vida Privada: Líneas Jurisprudenciales. Revista Chilena de Derecho. Vol.26 N°3. 1999. p734

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE Sentencia Rol N° 198-1995. Considerando décimo.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE Sentencia Rol N°2153-2011, considerando trigésimo tercero. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> [consulta 21 septiembre 2016]

²⁹ Ibíd.

sobre Acceso a la Información Pública³⁰ y en lo que atañe a este trabajo de investigación, a partir de solicitudes de acceso a correos electrónicos de funcionarios públicos instancia en la que se ha discutido el carácter privado o no de estas formas de comunicación, así como también de los documentos privados en los que ésta se puede almacenar.

En todo caso, se debe tener presente que solo a partir de la Constitución de 1980 se incluye la protección a los documentos privados. Esta regulación se consideró necesaria, en atención a que se estaba discutiendo la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, se estaba excluyendo de regulación otra concreción material del derecho a la privacidad a los papeles privados (en un sentido genérico). Se prefiere el término documentos privados para de esta forma incluir no sólo aquellos elementos que constaran de forma escrita, sino también grabaciones, escritos y en general cualquier documento, siempre y cuando forme parte de la vida privada de una persona. Lo que se pretende con esta precisión es ampliar aún más el rango de protección, sin perjuicio de que de forma genérica cualquier elemento que escape de la redacción de esta norma, si es parte de la vida privada de una persona y de su familia, se encontraría amparado por el artículo 19 n°4 de la Constitución.

³⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley.20.285: Sobre acceso a la información pública.

Artículo 5: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

1.2. Protección en tratados internacionales ratificados por Chile

Como previamente se ha señalado, este derecho es parte de lo que se ha denominado en doctrina *bloque constitucional de derechos fundamentales*, por lo que es indispensable tener en consideración lo que los tratados internacionales aceptados y ratificados por Chile han establecido al respecto, ello en virtud del artículo 5º inciso segundo de nuestra Constitución, el cual establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes³¹. Al respecto ha señalado Humberto Nogueira “Así el fin u objeto de la modificación por adición del artículo 5º inciso segundo, fue fortalecer los derechos humanos incorporando genéricamente los ‘plus’ en materia de derechos y garantías de ellos que contenían los tratados ratificados por Chile y vigentes. Así lo han explicitado dos de los académicos que formaron parte de la comisión técnica que prepararon el texto de la reforma al artículo 5º en 1989, el profesor José Luis Cea Egaña (miembro de la Comisión en representación de Renovación Nacional) y el profesor Francisco Cumplido Cereceda (en representación de la Concertación), quienes concordaron el texto sometido a plebiscito³²”.

De esta forma, al incluir este inciso segundo en el artículo 5 lo que se hace es elevar los derechos fundamentales asegurados en tratados internacionales al

³¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República, DTO-100, 22 Septiembre 2005. [en línea]
<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta 26 septiembre 2016]

³² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Revista *Ius Et Praxis* nº1. 2003. [En línea]
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020
[Consultado 20 junio 2017]

mismo nivel que los derechos garantizados en el artículo 19 de nuestra carta fundamental, estableciendo en su conjunto un límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo al Estado el deber de respetar y velar por el cumplimiento de estos derechos.

El mismo autor señala “El sistema nacional de protección de los derechos fundamentales se completa así, con la integración del Derecho Internacional de Derechos Humanos y el derecho Humanitario Internacional, logrando la plenitud del sistema de derechos. Es por ello que puede hablarse de un bloque constitucional de derechos, constituido por los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución y los derechos materialmente constitucionales y reconocidos como tales, al incorporar el Estado de Chile explícitamente los contenidos normativos de derechos y garantías de ellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes, generándose una retroalimentación en ambos sentidos por la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional)”³³

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual desde el año 1991 se entiende ratificada y promulgada en nuestro país, en su artículo 11 referente a la Protección de la Honra y de la Dignidad establece:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. 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 o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”³⁴.

³³ Ibíd.

³⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969. Pacto de San José de Costa Rica [en línea] <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual se encuentra ratificado desde 1989 en Chile, establece en su artículo 17:

“1. 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.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”³⁵.

Ambos tratados internacionales tienen una redacción más antigua, en comparación con nuestra Constitución Política, al utilizar la palabra “correspondencia” la cual tradicionalmente se ha entendido limitada a las cartas, no obstante ello no debe entenderse esta garantía limitada solo a las forma más tradicional de comunicación ya que al constituir en efecto un derecho que emana de la condición humana se permite una interpretación extensiva, al menos en lo que se refiere a qué es lo que debemos entender por correspondencia tal como hizo la doctrina previo a la modificación de nuestra Carta Fundamental.

2. Comparación con legislación internacional

2.1. España

La Constitución Española de 1978, en su artículo 18 nº3 lo que garantiza es el secreto de las comunicaciones³⁶a diferencia de lo que regula nuestra Constitución, el derecho a la inviolabilidad.

³⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1976. [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [consulta 28 septiembre 2016]

³⁶ ESPAÑA. Constitución Española, 1978. Artículo 18 nº3.- Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial [en línea] <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> [consulta 27 septiembre 2016]

La doctrina española ha sostenido que pese a que se señalan en detalle las formas de comunicación que se protege, es un artículo de carácter genérico, “sin que la enumeración que se hace seguidamente suponga la existencia de un *numerus clausus*, sino simplemente una relación *ad exemplum*”³⁷.

Otro aspecto en el que difiere sustancialmente este precepto constitucional en comparación con la forma en que se ha regulado en nuestra legislación, es que en el Derecho Español lo que se salvaguarda es el secreto de las comunicaciones, no siendo esencial “que el asunto forme parte de la vida privada; la garantía se aplica al continente con prescindencia del contenido”³⁸ por lo que se señala en que esta garantía es formal, sin variar su protección según el contenido de la comunicación. Por ello, es peligroso intentar aplicar el precepto español a nuestra realidad nacional y peor aún, tomarlo como referencia tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Chileno, ya que ello puede tener importantes implicancias.³⁹

En el mismo artículo se establece la excepción legal al secreto de las comunicaciones, permitiendo solo mediante resolución judicial vulnerarlo. En lo que respecta a la investigación criminal, esta materia recientemente fue modificada a través de la Ley Orgánica 13/2015, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española para fortalecer las garantías procesales y las medidas de investigación tecnológica. En esta Ley Orgánica se reconoce la necesidad de adoptar la legislación a las nuevas tecnologías, debido a que “renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de

³⁷ CEMPERE RODRÍGUEZ, César. 1996. Comentarios a la Constitución Española de 1978, artículos 10 a 23. Madrid, Edersa. 440p.

³⁸ FIGUEROA, Rodolfo. Inviolabilidad de correos electrónicos: comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional. [en línea] <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07_Figueroa.pdf> [consulta 24 noviembre 2016]

³⁹ *Ibíd.*

comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros⁴⁰. De modo tal que ya no se subsume a los correos electrónicos junto con la correspondencia epistolar, sino que se les regula de manera independiente estableciendo un marco legal para los correos electrónicos y la mensajería instantánea en lo que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denominan *comunicaciones telemáticas*, estableciendo además principios rectores que tienen plena aplicación de la interceptación de éste tipo de comunicaciones previa autorización judicial. Estos principios se encuentran en el artículo 588 bis A de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española⁴¹.

⁴⁰ ESPAÑA. Ley Orgánica 13/2015: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Octubre 2015. [en línea]
<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10725>> [consulta 3 octubre 2016]

⁴¹ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 588 bis A.:

“1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso de esta medida.

Cabe destacar que en el mensaje de esta Ley Orgánica se señala expresamente que no solo los delincuentes han tomado provecho de los avances tecnológicos de los que se dispone actualmente en la comisión de sus delitos, el Estado también cuenta con nuevas herramientas, las cuales se pueden usar de manera abusiva durante la investigación penal por lo que es indispensable controlar el actuar de éste. Por ello resulta sumamente destacable el hecho de que en la misma ley se introduzcan principios rectores que guíen el actuar del juez a la hora de otorgar una autorización judicial. Lamentablemente, y tal como se señalará más adelante, nuestra legislación carece de este tipo de directrices. Por ejemplo, no se establece un criterio de proporcionalidad en base a la gravedad del hecho y el bien jurídico protegido con el tipo penal, por ende la incautación de correspondencia procede indistintamente sea que se trate de un delito grave o de uno de poca monta.

Específicamente, en lo que se refiere a la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe tratarse de alguno de los delitos del artículo 579.1 del mismo cuerpo legal, “o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”⁴². Con ello, la aplicación de esta medida intrusiva se restringe solo a aquellos casos en que la investigación recaiga sobre delitos dolosos que tienen asignada una pena máxima de 3 años de prisión o que se trate de delitos cometidos por un

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

⁴² ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Septiembre 1882. [en línea] <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&vd=#a588bisa>> [consulta 3 octubre 2016]

grupo u organización criminal, delitos terroristas y aquellos cometidos por medios informáticos.

2.2. Argentina

En el caso de la legislación Argentina, en lo que respecta a su carta fundamental, ésta adolece del mismo problema que la Constitución Española, la poca permeabilidad en el tiempo al resguardar en su artículo 18 las comunicaciones de la siguiente forma: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”⁴³. Por lo tanto, de una manera forzosa la doctrina ha equiparado el correo electrónico y formas modernas de comunicación al correo epistolar.

El defecto antes señalado se pretende subsanar con la Ley nº27.078 referente a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, vigente desde diciembre del año 2014 en la cual, en su artículo 5 se establece el derecho a la “Inviolabilidad de las Comunicaciones. La correspondencia, entendida como toda comunicación que se efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que introduzca al usuario a presumir la privacidad del mismo y de los datos de tráfico asociados a ellos, realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones, es inviolable. Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, solo procederá a requerimiento de juez competente”⁴⁴. Si bien con esta normativa se le confiere protección legal a la inviolabilidad de las comunicaciones (de forma

⁴³ ARGENTINA. Ley Nº24.430, Constitución de la Nación Argentina. Diciembre 1994. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>> [consulta 4 octubre 2016]

⁴⁴ ARGENTINA. Ley Nº 27.078, Argentina Digital Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Diciembre 1994. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=CF165D86790558E0A5F68855782DAF09?id=239771>> [consulta 4 octubre 2016]

genérica), no tiene el mismo rango y protección que le otorgaría esta norma si se encontrara en la Constitución, problema que finalmente se subsana si consideramos que Argentina ha ratificado la Declaración Internacional de Derechos Humanos así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, por plena aplicación del artículo 75 n°22 de la Constitución de Argentina, tratados en los que se reconoce como derecho fundamental la protección a la correspondencia.

2.3. Perú

La Constitución Política del Perú consagra el derecho al secreto de las comunicaciones en su Capítulo I, entre los derechos fundamentales de la persona.⁴⁵

En la doctrina peruana este derecho ha sido reconocido como una “proyección del derecho a la intimidad”⁴⁶, pero en cuanto a una exteriorización del mismo, toda vez que el proceso comunicativo requiere de al menos dos personas, un emisor y un receptor de la información. Esta protección “no sólo comprende los documentos, sino las comunicaciones en general, las que sólo pueden ser interceptadas, abiertas, incautadas o intervenidas por mandamiento del juez, con las garantías previstas en la ley”⁴⁷. Por otra parte, la jurisprudencia peruana concibe este derecho como aquel que “impide que las comunicaciones y

⁴⁵PERÚ. Constitución Política del Perú. Artículo 2º “Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación a este precepto no tienen efecto legal” [en línea] <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=defaultconstitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemos>> [consulta 6 octubre 2016]

⁴⁶ MORALES GODÓ, Juan. 2009. Instituciones del Derecho Civil. Lima, Editorial Palestra. 187p.

⁴⁷ Ibíd.

documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación. El concepto de ‘secreto’ e ‘inviolabilidad’ de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello”⁴⁸.

Sin embargo, este derecho no se ejerce de manera absoluta ya que en el mismo precepto constitucional, tal como lo hacen la mayor parte de las cartas fundamentales, se establece que “bajo ciertas circunstancias y en determinados ámbitos de su contenido, es posible que los derechos puedan ser restringidos con el único objeto de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo tributo o libertad”⁴⁹. En este sentido, estas limitaciones se encuentran reguladas tanto por la Ley N°27.697 que regula la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales (delitos que se encuentran taxativamente señalados), así como en el Código Procesal Penal. En este Código se regula la interceptación de correos electrónicos en conjunto con la interceptación de correspondencia epistolar⁵⁰

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia EXP N°2863-2002-AA [en línea] <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02863-2002-AA.html>> [consulta 5 octubre 2016]

⁴⁹ VILLANUEVA CUBAS, Víctor. 2009. El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación. Lima, Palestra Editores. 335p.

⁵⁰PERÚ. Código Procesal Penal del Perú. Artículo 226: 1.Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas-

Se establece una diferenciación entre la correspondencia y las otras formas de comunicación. Ello es relevante en cuanto a la procedencia de la medida intrusiva de interceptación o incautación, en lo que se refiere a la correspondencia (en la que se incluye al correo electrónico) no se establece un criterio de proporcionalidad para conceder la medida, sirviendo como fundamento que la medida sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados.

La intervención de otros tipos de comunicación se encuentra regulada en el artículo 230 del mismo Código⁵¹.

Se desprende de la comparación de ambos artículos, que en el artículo 230 se establecen requisitos mucho más exigentes para la procedencia de ésta medida, diferencia que en nada se justifica ya que ambos tipos de comunicación

públicas o privadas- postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales en razón de especiales circunstancias, se presumiere emanar de él o de los que él pudiere ser el destinatario, pueden ser objeto, a instancia del Fiscal al Juez de Investigación Preparatoria, de interceptación, incautación y ulterior apertura.2. La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el período de la investigación.

Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él. [en línea] <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> [consulta 5 octubre 2016]

⁵¹PERÚ. Código Procesal Penal del Perú. “Artículo 230.- Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles.

El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación”

merecen el mismo nivel de protección legal, si tenemos en cuenta que lo que se resguarda finalmente en ambos es el mismo derecho fundamental.

