



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAGISTER EN DERECHO CON MENCIONES

**LA PRUEBA DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS REGIDOS POR
LA LEY 18.834.**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho

Mención Derecho Público

CECILIA ROCO LEHYT

Profesora Guía:

Lorena Donoso Abarca

SANTIAGO DE CHILE

2022

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, a mis amigos y a mi Profesora guía. Gracias por los consejos, por su tiempo y su infinito conocimiento.

RESUMEN

El presente trabajo contiene los resultados de nuestra investigación sobre la admisibilidad de la prueba consistente en comunicaciones electrónicas, en el procedimiento administrativo disciplinario, regido por la Ley N°18.834, que “Aprueba Estatuto Administrativo”¹ (en adelante, “Estatuto Administrativo”).

En la primera parte analizamos la regulación de la prueba en el sumario e investigaciones sumarias que dicha Ley ha regulado, y los aspectos que no aborda, debiéndose acudir supletoriamente a la Ley N°19.880, que “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la administración del Estado” (en adelante “Ley N°19.880”).

A continuación, describimos la institución de la prueba ilícita y su aplicación en el procedimiento administrativo disciplinario. Luego analizamos el principio de ponderación de derechos, el que proveerá de una mirada más amplia respecto al problema de la admisibilidad de la prueba.

Con estos antecedentes a la vista, se define los conceptos de “comunicación electrónica” y “comunicación privada”, y su aplicación al contenido de la garantía establecida en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República vigente, identificando en qué consiste el núcleo de dicho derecho y cómo la jurisprudencia nacional y extranjera lo ha desarrollado. Asimismo, analizamos el contenido de la garantía reconocida en el numeral 19 N°4 de la Carta Fundamental (*“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo la protección de sus datos personales”*). Esto nos permite luego realizar un análisis sobre la prueba ilícita en cada caso concreto.

A partir de este marco conceptual abordaremos las preguntas de admisibilidad de la prueba presentada tanto por una de las partes del proceso disciplinario como aquella presentada por el Fiscal administrativo. En este sentido, respondemos la interrogante acerca de distintos casos

¹ En el presente trabajo, cuando se haga referencia a dicha Ley, nos referiremos al DFL N°29 que “Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo”.

prácticos, como la prueba presentada por un tercero a la comunicación, la prueba consistente en publicaciones en redes sociales y la admisibilidad de la prueba obtenida subrepticamente por uno de los interlocutores. A este respecto, advertimos la falta de jurisprudencia uniforme a nivel nacional y proponemos una solución acorde a nuestras garantías fundamentales y los principios del debido proceso.

En el último capítulo, reflexionamos sobre la facultad de los Fiscales administrativos respecto a acceder intrusivamente a las comunicaciones privadas de los funcionarios, poniendo especial énfasis respecto a los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en relación a las medidas intrusivas de investigación y respecto a la posibilidad de considerar que los correos electrónicos emanados desde una casilla de un servicio público constituyen información pública.

En las conclusiones logramos dar respuesta a todas aquellas preguntas desarrolladas a lo largo de este trabajo, pudiendo determinar claramente cómo se aplica el principio de la prueba ilícita en el procedimiento administrativo disciplinario y los casos en que la prueba debe ser declarada admisible, atendiendo a quién la presenta dentro del proceso y a la naturaleza de la comunicación.

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1.- LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO, LEY N°18.834.	11
1.1.- La prueba ilícita en el procedimiento administrativo disciplinario.	13
1.2.- La prueba ilícita y el principio de ponderación de derechos.....	15
CAPÍTULO 2.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y SU PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.	21
2.1.- Concepto de comunicaciones electrónicas.	22
2.2.- Clasificación de las formas de llevar a cabo la comunicación	22
2.2.1.- Según su registro.	23
2.2.2.- Según el canal utilizado.....	23
2.2.3.- Según la singularización de los receptores.	24
2.3.- Protección de las comunicaciones en la Constitución.	24
2.3.1.- La razonable expectativa de privacidad.....	27
2.3.2.- La privacidad de las comunicaciones: el correo institucional de los funcionarios públicos.	29
2.4.- El núcleo esencial de los derechos garantizados en el artículo 19 Nos. 4 y 5.....	35
CAPÍTULO 3.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS COMO PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS REGIDOS POR LA LEY N°18.834.	40
3.1.- ¿Quién presenta la prueba?	40
3.1.1.- Prueba presentada por uno de los intervinientes.....	40
3.1.2.- Prueba presentada por el emisor.	42
3.1.3.- Prueba presentada por el (los) receptor (es).	43
3.1.3.1.- Comunicaciones registradas.	43
3.1.3.2.- Comunicaciones parcialmente registradas y no registradas.	45
3.1.4.- Prueba presentada por un tercero ajeno a la conversación.....	55
3.1.4.1.-Correos a los que se ha accedido mediante el procedimiento establecido en la	

Ley 20.285.	62
3.1.4.2.- Correos electrónicos que forman parte de un expediente administrativo.	62
3.1.5.- Prueba presentada como medida intrusiva por parte del Fiscal.	64
3.1.5.1.- Requisitos para el acceso de terceros a las comunicaciones privadas.	65
3.1.5.2.- El acceso intrusivo a las comunicaciones privadas en los procedimientos administrativos.	69
3.1.5.3.- El acceso intrusivo en el procedimiento administrativo disciplinario establecido en la Ley N°18.834.	73
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	85
DOCTRINA:	85
LEGISLACIÓN:.....	87
JURISPRUDENCIA	88

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, producto del gran avance de la tecnología, es posible comunicarse a través de distintos medios electrónicos. Desde el uso del teléfono fijo hasta las conversaciones por videoconferencia mediante plataformas tales como Microsoft Teams, Zoom u otras similares. A ello se suman los mensajes por sistemas de chat tales como WhatsApp, telegram u otros equivalentes, publicaciones en redes sociales entre otros muchos sistemas que surgen día a día.

Puede observarse que cada sistema de comunicación tiene características propias, como la instantaneidad de la conversación, la capacidad de generar un registro de lo conversado y la posibilidad de poder elegir a quiénes participarán en dicha comunicación con exclusión del resto.

Reconociendo las bondades de estos sistemas, los organismos privados y públicos los utilizan en el marco de sus actividades, generándose muchas veces un registro del contenido de la comunicación y/o del hecho de haberse realizado este, lo que constituye información valiosa que puede ser requerida para ser presentada como prueba en juicio, en distintas sedes jurisdiccionales.

Los procesos administrativos no quedan fuera de esta realidad. Es así como cada vez es más común observar que dentro de los procedimientos administrativos disciplinarios regidos por la Ley N°18.834 las partes presentan como evidencia comunicaciones que se han llevado a cabo mediante diversas plataformas tecnológicas, como los correos electrónicos, WhatsApp, Facebook, Teams, entre otros. Sin embargo, también es posible identificar una total falta de cuestionamiento por parte de los Fiscales administrativos acerca de la admisibilidad de dicha prueba, incorporándose cualquier tipo de evidencia presentada por las partes sin ningún tipo de análisis acerca de su licitud.

Al respecto, la misma Ley N°19.880 -como supletoria del Estatuto Administrativo- establece que los hechos podrán acreditarse por cualquier medio de prueba *admisibile en derecho*, lo que constituye una limitación probatoria, que impone cuestionarse sobre la procedencia de la admisión de la evidencia obtenida ilícitamente.

En razón de ello, y considerando que la prueba ilícita es “aquella obtenida con inobservancia de

garantías fundamentales”², es que debe examinarse si el núcleo esencial de las garantías contenidas especialmente en el artículo 19 N° 4 y N°5 de la Constitución es vulnerado con la presentación como evidencia de una comunicación contenida en un correo electrónico, una conversación de WhatsApp o en una grabación de video.

En razón de lo anterior, el objetivo general de este trabajo es determinar la licitud de la presentación como prueba en sumario administrativo o investigación sumaria, de archivos correspondientes a comunicaciones electrónicas. Para ello abordamos los siguientes objetivos específicos: describir los tipos de comunicaciones que podrían dar lugar a fuentes de prueba electrónicas; analizar qué medios de prueba son admisibles dentro del procedimiento administrativo disciplinario; verificar las condiciones que se deben cumplir para garantizar la eficacia de las pruebas electrónicas en el procedimiento administrativo; analizar el contenido esencial de las garantías fundamentales atinentes al objeto de estudio, conforme su texto vigente, en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, con énfasis en las garantías asociadas a la vida privada, honra y protección de datos personales y a la comunicación privada; realizar un análisis crítico de la aplicación práctica de estas materias, al alero de la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa, a nivel nacional y comparado; proponer, en las conclusiones, los criterios que permitan evaluar la eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos de investigación sumaria y sumario administrativo.

La metodología empleada en la investigación responde al método tradicional de la investigación jurídica, abordando los aspectos más generales que permiten ir adentrándose en el objeto específico de la investigación. En el abordaje de las materias, se ha acudido a fuentes primarias y secundarias, especialmente a través del análisis documental de jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, en sede constitucional, judicial –principalmente- de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional y jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia. La técnica de investigación a utilizar fue la de fichado y análisis documental.

² HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 169p.

Sin perjuicio de lo anterior -si bien es un tema relacionado con el presente trabajo- no se desarrollará en profundidad la discusión acerca de las facultades del Consejo de la Transparencia para acceder a las casillas de correo de los funcionarios públicos.

Los resultados se presentan en formato monografía, en que se reflejan los principales resultados de la investigación.

CAPÍTULO 1.- LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO, LEY N°18.834.

Podemos definir el Derecho disciplinario de la función pública como “el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan tanto las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades funcionarias, como también los procedimientos sancionatorios administrativos destinados a perseguir las responsabilidades disciplinarias respectivas”³. Dentro del ámbito del derecho disciplinario podemos advertir el derecho sustantivo disciplinario y el derecho procesal disciplinario. En términos generales hablaremos de procedimiento administrativo disciplinario, entendido como el conjunto de “diversos procedimientos destinados a acreditar las eventuales responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones”⁴.

En cuanto a la finalidad del derecho disciplinario, se ha dicho que “se estructuró con la finalidad de asegurar el eficiente funcionamiento del aparato estatal, situación que justifica la existencia de un sistema de reglas para ejercer la actividad pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁵.

El ejercicio de estas funciones, la administración debe dar cumplimiento al principio de legalidad, en los términos de los artículos números 6° y 7° de la Constitución Política de la República. En este sentido, el artículo 18 inciso segundo de la ley N° 18.575 dispone que “en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”. Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha resuelto que “los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la

³ CELIS D., G. 2019. Derecho administrativo disciplinario. 2ª Edición, Santiago, Legal Publishing. 1 p.

⁴ *Ibid.*, p.2.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-763 de 2009. Disponible en línea en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-763-09.htm> [Consulta: 23.11.2021]

Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales. Además, y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional”⁶. En este mismo sentido, en sentencia en autos Rol N° 747, este mismo tribunal consideró que “en la tramitación administrativa de un asunto deben aplicarse las reglas legales que configuren un justo y racional procedimiento, lo cual no requiere ser regulado en la misma norma, pues existe una ley de bases de procedimientos administrativos que ya lo determina⁷.

La ley aplicable en este caso es la Ley N° 18.834, que ha establecido las reglas para llevar a cabo la investigación. Sin embargo, en muchos aspectos dichas normas son insuficientes. Este es el caso de la prueba, en que solo se prevén normas relativas a los plazos de presentación de esta⁸, más nada se dice en aspectos tan esenciales como la inclusión, valoración o el estándar.

En razón de ello es que, ante la inexistencia de normas que regulen la prueba en el procedimiento administrativo disciplinario, corresponde aplicar supletoriamente la Ley N°19.880 en estos aspectos. Al respecto, el artículo 35 inciso primero y tercero de la Ley 19.880 dispone que: “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia.

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada (Énfasis agregado).

De esta forma, respecto a la admisibilidad de la prueba en el procedimiento administrativo disciplinario, podemos encontrar tres limitaciones:

⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 437, de 21 de abril de 2005, considerando 17. Disponible en línea en <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/> [Consulta: 23.11.2021]

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 747, de 31 de agosto de 2007, considerando 17. Disponible en línea en <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/> [Consulta: 23.11.2021]

⁸ Véase a vía ejemplar el artículo 126 de la ley 18.834, en su texto refundido por DFL N° 29, de 16 de junio de 2004.

1. Debe consistir en hechos *relevantes*.
2. No debe ser *manifiestamente improcedente o innecesaria*, debiendo efectuarse un *análisis de pertinencia*⁹.
3. Deberá acreditarse por cualquier medio de prueba *admisible en derecho*.

Las dos primeras limitaciones emanan de los estándares del debido proceso legal, velando por el cumplimiento de los principios de celeridad, conclusivo, eficiencia y eficacia que se encuentran además establecidos en la ley 19.880.

Ahora bien, y en relación con el tema de este trabajo, resulta esencial analizar los alcances de la tercera norma de limitación: aquella prueba *admisible en derecho*. En este caso, se trata de una limitación probatoria, que se traduce en que no se admite el ingreso de aquella evidencia obtenida ilícitamente, con lo que es posible identificar que en el proceso administrativo disciplinario existen razones político-valorativas de la prueba además de la obtención de la verdad¹⁰ _¹¹.

1.1.- La prueba ilícita en el procedimiento administrativo disciplinario.

La doctrina de la prueba ilícita surgió en Estados Unidos con el propósito de controlar las actuaciones abusivas de la policía y crear un efecto disuasorio¹². De esta forma, dicha

⁹ DROGUETTI F., P. y PÉREZ J., M. 2017. La actividad probatoria en el derecho administrativo sancionador a la luz de la ley de bases de los procedimientos administrativos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 102p.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 114.

¹¹ Lo anterior también es posible observarlo en el Auto Acordado 108 (Acta 108-2020) “Sobre procedimiento para investigar la responsabilidad disciplinaria de los integrantes del Poder Judicial”, de la Excelentísima Corte Suprema, en que establece en su artículo 20 que “Las actuaciones de quien instruye tendrán como límite el respeto a las garantías fundamentales de las personas involucradas, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estas”.

¹² Véase al respecto, entre otros, Alcaide González, José Manuel, “La exclusionary rule de EEUU y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos”. Tesis doctoral. Universidad Autónoma, 2012

institución en su país de origen se fundamentó en un fin de persuasión, y su aplicación se centró en el proceso penal y en la actividad desarrollada por el órgano acusador.

Sin embargo, la doctrina fue importada por diversos países, pero con sustanciales diferencias: mayoritariamente se estableció que el fundamento no es la persuasión, sino la protección de las garantías fundamentales, y por ello su aplicación no solo debe centrarse en el proceso penal, sino que también en los demás procesos (como la legislación laboral y de familia), siendo también aplicable a la prueba de descargo¹³.

Existen múltiples definiciones de prueba ilícita, sin embargo, la utilizaremos la siguiente: “aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”¹⁴, señalando expresamente la Corte Suprema que no corresponde interpretar extensivamente dicho principio a aquella prueba obtenida por medios ilícitos¹⁵.

Este principio de la licitud de la prueba ha sido reconocido también respecto de la prueba generada por las partes, señalando la Corte Suprema que “en nuestro ordenamiento se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de lo que se desprende que la acción estatal no puede ser requisito sine qua non para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, postura que se ve reafirmada por la circunstancia de que la regla de exclusión se encuentra presente no sólo en materia penal donde es dable convenir que la abrumadora mayoría de las vulneraciones de derechos son cometidas por agentes del Estado sino también en materia de derecho laboral y derecho de familia, en que los atropellos a derechos fundamentales tienden a ser ejecutados por privados”¹⁶⁻¹⁷.

¹³ Aunque ello también es discutido, existiendo parte de la doctrina que rechaza el hecho de que la prueba de descargo pueda ser considerada ilícita. Por ejemplo, HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 223p.

¹⁴ HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 169p.

¹⁵ Sentencia Rol 35159-2017, de 12 de abril de 2018, Excelentísima Corte Suprema.

¹⁶ Sentencia Rol 17414-2021, de 31 de mayo de 2021, Excelentísima Corte Suprema.

¹⁷ Asimismo, en la causa Rol N° 12279-2013, de fecha 02 de enero de 2014, de la Excelentísima Corte Suprema, se estableció que: “*la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En ese sentido, la ley chilena no*

De esta forma, es que este principio de exclusión encuentra plena aplicación en el procedimiento administrativo disciplinario, tanto respecto a la prueba presentada por el Fiscal, como por aquella presentada por una de las partes.

Sin embargo, la existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, ya que ello llevaría necesariamente a distorsiones producidas por una postura demasiado rígida. En razón de ello se ha utilizado el principio de ponderación, que busca encontrar un punto de equilibrio entre dos garantías fundamentales en colisión¹⁸.

1.2.- La prueba ilícita y el principio de ponderación de derechos.

Como señalamos antes, la institución de la prueba ilícita surgió con el propósito de dar protección a los derechos fundamentales, buscando eliminar del proceso toda actividad probatoria obtenida en contravención a ellos. Lo anterior se fundamenta en que, si bien el sistema está interesado en averiguar la verdad, no puede hacerlo “a cualquier precio”, pues existen límites éticos y jurídicos a la actividad de persecución¹⁹.

Sin embargo, y como generalmente ocurre en el ejercicio del Derecho, una postura demasiado rígida en torno a dicho principio llevaría a graves distorsiones, que incluso implicarían una vulneración aún más grave de derechos fundamentales que el hecho de admitir la evidencia.

Tomemos como ejemplo el siguiente caso: un funcionario denuncia a otro por acoso sexual, y la única prueba de ello consiste en una grabación subrepticia en que se verifica dicho comportamiento. La duda es si esa prueba puede ser admitida y considerada por el fiscal. A nuestro juicio, como razonaremos más adelante, estaríamos ante una prueba ilícita, ya que quien presenta la evidencia la ha obtenido por medios contrarios al ordenamiento jurídico, por lo que –si se aplica estrictamente este principio- debiera ser excluida del proceso, aun cuando, probablemente, la exclusión daría lugar al sobreseimiento del investigado.

proporciona razones para no aplicar la exclusión de la prueba ilícita frente a actuaciones estrictamente privadas” (énfasis agregado).