2.4. México

Respecto a la inviolabilidad de las comunicaciones, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la regula en su artículo 16⁵².

En el artículo previamente expuesto se establece “el carácter inviolable de cualquier tipo de comunicación privada, dentro de las que quedan incluidas, entre otras, la telefónicas y las radiotelefónicas [...] así como los correos electrónicos.”⁵³, de lo que se desprende que al igual que en nuestra legislación se ha incluido en esta garantía constitucional la protección de las comunicaciones de forma genérica, independiente del avance tecnológico.

Esto último se ve reforzado con el tratamiento que en el Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano, en su artículo 291 se le da la misma denominación⁵⁴.

⁵²MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. [...] Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley”. [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.> [consulta 5 octubre 2016]

⁵³ FERRER, Eduardo, CABALLERO, José Luis y STEINER, Christian. 2014. Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. México D.F., Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. 1803p. [en línea] <<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/23.pdf>.> [consulta 6 octubre 2016]

⁵⁴MEXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 291. Intervención de las comunicaciones privadas. Cuando en la investigación el Ministerio Público considere

La redacción de éste artículo es reciente, ya que fue modificado por el Decreto de fecha 17 de junio de 2016 en el cual se adicionan y derogan diversas disposiciones de éste Código. Por ello se entiende que la regulación de la intervención de las comunicaciones privadas en el contexto de la investigación penal comprenda a todo tipo de comunicación, ya que actualmente nada justifica darles un tratamiento diferenciado porque lo que se protege finalmente es una misma garantía constitucional.

Al igual que en otros Códigos latinoamericanos, se omite establecer un criterio de proporcionalidad en atención a la magnitud del delito o la pena que éste tiene asignado, sólo se excluye la intervención en atención a la materia de la investigación⁵⁵.

necesaria la intervención de comunicaciones privadas, el Titular de la Procuraduría General de la República, o en quienes éste delegue esta facultad, así como los Procuradores de las entidades federativas, podrán solicitar al Juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real. [en línea] <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf.> [consulta 11 octubre 2016]

⁵⁵MEXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 294. Objeto de la intervención. Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

En ningún caso se podrán autorizar intervenciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido. [en línea] <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf.> [consulta 11 octubre 2016]

De lo expuesto en el presente capítulo es posible colegir que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, o secreto de las comunicaciones como se trata en otras legislaciones, es una garantía fundamental que emana de la naturaleza humana y que se encuentra protegido por nuestra Constitución Política de una forma innovadora, ya que abarca todo tipo de comunicaciones mientras éstas revistan el carácter de privado. Encuentra su amparo no sólo en la legislación nacional, sino a través de tratados internacionales que son contestes en reconocer a las comunicaciones privadas como una extensión del derecho a la vida privada de las personas, que merece su reconocimiento independiente.

Finalmente, del análisis comparativo de diversas legislaciones es posible extraer la tendencia actual a resguardar por norma expresa no sólo las formas de comunicación más tradicionales, sino también aquellas nuevas formas que van surgiendo a consecuencia de los adelantos tecnológicos. Estas modificaciones, si bien no son indispensables en consideración al carácter de garantía fundamental que nos permite entender por correspondencia no sólo al correo epistolar, si es necesario al constituir la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (o secreto de las comunicaciones en otros países) un límite al ejercicio de la soberanía, derecho que puede verse vulnerado por el Estado como por ejemplo, en el contexto de la investigación penal, hipótesis que es el eje central de éste trabajo de investigación.

CAPÍTULO II

Comunicación y sus diversas formas

1. Concepto de comunicación

La comunicación ha sido definida por la Real Academia Española como la “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”⁵⁶. Así también por el Tribunal Constitucional Español, conceptualizándolo a nivel constitucional como “el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”⁵⁷. En vista de ello por la doctrina española⁵⁸ se han identificado en esencia cuatro elementos para llevar a cabo la comunicación, estos son: “un comunicador o un emisor, un interlocutor o receptor, un medio a través del cual se realiza la comunicación y por último, el contenido de ésta, que denominamos mensaje y que en ocasiones comprende en su significado los cuatro elementos citados”⁵⁹.

De la misma forma, nuestra jurisprudencia nacional ha aportado un concepto de comunicación, estimando que ella “comprende todo un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico (Jiménez, J., ob.cit., p42). Por lo mismo, abarca incluso aquella que se hace con

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de comunicación. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=A5G2vNP>> [consulta 14 Noviembre 2016]

⁵⁷ PERALES, Ascensión Elvira. Derecho al secreto de las comunicaciones. 2007. Madrid. Ed. Istel. P.17

⁵⁸En este trabajo de investigación, si bien en reiteradas ocasiones se alude a la doctrina y jurisprudencia española debido a que tiene un mayor desarrollo en estas materias que a nivel nacional, toda referencia que se haga debe ser bajo la advertencia de que en España lo que se resguarda es el derecho al secreto de las comunicaciones y no la inviolabilidad de comunicaciones privadas, lo que tiene importantes consecuencias en comparación con la regulación nacional.

⁵⁹ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. 2000. El secreto de las comunicaciones: problemas actuales. Revista de Derecho Político. 358p. [en línea] <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-2000-48-49-129603AD/PDF>> [consulta 22 Noviembre 2016]

signos, en clave, con gráficos, cifras, de cualquier manera en que dos o más personas se transmiten mensajes (Cea, José Luis; ob.cit., p.217).

Enseguida, la comunicación es un proceso de transmisión de un mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado. Por lo mismo, tiene un momento de inicio y uno de término; tiene un curso temporal determinado”⁶⁰.

También autores nacionales han descrito el proceso comunicativo en el que intervienen siempre dos entidades, un transmisor quien inicia la comunicación y un receptor quien la recibe⁶¹. El proceso que hace posible la transmisión del mensaje implica que este sea codificado por el transmisor y posteriormente decodificado por su receptor, por lo que “es necesario que se establezcan algunas normas que preserven la secuencia de eventos, de lo contrario no había entendimiento. Se necesita entonces de un ‘protocolo que norme la comunicación’”⁶² el cual se ha definido como “una convención o estándar que controla o permite la conexión, comunicación y transferencia de datos entre dos puntos finales”⁶³, proceso que es sumamente relevante a la hora es analizar los medios de comunicación electrónico.

Como se ha establecido previamente, la comunicación es un proceso, esquema complejo en el que intervienen no solo dos o más personas (al ser eminentemente un proceso externo), sino que además se transmite un mensaje el cual, dependiendo de si es público o privado, para algunas legislaciones será determinante a la hora de establecer su protección constitucional. Finalmente,

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE Sentencia Rol N°2153-2011, considerando trigésimo segundo. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> [consulta 20 junio 2017]

⁶¹VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena. Tratamiento de datos personales en internet. Los desafíos jurídicos de la era digital. 1ª Ed. Legal Publishing Chile. 2013. 36p.

⁶²Ibíd.

⁶³Ibíd.

para que este proceso sea eficaz se requiere de un medio para transmitir el mensaje, los cuales se clasificarán en el siguiente apartado.

2. Formas de comunicación

Una primera distinción que se puede hacer es en función de la cercanía física de los intervinientes, ya que esta se puede efectuar de manera presencial o a distancia, consistiendo la primera en aquella forma de comunicación en la que ambos intervinientes se encuentran a una relativa proximidad física que hace posible transmitir el mensaje de forma oral o bien por señas.

Este tipo de comunicación, en nuestra legislación nacional, si bien se encuentra amparada bajo el manto de protección de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, penalmente tiene un menor resguardo si consideramos que para el delito que establece el artículo 161-A del Código Penal⁶⁴ es esencial el lugar donde se desarrolle la conducta típica⁶⁵, la que en éste caso debe desarrollarse en un recinto privado o en el cual no haya libre acceso al público. De este modo se deja sin sanción la grabación de conversaciones que se realicen en

⁶⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal. Artículo 161 - A. Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”.

⁶⁵ POLITOFF, Sergio., PIERRE MATUS, Jean., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004. 238p.

espacios públicos, como por ejemplo una plaza, independiente de que las partes deseen abstraer esta conversación del conocimiento público. Esto es sumamente controversial si consideramos que lo que se está estableciendo en este artículo es que el criterio de privacidad de una conversación no queda entregado al ánimo de las partes que en ella intervengan, sino el lugar donde ésta se realiza.

Otra forma de comunicación es aquella no presencial la cual supone cierta distancia entre los interlocutores⁶⁶. A continuación se desglosarán aquellas formas de comunicación no presenciales, en las cuales es evidente la influencia del desarrollo tecnológico, lo que ha hecho posible la creación de nuevos medios de transmisión de mensajes.

2.1. Correspondencia o correo epistolar

Conforme a lo que sostiene Adriana Kaplan, “se entiende por correspondencia las cartas, tarjetas, postales, periódicos, impresos de todas clases, papeles de negocios, muestras de comercio, medicamentos y objetos asegurados que circulen por correos y telegramas. En su más amplia acepción, la palabra correspondencia se refiere a todas las relaciones que se mantienen apartadas unas de otras”⁶⁷. Una de las primeras formas de velar por la inviolabilidad de la correspondencia fue mediante la Ordenanza de 1794 que rigió en nuestro país hasta 1850, en ella se garantizaba férreamente la privacidad de las comunicaciones, estableciendo la circulación de las cartas mediante valijas acondicionadas y permitiendo a los funcionarios encargados de su transporte el uso de armas, estableciendo además duras sanciones a quien no respetara el

⁶⁶Sin perjuicio de que actualmente la tecnología hace posible comunicarse por servicios de mensajería instantánea estando los interlocutores en una misma sala.

⁶⁷ KAPLAN COJANO, Adriana.1939. La correspondencia ante el derecho. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P.9

secreto de estos mensajes como, por ejemplo, con el pago de mil ducados o doscientos azotes y diez años en las galeras en caso de ser un plebeyo⁶⁸.

Con el uso de nuevas tecnologías en la comunicación, como el telégrafo y la implementación de la telefonía fija, el correo epistolar fue perdiendo paulatinamente su relevancia, sin embargo, durante años se tuvo que recurrir a la legislación existente en materia de correspondencia para aplicarlo a otros tipos de comunicaciones debido al retraso en la normativa nacional.

2.2. Telecomunicaciones

En nuestra legislación las telecomunicaciones se han definido como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos”⁶⁹. En el mismo sentido, la RAE la define como un “sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos”⁷⁰. El elemento común en ambas definiciones es el hecho de enviar información de cualquier naturaleza a distancia, por medio de un sistema electromagnético (con lo que se excluye a la comunicación presencial y al correo epistolar), siendo esencial el uso de este “artilugio técnico o medio mecánico a través del cual se transmite la información”⁷¹.

⁶⁸ SIERRA, Lucas. 2008. Regulación de las telecomunicaciones en Chile: Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia. SUBTEL y FACEA. P.20

⁶⁹CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones, Octubre 1982.

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de telecomunicación. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=ZLVO47g>> [consulta 20 Septiembre 2016]

⁷¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal. Madrid, La Ley, 2007. 31p.

A pesar de que en nuestro país se les denomina telecomunicaciones⁷², actualmente se utiliza el término comunicaciones electrónicas, especialmente en Europa a partir de las Directivas del Parlamento Europeo. En ellas de manera extensa se procura resguardar la intimidad de esta forma de comunicación, especialmente en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 (en adelante Directiva 2002/58/CE), en la que se reconoce “actualmente se están introduciendo en las redes públicas de comunicación de la Comunidad nuevas tecnologías digitales avanzadas que crean necesidades específicas en materia de protección de datos personales y de la intimidad de los usuarios. El desarrollo de la sociedad de la información se caracteriza por la introducción de nuevos servicios de comunicaciones electrónicas. El acceso a las redes móviles digitales está ya disponible y resulta asequible para un público muy amplio. Estas redes digitales poseen gran capacidad y muchas posibilidades en materia de tratamiento de datos personales. El éxito del desarrollo transfronterizo de estos servicios depende en parte de la confianza de los usuarios en que no se pondrá en peligro su intimidad”⁷³. En el mismo documento se hace una distinción de lo que podríamos denominar, medios de comunicación personales, definiendo comunicación como “cualquier información intercambiada o conducida por un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. No se incluye en la presente definición la información conducida, como parte de un servicio de radiodifusión al público, a través de una red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que reciba

⁷²CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones, Octubre 1982. Artículo 1º.

⁷³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/58/CE Relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:es:PDF> [consulta 24 agosto 2016].

la información”⁷⁴, siendo esencial el hecho de que el receptor de la información sea una persona determinada por el emisor.

De esta forma, si bien en la definición de telecomunicaciones se incluyen aquellos medios de comunicación pública como la radiodifusión, televisión y otras formas de transmitir un mensaje de manera masiva, estas formas se excluirán del presente estudio por ser el eje del mismo las comunicaciones privadas, en consideración a que son éstas las que se encuentran amparadas por la garantía constitucional del artículo 19 n°5.

2.3. Comunicación telefónica

La revolución en materia de telecomunicaciones continúa con la llegada del teléfono a Chile en 1880, año en que se lleva a cabo la primera comunicación telefónica a distancia utilizando las líneas del telégrafo existentes⁷⁵ y que con posterioridad se extendió a todo el país con el objeto de facilitar las relaciones comerciales a lo largo del mismo.

La primera norma referente a la comunicación telefónica es el Decreto de 1888 que Regula las líneas telegráficas, telefónicas y cable sub-marino⁷⁶, en la que se establecen las condiciones para autorizar a particulares a construir líneas por medio de concesiones. A pesar de que con el transcurso de los años se dictan diversas normativas que facilitan la implementación del teléfono, solo a mediados del siglo XX se toma en cuenta la influencia las telecomunicaciones en el desarrollo del país, por lo que surgen una serie de iniciativas tendientes a establecer una política de telecomunicaciones, lo que culmina con la creación de

⁷⁴Ibíd.