¹⁸ Sentencia Rol N° 2576-2011, de fecha 11 de mayo de 2011. Excelentísima Corte Suprema.

¹⁹ HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 168p.

La complejidad de esta interpretación estricta del principio de la prueba ilícita no se hace cargo de que en el proceso no solo existe el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sino que también existe la garantía fundamental del funcionario (la víctima) a la integridad física y psíquica, además del derecho a la prueba.

Es por ello por lo que adicionalmente habrá de atenderse al principio de ponderación de derechos, el que “permite resolver el caso atendiendo a los dos intereses en colisión, esto es, la necesidad de asegurar el disfrute de los derechos fundamentales en el mayor grado posible, y la necesidad de considerar las razones que se han esgrimido para justificar su restricción”²⁰.

En efecto, y como señala el profesor López Masle, el principio de ponderación -si bien reconoce la ineficacia de la prueba ilícita en principio- modera su aplicación en aquellos casos en que resulta desproporcionado sacrificar la verdad en relación con la entidad de la infracción del otro derecho fundamental comprometido²¹.

De esta forma, la solución de un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales no es permanente, sino que habrá de ser analizado en cada caso concreto: “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto solo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”²². Esta interpretación es consistente con el efecto relativo de las sentencias, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Este principio, para ser correctamente aplicado, implica la realización de tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad²³.

²⁰ DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

²¹ HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 175p.

²² DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

²³ Dichos juicios han sido expresamente señalados en la Ley de Enjuiciamiento criminal Española. **Artículo 588 bis a. Principios rectores:** “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

La jurisprudencia nacional raramente realiza el juicio de idoneidad y necesidad, sino que se observa de manera más consistente la aplicación del tercer paso, esto es, el juicio de proporcionalidad. Este déficit en la aplicación del principio de ponderación es el que genera la gran arbitrariedad por la que en ocasiones se le critica, ya que –al realizar este proceso de análisis en tres pasos- se asegura que el razonamiento judicial sea debidamente fundado y que la admisión de evidencia considerada ilícita efectivamente sea correcta en el proceso.

Estos aspectos serán de gran utilidad en los capítulos siguientes, al analizar cada una de las situaciones prácticas en que deberá decidirse sobre la admisibilidad de la prueba:

- **Juicio de Idoneidad:** Analiza si la medida es legítima y no está constitucionalmente prohibida (idoneidad teleológica) y si es adecuada para promover la finalidad perseguida (idoneidad técnica).

La idoneidad teleológica “exige que las restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales, es decir, de normas que tengan su misma jerarquía”²⁴.

Luego, la idoneidad técnica establece que, para que la medida evaluada pueda considerarse idónea, la restricción a los derechos fundamentales debe ser realmente útil para proteger o promover otro derecho. “La aplicación de esta regla permite evaluar si la medida constituye un medio adecuado para promover la finalidad perseguida. Por cierto, no se trata de un juicio que se mueva en un nivel jurídico, sino de un juicio de carácter fáctico. En efecto, de lo que se trata en este caso es de determinar si, en los

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 a esta medida. 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 los 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.”

²⁴ DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad pretendida”²⁵.

Es posible ver la aplicación de dicho criterio en materia de prueba, en *María Moreno Alvarado con Consultores Asociados de Marketing CADEM S.A.*²⁶, en que esta última empresa encuestadora –luego de haber recibido una denuncia de parte de una empresa competidora y haber descubierto una encuesta perteneciente a otra empresa en la oficina de la actora- ingresó a su correo electrónico laboral, donde encontró comunicaciones de la demandante en que entregaba datos personales de los encuestados a empresas de la competencia.

En dicha contienda, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad laboral, señalando, respecto al juicio de idoneidad que “la medida era idónea para la finalidad pretendida, esto es, verificar si la trabajadora compartía herramientas de trabajo a la competencia”.

- **Juicio de necesidad:** se refiere a la eficiencia de la medida (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad). Esto se evalúa en dos niveles: si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación (necesidad teleológica); y, si no es la única, si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales (necesidad técnica)²⁷²⁸.

Así, en el mismo caso analizado anteriormente, es posible ver la aplicación de dicho juicio en materia de prueba, al señalar la Corte de Apelaciones de Santiago que “la medida era necesaria, desde que no se vislumbra otro medio menos lesivo para constatar los hechos”.

- **Juicio de proporcionalidad:** Se refiere a qué derecho debe prevalecer sobre el otro, “mediante una decisión respecto de cuál de los intereses constitucionales que colisionan

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Sentencia Rol N° 2134-2017, de fecha 09 de febrero de 2018. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Por lo tanto, si no existen otros medios, se trata de una medida necesaria, pues no existe otra que pueda reemplazarla. Si, por el contrario, existen medidas alternativas que permiten fomentar el fin pretendido, se debe continuar el análisis y determinar cuál de los medios alternativos permite afectar en menor medida el derecho fundamental.

en el caso debe preceder al otro. Decidir que la medida es constitucional significa preferir los derechos fundamentales o los bienes constitucionales favorecidos por la medida. Decidir que la medida es inconstitucional, por el contrario, implica preferir los derechos fundamentales afectados por la misma.”²⁹

En el juicio de proporcionalidad, uno de los derechos en concurrencia desplaza a aquel derecho que en ese caso concreto se considera de menor relevancia. La finalidad de esa comparación es el establecimiento de la relación de “precedencia condicionada”. Precedencia, porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada, porque solo vale para esa colisión en esas circunstancias en concreto³⁰. Dicho en otros términos “consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”³¹

Podemos identificar este análisis en la reiterada jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, con el uso del “test de daño”³², en virtud del cual se realiza un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.

Es decir, debe analizarse si *“en el caso concreto, resulta justificada la vulneración de garantías que implicaría la realización de la diligencia cuya autorización solicita el fiscal, atendida la gravedad o la importancia del hecho que se investiga. En otras palabras, el juez debe aplicar el principio de proporcionalidad y operar con la lógica de costo versus beneficio, que lo inspira (ponderar, por un lado, la magnitud de la afectación de derechos que la diligencia importa y, por otro, la gravedad del hecho que*

²⁹ DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales (Traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés), Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 92.

³² Véase, por ejemplo, Decisión Rol N° A45-09 de 28 de julio de 2009, c. 10°, entre otros.

se trata de esclarecer)”³³.

En razón de lo señalado, es que cuando el Fiscal del proceso disciplinario se ve enfrentado a una prueba ilícita que colisiona con otro derecho, debe necesariamente realizar el siguiente ejercicio:

- Juicio de Idoneidad: ¿la medida sirve como prueba en el caso concreto?
- Juicio de Necesidad: ¿la evidencia presentada es la única idónea para probar el hecho?
- Juicio de Proporcionalidad: ¿qué interés constitucional debe prevalecer sobre el otro?, ¿esta medida es la que implica una menor afectación a los derechos fundamentales?

Sin embargo, y como demostraremos, nuestra jurisprudencia nacional ha aplicado de forma intuitiva y poco rigurosa este principio. Por ello es que, incluso autores que defienden el principio de exclusión de prueba³⁴, han criticado duramente la arbitrariedad existente en el momento en que el juzgador decide sobre el problema de incluir una prueba que ha infringido derechos fundamentales.

Es por ello por lo que en el presente trabajo se propone una aplicación del principio de ponderación, desarrollando claramente sus contornos y sus pasos, con el objeto de dar la mayor racionalidad y objetividad posible al razonamiento del Fiscal en el proceso disciplinario.

³³ NÚÑEZ O., R. y CORREA Z., C. 2021. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. *Revista Ius et Praxis* (1): 195-246.

³⁴ GASCÓN A., M. Además de la verdad. Defensa de los derechos cuando se buscan pruebas. En: II congreso: en Teoría hay mujeres (en teoría), realizado online los días 13, 14 y 15 de abril de 2021. Universitat de Girona.

CAPÍTULO 2.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y SU PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.

Habiendo sido establecido que en el proceso administrativo disciplinario podrá acreditarse los hechos por cualquier medio probatorio admisible en derecho, puede concluirse que nada obsta a que sean aportados en la investigación diferentes medios de prueba electrónicos, como los correos, conversaciones de WhatsApp, comunicaciones por redes sociales y grabaciones telefónicas y de video, siempre que dichas comunicaciones sean *admisibles en derecho*, es decir, que no constituyan prueba ilícita.

En razón de ello es que la pregunta que orienta este trabajo es ¿cuándo dichas comunicaciones serían inadmisibles en el procedimiento administrativo disciplinario? ¿Qué presupuestos deben cumplirse para que una comunicación electrónica sea considerada como prueba admisible?

Para ello, en primer lugar, debemos dilucidar qué se entiende por comunicación y cuál es el ámbito de protección de las normas constitucionales. Al respecto, Ocón llama la atención en que en un concepto tradicional se ha dicho que “un proceso comunicativo no incluye cualquier objeto transmitido entre emisor y receptor: la comunicación constitucionalmente relevante requiere transmisión entre personas que contenga una expresión de sentido”, sin embargo agrega a continuación que habrá de extenderse la protección a “aquella mantenida mediante formas comunicativas generalmente utilizadas, o susceptibles de soportar la transmisión de expresiones de sentido”³⁵.

Otro aspecto a considerar es que, si lo analizado es el proceso comunicativo como objeto de protección a través de una garantía fundamental, no será factible amparar bajo su alero las comunicaciones entre máquinas, sino que habremos de referirlas a aquellas que se producen entre personas humanas determinadas de manera previa al inicio del acto de comunicación.

Finalmente, la comunicación protegida se diferenciará de aquella que se ampara bajo la libertad de expresión y derecho a la información, por el carácter conmutativo de los roles de emisor y receptor, durante el proceso de comunicación.

³⁵ OCÓN G., J. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. 2020, p. 57-59

2.1.- Concepto de comunicaciones electrónicas.

La RAE define “comunicación” en su segunda acepción como “Trato, correspondencia entre dos o más personas”. Asimismo, la Ley 19.799 (“Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma”) define “electrónico” como “característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares”.

Por lo tanto, puede establecerse que una comunicación electrónica es aquel trato, conversación, correspondencia entre dos o más personas que se transmite mediante soportes tecnológicos³⁶.

A estos efectos, además, será útil traer a colación lo que dispone el artículo 1º de la ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, a saber: “Artículo 1º. - Para los efectos de esta ley, se entenderá por telecomunicación toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.” Como podemos apreciar, se trata de un concepto tecnológicamente neutro. Será electrónica la comunicación cualquiera sea el medio o tecnología empleada en su desarrollo.

2.2.- Clasificación de las formas de llevar a cabo la comunicación

Debemos distinguir entre el proceso de comunicación y el soporte a través del cual es conducido desde el emisor al receptor. En efecto, la comunicación podrá ser “verbal”, que es aquella que se expresa mediante palabras o “no verbal”, caso en el cual los gestos, la mirada, la expresión corporal cobran relevancia.

Desde otra perspectiva, la comunicación puede ser “presencial”, esto es, aquella en que tanto emisor como receptor se encuentran en un mismo espacio físico, o “no presencial” o “telecomunicación” que es aquella en que emisor y receptor no se encuentran en un mismo

³⁶ Los profesores españoles Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy señalan que la prueba electrónica consiste en “(...) la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel -por citar algunos ejemplos-, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una ‘prueba electrónica’ o ‘documento electrónico’, aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes” (LLUCH, X. y PICÓ, J. 2011. La prueba electrónica. Barcelona. Bosch Editores. 23p.)

espacio físico, por lo que deberán emplear algún medio que permita llevar a cabo el proceso. Al referirnos a un medio nos referimos tanto a medios “tradicionales”, como una carta, señales de humo, o a través de los medios electrónicos, que son los que nos ocupan a los efectos de nuestra investigación.

Desde otra perspectiva, el profesor Álvarez Valenzuela efectúa la siguiente clasificación:³⁷

2.2.1.- Según su registro.

1. **Registradas:** comunicaciones mediadas por un dispositivo que genera un soporte en el cual consta tanto el hecho de la comunicación y su contenido, como el correo electrónico, de forma tal que sea factible su análisis y evaluación posterior.
2. **Parcialmente registradas:** comunicaciones mediadas por un dispositivo que genera una constancia sobre el hecho de la comunicación, pero no sobre su contenido, como las conversaciones por teléfono.
3. **No registradas:** comunicaciones en que no se genera una constancia sobre el hecho de la comunicación ni sobre su contenido, como las conversaciones persona a persona realizada sin intermediación de algún dispositivo.

2.2.2.- Según el canal utilizado³⁸.

1. **Abiertas:** comunicaciones que utilizan un canal abierto de transmisión, esto es, un medio en el cual cualquier persona puede captar la señal y tomar conocimiento del contenido del mensaje, tal como sucede en las conversaciones en un espacio público.
2. **Cerradas:** comunicaciones que utilizan un canal cerrado de transmisión, esto es, un canal que no es accesibles legítimamente a terceros. Por ejemplo, los correos

³⁷ ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 22p.

³⁸ Respecto a esta clasificación es que se han presentado las más grandes confusiones teóricas en nuestros Tribunales, especialmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, ya que una comunicación abierta “no necesariamente queda excluida de la protección constitucional, ya que el canal utilizado no puede determinar si son o no objeto de protección. Por ejemplo, una conversación cara a cara en un espacio público será una comunicación abierta (...), amparada constitucionalmente porque se trata de una comunicación donde el emisor elige al o los destinatarios de ésta, con el propósito de que sólo él o ellos la reciban” (Ibíd. 37 p.).

electrónicos o mensajes de WhatsApp.

2.2.3.- Según la singularización de los receptores.

1. **Pública:** comunicaciones donde el emisor no singulariza a los destinatarios, siendo dirigida a una multitud indeterminada de personas. Por ejemplo, lo comunicado en los actuales “webinars”, seminarios realizados electrónicamente.
2. **Privada:** comunicaciones donde el emisor “singulariza al o los destinatarios de su comunicación, con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban”³⁹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha definido que “en lo que respecta a las comunicaciones privadas, ello implica que, aunque parezca una obviedad la interacción se limita únicamente a los participantes, y no a terceras personas”⁴⁰.

Ahora bien, debemos considerar que un acto de comunicación es susceptible de ser clasificado en más de alguna de las categorías antes señaladas. Por tanto, podrá ser una comunicación verbal, en medio parcialmente registrado y privada, como es el caso de las conversaciones telefónicas tradicionales. Asimismo, podrá ser una comunicación escrita, a través de un medio registrado, pero pública, como sucede en las publicaciones en un muro de una red social, sin restricciones de privacidad. Esto es relevante a la hora de analizar cuál de dichas comunicaciones quedará protegida por la garantía constitucional del art. 19 N° 5.

2.3.- Protección de las comunicaciones en la Constitución.

La Constitución garantiza en el Art. 19 N° 5° “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”.

³⁹ ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 36p.

⁴⁰ Sentencia Rol N° 62887-2020, de fecha 02 de octubre de 2020. Excelentísima Corte Suprema.

De esta redacción es posible distinguir dos aspectos esenciales respecto a la protección de las comunicaciones:

- La Constitución garantiza la *inviolabilidad*, es decir, prohíbe la intromisión no autorizada de terceros en el proceso de comunicación. Tanto el Tribunal Constitucional chileno, como el español y peruano, junto a la doctrina especializada, lo ha señalado expresamente al establecer que el secreto se predica respecto a los terceros, no del emisor ni receptor⁴¹ (esto sin perjuicio de los deberes del receptor de la comunicación cuando esta contiene información confidencial o sensible del emisor).
- Lo garantizado es la comunicación *privada*. Aquel es el único requisito exigido a la comunicación para gozar de la garantía de inviolabilidad. “La Constitución protege por igual tanto una comunicación privada donde se expongan aspectos sensibles de la vida de las personas, como aquellas donde se expongan nimiedades o asuntos sin importancia”⁴², se protege toda forma de comunicación privada.

De esta forma, “lo que la Constitución protege es el acto comunicativo privado en sí mismo, el flujo de la expresión de la dignidad y la libertad de las personas, no le interesa de ninguna manera el medio por el cual se realice dicho acto comunicativo”⁴³.

En la misma Comisión de Estudio de la Constitución, el profesor Silva Bascuñán señaló lo siguiente “¿Qué es lo que se desea precisar? Aquel tipo de comunicación en que el emitente escoge singularizadamente la persona que la recibe. Ahí está el problema. Si la palabra “privada” es suficiente para expresar esta idea, se declararían de acuerdo en emplearla, porque lo que se quiere es que el tipo de comunicación en el que quien la da a conocer elige soberanamente la persona del destinatario, debe ser protegido. Eso es lo que se desea consagrar.”⁴⁴.

⁴¹ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ ÁLVAREZ V., D. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista chilena de derecho informático (5): 191-202.

⁴⁴ Comisión Ortúzar. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 116ª, celebrada en jueves 24 de abril de 1975.

Si bien en la época en que se elaboró el texto constitucional el correo postal, y las comunicaciones telefónicas y telegráficas eran las que se utilizaban por las personas, se buscó ampliar la protección que proporcionaba el artículo 10 N°13 de la Constitución de 1925. Es así como el comisionado Guzmán, señaló 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 solo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana”.⁴⁵

De esta manera, el texto aprobado en la Constitución protege toda aquella comunicación en que el emisor ha tenido la intención expresa que su mensaje sea solo conocido por el receptor. Ello derivado de que existe “casi un consenso en decir como concepto, que la privacidad es aquel espacio que una persona legítimamente quiere mantener alejado del conocimiento del resto”⁴⁶,

En el mismo sentido lo ha entendido la Corte Suprema, la que reiteradamente ha definido el concepto de “privacidad” como “la preservación de determinados actos en una esfera íntima, con el derecho a replegarse en esta esfera al amparo de toda intromisión, con una autonomía de decisión en cuanto a excluir a otras personas de este ámbito reservado y con la facultad de controlar la información a ser revelada”⁴⁷.