⁷⁵DONOSO ROJAS, Carlos. 2000. De la Compañía Chilena de Teléfonos de Edison a la Compañía de Teléfonos de Chile: los primeros 50 años de la telefonía nacional, 1880 – 1930. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942000003300003> [consulta 28 noviembre 2016]

⁷⁶Ibíd.

la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en 1960⁷⁷. Sin embargo, a pesar de la incidencia que tuvo la telefonía en el desarrollo económico, político y social del país, la Constitución de 1925 se omitió garantizar la inviolabilidad de este tipo de comunicaciones, incluyendo sólo a la correspondencia epistolar y telégrafo, lo que solo cambió a partir de la Ley N°17.839 de 1971 añadiendo las comunicaciones telefónicas a aquellas que eran de carácter inviolable.

En lo que se refiere a su protección actual, esta se encuentra amparada por la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y es el medio de comunicación que mayor estudio ha tenido en lo que se refiere a su interceptación, grabación y reproducción, tanto a nivel de jurisprudencia como doctrina, principalmente debido a que hasta antes de la llegada de internet, era la principal forma de comunicación electrónica⁷⁸⁷⁹. Sin embargo, con la implementación de nuevas tecnologías en materia de telecomunicación, actualmente es posible efectuar la comunicación por voz no sólo de manera presencial o telefónica, sino también mediante la transmisión de datos utilizando internet como soporte, así como mediante el uso de aplicaciones como Whatsapp o Skype y su servicio de videollamadas, lo que no se ajusta necesariamente a lo que se entiende por comunicación telefónica pero que no obstante ello, merece la misma protección legal al constituir formas de comunicación privada.

⁷⁷VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena. Tratamiento de datos personales en internet. Los desafíos jurídicos de la era digital. 1ª Ed. Legal Publishing Chile. 2013. 36p.

⁷⁸ ROCHA CHILLIDA, José Manuel. El teléfono como medio de comunicación. [En línea] https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/anteriores/num_029/actuali_libros2.html [Consulta 23 junio 2017]

⁷⁹ CEPAL. La medición de las tecnologías de la información y comunicación a través de los censos de población y vivienda: una propuesta con miras a la ronda de 2010.[En línea] <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/7/39817/DanielaGonzalez.pdf> [Consulta 23 junio 2017]

2.4. Influencia de Internet en las Telecomunicaciones

Con la implementación del telégrafo y teléfono en Chile el panorama en materia de comunicaciones era bastante claro, si bien ambos sistemas se expandieron a nivel nacional en cuanto a su aplicación estos no se modificaron de forma notoria ya que su funcionamiento era inmutable. Con la llegada de Internet en 1992⁸⁰ se produce una segunda revolución en las telecomunicaciones, ya que este es un “sistema que se apoya en infraestructuras de comunicación variables (cable, emisor de ondas radioeléctricas, etc.) para permitir distintas formas de comunicación”⁸¹, las cuales pueden ser las más diversas en la medida de que la tecnología lo permita. En consideración a la amplia gama de medios de comunicación que hace posible internet es que a continuación se analizarán sólo aquellas que son más relevantes en la actualidad, especialmente en lo que se refiere a la privacidad de las comunicaciones.

2.4.1. Twitter

Twitter es una red social con inicios en el año 2006 y que a la fecha cuenta con 313 millones de usuarios activos mensuales⁸² y ha sido descrita como una red social gratuita y servicio micro-blogging la cual permite a sus usuarios leer las actualizaciones o tweets de otros usuarios, con la limitación de que éstas solo se pueden componer por 140 caracteres. De forma predeterminada, los tweets son públicos y por ende “puede verse en todo el mundo de manera instantánea”⁸³, motivo por el cual gran parte de las publicaciones en Twitter no podrían

⁸⁰PIQUER, José Miguel.2002. Internet en Chile: 20 años después. [en línea] <<https://www.fayerwayer.com/2012/01/internet-en-chile-20-anos-despues/>> [consulta 18 Noviembre 2016]

⁸¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal. Madrid, La Ley, 2007. 33p.

⁸²TWITTER. Lo que está pasando. [En línea] <https://about.twitter.com/es/company> [Consulta 28 Junio 2017]

⁸³TWITTER. Políticas de privacidad. [En línea] <https://twitter.com/privacy?lang=es> [Consulta 28 Junio 2017]

entenderse amparadas por la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Sin embargo, como parte del servicio que ofrece esta compañía, existen opciones para comunicarse de manera privada con otros usuarios, como son los mensajes directos respecto de los cuales en las Políticas de Privacidad de Twitter se señala que “aunque las características como los Mensajes directos están diseñadas para ser privadas, recuerde que los destinatarios pueden copiar, almacenar y compartir el contenido de las comunicaciones”⁸⁴, de tal modo se reconoce la expectativa de privacidad que existe sobre los mensajes directos la cual tiene sus fronteras en la expectativa de privacidad del otro interviniente en aquella comunicación, y si éste desea o no compartir su contenido.

Respecto a esta red social, al igual que en los Chats, no hay regulación expresa en nuestra legislación, por lo que en el caso de las medidas intrusivas de investigación penal probablemente sería discutible la naturaleza jurídica de los mensajes directos. ¿Constituyen estos mensajes una forma de comunicación privada? ¿Estos deben considerarse correspondencia electrónica del artículo 218 Código Procesal Penal o bien como otras formas de telecomunicación del artículo 222 del mismo cuerpo legal?

2.4.2. Facebook

Actualmente, el ejemplo más emblemático de red social es Facebook, contando a la fecha con 1.79 billones de usuarios activos mensualmente⁸⁵. Esta red funciona en base a un muro o perfil, en el cual éste puede compartir contenidos como texto, videos o audio, en la medida en que el soporte lo permita. Existe cierta información en Facebook que siempre es pública, como rango de

⁸⁴Ibíd.

⁸⁵ STATISTA. Number or monthly active Facebook users worldwide. [en línea] <<https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>> [consulta 21 Noviembre 2016]

edad, idioma, país y aquella parte del perfil denominado público, el cual contiene nombre, sexo, nombre de usuario, foto de perfil, portada y redes⁸⁶.

En lo que respecta a las publicaciones, a la fecha esta red social permite seleccionar que carácter se le quiere dar a la información compartida (pública, privada, compartir con determinados contactos o excluir personas), de esta forma es el usuario quien determina la publicidad de la información compartida mediante publicaciones.

Distinto sería el caso de los mensajes compartidos por medio del chat de Facebook, servicio también conocido como Messenger, el cual esencialmente no es público ya que no se divulga en el perfil del usuario, sino que su funcionamiento es similar al de los servicios de mensajería instantánea, al ser una comunicación por un canal cerrado entre un emisor y un receptor plenamente identificables.

Finalmente, cabe destacar que en las Políticas de Privacidad de Facebook se contempla la posibilidad de que la empresa acceda a la información personal de cada usuario, “así como conservarla y compartirla, en respuesta a un requerimiento legal (como una orden de registro, orden judicial o citación) si creemos de buena fe que la ley así lo exige”⁸⁷.

2.4.3. Servicios de mensajería instantánea

Los servicios de mensajería instantánea son los que han tenido una mayor evolución en la última década. Mientras que a finales de los años 90 e inicios del nuevo milenio se recurría a los SMS (Short Message Service) y eran populares los servicios de MSN Messenger y Yahoo Messenger, a los que se accedía por medio de un computador, con la aparición de los smartphones y la mayor

⁸⁶ FACEBOOK. ¿Qué es la información pública? [en línea]
<<https://www.facebook.com/help/203805466323736>> [consulta 21 noviembre 2016]

⁸⁷ FACEBOOK. Políticas de privacidad. [en línea]
<<https://www.facebook.com/about/privacy/>> [consulta 21 Noviembre 2016]

accesibilidad a redes de internet, actualmente todos estos servicios han quedado obsoletos y han sido desplazados por otros servicios de mensajería instantánea, gratuitos y sin limitación de caracteres a los que es posible acceder desde cualquier lugar del mundo mientras se cuente con un smartphone y acceso a internet. El mejor ejemplo de ello es la masividad que ha alcanzado Whatsapp en la última década, llegando a la cantidad de un billón de usuarios activos éste año⁸⁸.

Se le ha definido como “una aplicación de mensajería móvil para múltiples sistemas operativos, que utiliza la conexión de internet de tu teléfono móvil para llamar y chatear con otros usuarios de Whatsapp”⁸⁹.

No obstante los cambios señalados someramente, su funcionamiento es el mismo que los servicios que le anteceden, “bajo un sistema remoto de directorio de direcciones (‘contactos’ en la terminología web) que funciona en el servidor del proveedor, el cual notifica a cada usuario qué contactos suyos están en línea en ese momento. Los contactos son agregados al directorio por cada usuario y requiere (del consentimiento del contacto). La MI (mensajería instantánea) funciona en base a una aplicación (software) que debe ser instalada en el equipo del usuario y que procesa todas las instrucciones necesarias para permitir la comunicación entre contactos”⁹⁰. Actualmente, la información que funciona como elemento identificador del usuario es su número de teléfono y cuenta de

⁸⁸ DMR. 55 Amazing WhatsApp Statistics. 2016. [en línea]<http://expandedramblings.com/index.php/whatsapp-statistics/> [consulta 25 octubre de 2016]

⁸⁹ WHATSAPP. WhatsApp FAQ - Guía del usuario: Empezando con WhatsApp.2016. [en línea] <https://www.whatsapp.com/faq/es/general/21073018>. [consulta 26 septiembre 2016].

⁹⁰ ALVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (5): 191-202. 199p [en línea] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10736/11004> [consulta 20 septiembre 2016]

Facebook, rol que antes cumplía el correo electrónico en servicios como MSN Messenger.

Comúnmente se ha señalado como principal diferencia en comparación con el correo electrónico es el carácter inmediato o instantáneo de estos sistemas de comunicación, no obstante ello, esta brecha de tiempo con los avances tecnológicos se ha disminuido. Quizás una característica distintiva más relevante para efectos de éste trabajo de investigación radica en la forma en cómo funcionan estos servicios, ya que mientras en el correo electrónico el contenido de la comunicación se almacena en un servidor, haciendo posible acceder al correo electrónico desde cualquier dispositivo electrónico que tenga acceso a la página web o aplicación de correo, en servicios como Whatsapp la información una vez que es recibida por el destinatario se elimina de los servidores del prestador del servicio, motivo por el cual no es posible acceder con posterioridad a dicha comunicación (tal como se señala en las políticas de privacidad que se estudiarán en la siguiente sección). Ello tiene especial relevancia a la hora de requerir la autorización del juez de garantía para acceder a dicha comunicación en el contexto de una investigación penal, ya que una vez que el mensaje es eliminado de los servidores la única forma de acceder a éste sería por medio del teléfono celular del usuario.

A pesar de las diferencias previamente señaladas, el correo electrónico y los servicios de mensajería instantánea guardan mayor relación entre sí que con relación a otros medios de comunicación electrónica. En ambos se descarta el elemento azar en las relaciones entre usuarios, ya que el emisor debe identificar previamente al destinatario del mensaje, ya sea por medio de su correo personal o número de teléfono. Luego procede a enviar el mensaje, el cual de manera inmediata llega a su destinatario, en la medida en que éste cuente con acceso a internet y acceda a la aplicación o página web que hace posible ver este mensaje.

En cuanto a la política de privacidad de los sistemas de mensajería instantánea señalados anteriormente, se analizarán conjuntamente por pertenecer a una misma empresa desde el año 2014⁹¹. En lo que respecta a la información que se proporciona al proveedor del servicio, debemos distinguir entre información de la cuenta y mensajes, para tener en consideración qué datos se almacenan o no por parte de la empresa. La política de privacidad de Whatsapp informa que se proporciona tanto el número de teléfono como los números de teléfono de contactos, tanto quienes tienen acceso al servicio de mensajería instantánea como quienes no, junto con otra información que se agregue como “nombre de perfil, foto de perfil y mensaje de estado”⁹². También se señala que, en lo que relativo a los mensajes, estos no se conservan “durante la prestación normal de nuestros Servicios. Una vez que se entregan tus mensajes (incluidos tus chats, fotos, videos, mensajes de voz, documentos e información de tu ubicación), se eliminan de nuestros servidores. Los mensajes se almacenan en tu propio dispositivo. Si un mensaje no puede entregarse de inmediato (por ejemplo, si estás desconectado), podemos guardarlo en nuestros servidores por hasta 30 días mientras intentamos entregarlo”⁹³. Además se debe tener en cuenta que, al igual que como ocurre con los correos electrónicos, se ha implementado como medida de seguridad el “cifrado de extremo a extremo de manera automática para nuestros servicios cuando las personas a quienes les envías mensajes usan una versión de nuestra aplicación lanzada después del 12 de abril del 2016. El cifrado extremo a extremo significa que tus mensajes están cifrados para salvaguardarlos y que ni nosotros ni terceros los puedan leer”⁹⁴.

Si bien pudiera parecer que la protección de las comunicaciones mediante encriptación es prácticamente absoluta, en las políticas de privacidad de Whatsapp se establecen ciertas excepciones, a modo de ejemplo: “para mejorar el

⁹¹ WHATSAPP. Información legal de Whatsapp.2016. [en línea] <https://www.whatsapp.com/legal/#key-updates>. [consulta 26 septiembre 2016]

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

rendimiento y entregar mensajes de multimedia de manera más eficaz, como cuando muchas personas comparten una foto o un video popular, podemos conservar dicho contenido en nuestros servidores durante un período más prolongado⁹⁵ o se faculta para “recopilar, usar, conservar y compartir tu información si consideramos de buena fe que es razonablemente necesario para: (a) responder de acuerdo con las leyes o normas, procesos legales o solicitudes gubernamentales aplicables”⁹⁶, de tal modo se acepta que por una ley o un proceso legal se pueda requerir información acerca de las comunicaciones privadas efectuadas por este medio, permitiendo la empresa el acceso a estas.

De tal forma, la privacidad de las comunicaciones realizadas por sistemas de mensajería instantánea, en este caso específicamente Whatsapp, no son inmunes ante el eventual requerimiento judicial de obtener la información que por medio de estos sistemas se transmite. Por ende, la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones en este caso no es absoluta ya que en las políticas de privacidad se impone una clausula similar a la que se encuentra en nuestra Constitución, denominada reserva de ley que faculta a tomar conocimiento del contenido de estas comunicaciones cuando legalmente ello se justifique.

2.4.4. Correo electrónico

En la Directiva 2002/58/CE enunciada en el acápite anterior, encontramos la siguiente definición de correo electrónico “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”⁹⁷. Del mismo modo, la autora española Ana Lambea Rueda lo define como una “comunicación expresada en forma electrónica”⁹⁸, asimilándolo al correo

⁹⁵Ibid.

⁹⁶Ibid.

⁹⁷Ibíd.

⁹⁸ LAMBEA RUEDA, Ana. 2002. El correo electrónico. Revista de Derecho Privado 2002-12. 936-963.

epistolar pero con la característica distintiva de la manera cómo se transmite el mensaje. La misma autora es bastante clara al definir los elementos que intervienen en el envío de un correo electrónico, ya que define quiénes son los sujetos que intervienen en la comunicación así como el objeto del mensaje. Quienes intervienen en este proceso comunicacional son por una parte los usuarios, emisor y receptor, y por otra parte los prestadores de servicios, distinguiendo entre el proveedor del servicio de correo electrónico y el servidor de la red, ya que en todo caso la conexión a internet es un elemento indispensable para acceder a esta forma de comunicación. A partir de los sujetos previamente identificados, podemos establecer diversas relaciones, pero quizás la más relevante para efectos de este trabajo de investigación es la relación entre el usuario y el proveedor de servicio de correo electrónico, lo que se analizará en el siguiente capítulo cuando se señalen las condiciones de prestación del servicio y políticas de privacidad de los servidores de correo electrónico.

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional, se ha tratado el correo electrónico de manera escasa en el área procesal penal, sin embargo, el tema ha sido tratado profusamente durante los últimos años por el Tribunal Constitucional⁹⁹ por conflictos referentes a la aplicación de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la información Pública. Se ha definido por nuestra jurisprudencia al correo electrónico como una forma de comunicación que exige un soporte técnico para ser digitalizada y que se transmite por un canal cerrado¹⁰⁰. Además, procede a enunciar ciertas características que definen de manera concreta la aplicación que tiene el correo electrónico como medio de comunicación, como la virtualidad (al permitir la comunicación a distancia), instantaneidad, multidireccionalidad, su carácter multimedia (al transmitir tanto datos como imágenes o sonidos) y la

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 2379-2013 y Sentencia Rol N°2153-2011

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N°2153-2011, considerando vigésimo primero. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> [consulta 21 septiembre 2016]

ubicuidad, que permite acceder al correo electrónico en cualquier parte siempre que se cuenten con los instrumentos técnicos necesarios¹⁰¹.

Quizás la definición más completa la encontramos en la doctrina nacional, describiendo el correo electrónico como “un conjunto de instrucciones redactadas bajo un protocolo determinado, en el cual se transportan contenidos determinados por un remitente, los que son entregados a destinatarios definidos previamente por éste”¹⁰², de tal modo, lo que lo distingue como medio de comunicación privada (en oposición a lo que sería un medio de comunicación masiva) es que el emisor define previamente quiénes serán sus destinatarios. Continuando con la descripción técnica del funcionamiento del correo electrónico, el “conjunto de información es fragmentada en varios paquetes etiquetados con la indicación de su origen y destino. Los paquetes viajan a través de las redes y sistemas de Internet, por diversas vías, hasta encontrarse en los equipos del destinatario, lugar donde son reagrupados automáticamente, posibilitándose su lectura”¹⁰³.

Analizando entonces el funcionamiento del correo electrónico a partir de lo más básico, tenemos un emisor o remitente el cual tiene un mensaje que transmitir, que puede consistir en palabras, imágenes y/o sonidos, los cuales desea enviar a un destinatario determinado. Para ello es indispensable que tanto el destinatario como el remitente cuenten con una casilla de correo electrónico, que en este caso hará las veces de la dirección a la que tradicionalmente se envía el correo epistolar. Para acceder a esta casilla debe registrarse y posteriormente acceder con una contraseña, luego procederá a redactar el mensaje y una vez que

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N°2153-2011, considerando vigésimo primero. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>
[consulta 21 septiembre 2016]

¹⁰² ALVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (5): 191-202. 196p [en línea] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10736/11004>
[consulta 20 septiembre 2016]

¹⁰³ Ibid., 197p.

presione enviar, todos estos datos se incorporarán en un solo archivo¹⁰⁴. Este archivo será enviado al servidor de correo, el cual “identificará al servidor de correo que atiende al destinatario del mensaje o, en su defecto, a un intermediario definido para tal efecto. Ambos, intermediario o destino final, son otros computadores, conectados a Internet, que actúan como servidores de correo en otras redes. Al completar el despacho, el mensaje será borrado del computador que lo envía. Si por alguna razón, el despacho no puede ser realizado en ese momento, el servidor de correo almacenará el mensaje, y reintentará posteriormente. Esta operación se repetirá en forma sucesiva hasta que el mensaje pueda ser enviado”¹⁰⁵.

Si consideramos el envío del correo electrónico como un proceso comunicativo en el que la información debe viajar de un computador a otro, son varios los intervinientes que pueden tener acceso al correo como el proveedor del servicio o quienes ingresan los servidores que hacen de intermediarios en el envío o, por ejemplo, en el almacenamiento del mensaje en un computador. En todas estas hipótesis, en caso de que un particular acceda sin la autorización de los intervinientes en la comunicación privada estará incurriendo en el delito penado en el artículo 161-A y al respecto no hay mayor discusión. Sin embargo, tal como se estudiará en los siguientes capítulos, existen situaciones en que legalmente está permitido el acceso al contenido de las comunicaciones privadas, situación que se analizará en el capítulo III.

Por otra parte, como previamente señalé, un elemento indispensable en este proceso de comunicación son los servidores de correo electrónico y para acceder a ellos, ya sea de forma gratuita u onerosa, es necesario registrarse aportando una serie de datos personales como nombre, apellido, fecha de nacimiento, país e

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. 2003. El Correo Electrónico. Revista Chilena de Derecho Informático. (3) [en línea]
<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10668> [consulta 24 de septiembre 2016]

¹⁰⁵ *Ibíd.*

incluso teléfono móvil (conforme a las exigencias de Google para crear una cuenta). Una vez ingresados estos datos, se deben aceptar los derechos y obligaciones que se generan a partir de la relación contractual que se establece con la empresa proveedora del servicio de correo electrónico. A continuación, analizaré de manera conjunta las condiciones de servicio y políticas de privacidad de los dos servidores de correo electrónico gratuito más populares a nivel nacional: Google y Microsoft.

Ambos junto con ser servidores de correo electrónico, proveen varios servicios asociados a la misma cuenta entre los que se cuenta almacenamiento de archivos, acceso a videos, aplicaciones, servicios de búsqueda, etc. Como ya antes señalé, para crear esta cuenta al momento de inscribirse es requisito aportar datos personales básicos, pero en ambas políticas de privacidad se informa que además se faculta a la empresa para recopilar datos que se generen durante el uso de sus servicios, como información del dispositivo mediante el cual se accede, “como el modelo de hardware, versión del sistema operativo, identificadores únicos de dispositivo e información de la red móvil, incluido el número de teléfono”¹⁰⁶, información de registro, ubicación, o uso de “cookies o tecnologías similares para identificar su navegador o dispositivo”¹⁰⁷. De tal modo, si bien estos servidores en sus políticas de privacidad no declaran hacer uso del contenido de la información enviada mediante correo electrónico, sí tienen acceso a una serie de datos anexos al envío de éste, como es fecha, hora, ubicación, dispositivo, etc.

En cuanto al uso de la información, Google alude a que la recopilan “de todos nuestros servicios para proveerlos, mantenerlos, protegerlos y mejorarlos, para desarrollar otros servicios nuevos y para proteger a Google y a nuestros usuarios.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ GOOGLE. Política de Privacidad – Privacidad y Condiciones. [en línea] <https://www.google.com/intl/es-419/policies/privacy/> [consulta 21 septiembre 2016]

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

En lo que respecta a la privacidad de esta información, se hace una excepción entregándole ésta a terceros por motivos legales: “compartiremos información personal con empresas, organizaciones e individuos fuera de Google si creemos de buena fe que el acceso, el uso, la conservación o la divulgación de la información es razonablemente necesaria para:

- Cumplir con las leyes, las reglamentaciones, los procesos legales o las exigencias gubernamentales aplicables.
- Garantizar el cumplimiento de las condiciones del servicio correspondientes, incluida la investigación de posibles violaciones.
- Detectar, evitar o de otro modo tratar los problemas técnicos, de fraude o seguridad.
- Proteger de posibles daños a los derechos, la propiedad o la seguridad de Google, de nuestros usuarios o del público según lo establezca o permita la ley.”¹⁰⁹

La medida más eficiente en cuanto a la protección del mensaje contenido en un correo electrónico es la encriptación, tal como describe Google “la encriptación con seguridad de la capa de transporte (TLS) protege los mensajes de las miradas indiscretas durante el envío. La TLS es un protocolo de encriptación para enviar correos de forma segura, tanto para el tráfico entrante como saliente. Ayuda a prevenir el espionaje entre servidores de correo electrónico y mantiene la privacidad de los mensajes mientras viajan de un proveedor de correo a otro”¹¹⁰. De tal modo, si el contenido del mensaje se encuentra encriptado, la interceptación del correo electrónico se hace mucho más compleja.

A pesar de que en principio en estas políticas de privacidad señalan que se resguarda este último aspecto de las comunicaciones realizadas por medio de su servicio de correo electrónico, cabe destacar previamente que se permite el

¹⁰⁹Ibid.

¹¹⁰GOOGLE. Cómo funciona el cifrado - Correos electrónicos más seguros – Informe de transparencia – Google [en línea]<https://www.google.com/transparencyreport/saferemail/tls/?hl=es-419> [consulta 23 septiembre 2016].

acceso a éstas por motivos legales, los cuales tal como previamente indique, se analizan en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

DILIGENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL QUE AFECTAN LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Como previamente se expuso, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se encuentra regulada de una forma bastante completa en nuestra carta fundamental, en comparación a otras legislaciones, si consideramos la capacidad que tuvo la CENC de anticipar los adelantos tecnológicos en materia de comunicación y su incidencia en la protección de éste derecho fundamental.

El análisis a realizar en el presente capítulo consistirá en el estudio de aquellas normas que constituyen una excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones, en consideración a que la normativa constitucional sólo lo permite en casos y formas determinados por ley. El eje principal estará en torno a la normativa penal, sin perjuicio de que también se incluyen al análisis otros cuerpos legales.

Sin embargo, previo a ahondar en este análisis, es menester determinar qué es lo que se entiende por casos y formas determinados que hacen posible hacer una excepción a la garantía fundamental en estudio, lo que explica unaa sentencia del Tribunal Constitucional en causa Rol N°2153-2011:

“En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. Esta norma es la única que permite la accesibilidad de las comunicaciones privadas. El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones.

En segundo lugar, la ley debe definir ‘los casos’ en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo estas se ajustan a dichas causales y situaciones.

En tercer lugar, es necesario que la ley defina ‘las formas’ en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

Finalmente, los casos y las formas deben estar ‘determinados’. Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.”¹¹¹

1. Regulación en Código Procesal Penal

Previo a la implementación del actual Código Procesal Penal, la retención, incautación e interceptación de comunicaciones privadas no se regulaba con este nombre, contemplándose en los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Penal la retención de correspondencia privada y la copia de comunicaciones efectuadas por medio de empresas de telégrafos, cables u otros sistemas de comunicación semejantes¹¹². Estas eran normas de carácter general ya que permitían realizar diligencias durante la investigación criminal y obedecían “a un criterio tradicional, que no permite limitar el derecho a la privacidad sino en sus manifestaciones como inviolabilidad de domicilio y de correspondencia.

Lo interesante, sin embargo, es que esta situación no parece obedecer a un atraso legislativo de nuestro país, sino a un criterio claramente definido que es contrario a la utilización generalizada de estas técnicas de investigación”¹¹³. Esta

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N°2153-2011. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537> [consulta 10 de junio 2017]

¹¹² CHILE. Ministerio de Justicia. Código de Procedimiento Penal 1906.

¹¹³ LOPEZ, Julián. 1999. El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. P.208

crítica se hace en consideración a que si bien en el Código de Procedimiento Penal se establecían diligencias investigativas, por medio de leyes especiales si introdujeron otras formas de acceder a las comunicaciones privadas, como el artículo 113 ter la Ley N°19.924 en la cual se regula la interceptación o grabación de telecomunicaciones en la investigación de delitos relativos a la pornografía infantil, lo mismo ocurre a partir de la ley N°19.366 que regulaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Con la implementación del Código Procesal Penal tiene plena aplicación lo que María Inés Horvitz y Julián López denominan *principio de reserva de ley*, el cual ha establecido en la Constitución “para que la restricción de estos derechos sea legítima”¹¹⁴, consistente en la posibilidad que se incluye en el artículo 19 n°5 de interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados en los casos y formas determinados por la ley. Ello se ha regulado en los artículos 218¹¹⁵, 219¹¹⁶ y 222¹¹⁷ del Código Procesal Penal.

¹¹⁴HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 522p.

¹¹⁵CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal. Artículo 218.- Retención e incautación de correspondencia. A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emanan de él o de los que él pudiere ser destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente.

¹¹⁶CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal. Artículo 219.- Copias de comunicaciones o transmisiones. El juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones

En vista del tratamiento diferenciado que el legislador ha dado a las medidas intrusivas dependiendo del tipo de comunicación de que se trate, es que en las secciones siguientes se analizarán detalladamente en base a una serie de criterios que estructuran estos artículos.

1.1. Tipos de comunicaciones reguladas

El legislador ha regulado conjuntamente la correspondencia epistolar y electrónica en el artículo 218. Esta ha sido definida por la RAE como un sinónimo del correo en su sentido clásico “conjunto de cartas que se despachan o reciben”¹¹⁸, sin embargo, en lo que se refiere a esta diligencia de investigación intrusiva, ha decidido incluir la correspondencia electrónica o correo electrónico (al menos eso es lo que se entiende del sentido natural de las palabras). Debe entenderse complementado por el artículo 219, el cual autoriza requerir comunicaciones (sin distinguir su carácter privado o público) a cualquier empresa de comunicaciones, para que facilite las copias de las que disponga.