En otros términos, la garantía del artículo 19 N°5 de la Constitución sólo exige como requisito para proteger la comunicación de toda violación: que esta sea privada. No exige que esta verse sobre algún tipo de materia en específico, no exige que esta sea transmitida por un canal cerrado, ni tampoco pone como condición para su protección la calidad de los participantes. Toda comunicación es inviolable y, por ende, protegida por la Constitución, si cumple este requisito de ser *privada*. A su vez, será privada la comunicación en que el emisor “singulariza

Tomo IV. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 1973-78. 340 p.

⁴⁵ Historia de la Ley. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 129, 12 de junio de 1975, p.10, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.bcn.cl> [consulta: 25.12.2021]

⁴⁶ UGARTE C., J. 2011. Privacidad, trabajo y derechos fundamentales. Estudios Constitucionales (1): 13-36.

⁴⁷ Sentencia Rol N° 35159-2017, de fecha 12 de abril de 2018. Excelentísima Corte Suprema.

al o los destinatarios de su comunicación, con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban”.

Ahora bien, a continuación, el constituyente emplea tres verbos, relativos a acciones que se admitirían, en los términos que prevea el legislador, respecto de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: “interceptarse, abrirse o registrarse”.

La interceptación de las comunicaciones se conceptualiza como una “escucha o grabación del contenido de una comunicación, o captación de sus datos, durante su transmisión”⁴⁸.

La apertura y registro de la comunicación implica la ruptura de sellos o medidas de seguridad que se emplean para el resguardo de la confidencialidad de los mensajes.

Como podemos apreciar, la norma constitucional radica en el legislador la tarea de establecer los casos y formas en que estas acciones podrán desarrollarse sin afectación de la garantía fundamental.

Ahora bien, es necesario pronunciarnos acerca de dos materias que influyen directamente respecto a este concepto, las que serán de gran utilidad en el desarrollo de este trabajo.

2.3.1.- La razonable expectativa de privacidad.

Actualmente, debido a los adelantos tecnológicos, es cada vez más común el encontrar situaciones en que es altamente complejo determinar si una comunicación efectivamente puede catalogarse como privada o no, esto porque muchas veces existen dificultades para determinar si en los hechos ha existido *el evidente propósito* de que singularizar un receptor que reciba la información y excluir a las demás personas. Es allí donde nuestros Tribunales han utilizado el principio de la “razonable expectativa de privacidad”⁴⁹, mediante el cual -a través de criterios

⁴⁸ Diccionario Pahispánico del Español Jurídico. Disponible en línea en [https://dpej.rae.es/lema/interceptaci%C3%B3n-de-comunicaciones#:~:text=Medida%20establecida%20por%20ley%20y,interceptaci%C3%B3n%20a%20los%20agentes%20afacilitados](https://dpej.rae.es/lema/interceptaci%C3%B3n-de-comunicaciones#:~:text=Medida%20establecida%20por%20ley%20y,interceptaci%C3%B3n%20a%20los%20agentes%20afacilitados.). [Consulta: 23.11.2021]

⁴⁹ Este principio fue desarrollado por la jurisprudencia estadounidense en el año 1967 en la decisión *Katz vs. U.S.*, en que la Fiscalía instaló micrófonos en una cabina telefónica hecha en parte de vidrio, por lo que esgrimió que Katz era visible para el mundo exterior, no siendo la comunicación privada. La Corte rechazó ese argumento: (considerando séptimo) “*Lo que [Katz] trató de excluir cuando entró en la cabina no fue el ojo intruso, sino el oído no invitado. No se despojó de su derecho a hacerlo simplemente porque hacía sus llamadas desde un lugar donde se le pudiera ver. No menos que un individuo en una oficina comercial, en el apartamento de un amigo o en un taxi, una persona en una cabina telefónica puede confiar en la protección de*

objetivos que rodearon la situación- es posible establecer si es *razonable* esperar que dicha comunicación se mantuviera en el ámbito privado. Aquellos criterios objetivos guardan relación con el entorno físico donde fue desarrollado el acto comunicativo, la cantidad de personas asistentes, etc.

Esta regla (que la misma Corte califica de “estándar”⁵⁰) requiere que el juzgador se formule dos preguntas: 1) determinar si existe una expectativa *subjetiva* de privacidad del emisor y 2) determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como *razonable* o legítima, esto porque no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser *objetivamente justificada* acorde a las circunstancias del caso.

De esta forma, y como fue señalado por la Corte Suprema en *Ministerio Público con Alfredo Castillo Morales*⁵¹, la expectativa razonable de privacidad es definida como la convicción “de que las comunicaciones se desarrollan dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo.

El ‘derecho a estar solo’ debe entenderse como la expectativa a no ser interferidos por terceros frente a nuestra voluntad de no compartir aquello que no deseamos que sea conocido por otros. Siendo así, la comunicación será privada cada vez que la interacción se limite únicamente a los participantes, con el ánimo de excluir a terceras personas.

Por lo tanto, y como se verá más adelante en el análisis jurisprudencial, el criterio de la razonable expectativa de privacidad aporta una mirada más amplia, sumamente útil para aquellos casos en que es más difícil establecer si la comunicación entre las partes ha sido privada o no.

Así, existe un criterio objetivo territorial en que se analiza si la comunicación se ha realizado en un espacio de libre acceso al público como una plaza o en un espacio resguardado, como el

la Cuarta Enmienda. Quien lo ocupa, cierra la puerta detrás de él y paga el peaje que le permite hacer una llamada, seguramente tiene derecho a asumir que las palabras que pronuncie en el micrófono no serán transmitidas al mundo. Leer la Constitución de manera más estricta es ignorar el papel vital que el teléfono público ha llegado a jugar en la comunicación privada.”

⁵⁰ Sentencia Rol N° 35159-2017, de fecha 12 de abril de 2018. Excelentísima Corte Suprema. (Considerando 5° Párrafo 2°).

⁵¹ Sentencia Rol N°3-2017, de fecha 27 de febrero de 2017. Excelentísima Corte Suprema.

hogar. A este criterio se suma un subcriterio objetivo desde el punto de vista del tipo de conductas o actividades, conforme al cual será público todo aquello que por su naturaleza o por voluntad de la persona no es privado. De esta manera, una comunicación en la cual una persona confía a otra un secreto industrial o personal podría gozar de una mayor expectativa de privacidad que la entrega de información de libre acceso al público.

Desde la óptica subjetiva, en cambio, atenderemos a características propias de las personas o a la posición que ocupan en una determinada comunidad. A vía ejemplar, la jurisprudencia ha reconocido que la calidad o posición que las personas ocupan en la sociedad es un factor esencial para determinar el grado de privacidad de sus actuaciones⁵², tales como los artistas, científicos, y otras personas que han alcanzado fama en una sociedad.

Este enfoque multisistémico nos permite comprender de mejor manera las resoluciones jurisprudenciales en aquellos casos en que se ha admitido comunicaciones que en principio podrían aparecer como privadas, pero que si aplicamos algunos de estos filtros podría sostenerse que las expectativas de privacidad de los sujetos podrían verse disminuidas.

2.3.2.- La privacidad de las comunicaciones: el correo institucional de los funcionarios públicos.

Es conocida la abundante discusión respecto a si los correos emanados de las casillas institucionales de correo electrónico de los funcionarios públicos se enmarcan en el concepto de “información pública”. Nos referiremos brevemente al respecto, pues será de utilidad al momento de analizar si los Fiscales administrativos en los procedimientos disciplinarios pueden acceder a este tipo de comunicaciones. En nuestra opinión los correos electrónicos emanados de las casillas de funcionarios públicos no son información pública. Ello en razón de dos argumentos:

1. En primer lugar, así lo han sostenido nuestros Tribunales de Justicia. Al respecto, podemos identificar dos grandes posturas: aquella sostenida uniformemente por el

⁵² Por ejemplo, Sentencia Rol N°146986-2013, de fecha 24 de febrero de 2014. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago: *“la tolerancia a las afectaciones a la privacidad de una persona es mayor o menor según fuere su participación en las cuestiones públicas, porque tratándose de quienes pretenden ejercer funciones de esa índole, es evidente que exponen al escrutinio público tanto su pensamiento como su propia persona, haciéndolo de un modo voluntario.”*

Tribunal Constitucional, y aquella sostenida (con algunas sentencias en sentido contrario) por la Corte Suprema.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que las comunicaciones privadas son aquellas en que el emisor “singulariza al o los destinatarios de su comunicación, con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban”⁵³, por lo que es indiferente si dicha conversación emanó desde una casilla personal o institucional, la Constitución en el artículo 19 N°5 protege a ambas por igual. En ese sentido, los correos de los funcionarios públicos emanados desde sus casillas, en tanto comunicaciones destinadas a ciertos receptores -excluyendo a todo el resto- también se encuentran protegidos y son inviolables.

“Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos. Las comunicaciones de éstos también están protegidas por la garantía que se analiza. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular (...) el artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos. (...) no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.”⁵⁴

De esta forma, según esta postura, claramente los correos los funcionarios públicos no

⁵³ ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 36p.

⁵⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que “*El art. 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el art. 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo (...). En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación*” Sentencia “Tristán Donoso vs Panamá”, de fecha 27 de enero de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Énfasis agregado)

constituyen “información pública”, sino que -como toda comunicación privada- se encuentran protegidos por la garantía de inviolabilidad.

En la otra vereda, la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema -en su mayoría⁵⁵- ha dado una interpretación más amplia al concepto de “información pública”. Ello se debe a que dentro de la misma Carta Fundamental encontramos una norma que colisiona directamente con la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones.

Artículo 8º inciso 2º. - “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.” (Énfasis agregado)

Es así que –tal como indica expresamente el artículo 8º- no solo los actos y resoluciones de la administración son públicos, sino también sus fundamentos. Por lo tanto ¿qué sucede si dicho fundamento se encuentra contenido en un correo electrónico? ¿Cómo debe interpretarse la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas con la definición de información pública de la misma Carta Fundamental? (considerando que dicho correo fue enviado con la intención de que determinada persona lo conociera, excluyendo expresamente al resto).

Como fue señalado en el voto disidente de los ministros Fernández y Romero en “*Presidencia de la República con Consejo para la Transparencia*”, se resume dicha colisión indicando que “el carácter público de un documento, en los términos del artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, depende del contenido de la información. Por el contrario, el carácter privado de una comunicación, en atención al artículo 19, N° 5, de la Norma Fundamental, depende del continente o forma en que la información es notificada o transmitida”⁵⁶.

En *Servicio de Impuestos Internos con Consejo para la Transparencia*⁵⁷, en cambio, el primero denegó el acceso a un correo electrónico solicitado mediante la Ley de

⁵⁶ Sentencia Rol N°2689-14, de 24 de mayo de 2016. Tribunal Constitucional.

⁵⁷ Sentencia Rol N°1824-2019, de 25 de febrero de 2020. Excelentísima Corte Suprema.

Transparencia, sin embargo, la Corte Suprema ordenó la entrega de dicha comunicación, señalando que constituía información pública, toda vez que “puede ser considerada como complementaria, de manera directa y esencial, a un acto administrativo”. En efecto, se trata de un correo electrónico que tiene por finalidad poner en conocimiento de ciertos funcionarios, liderados por M.A.M.M., el contenido de la Resolución N° 3065 de la Subdirección de Contraloría Interna, que puso término a un procedimiento administrativo disciplinario. De esta forma, por mucho que en el correo cuestionado se contengan ciertas apreciaciones subjetivas, la información cuya publicidad se ha requerido se relaciona de manera inmediata y directa con un acto de la Administración del Estado preciso y determinado, al punto que no se entiende sin él”.

De esta forma, la Corte Suprema ha concluido que, cuando el correo electrónico constituye el fundamento de un acto o resolución, debe considerarse que es información pública⁵⁸. Esto porque el artículo 8° de la Constitución no hace referencia a un continente específico, pudiendo ser considerado público cualquier documento (físico o virtual) que *contiene* los fundamentos de un acto o resolución.

A su vez, y como ha sido señalado por los votos de minoría del Tribunal Constitucional, debe aplicarse el principio de divisibilidad, eliminando todo aquello que no sea sustento de una decisión administrativa. En ese sentido, concordamos con el voto disidente de la Ministra Peña y los Ministros García y Hernández en *Presidencia de la República con Consejo para la Transparencia*⁵⁹, quienes señalaron que “el principio de divisibilidad permite cumplir con el mandato de publicidad, sin lesionar derechos de terceros (...)”.

Por lo tanto, si la Corte Suprema ha determinado que aquellos correos electrónicos que corresponden a los fundamentos de un acto o resolución constituyen información

⁵⁸ En este sentido, concordamos con lo señalado por los ministros Fernández y Romero, respecto a que el concepto de “fundamento” no debe interpretarse de una manera restrictiva, ya que *“no hay argumento que se sustente en el texto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución para reducir la información potencialmente públicas a actos formales incorporados en un expediente administrativo”*. En el mismo sentido se pronunció, la Ministra Peña y los Ministros García y Hernández señalaron que *“tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos”” incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública (...)”* Sentencia Rol N° 2689-2014, de fecha 24 de mayo de 2016, Tribunal Constitucional.

⁵⁹ Sentencia Rol N° 2689-2014, de fecha 24 de mayo de 2016. Tribunal Constitucional.

pública, podemos concluir -contrario sensu- que el resto de los correos electrónicos no lo son. La Corte Suprema solo ha otorgado acceso a determinadas comunicaciones, lo que significa que los correos emanados de los funcionarios públicos no son “información pública” per se⁶⁰. Si así fuera, entonces no existiría discusión posible, la Corte Suprema decidiría la controversia indicando que, como es información pública, no hay mayor análisis que realizar⁶¹.

Por lo tanto, y considerando tanto la postura sostenida por el Tribunal Constitucional como aquella sostenida por la Corte Suprema, es posible concluir que el correo electrónico de los funcionarios públicos no es en sí mismo información pública.

Esto por lo que ya señalamos, en el sentido que la jurisprudencia de nuestros Máximos Tribunales, solo ha permitido el acceso a dichas comunicaciones cuando estas forman parte del fundamento de un acto administrativo.

2. Un segundo argumento emana de la interpretación y aplicación práctica de las normas que permiten la realización de las acciones intrusivas a las que hemos aludido. En efecto, en aquellos casos en que el Ministerio Público ha debido realizar investigaciones a órganos de la administración del Estado, ha requerido la autorización de tribunales. Si se tratara de información pública podrían haber accedido sin esta autorización a su

⁶⁰ Es relevante indicar que la reciente Sentencia Rol N°45231-21, de 5 de mayo de 2022, de la Excelentísima Corte Suprema, estableció que “los correos electrónicos que emanan de casillas institucionales –y que son de mero trabajo interno (...) deben ser consideradas información pública (...) al estar elaborada con fondos fiscales”, por lo que esta decisión (que aún no forma una jurisprudencia) se alinea más bien con el criterio adoptado por el Consejo para la Transparencia.

⁶¹ Asimismo, es interesante lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en “*Ministerio Secretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia*”, en que se acogió el reclamo de ilegalidad, dejando sin efecto la decisión de amparo del Consejo para la Transparencia que ordenaba la entrega de correos electrónicos que el ministro Secretario General de la Presidencia envió y recibió en su casilla institucional entre los días 18 y 21 de julio de 2011. En dicha decisión, la Corte aplicó correcta y detalladamente el principio de ponderación, distinguiendo cada una de sus etapas, y resolviendo que el principio de idoneidad se encontraba satisfecho, pues el fin en sí mismo era legítimo. Sin embargo, señaló que el juicio de necesidad no lograba satisfacerse, pues existían otras vías para conocer lo que el solicitante requería (antecedentes respecto al Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública), considerando que podía acceder a las actas e informes a través de www.bcn.cl. Luego, la Corte consideró que -al existir otras formas no lesivas de derechos fundamentales que permitían lograr la finalidad perseguida- era prescindible acceder a la intervención. Finalmente, la Corte señaló acertadamente que “*el acceso a la información pública no es un fin en sí mismo, sino un medio para consolidar la transparencia de los actos de la administración del Estado, lo que no se encuentra esarbandando en las comunicaciones privadas de sus funcionarios, aun cuando estén contenidas en casillas de correos de quienes ejercen la función pública.*” Sentencia Rol N°2496-2012, de fecha 23 de julio de 2013. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

contenido.

A vía ejemplar, en *Alejandro Navarro Brain con Miguel Juan Sebastián Piñera Echenique*⁶², el órgano persecutor -para poder ingresar a los correos electrónicos del Ministro de Salud, su Jefa de Gabinete y de la Subsecretaría de Salud- solicitó autorización al Séptimo Juzgado de Garantía, el que, con fecha 08 de septiembre del mismo año, autorizó *“la entrada y registro e incautación de los correos electrónicos institucionales y archivos alojados en los servidores electrónicos respectivos, correspondientes al período comprendido entre el 01 de febrero de 2020 hasta la fecha en que la orden se materialice, respecto de las siguientes personas (...)”*. Es más, el tribunal señala expresamente que el Ministerio de Salud deberá analizar la información y señalar cuáles de los correos afectan a la seguridad nacional o interés de la nación, por lo que no podrían ser contenido en comunicaciones públicas.

Si los correos institucionales de los funcionarios públicos fueran por sí mismos considerados como información de público acceso, dicha autorización jamás habría sido solicitada.

Adicionalmente, el Juzgado de Garantía no dio acceso a *todos los correos electrónicos*, sino solo a aquellos de determinadas autoridades y acotados a un lapso determinado, lo que refuerza la idea de que estas comunicaciones no son información pública y de libre acceso, sino que se encuentran protegidas por el artículo 19 N°5.

Asimismo, cuando el Ministro de Salud se opuso a dicha entrega de información y recurrió en contra de dicha medida a la Corte Suprema, esta acotó aún más el acceso a dichas comunicaciones, señalando que *“no parece indispensable, a los fines de la investigación de los mismos -ni tampoco para la labor de contrastación que busca efectuar el Ministerio Público- una incautación del universo total -sin ninguna excepción- de los correos electrónicos que puedan hallarse en los edificios públicos de que se trata”*⁶³.

⁶² Causa Ordinaria-9653-2020, de 03 de julio de 2020. Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

⁶³ Sentencia Rol N°112505-2020, de 15 de octubre de 2020. Excelentísima Corte Suprema.

A nuestro juicio, si el Máximo Tribunal estimara que los correos de los funcionarios públicos constituyen por sí mismo información pública de libre acceso, se habría pronunciado señalando que el ingreso a tales comunicaciones no constituiría una diligencia intrusiva que requiriese autorización judicial, como lo ha hecho en la reiterada jurisprudencia relativa al acceso a las publicaciones en redes sociales por parte del Ministerio Público⁶⁴.

2.4.- El núcleo esencial de los derechos garantizados en el artículo 19 Nos. 4 y 5.

Luego de haber definido el concepto de “comunicación privada” protegido por el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental, es esencial -antes de analizar cada caso de presentación de prueba electrónica en el procedimiento administrativo disciplinario- diferenciar claramente el núcleo esencial de las garantías establecidas en los numerales 4° y 5° de la Constitución. Esto es indispensable porque, en virtud de la garantía de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 19 N°26 del texto constitucional, ni siquiera con una ley que lo autorice, podrá afectarse indebidamente el núcleo esencial de un derecho.

Es así como las normas que permiten la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones deberán interpretarse de manera restrictiva, y esto impactará a la hora de evaluar la admisibilidad de la prueba consistente en comunicaciones electrónicas.

Estimamos que esta se habrá *obtenido* con vulneración de derechos fundamentales cuando afecte la esencia de los derechos.

Al respecto, hemos advertido que nuestra jurisprudencia nacional -así como la internacional e incluso aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- reiteradamente trata la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la protección de la vida privada, la honra y la protección de datos, consagradas en dichos numerales, como si fueran equivalentes, generando un solapamiento de los ámbitos de protección.

⁶⁴ Por ejemplo, Sentencia Rol N°20441-2018, de 02 de octubre de 2018. Excelentísima Corte Suprema.

a.- Tratándose del artículo 19 N°5, como señalamos, garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Con ello se protege el acto comunicativo en sí mismo, con absoluta independencia del contenido de la comunicación. En razón de ello, el fundamento de este derecho no es la *intimidación*, ya que no solo se protegen los mensajes que forman parte de la esfera íntima del emisor, sino que *toda comunicación*, por más superflua que sea.

En efecto, el fundamento de esta garantía se encuentra en el libre desarrollo de las personas, lo que ha sido señalado por la doctrina nacional⁶⁵ y por el Tribunal Constitucional. Así, dicha magistratura –a propósito del control de constitucionalidad de la ley que creaba la Unidad de Análisis Financiero- señaló que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es la base de la libertad individual⁶⁶.

De esta manera, y como bien grafica Quissé Sánchez, lo que se indica a las personas mediante la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones es “sé libre para transmitir en tu comunicación tal o cual cosa, en este tono o en otro, con sentido o en sorna, con seriedad o en burla, de manera insidiosa o irrespetuosa, de cuestiones íntimas o baladíes, de cualquier tema, de cualquier forma, con cualquier fin, pues el ámbito en donde ejercerás esa libertad está protegido de agentes extraños y solo será recibido por quien permitió que definas los términos en que ejerces el acto comunicativo”⁶⁷.

⁶⁵ Horvitz y López (HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 96p.) señalan que “*Los alcances que un ordenamiento jurídico reconozca al 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 (...) Una concepción desmedida de los intereses de la persecución penal crea una sociedad en que se entiende como razonable y necesario que ciertas cosas “no se hablen por teléfono” o que los documentos confidenciales no se boten a la basura sin antes preocuparse de su completa destrucción. Por esta razón, hablar de los límites que impone el derecho a la privacidad es tanto como hablar de la extensión de la libertad individual*”. Asimismo, el profesor Javier Jiménez Campos (JIMÉNEZ C., J., 1987. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones; en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N° 20, mayo-agosto p. 51), señala que “*se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente. Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allí “donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas*”. En el mismo sentido, Álvarez Valenzuela (ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 60p.) señala que “*el derecho a la inviolabilidad protege, por una parte, los actos comunicativos mediante los cuales el emisor decide exponer parcial y acotadamente su “jardín interior” con un tercero, pero también aquellos donde expone trivialidades, superficialidades, necedades, nimiedades que también forman parte -no hay razones legítimas para excluirlas- de la autodeterminación racional y libre de cada persona*”.

⁶⁶ Sentencia Rol N° 389-12, de fecha 28 de octubre de 2003. Tribunal Constitucional.

⁶⁷ QUISSE S., C. 2021. Análisis de las grabaciones subrepticias por uno de los interlocutores como supuesto de prueba prohibida por violentar derechos fundamentales. Tesis para optar al título profesional de abogado. Trujillo, Perú, Universidad

Dicho en otros términos, “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 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. La injerencia ajena –que se produce con el acceso que extraños tengan a la exteriorización de ideas, pensamientos y sentimientos privados–, atenta contra el pudor de la intimidad natural del hombre, y afecta a su personalidad y plena libertad”⁶⁸.

b.- Tratándose del ámbito tutelado por el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental: se consagra “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

Esta garantía tutela un ámbito distinto de aquel consagrado en el artículo 19 N°5. Este último no distingue el contenido de lo comunicado, sino que aquello tutelado corresponde al acto comunicativo en sí mismo. En el caso del artículo 19 N°4, para determinar si existe una afectación a la vida privada, a la honra o a la protección de los datos personales, debe necesariamente atenderse al contenido de lo comunicado.

Como señala Cea Egaña, el artículo 19 N°4 “debe ser relacionado con la dignidad de la persona, contemplada en el artículo 1° inciso 1°, como asimismo, con la integridad de ella, asegurada en el artículo 19 N°1 inciso 1°”⁶⁹.

- Primeramente, nos referiremos a la honra. Sin extendernos mayormente sobre la explicación del contenido de esta garantía, podemos señalar que el Tribunal

Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 283p.

⁶⁸ GÁLVEZ B. Ricardo “Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, 1992.

⁶⁹ CEA E., J. 2004. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 173p.

Constitucional la ha definido como la buena fama, el crédito, el prestigio o la reputación de una persona. Y, en razón de ello, se encuentra unida íntimamente a la dignidad de la persona, especialmente en el ámbito psíquico, por lo que forma parte de los derechos personalísimos⁷⁰.

- Luego, la vida privada ha sido definida por el Tribunal Constitucional como aquella dimensión más reservada de la vida de las personas, relacionada con su historia médica, patrimonial o su condición sexual, y, por supuesto, el derecho al control de su propia imagen, su propio cuerpo y nombre⁷¹, siendo el conjunto de todos aquellos asuntos que el titular no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo⁷²⁻⁷³. Es por ello por lo que se ha establecido que su núcleo esencial se encuentra en la dignidad de la persona, en cuanto se trata de aquellas materias que se busca proteger del conocimiento de los demás.
- Por último, el derecho a la protección de los datos personales, el Tribunal Constitucional ha estimado que guarda una estrecha relación con la vida privada, “configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa”, la que “se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal, públicos o privados, cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de los mismos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos propios contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de habeas data su rectificación o cancelación”⁷⁴.

De su parte, el Consejo para la Transparencia ha identificado que el núcleo del derecho a la protección de los datos personales es el poder de *control* sobre el uso que se haga de

⁷⁰ Sentencia Rol N°943-07, de fecha 12 de septiembre de 2007. Tribunal Constitucional.

⁷¹ Sentencia Rol N°1990-11, de fecha 26 de mayo de 2011. Tribunal Constitucional.

⁷² CEA E., J. 2004. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 178p.

⁷³ Sentencia Rol N° 983-93, de fecha 31 de mayo de 1993. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

⁷⁴ Sentencia Rol N°1732-10, de fecha 19 de mayo de 2010. Tribunal Constitucional. (Énfasis agregado)

los mismos⁷⁵. En derecho comparado, el Tribunal Constitucional Español, haciendo una necesaria distinción entre el derecho a la vida privada y la protección de datos personales sostuvo que “la función del derecho fundamental a la intimidad (...) es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (...) En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino”, agregando que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, (...) sino los datos de carácter personal”⁷⁶.

De esta forma, podemos identificar que, si bien todas las garantías fundamentales emanan de la dignidad, mientras el núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones es la libertad; el núcleo esencial del derecho a la protección de la honra y a la vida privada es la dignidad; y el núcleo esencial del derecho a la protección de datos personales lo situaremos en el control que se reconoce a la persona sobre la información que le concierne.