El artículo 219 ha sido criticado por María Inés Horvitz, al considerar que es un “exceso de protección la exigencia, en todos los casos, de autorización judicial para la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio,

transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios.

¹¹⁷CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal. Artículo 222.- Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o participación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o a sus intermediarios.

¹¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de correo. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=AyfHjz9#CyTr9dP> [consulta 20 octubre 2016]

televisión u otros medios”¹¹⁹. Ya que si bien en el caso de la correspondencia se exige la autorización judicial por estimar que lo que se vulnera es el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en este caso no se justifica la misma protección ya que las comunicaciones públicas no se encontrarían amparadas por dicha garantía constitucional.

Por otra parte, el resto de las formas de telecomunicación o comunicaciones electrónicas se encuentra normado en el artículo 222, en conjunto con la interceptación de comunicaciones telefónicas, la cual se ha regulado de una manera más exhaustiva definiendo de manera detallada los requisitos de procedencia, así como estableciendo de forma concreta el modo en que debe llevarse a cabo esta medida intrusiva. Esta diferencia en cuanto a tratamiento en nada se justifica si tenemos en consideración que en este gran género en el que se comprende a otras formas de comunicación, se encuentran los mensajes de texto o SMS, servicios de mensajería instantánea, video llamadas y en general todo este tipo de servicios que permiten la comunicación en la medida en que se cuente con acceso a internet y una cuenta con el proveedor del servicio, formas de comunicación que son más asimilables al correo electrónico que a las llamadas telefónicas.

En términos prácticos, y tal como se estudió previamente al definir las formas de comunicación que surgen a partir de la implementación de Internet en nuestro país, este tratamiento diferenciado al correo electrónico no tiene una explicación racional, porque si bien en los orígenes del correo electrónico existían diferencias, principalmente en lo que se refiere a la inmediatez del mensaje así como al contenido que era posible enviar por medio de estos soportes, actualmente estas diferencias se han reducido a prácticamente cero¹²⁰.

¹¹⁹ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.526

¹²⁰ Desde marzo del año 2016 es posible enviar inclusive documentos desde Whatsapp. WHATSAPP. Preguntas Frecuentes. [en línea] <<https://www.whatsapp.com/faq/es/android/28000021>> [consulta 20 octubre 2016]

Si analizamos este aspecto desde el punto de vista de la protección constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo que en esencia se resguarda es el contenido del mensaje y no el soporte físico o tecnológico por el cual se envía, por lo tanto ambos merecen el mismo nivel de protección y sin embargo, el legislador ha optado por darles un tratamiento diferenciado, regulando uno en conjunto con el correo epistolar y el resto en conjunto con las comunicaciones telefónicas lo que tiene importantes consecuencias lo relativo sus respectivos requisitos de la procedencia de una u otra medida, tal como se analizará en la siguiente sección.

1.2. Infracciones que prevén la posibilidad de aplicar medidas intrusivas

En el caso del artículo 218, el legislador ha omitido establecer requisitos básicos para la procedencia de esta medida intrusiva, estableciendo solamente como supuesto el que “por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación”¹²¹, por lo que queda entregado al juez el determinar, por medio de una resolución fundada, si se cumple con este requisito que a simple vista resulta demasiado básico o genérico. No ocurre lo mismo con el artículo 222, en el cual el hecho a investigar que reviste caracteres de delito debe merecer a lo menos pena de crimen. Aquí claramente se establece un criterio en base al principio de proporcionalidad, el cual tiene aplicación para todo el Código Procesal Penal pero que en este caso se encuentra expresado en un tipo de pena asignada al supuesto delito.

A pesar de esta deficiencia con la que cuenta el artículo 218, la doctrina entiende que se subsana por la aplicación de aquellos principios básicos que rigen

¹²¹CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal, Octubre 2000. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>> [consulta 11 octubre 2016]

el proceso penal. En específico, a criterio de María Inés Horvitz, en este tipo de diligencias de investigación intrusivas tiene plena aplicación el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, el cual “es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en juego. Exige que las restricciones de los derechos fundamentales se encuentren previstas por la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirigen y constituyan medidas necesarias para alcanzarlos en una sociedad democrática. En consecuencia, el principio de proporcionalidad determina la inadmisibilidad de todas aquellas medidas que, aunque idóneas para la consecución del fin, el mismo pueda ser alcanzado a través del empleo de medios alternativos menos gravosos o si ellas ocasionan voluntaria o involuntariamente, graves daños que no están en relación ponderada entre medio y realización del fin”¹²².

Este principio de proporcionalidad tendría importantes repercusiones en el Derecho Procesal Penal, ya que determina el modo en que ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales sean permitidas, siempre y cuando sean necesarias para alcanzar un fin legítimo como es el desarrollo eficaz de la investigación penal.

Para ello se debe considerar que este principio se basa en dos supuestos “uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes público. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado los valores que trata de salvaguardar la autoridad

¹²² HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 462p.

actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de derechos tienda a la consecución de fines legítimos”¹²³.

El primer pilar el principio de proporcionalidad sería entonces el principio de legalidad, el cual hace legítima la aplicación de la medida intrusiva en la medida en que por ley ésta se encuentre permitida; el segundo pilar en tanto es aquel que apunta a la finalidad de la medida, la cual debe ser legítima, no contraria a derecho y finalmente apuntar a la protección de derechos consagrados constitucionalmente, para que de ésta forma se justifique por una eventual colisión de derechos, en la cual el fin al que apunte esta diligencia tendrá preponderancia por sobre el derecho constitucional.

A modo de ejemplo, es posible detectar la aplicación del principio de proporcionalidad en la forma en que el Código Procesal Penal ha dictado los presupuestos de procedencia de ciertas medidas cautelares en el artículo 124¹²⁴. En este artículo se establece un límite a aquellas medidas cautelares intrusivas, en atención a la pena asignada al hecho que reviste caracteres de delito, criterio que excluye que se aplique una medida excesiva, como por ejemplo, la prisión preventiva a aquellos delitos de poca monta o que no tienen asignado una pena privativa de libertad. Asimismo, como se ha señalado previamente, se establece el límite en base a la pena asignada al delito en el caso de la interceptación telefónica, por lo que nada justifica entonces que se haya obviado este límite en materia de incautación y retención de correspondencia.

¹²³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. 2007. El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español. Cuadernos de Derecho Público. Nº5.193p.

¹²⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal. Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Si bien el límite a la aplicación de esta medida se encontraría implícito en los principios que rigen el proceso penal, queda entregado al arbitrio del legislador definir si se cumple o no con los supuestos básicos que son demasiado genéricos, arbitrio que puede ser excesivo si consideramos que la Constitución en el artículo 19 n°5 ha permitido diligencias que puedan afectar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, solo en casos y formas determinadas por ley (no por el juez).

Otro aspecto a analizar en lo que se refiere a requisitos de procedencia de estas medidas se refiere a lo indispensable que sea la diligencia para el éxito de la investigación penal, ya que solo en ese caso se justificaría vulnerar una garantía fundamental que se encuentra consagrada tanto por nuestra Constitución como por tratados internacionales.

En el artículo 222 del Código Procesal Penal se establece expresamente este requisito, la disponer que la investigación hiciera imprescindible la utilización de estas diligencias, mientras que en el caso de la correspondencia esto no se estipula, sirviendo como supuesto básico su utilidad para la investigación, supuesto que para efectos de este trabajo de investigación es demasiado amplio si tenemos en consideración que lo que se debe proteger en ambos casos es una misma garantía constitucional, por lo que en definitiva nada justifica un tratamiento tan diferenciado, lo que pone en peligro las comunicaciones que se realicen por medio de correo electrónico. También debemos tener en consideración el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, recientemente incorporado por la Ley N°20.931 en el cual se permiten técnicas especiales de investigación como las del artículo 222 en comento, a raíz de la investigación de determinados delitos que en la misma norma se señalan y cuando “cuando la investigación de los delitos [...] lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados”¹²⁵

¹²⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal. Artículo 226 bis.

1.3. Personas susceptibles de aplicación de la medida

En la retención e incautación de correspondencia, la procedencia de esta diligencia intrusiva se encuentra determinada por el hecho de que ésta sea dirigida al imputado, remitida por éste o que se presuma que lo sea. Se excluyen en todo caso aquellas situaciones en que personas puedan abstenerse de declarar como testigos (por parentesco o secreto profesional).

Este aspecto debe analizarse a la luz del denominado principio de la no autoincriminación o *nemo tenetur se ipsum accusare*, el cual se ha definido como “un derecho del inculgado o imputado que se concreta como derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir a causa de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de derecho”¹²⁶, el cual se establece con la finalidad de evitar cualquier tipo de medida coactiva sobre el imputado, derecho que se extiende a sus parientes para evitar inculparlo. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, respecto del imputado y en el artículo 305 referente a aquellas personas que pueden abstenerse de declarar como testigos.

El ejercicio de diligencias de investigación intrusivas depende de que no se limiten derechos fundamentales, en este caso el derecho a no declararse culpable el cual puede afectar no sólo al imputado, sino respecto de otras personas que tengan comunicación con éste, en la medida de que en estas comunicaciones se develen otros hechos ilícitos de los cuales, con motivo de esta investigación, se tome conocimiento. Por otra parte, tal como señala Enrique Bacigalupo, estas pruebas “difícilmente pueden ser rebatidas a lo largo del proceso”¹²⁷, por lo que

¹²⁶ BACIGALUPO, Enrique. 2005. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 226

¹²⁷ BACIGALUPO, Enrique. 2005. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 226

tienen importantes consecuencias en cuanto a las posibilidades de defensa que tiene el imputado.

En el caso Europeo, junto con establecer en la CEDH el derecho al respeto a la vida privada y familiar, y la correspondiente reserva de ley que hace posible injerencias por parte de la autoridad pública, estas se permiten cuando “esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”¹²⁸.

En lo que se refiere a la interceptación telefónica y de otros medios de telecomunicación, el legislador ha contemplado un rango más amplio de personas susceptibles de ser afectadas por esta medida, pudiendo afectar no sólo al imputado sino respecto de quienes existieren fundadas sospechas de que sirvan de intermediarios para el imputado o le faciliten sus medios de comunicación. Nuevamente aquí se les da un tratamiento distinto a ambas diligencias investigativas, diferencias que como se señaló previamente, no tienen un fundamento debido a que ambas emanan de una misma garantía constitucional.

1.4. De quien debe emanar autorización

En ambos artículos se establece que el único que puede autorizar la ejecución de estas diligencias es el juez de garantía, a petición del Ministerio Público. De esta forma se plasma una de las principales modificaciones que se concretó con la reforma al proceso penal, la figura del juez de garantía como un órgano de control para velar por el cumplimiento de garantías individuales de los

¹²⁸ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1950. Artículo 8.2 [En línea] http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [Consulta 28 junio 2017]

intervinientes en el proceso penal, lo cual debe entenderse expresado en el artículo 83 inciso tercero de la Constitución¹²⁹.

Este artículo es coherente con un principio básico del Nuevo Proceso Penal, consagrado en el artículo 9 del Código Procesal Penal¹³⁰.

El juez de garantía es el encargado de determinar la procedencia o no de estas diligencias por medio de una resolución fundada. Sin embargo, y tal como se señaló previamente, en el caso de la medida de retención e incautación de correspondencia, los presupuestos que el legislador establece son demasiado amplios dejando finalmente gran parte de esta decisión en manos del juez de garantía. El principio de reserva de ley que hace posible la concreción de estas medidas establece expresamente que debe ser la ley la que establezca la procedencia, así como la forma de desarrollar estas diligencias, pero en este caso la escueta regulación en el caso de la correspondencia ha hecho que esto quede al arbitrio del juez de garantía, lo que podría resultar en atentatorio contra el principio de inviolabilidad de la correspondencia.

1.5. Duración de la medida

Sólo se ha fijado una duración máxima para la interceptación telefónica y otras formas de telecomunicación, consistiendo en un máximo de 60 días prorrogable por otros 60 días más como tope máximo. En lo que se refiere a la

¹²⁹CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República, DTO-100, 22 septiembre 2005. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta 22 octubre 2016] Las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa

¹³⁰CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal, octubre 2000.

Artículo 9.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía

retención e incautación de correspondencia, el legislador no ha fijado una duración para la medida, a pesar de que previo a la reforma procesal penal se regulaba la intervención de las comunicaciones privadas en general por lo que se establecía un plazo máximo común para todas estas diligencias intrusivas. Debemos tener en consideración que nuevamente esta diferencia tiene relevantes consecuencias, que no tienen mayor explicación ya que si estimamos que la retención e incautación de correspondencia implica un apoderamiento material de la misma, supone una interrupción del proceso comunicativo al retener el mensaje enviado privando al destinatario del conocimiento de su contenido, por nombrar solo un motivo por el cual el desarrollo de esta diligencia debiera tener una duración acotada.

1.6. Oportunidad para solicitar diligencia intrusiva

En cuanto a la oportunidad para solicitar estas diligencias de investigación intrusivas, a ambas aplica la regla del artículo 230 inciso segundo del NCPP, en el sentido de que al ser diligencias de investigación que requieren de intervención judicial (aprobación del juez de garantía), es indispensable que previamente se haya formalizado la investigación, la cual se define como “ la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”¹³¹. De esta forma se asegura el control o vigilancia que el juez de garantía puede ejercer durante el desarrollo de estas medidas de investigación intrusivas.

Sin embargo, el artículo 236 del Código Procesal Penal establece una excepción a esta regla, al permitir el practicar este tipo de diligencias aún antes de la formalización de la investigación, previa autorización del juez de garantía cuando por “la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se

¹³¹ *Ibíd.*

tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito¹³², excepción que aplica por igual a ambas medidas intrusivas en estudio.

1.7. Conocimiento del afectado

En el desarrollo de estas diligencias de investigación tiene plena aplicación el artículo 182 del Código Procesal Penal, el cual regula el secreto de las actuaciones de investigación para terceros ajenos al procedimiento, así como del derecho del imputado y demás intervinientes a tener acceso a los registros y documentos del fiscal e investigación policial¹³³, con las limitaciones que en el mismo artículo se establecen. A pesar de ello, se ha establecido una regla especial en cuanto a la diligencia del artículo 222 del mismo Código, permitiendo efectuar esta diligencia previa notificación al afectado¹³⁴ cuando el objeto de la investigación requiriere que éste no tome conocimiento de la medida hasta después de su ejecución.

1.8 Aportación por uno de los comunicantes

Este aspecto no se encuentra regulado expresamente en nuestra legislación¹³⁵, más allá de constituir una atenuante de responsabilidad penal al constituir una colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia española no descartan la posibilidad de que uno de los comunicantes puedan aportar como medio de prueba el contenido de la comunicación¹³⁶, siempre y cuando esta no haya sido obtenida de forma ilícita¹³⁷.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 126p.

¹³⁶ FERNÁNDEZ GALLARDO, Javier Ángel. Cuestiones actuales del proceso penal. 2015. BARCELONA. Ediciones Experiencia. P.142

¹³⁷ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 2956/2008.

2. Apreciaciones en torno al tratamiento diferenciado de diligencias investigativas

Previamente se ha hecho una comparación en cuanto a ciertos aspectos esenciales en torno a la regulación de estas diligencias de investigación que afectan la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y así también se ha sostenido reiteradamente que ambas tienen un tratamiento diferenciado en nuestro Código Procesal Penal, que no tiene mayor justificación si consideramos que ambas apuntan a un mismo derecho constitucional.

Este problema deriva de los orígenes de la implementación de la Reforma Procesal Penal, ya que en lo que se refiere a la correspondencia esta se reguló conjuntamente con la incautación de documentos, que si bien también se encuentran protegidos por el artículo 19 n° 5, no se consideró que lo que se protege en definitiva es el proceso comunicativo más que el soporte físico en que éste conste. Tardíamente se incorporó a la correspondencia electrónica, distanciándola de otras formas de telecomunicación que se regularon en lo que podríamos denominar un cajón de sastre, que es el artículo 222 del Código Procesal Penal.

La regulación de la interceptación telefónica fue un tema controversial en la discusión de la Reforma Procesal Penal, discusión en la que no se incluyó a la correspondencia electrónica debido a este tratamiento diferenciado que se les dio desde sus orígenes. En algún momento incluso se consideró que esta medida sólo debería otorgarse para la investigación de delitos de suma gravedad, como terrorismo, narcotráfico o contra la seguridad del Estado, regulando la interceptación telefónica sólo por en leyes especiales que regularan estos delitos y no como una medida de carácter general, ello principalmente a raíz del temor que generaba el uso y abuso de estas medidas, señalando que “las personas que realizan la interceptación no pueden actuar selectivamente y, al no hacerlo, no

sólo pueden terminar buscando aquello que motiva la sospecha del delito investigado, sino que todo un conjunto de circunstancias anexas que hacen que no sólo se pierda la intimidad relacionada directamente con la investigación, sino toda ella en su conjunto”¹³⁸, sin embargo, se adecuó el artículo para que fuera armónico con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones así como con otros derechos contenidos en la Constitución.

En lo que se refiere a la doctrina nacional, esta ha sido poco crítica en torno al tema, limitándose los manuales tradicionales¹³⁹¹⁴⁰ de Derecho Procesal Penal a indicar los artículos que regulan la materia, así como a enunciar los requisitos que hacen procedente la medida¹⁴¹. No obstante ello, Alex van Weezel y Tomás Darricades se refieren a la problemática de la deficiente regulación de requisitos que autoricen interceptaciones telefónicas, situación que se torna mucho más dramática si consideramos que los requisitos para la incautación y retención de correspondencia son aún más escuetos. En dicho texto señalan que si bien los requisitos de procedencia de la diligencia investigativa del artículo 222 del Código Procesal Penal en papel son restrictivos pero que sin embargo, en la práctica, la procedencia de éstas medidas no son mayormente cuestionadas debido en parte a la amplitud de la penalidad de los delitos que hacen procedente la interceptación, así como lo vago o difuso del carácter imprescindible de la medida, determinación que finalmente queda entregada al criterio del juez de garantía quien no siempre cuenta con todos los antecedentes del caso¹⁴², siendo un

¹³⁸ CHILE. Historia de Ley N°19.696. 343p [en línea]
<http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19696>
[consulta 7 noviembre 2016]

¹³⁹ MATORANA, Cristian y MONTERO, Raúl. 2012. Derecho Procesal Penal. SANTIAGO. Thomson Reuters.

¹⁴⁰ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. 2007. Proceso Penal. SANTIAGO. Editorial Jurídica de Chile.

¹⁴¹ ALVARADO URÍZAR, Agustina. 2014. El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida. Revista de Derecho de Valparaíso.(43).421-464p.

¹⁴² VAN WEEZEL, Alex y DARRICADES, Tomás. 2011. Interceptaciones telefónicas, oportunidades para avanzar. Revista del Abogado (52):40

requisito indispensable contar con la información completa sobre el caso para que “las resoluciones que se adopten y fundamenten sobre la base de criterios jurídicos claros, sólidos, uniformes y susceptibles de un control racional. Allí donde tales criterios están ausentes los derechos se debilitan, pues su efectivo ejercicio depende del albur de decisiones imprevisibles y del peso que se asigne a consideraciones diversas de los argumentos jurídicos”¹⁴³.

En la medida en que los requisitos que se establecen para la procedencia de éstas medidas sean demasiado amplios o difusos, sólo se perjudica la labor del juez de garantía quien se ve compelido por una serie de principios que fundan nuestro Código Procesal Penal, por lo que en su rol de garante ante la falta de antecedentes aportados por el Ministerio Público debiera optar por rechazar la procedencia de estas medidas, en consideración a que lo que finalmente se vulnera con el ejercicio de este tipo de diligencias investigativas es un derecho fundamental el cual se encuentra garantizado en nuestra carta constitucional así como en diversos tratados internacionales.

En coherencia con lo anterior es que a continuación se procede a analizar estas diligencias desde el punto de vista de la prueba ilícita, para comprender sus consecuencias de estas medidas.

3. Análisis de diligencias como prueba ilícita

Previo a analizar la concreción de estas diligencias y su efecto en un eventual juicio oral es necesario hacer presente la distinción entre actos de investigación y actos de prueba. Los primeros son “aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados de forma mediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el

¹⁴³ *Ibíd.*

juez de garantía durante las etapas del procedimiento¹⁴⁴, entre las que se enmarcarían entonces las diligencias estudiadas en este trabajo de investigación. Las segundas en cambio, consistirían en aquellos actos para aportar los medios de prueba durante la etapa intermedia y juicio oral, salvo que se trate de prueba anticipada.

Si bien la discusión en torno a la prueba ilícita se da principalmente en materia de actos de prueba (en audiencia de preparación de juicio oral y en juicio oral), nada obsta a considerar que en la búsqueda de la verdad material por medio de las diligencias de investigación siempre se encuentran presentes los límites constitucionales, ya que en definitiva no se busca alcanzar la verdad a cualquier costo. Entre estos límites se encuentran dos principios, el de la no autoincriminación y el derecho a la privacidad.

El principio a la no autoincriminación que tradicionalmente ha sido reconocido como “el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”¹⁴⁵, el cual doctrinariamente se ha reconocido que es renunciable en la medida en que esta renuncia sea libre e informada. Ello tendría plena aplicación a las diligencias investigativas relativas al tema de la inviolabilidad de las comunicaciones, en cuanto el emisor o destinatario de estas comunicaciones podría renunciar al secreto de los mismos y aportarlos voluntariamente en la investigación penal.

En lo que se refiere al derecho a la privacidad como límite constitucional a las medidas de investigación intrusivas objeto de este estudio, es la garantía que de manera más evidente se ve afectada con el ejercicio de estas, principalmente se consideramos la inviolabilidad de las comunicaciones como una extensión o concreción del derecho a la privacidad. Tal como reconocen Horvitz y López “los

¹⁴⁴ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 68.

¹⁴⁵ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 79p.

alcances que un ordenamiento jurídico reconozca el derecho a la privacidad y los límites que éste imponga a la persecución penal modelan, en gran medida, el grado de libertad de que gozan los individuos en su vida cotidiana y, por tanto, la forma de vida de la sociedad de que forman parte. Cuando una sociedad no resguarda suficientemente la privacidad de las personas, se instala en ellas la sensación de estar siendo escuchados, seguidos y sometidos a control¹⁴⁶, pero a pesar de la importancia que éste derecho tendría para la seguridad de la sociedad, éste ha tenido un lento desarrollo jurisprudencial a nivel nacional debido principalmente a que antes de la Reforma Procesal Penal no existía la figura del juez de garantía y por lo tanto, un ente que controlara el desarrollo de medidas intrusivas.

En virtud de estos principios es que el juez de garantía debe vigilar el desarrollo de estas medidas intrusivas de investigación, lo que tradicionalmente difiere de la calificación de prueba ilícita ya que esta se encuentra regulada en el artículo 276 del Código Procesal Penal, ya que debe declarar su ilicitud durante la audiencia de preparación de juicio oral. Legalmente no se ha establecido una regla de exclusión de prueba aplicable a la etapa de investigación, lo que puede ser considerado “una circunstancia completamente lógica si se tiene en consideración que la regla de exclusión de prueba (fase de admisibilidad de la actividad probatoria) sólo puede aplicarse a la prueba que ha sido ofrecida por los intervinientes (fase de proposición de actividad probatoria), lo que sólo sucede formalmente con la acusación”¹⁴⁷. Sin embargo se debe tener en cuenta que a pesar de ello, estas diligencias pueden servir de base no sólo para obtener una sentencia sino también para aplicar medidas cautelares, decretar otras diligencias de investigación intrusivas e incluso iniciar una nueva causa, por lo que en la medida en que tengan su origen en una diligencia que se encuentra viciada por la ilicitud y vulneración de derechos fundamentales, estas medidas que se decreten

¹⁴⁶Ibíd. 97p.

¹⁴⁷ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.206

en consecuencia tendrán un origen viciado. Es por ello que el juez de garantía debe adoptar decisiones en cuanto a la licitud o ilicitud de estas diligencias de investigación, no sólo en cuanto a la autorización de éstas sino también en el rol que se le confiere como garante de su correcto desarrollo para evitar con ello viciar futuras medidas cautelares o diligencias, y no abstenerse de conocer de ellas.

Al respecto, Julián López propone dos vías para solicitar esto: por medio de la declaración de nulidad el acto ilícito y mediante la inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida¹⁴⁸. La primera medida hubiera sido perfectamente viable según el artículo 159 del proyecto original del NCPP, sin embargo a partir de una modificación hecha por el Senado se eliminó la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones y diligencias defectuosas del procedimiento, no solo aquellas de carácter judicial. Por lo tanto, la vía con la que cuenta el juez de garantía es por medio de la inutilizabilidad, conforme a la cual se entiende que el juez de garantía no puede aceptar diligencias investigativas que infrinjan derechos fundamentales, por lo que no debe reconocer valor a esta prueba obtenida de manera ilícita y menos aún utilizarla de base a la dictación de otras resoluciones¹⁴⁹, principalmente en atención a la teoría de los frutos del árbol envenenado y sus consecuencias.

4. Otras leyes que regulan interceptación de comunicaciones electrónicas

4.1. Decreto 142. Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación

Este decreto de fecha 11 de abril del año 2005 incorpora la evolución de las tecnologías en materia de comunicación, por lo que establece “si bien la autoridad judicial cuenta con las suficientes atribuciones legales para ordenar la

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 207

¹⁴⁹ *Ibíd.* p.211

interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, no existe un procedimiento que señale en forma clara a los prestadores de servicios de telecomunicaciones los plazos, condiciones, medios ni forma en que deben dar respuesta a dichos requerimientos judiciales”¹⁵⁰, por lo que en septiembre del mismo año como un reglamento que complemente la regulación ya existente a la fecha en cuando a la forma en cómo deben llevarse a cabo estas diligencias.

En este reglamento se establece la obligación de los prestadores de servicios de comunicaciones de cooperar con la investigación en la medida que, por una diligencia autorizada, se les conmine a aportar los medios necesarios para hacer posible la interceptación de comunicaciones privadas, garantizando en todo caso la protección a la privacidad y seguridad de estas comunicaciones.

De esta manera se pretende actualizar la legislación existente a la fecha, en atención a regular el rol que han de tener las empresas de telecomunicaciones en el desarrollo de las diligencias de investigación que impliquen una afectación al derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones, así como se establece el deber de estas por velar por la privacidad de las mismas.

4.2. Ley Nº 20.000 que sustituye la Ley nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

Otra regulación de la interceptación de comunicaciones privadas se encuentra en la Ley 20.000, la cual amplía considerablemente el rango de delitos que hacen posible la aplicación de estas diligencias intrusivas, ya que en su artículo 24 dispone que “las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones,

¹⁵⁰ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Decreto Nº142, septiembre 2005. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242261>> [consulta 8 noviembre 2016]

interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal”¹⁵¹. Esto es completamente contrario a lo que se propone en este trabajo de investigación, en orden a que se deberían limitar los presupuestos necesarios para la autorización del juez de garantía, ya que al ampliar excesivamente el rango de aplicación de estas diligencias se puede incurrir en un abuso del uso de estas.

4.3. Ley 18.314 que Determina conductas terroristas y fija su penalidad

En lo que se refiere a conductas terroristas, también se ha facultado al Ministerio Público para solicitar la interceptación y registro, tanto de comunicaciones telefónicas e informáticas como de correspondencia epistolar y telegráfica, solo una vez que ya ha sido formalizada la investigación¹⁵². Cabe destacar la forma en que se han agrupado los tipos de comunicación, asimilando en un grupo las comunicaciones telefónicas e informáticas (en el cual se entiende comprendido el correo electrónico), y en otro grupo la correspondencia epistolar y telegráfica, criterio de distinción que guarda mayor relación con la naturaleza de las comunicaciones que en ellas se regula. No obstante ello, esta distinción en el caso de éste artículo no tiene ningún efecto práctico, ya que a estas comunicaciones se les trata por igual en lo que se refiere a diligencias de investigación por terrorismo. Pero, en todo caso, se hace esta aclaración para

¹⁵¹ CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°20.000: sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235507&idParte=8652206&idVersion=>> [consulta 8 noviembre 2016]

¹⁵² CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°18.314 Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=29731&idParte=8638155>> [consulta 8 noviembre 2016]

dejar en evidencia que el legislador no ha sido coherente en cuanto a la clasificación que se le debe dar a las comunicaciones electrónicas.

4.4. Ley 19.974 Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y Creación de la Agencia Nacional de Inteligencia

En esta materia también se ha regulado la intervención de comunicaciones telefónicas, informáticas y correspondencia¹⁵³, siguiendo el criterio de distinción que se aplicó en la Ley 18.314, por lo que me remitiré a lo expuesto previamente.

4.5. Decreto Ley N°211 Fija normas para la defensa de la libre competencia

Este Decreto Ley de 1973 establece dentro de las atribuciones del Fiscal Nacional Económico, en su artículo 39 letra n) la posibilidad de que, previa autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, ordenar a Carabineros o Policía de Investigaciones que lleven a cabo diligencias investigativas intrusivas como la retención y registro de documentos o la interceptación de toda clase de comunicaciones¹⁵⁴.

¹⁵³CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°19.974 Sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Octubre 2004. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230999&idParte=8651719&idVersion=>> [consulta 8 noviembre 2016]

¹⁵⁴CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Decreto Ley N°211 que fija normas para la libre competencia. Artículo 39 letra N :n.1) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud proceda a:

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción.

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones y,

4.6. Código Penal

En nuestro Código Penal, a propósito de los delitos relacionados con pornografía infantil o prostitución de menores, se ha regulado autónomamente la interceptación o grabación de telecomunicaciones¹⁵⁵ de quienes produzcan este tipo de material, aplicándose supletoriamente los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

En lo que se refiere a la interceptación de comunicaciones privadas como delito, esta se encuentra regulada en dos artículos.

El primero de ellos es el artículo 146 del Código Penal, denominado delito de violación de correspondencia y sanciona a “el que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad”¹⁵⁶, dependiendo la sanción si divulga su contenido y se aprovecha de éste o no. El objeto material en este caso es la correspondencia, entendida como “toda comunicación dirigida a una persona determinada, por un medio transmisible”¹⁵⁷ y el bien jurídico que con esta norma se protege es en definitiva la privacidad en su manifestación a través de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sin embargo, por los verbos que componen este delito, se entienden que se excluyen otros tipos de comunicación, aquellas que no puedan abrirse o registrarse. Es por ello que el legislador, de manera reciente si consideramos la data de la mayoría de los delitos contenidos en el Código Penal, ha incorporado el delito del artículo 161-a, el cual sanciona a quien por cualquier medio intercepte, copie o reproduzca comunicaciones privadas

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas.

¹⁵⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal. Noviembre 1874. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0#comunica0>> [consulta 9 noviembre 2016]

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ POLITOFF, Sergio., PIERRE MATUS, Jean., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004. 230p.

así como también a quien las difunda. Este artículo se implementa por la Ley N°19.423, en consideración a la deficiente protección que estaba teniendo el respeto y protección a la privacidad de las personas, debido a situaciones de espionaje y grabación de comunicaciones privadas que en su momento quedaron sin sanción.

El proyecto de ley que establecía este artículo a su vez disponía una disposición legal expresa por medio de un artículo 161-C que facultaba a los Tribunales del Crimen a autorizar la interceptación y grabación de comunicaciones privadas por un máximo de 30 días, debiendo encargar el desarrollo de estas actuaciones a Carabineros o Investigaciones, estableciendo una causal de exención de responsabilidad penal el cual fue retirado del proyecto original durante la discusión del mismo.

En el contexto de la discusión parlamentaria que dio origen a la aprobación de éste artículo se discutió también la protección del derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, principalmente en cuanto éste pudiera colisionar con el artículo 19 n°12 de la misma carta fundamental, en el cual se establece la libertad de informar sin censura previa, sosteniendo que “la opinión unánime de filósofos y tratadistas, hoy ratificada por fallos de la Excelentísima Corte Suprema, prioriza el respeto al derecho a la privacidad por sobre el derecho a informar sin censura. Esta última garantía está limitada, precisamente, por la privacidad consustancial a la persona humana”¹⁵⁸.

El fundamento de la incorporación de este artículo 161-a radica en los abusos que en materia de privacidad de las comunicaciones se estaban cometiendo, especialmente por particulares que en virtud del derecho a la libertad de informar sin censura estaban exponiendo públicamente conversaciones que

¹⁵⁸ CHILE. Historia de Ley N°19.423. 31p. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44825/2/HL19423.pdf>> [consulta 9 noviembre 2016]

nunca había tenido tal carácter. Cabe preguntarse entonces, si el Derecho Penal reacciona creando nuevas normas ante abusos cometidos por particulares, cuál será su reacción ante abusos cometidos por el Estado en el contexto de una investigación penal, lo cual se expondrá en el capítulo siguiente a raíz de un caso de relevancia nacional en los que también se ha expuesto públicamente el contenido de conversaciones privadas.

En resumen, de lo expuesto en este capítulo se aprecia que el legislador no ha sido coherente en cuanto a la dictación de normas en materia de privacidad de las comunicaciones, estableciendo diferencias arbitrarias y alarmante en la regulación de diligencias intrusivas tal como se señaló a partir de la comparación de los artículos 218 y 222, agrupando en determinados casos al correo electrónico con el correo epistolar (Código Procesal Penal) y en otras leyes especiales agrupándolo bajo el concepto de comunicaciones informáticas el cual considero que es mucho más realista y adecuado si tenemos en cuenta las formas en las que se lleva a cabo el proceso comunicativo.

Lo que es más grave es que la redacción, promulgación y entrada en vigencia del Código Procesal Penal es reciente en comparación con la data de nuestra Constitución Política y sin embargo, carece de visión respecto de la influencia que han de tener los adelantos tecnológicos en las nuevas formas de comunicación estableciendo un texto legal rígido que en lo que no regula, deja a arbitrio del juez materias que debieran estar expresamente reguladas por ley tal como lo establece el artículo 19 n° 5 de la Constitución Política, en su parte final.

CAPITULO IV

EXPERIENCIA NACIONAL EN INCAUTACIÓN DE CORREOS ELECTRÓNICOS

Actualmente, el tema de la inviolabilidad de los correos electrónicos se ha discutido de manera abundante en la jurisprudencia laboral, hecho que contrasta drásticamente con el desarrollo de esta garantía fundamental a nivel procesal penal.

No obstante esta escasez de desarrollo jurisprudencial, durante el último año ha surgido un caso que ha generado debate¹⁵⁹ en torno al acceso a conversaciones privadas por parte del Ministerio Público, sin autorización expresa del imputado.

En una de las aristas del denominado caso SQM, en el cual don Patricio Contesse González se encuentra imputado por delito tributario, en causa RIT 6474-2015 del 8º Juzgado de Garantía, se autorizó por parte de imputado con fecha 3 de junio del año 2015 la revisión de su computador personal, previo requerimiento de un inspector de la BRIDEC Metropolitana. En dicha oportunidad hizo entrega de este dispositivo electrónico junto con la clave de acceso al mismo, lo que se enmarcaría en la diligencia investigativa del artículo 217 del NCPP que regula la incautación de objetos y documentos, sin mediar autorización del juez de garantía por haber sido entregado voluntariamente por parte del imputado. En vista de ello, el día 18 de diciembre del mismo año, una inspectora de la BRIDEC solicita por medio de un correo electrónico la autorización del imputado para acceder a la cuenta de correo electrónico, autorización que en definitiva no se concedió pero que sin embargo es de público conocimiento que se tuvo acceso a

¹⁵⁹AYALA, L. La discusión en torno a los correos de Patricio Contesse: ¿Cometió una ilegalidad la fiscalía? [en línea] Economía y Negocios Online. 24 Julio 2016. <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=274291> [consulta 10 noviembre 2016]

estos correos electrónicos, ya que fueron utilizados por el Ministerio Público para solicitar otras diligencias investigativas tanto en contra de Patricio Contesse como hacia terceros e imputarlo por el delito de cohecho en causa RIT 2477-2016 del 8º Juzgado de Garantía de Santiago.

Lo que agrava aún más la vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en este caso es que dichos correos electrónicos fueron plenamente reproducidos por la Revista Qué Pasa en una publicación de fecha 28 de enero de 2016, en la que se revelan comunicaciones sostenidas entre Pablo Longueira y Patricio Contesse¹⁶⁰.

Por lo tanto, el Ministerio Público no contaba con autorización por parte del imputado para acceder a estos correos electrónicos, ni la autorización que en virtud del artículo 218 y artículo 9 debe entregar el juez de garantía para la procedencia este tipo de diligencias intrusivas, ni menos aún se había autorizado a que comunicaciones de carácter privado se hicieran públicas en una revista.

Ante esta eventual infracción de derechos constitucionales, el abogado defensor de Contesse solicitó una audiencia de cautela de garantías, en virtud del artículo 10 del NCPP, sosteniendo que el acceso no autorizado a estos correos electrónicos constituiría una infracción al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y constituiría prueba ilícita. Sin embargo, al desarrollarse dicha audiencia, la jueza rechazó esta solicitud de la defensa del imputado sin pronunciarse sobre la eventual prueba ilícita e infracción de garantías fundamentales, fundándose en que esto debe discutirse en la audiencia de preparación de juicio oral y no durante la etapa de investigación¹⁶¹.

¹⁶⁰ MUÑOZ, David. 2016. Las huellas de Contesse. [en línea] Revista Qué Pasa. 28 Enero 2016. < <http://www.quepasa.cl/articulo/politica/2016/01/las-huellas-de-contesse-2.shtml> > [consulta 11 noviembre 2016]

¹⁶¹ AYALA, L. La discusión en torno a los correos de Patricio Contesse: ¿Cometió una ilegalidad la fiscalía? [en línea] Economía y Negocios Online. 24 Julio 2016.

Es absolutamente llamativo que teniendo en consideración las finalidades de la Reforma Procesal Penal y la instauración de la Cautela de Garantías del artículo 10 NCPP, la cual es una orden para el juez de garantía en cuanto a velar por el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, leyes y tratados internacionales vigentes, protección que no sólo abarca aquellos derechos que tengan relación con el desarrollo del proceso penal, sino todos aquellos derechos consagrados en la carta fundamental. Por lo tanto, si lo que aquí está en peligro es la garantía a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, no se justifica la omisión de pronunciarse respecto a ello. Ahondando más en esta prueba, aparentemente obtenida de manera ilícita, si ella fundamenta la autorización de otras diligencias investigativas o peor aún, la aplicación de medidas cautelares con contra del imputado u otras personas, todo esto podría quedar sin efecto por aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, acogida por nuestra Corte Suprema y que se sustenta en el artículo 165 del NCPP¹⁶².

Otro aspecto sumamente relevante es la colisión de derechos fundamentales que aquí se produce, mientras que por una parte tenemos la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, por otra parte está el derecho consagrado en el artículo 19 nº12 del nuestra Carta Fundamental, en el cual se establece el derecho a “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”¹⁶³. En este caso, al difundir públicamente comunicaciones sin la autorización de su emisor ni destinatario, contraviene lo que ha señalado el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social de Chile, el cual en su Resolución N°55 de fecha 25 de junio

<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=274291> [consulta 10 noviembre 2016]

¹⁶² CORTE SUPREMA DE CHILE, SEGUNDA SALA (PENAL). Sentencia Rol 14781-2015, considerando 6º. 3 Noviembre 2015.

¹⁶³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República, DTO-100, 22 Septiembre 2005. [en línea]

<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta 11 noviembre 2016]

de 1997 establece el respeto a la vida privada de las personas, entre los que se incluyen las comunicaciones privadas, archivos de correspondencia y documento¹⁶⁴. Se debe tener en consideración que esta no es la única vez en la que la Revista Qué Pasa ha publicado conversaciones privadas en virtud de la libertad de informar, ya que a raíz de la transcripción de interceptaciones telefónicas que tuvieron lugar como diligencia investigativa en el caso CAVAL, el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social acogió una denuncia en contra de la revista previamente mencionada, sancionándola por haber faltado a la ética en la publicación aludida¹⁶⁵.

En este punto cabe señalar que el objeto del presente trabajo de investigación no es extraer del conocimiento público delitos de connotación nacional respecto de los cuales la ciudadanía tiene derecho a informarse. Lo que se sugiere es mayor rigurosidad en cuanto a las diligencias de investigación y su reserva o secreto, lo que es coherente con los postulados de la Reforma Procesal Penal, en concreto el artículo 182 NCPP, conforme al cual las actuaciones de investigación son secretos para los terceros ajenos al procedimiento, por lo que no se justifica la publicidad de los mismos en una revista de circulación nacional.

El análisis de este trabajo de investigación se centra en un caso concreto, aún en desarrollo en nuestros tribunales, en consideración a la escasa jurisprudencia en la materia. Se desconoce la cantidad de causas en las que ha existido una eventual infracción a la garantía fundamental de la inviolabilidad de

¹⁶⁴ CONSEJO DE ETICA MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CHILE. Resolución N°55. Junio 1997. [en línea]
<http://www.consejodeetica.cl/medios_austriales/fallos/055.pdf.pdf> [consulta 11 de noviembre 2016]

¹⁶⁵ CONSEJO DE ETICA MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CHILE. Resolución N°204. Septiembre 2016. [en línea]
<http://www.consejodeetica.cl/medios_austriales/fallos/Resolucion204.pdf> [consulta 11 de noviembre 2016]

las comunicaciones privadas, y no se ha tomado conocimiento de ellas por no ser causas relevantes a nivel nacional o por subestimar este derecho.

En el caso de Patricio Contesse, con fecha 2 de noviembre del presente año, por parte de dos funcionarios de la PDI se intentó obtener la autorización voluntaria del imputado para el registro de sus correos electrónicos, por medio de un documento que portaba el logo del Ministerio Público pero que no individualizaba la causa para la que se entrega esta autorización. En esta oportunidad, Contesse contaba con la asistencia y los conocimientos necesarios para no firmar éste documento, sin embargo, cabe preguntarse en la práctica cuántas personas acceden, por desconocimiento, a autorizar el desarrollo de este tipo de diligencias por un documento que induce a creer que emana del Ministerio Público y de tal forma renunciar a la privacidad de sus comunicaciones. Ello es sumamente grave si consideramos que, de no contar con esta autorización voluntaria, la única manera de suplirla es por medio de la autorización de un juez de garantía.

Lo que en definitiva se está cuestionando, a raíz de este caso, es el actuar de la policía y el Ministerio Público, al pretender evadir la autorización del juez de garantía para el desarrollo de estas diligencias intrusivas, por medio de una autorización del imputado quien manifiesta su conformidad a través de documentos confusos y que se prestan para errores. Asimismo, se cuestiona la extensión de estas autorizaciones, ya que no es lo mismo autorizar la incautación de objetos y documentos que el acceso a comunicaciones privadas y esto es lo que constantemente ha señalado la defensa de Contesse en sus presentaciones. Pero lo que finalmente se debe tener en cuenta es que, con el aumento de las comunicaciones electrónicas por sobre otras formas más convencionales, eventualmente todos estamos expuestos a este tipo de abusos durante la investigación de un delito, por lo que es determinante plantear ciertas soluciones a este tipo de conflictos antes de que se vuelvan prácticas abusivas sostenidas en el tiempo.

Cabe señalar que en el caso que se tomó como ejemplo para analizar la experiencia nacional en materia de incautaciones de comunicaciones electrónicas privadas, recién con fecha 1 de febrero del año 2017 el Ministerio Público presentó formalmente la solicitud de obtener la autorización del Juez de Garantía para acceder a los correos electrónicos del Sr. Contesse, ante la negativa de éste último de conferir acceso a sus comunicaciones tal como lo exige el artículo 218, complementado con el artículo 9 del Código Procesal Penal, de ésta manera subsanando un complejo problema en materia de prueba ilícita que se hubiera generado en caso de incorporar a la investigación los correos electrónicos que fueron obtenidos con anterioridad a la obtención de esta autorización judicial.

CONCLUSIONES

La influencia de las nuevas tecnologías en nuestro día a día se plasma en todos los aspectos de nuestra vida, pero principalmente en lo que en materia de comunicación se refiere. Tal como se expuso en este trabajo de investigación, si bien durante décadas el correo electrónico, el telégrafo y con posterioridad la telefonía fija, constituyeron los principales medios de comunicación, la influencia de la tecnología en los medios de telecomunicación y principalmente la incorporación de internet ha tenido repercusiones incluso en las nuevas formas de delinquir.

Esta revolución comunicacional debemos compatibilizarla con nuestros derechos fundamentales, especialmente con el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como concreción de éste, garantías que existen por el solo hecho de ser persona y que encuentran su amparo en tratados internacionales y la normativa nacional, constituyendo un límite importante a la soberanía del Estado. Es esto lo que se intentó plasmar en la Constitución Política de 1980 al establecer la protección de las comunicaciones privadas y los documentos privados, permitiendo su interceptación, apertura o registro sólo en casos y formas establecidos por ley.

Sin embargo, tal como se expuso en el capítulo tercero, en lo que se refiere a la investigación procesal penal el legislador ha dictado normas que serían aparentemente incompatibles con lo que dispone el artículo 19 n° 5 de la Carta Fundamental, ya que al establecer en normas demasiado amplias la forma en que deben llevarse a cabo las diligencias intrusivas, lo que hace es dejar la puerta abierta para que el juez decida, debiendo estar los casos y formas establecidos por ley. Y señalo que esta es una aparente incompatibilidad, porque nuestro Código Procesal Penal está dotado de ciertos principios básicos conforme a los cuales el juez puede determinar la forma y los casos en que han de llevarse a cabo estas diligencias intrusivas, como por ejemplo y tal como se señaló, el

principio de proporcionalidad. No obstante ello, sería mucho más adecuado una normativa expresa en la que se señale detalladamente como se han de llevar a cabo estas diligencias de investigación, si consideramos que lo que está en riesgo es una garantía fundamental.

Así como urge una modificación en la normativa que establece los casos y formas en los que se puede interceptar, abrir o registrar las comunicaciones privadas, también se hace necesaria la reacción por parte del Estado a aquellas situaciones en las que en el marco de una investigación penal se vulneran derechos fundamentales por un mal proceder de la policía y del Ministerio Público, tal como se expuso en el capítulo IV. Considero que en éste caso quien tenía la obligación legal de reaccionar era el Juez de Garantía, el cual sin embargo no reaccionó a esta grave vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, postergando su debate.

La finalidad del presente trabajo de investigación fue exponer el panorama legal y tecnológico existente a la fecha en materia de comunicaciones privadas, el cual desde ya debemos tener presente que seguirá variando en el tiempo conforme el avance tecnológico lo permita. A su vez también es la oportunidad para exponer a los peligros que todos estamos expuestos con el uso de estos medios modernos de comunicación ya que, eventualmente, en el contexto de una investigación penal nuestras comunicaciones privadas podrían quedar expuestas no sólo al conocimiento de los tribunales nacionales, sino al conocimiento público tal como ocurrió en el caso en cuestión.

Es por los motivos antes indicados que urge plantearse este tipo de problemáticas, ya que todos como usuarios de medios de telecomunicación y a su vez como sujetos que gozamos de derechos fundamentales merecemos respuesta del Estado cuando estos se están infringiendo, evento al que como señalé previamente, todos podemos estar expuestos.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes:

- ARGENTINA. Ley N°24.430, Constitución de la Nación Argentina.
- ARGENTINA. Ley N° 27.078, Argentina Digital Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Decreto Ley N°211 que fija normas para la libre competencia.
- CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°20.000: sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005
- CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°18.314 Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.
- CHILE. Ministerio del Interior. Ley N°19.974 Sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Octubre 2004.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal 1874.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 19.696: Código Procesal Penal.
- CHILE. Ministerio de Justicia. Código de Procedimiento Penal 1906
- CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Decreto N°142, septiembre 2005
- CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones, Octubre 1982.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República, DTO-100, 22 septiembre 2005.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley.20.285: Sobre acceso a la información pública 2008.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969. Pacto de San José de Costa Rica.
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 1950.
- ESPAÑA. Constitución Española, 1978.

- ESPAÑA. Ley Orgánica 13/2015: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 588 bis A
- MEXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales.
- MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1976.
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/58/CE Relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- PERÚ. Código Procesal Penal del Perú.
- PERÚ. Constitución Política del Perú.

Libros y Publicaciones:

- ALVARADO URÍZAR, Agustina. 2014. El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida. Revista de Derecho de Valparaíso.(43).421-464p
- ALVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (5): 191-202.
- BACIGALUPO, Enrique. 2005. Derecho Penal y el Estado de Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CEMPERE RODRÍGUEZ, César. 1996. Comentarios a la Constitución Española de 1978, artículos 10 a 23. Madrid, Edersa.
- CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N°129.
- CONSEJO DE ETICA MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CHILE. Resolución N°55. Junio 1997
- CONSEJO DE ETICA MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DE CHILE. Resolución N°204. Septiembre 2016.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. 2000. Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y Fundamentos. Revista Chilena de Derecho Volumen 27 n°1.

- DONOSO ROJAS, Carlos. 2000. De la Compañía Chilena de Teléfonos de Edison a la Compañía de Teléfonos de Chile: los primeros 50 años de la telefonía nacional, 1880 – 1930.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. 2007. Proceso Penal. SANTIAGO. Editorial Jurídica de Chile
- EVANS ESPÍÑEIRA, Eugenio. 2014. La inviolabilidad del hogar y de la correspondencia: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae nº12
- FERNÁNDEZ GALLARDO, Javier Ángel. Cuestiones actuales del proceso penal. 2015. BARCELONA. Ediciones Experiencia.
- FERRER, Eduardo, CABALLERO, José Luis y STEINER, Christian. 2014. Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. México D.F.,Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- FIGUEROA, Rodolfo. Inviolabilidad de correos electrónicos: comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. 2007. El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español. Cuadernos de Derecho Público. Nº5
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal. Madrid, La Ley, 2007.
- HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. 2002. Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- KAPLAN COJANO, Adriana.1939. La correspondencia ante el derecho. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- LAMBEA RUEDA, Ana. 2002. El correo electrónico. Revista de Derecho Privado 2002-12. 936-963
- LOPEZ, Julián. 1999. El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo

- MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. 2012. Derecho Procesal Penal. SANTIAGO. Thomson Reuters
- MORALES GODO, Juan. 2009. Instituciones del Derecho Civil. Lima, Editorial Palestra.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1998. El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius Et Praxis.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. Revista de Estudios Constitucionales.13(3)
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2015. Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014. Revista Ius Et Praxis.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2005. Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius Et Praxis.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Revista Ius Et Praxis nº1.
- PERALES, Ascensión Elvira. Derecho al secreto de las comunicaciones. 2007. Madrid. Ed. Istel.
- POLITOFF, Sergio., PIERRE MATUS, Jean., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. 2000. El secreto de las comunicaciones: problemas actuales. Revista de Derecho Político.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. Protección de la Vida Privada: Líneas Jurisprudenciales. Revista Chilena de Derecho. Vol.26 Nº3. 1999
- RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. 2003. El Correo Electrónico. Revista Chilena de Derecho Informático. (3)

- SIERRA, Lucas. 2008. Regulación de las telecomunicaciones en Chile: Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia.
- VALENZUELA BARAHONA, Jacinto. 1945. De la inviolabilidad del hogar y la correspondencia: legislación de Chile, Argentina, Brasil, Cuba, Perú, México, Uruguay, España y Rusia. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- VAN WEEZEL, Alex y DARRICADES, Tomás. 2011. Interceptaciones telefónicas, oportunidades para avanzar. Revista del Abogado (52):40
- VELÁSQUEZ, Juan y DONOSO, Lorena. 2013. Tratamiento de datos personales en internet. Los desafíos jurídicos de la era digital. 1ª Ed. Legal Publishing Chile.
- VIAL SOLAR, Tomás. 2000. Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la Vida privada. Revista Persona y Sociedad.
- VILLANUEVA CUBAS, Víctor. 2009. El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación. Lima, Palestra Editores.

Páginas Web:

- AYALA, L. La discusión en torno a los correos de Patricio Contesse: ¿Cometió una ilegalidad la fiscalía? [en línea] Economía y Negocios Online. 24 Julio 2016. <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=274291> [consulta 10 noviembre 2016]
- CEPAL. La medición de las tecnologías de la información y comunicación a través de los censos de población y vivienda: una propuesta con miras a la ronda de 2010.[En línea] <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/7/39817/DanielaGonzalez.pdf> [Consulta 23 junio 2017]
- CHILE. Historia de Ley N°19.696. 343p [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19696> [consulta 7 noviembre 2016]

- CHILE. Historia de Ley N°19.423. 31p. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44825/2/HL19423.pdf>> [consulta 9 noviembre 2016]
- DMR. 55 Amazing WhatsApp Statistics. 2016. [en línea]<http://expandedramblings.com/index.php/whatsapp-statistics/> [consulta 25 octubre de 2016]
- FACEBOOK. ¿Qué es la información pública? [en línea] <<https://www.facebook.com/help/203805466323736>> [consulta 21 noviembre 2016]
- FACEBOOK. Políticas de privacidad. [en línea] <<https://www.facebook.com/about/privacy/>> [consulta 21 Noviembre 2016]
- GOOGLE. Cómo funciona el cifrado - Correos electrónicos más seguros – Informe de transparencia – Google [en línea]<https://www.google.com/transparencyreport/saferemail/tls/?hl=es-419> [consulta 23 septiembre 2016].
- GOOGLE. Política de Privacidad – Privacidad y Condiciones. [en línea] <https://www.google.com/intl/es-419/policies/privacy/> [consulta 21 septiembre 2016]
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Chile 2015 “Sector Telecomunicaciones Cierre 2015”[en línea] <http://www.subtel.gob.cl/wpcontent/uploads/2015/04/PPT_Series_DICIEMBRE_2015_V5.pdf> [consulta: 20 de septiembre de 2016]
- MUÑOZ, David. 2016. Las huellas de Contesse. [en línea] Revista Qué Pasa. 28 Enero 2016. < <http://www.quepasa.cl/articulo/politica/2016/01/las-huellas-de-contesse-2.shtml>> [consulta 11 noviembre 2016]
- PIQUER, José Miguel.2002. Internet en Chile: 20 años después. [en línea] <<https://www.fayerwayer.com/2012/01/internet-en-chile-20-anos-despues/>> [consulta 18 Noviembre 2016]
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] <http://dle.rae.es>

- ROCHA CHILLIDA, José Manuel. El teléfono como medio de comunicación. [En línea]https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/anteriores/num_029/actuali_libros2.html [Consulta 23 junio 2017]
- STATISTA. Number or monthly active Facebook users worldwide. [en línea] <<https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>> [consulta 21 Noviembre 2016]
- TWITTER. Lo que está pasando. [En línea] <https://about.twitter.com/es/company> [Consulta 28 Junio 2017]
- TWITTER. Políticas de privacidad. [En línea] <https://twitter.com/privacy?lang=es> [Consulta 28 Junio 2017]
- WHATSAPP. Información legal de Whatsapp.2016. [en línea] <https://www.whatsapp.com/legal/#key-updates>. [consulta 26 septiembre 2016]
- WHATSAPP. WhatsApp FAQ - Guía del usuario: Empezando con WhatsApp.2016. [en línea] <https://www.whatsapp.com/faq/es/general/21073018>. [consulta 26 septiembre 2016].

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE CHILE, SEGUNDA SALA (PENAL). Sentencia Rol 14781-2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 2153-2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE Sentencia Rol N° 198-1995.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 2379-2013
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia EXP N°2863-2002-AA
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 2956/2008