Esta distinción será de utilidad para el análisis sobre la admisibilidad de la prueba en cada caso.

⁷⁵ Por ejemplo, Decisión Amparo Rol N°C351-10, de fecha 03 de septiembre de 2010 y N°C418-10, de fecha 21 de septiembre de 2010, ambos del Consejo para la Transparencia.

⁷⁶ Sentencia Rol N°292-2000, de fecha 04 de enero de 2001. Tribunal Constitucional Español.

CAPÍTULO 3.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS COMO PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS REGIDOS POR LA LEY N°18.834.

Llegados a este punto de nuestra exposición, nos referiremos a los criterios aplicables a la determinación de si la prueba presentada por las partes en un procedimiento administrativo disciplinario podrá ser declarada admisible. Para ello analizaremos cada prueba según los siguientes criterios:

1. Quién presenta la prueba: ¿uno de los intervinientes? ¿Un tercero? ¿El Fiscal mediante una medida intrusiva?
2. Registro de la comunicación: ¿Qué efectos tiene el que se trate de prueba registrada, parcialmente registrada y no registrada?.
3. Principio de “ponderación de derechos”: En el caso de que la prueba vulnere alguna garantía constitucional, ¿Cómo podrá determinarse qué derecho debe primar en el caso concreto?.

3.1.- ¿Quién presenta la prueba?

La prueba puede ser presentada por uno de los intervinientes (emisor o receptor) o por un tercero ajeno a la comunicación, como es el caso del Fiscal administrativo.

3.1.1.- Prueba presentada por uno de los intervinientes.

Respecto a este tipo de comunicaciones es indispensable señalar que, tanto la jurisprudencia y doctrina nacional como internacional, se encuentran de acuerdo en establecer que la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es aplicable a las partes intervinientes, como señalamos antes “la impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la

misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores”⁷⁷.

Asimismo, la Corte Suprema ha resuelto que “quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad (SCS 8.393–12, 21 de agosto de 2013). En este caso, no es un tercero quien difunde los diálogos (...) sino un partícipe de los mismos, quien es titular de la conversación y dueño de su contenido, estando autorizado, por ello, para reproducirla, de modo que no han existido las contravenciones a garantías y derechos constitucionales denunciadas”⁷⁸.

En el mismo sentido, en derecho comparado, ya en 1984 el Tribunal Constitucional español señaló que “El derecho al «secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones (...) la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”⁷⁹⁻⁸⁰.

El mismo criterio ha sido sostenido tanto en México⁸¹, como en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al enfatizar que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados,

⁷⁷ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

⁷⁸ Sentencia Rol N° 12279/2013, de fecha 02 de enero de 2014. Excelentísima Corte Suprema.

⁷⁹ Sentencia 114/1984, de fecha 29 de noviembre de 1984. Tribunal Constitucional de España.

⁸⁰ Así también, el Tribunal Supremo español se pronunció en el mismo sentido, al señalar que “el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución” Sentencia 3516-1994, de fecha 11 de mayo de 1994. Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal) y “el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro” Sentencia 8721-2001, de fecha 09 de noviembre de 2001. Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal).

⁸¹ Tesis Aislada num. 1a. XCV/2008, de fecha 01 de octubre de 2008. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala).

propios del proceso de comunicación”⁸².

3.1.2.- Prueba presentada por el emisor.

Si quien presenta la prueba es el emisor de la comunicación, entonces no representa mayor dificultad determinar que la prueba es totalmente admisible, toda vez que el titular del derecho puede renunciar a él.

Una importante distinción es que, como señala Couso, “no se trataría, entonces, de una renuncia a la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sino de una autorización expresa del trabajador de que se acceda al contenido de una comunicación privada. (...) no está renunciando a la protección que la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas le brinda, sino al carácter privado de una comunicación en particular.”

Por lo tanto, si el funcionario hace entrega de cualquier medio electrónico en que él mismo ha comunicado alguna información (ya sea un correo electrónico, una grabación de video, un audio de WhatsApp, etc.), dicha prueba es totalmente admisible.

Este criterio se aplicó en *Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia*⁸³, en que un exfuncionario solicitó por medio de la Ley de acceso a la información pública los correos electrónicos enviados desde su casilla institucional. La institución denegó el acceso a dichos archivos, invocando la configuración de la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, esto es que la publicidad, comunicación o conocimiento de dichos antecedentes afecta la inviolabilidad de la vida privada y toda forma de comunicación de terceros. Sin embargo, acertadamente el Tribunal Superior determinó que debía concederse el acceso a dichas comunicaciones, toda vez que “se trata únicamente de datos elaborados por el mismo individuo que ahora pide su entrega, no concurriendo expectativa de privacidad alguna que proteger, puesto que carece de toda lógica que se pretenda cautelar la privacidad de

⁸² Caso Escher y Otros vs. Brasil, de fecha 06 de julio de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸³ Sentencia Rol N° 85203-2020, de fecha 22 de julio de 2020. Excelentísima Corte Suprema.

la información respecto de su propio autor”⁸⁴.

3.1.3.- Prueba presentada por el (los) receptor (es).

Esta es la prueba que más matices y dificultades presenta, ya que, como señala Álvarez, si bien el receptor es parte de la comunicación, “al mismo tiempo es sujeto pasivo respecto al tratamiento que le dará a la comunicación recibida. Por ejemplo, en el caso de la correspondencia postal o del correo electrónico, la mera circunstancia de ser el receptor de la comunicación, ¿le concede algún tipo de derecho sobre esa comunicación o su contenido?”⁸⁵

En el caso de la prueba presentada por el receptor resulta imprescindible distinguir si esta es una comunicación registrada o parcialmente/no registrada. Asimismo, cobrará relevancia si el receptor de la comunicación podría ser considerada, en el caso concreto, como víctima de los hechos que se investigan y el emisor se tratare del presunto infractor.

3.1.3.1.- Comunicaciones registradas.

Como señalamos antes, las comunicaciones registradas son aquellas mediadas por un dispositivo que genera un registro sobre el hecho de la comunicación y su contenido (ambos), este es el caso del correo electrónico. Asimismo, y si bien una reunión mediante videoconferencia normalmente es una comunicación parcialmente registrada, cuando media la autorización de todos sus miembros y es grabada, pasa a ser una comunicación registrada. En ellas, queda registro del *contenido* del mensaje propiamente tal y también del *hecho* de la comunicación, como la fecha y hora.

En este tipo de comunicaciones, “el destinatario o receptor de la comunicación, siguiendo en este punto la opinión de Vivanco, se hace dueño o al menos tenedor legítimo del soporte de esa comunicación, pudiendo, en principio, disponer libremente de ella”⁸⁶.

⁸⁴ Así también, Sentencia Rol N° 124319-2020, de fecha 23 de junio de 2021. Excelentísima Corte Suprema.

⁸⁵ ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 50p.

⁸⁶ *Ibíd.* 51p.

En este sentido, y con el objetivo de determinar si dicha prueba puede ser declarada admisible, la pregunta que debemos hacernos es si la evidencia ha sido *obtenida* por medios lícitos.

Considerando que la comunicación ha sido enviada voluntariamente por el emisor mediante un canal que genera un registro de su contenido (como un correo electrónico o un video), es que el receptor ha accedido a dicho contenido de forma absolutamente lícita, por lo que la prueba aportada al proceso debe ser admitida.

En estos casos, la jurisprudencia y la doctrina se encuentran de acuerdo en considerar que dicha prueba es admisible. Es así como, en *Ministerio Público con Jorge Burgos Keim*, el recurrente (quien era investigado en otra causa penal, demandado por la recurrida de autos) reclama que se hubiese incorporado y valorado como prueba de la decisión condenatoria, los mensajes enviados por él a la recurrida por medio de la aplicación WhatsApp. En este caso, la Corte señaló que “quien envía un mensaje de texto a través de la referida aplicación realizando declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso dirigida en su contra y dirigidos precisamente a la denunciante de esos hechos (...), en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, pues, al igual que respecto de la correspondencia postal o telegráfica que contiene amenazas al destinatario, sabe que el mensaje, que se mantiene escrito, puede eventualmente ser proporcionado por el receptor para respaldar su denuncia”⁸⁷. (Énfasis agregado)

Asimismo, en la causa rol 895-2016, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, el Ministerio Público recurrió en contra de la resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral en que se dispuso la exclusión de prueba de cargo consistente en 13 páginas de conversaciones por Facebook y un CD con grabaciones, ambas pruebas aportadas por la madre de una de las víctimas.

En dicha sentencia, la Corte estableció que “cuando el contenido de las comunicaciones privadas resulta relevante desde el punto de vista penal, por regla general, el emisor no goza, bajo la protección que le ofrece el derecho a la privacidad, de ninguna seguridad de que su

⁸⁷ Sentencia Rol N° 32691-2018, de fecha 29 de enero de 2019. Excelentísima Corte Suprema.

interlocutor no vaya a transmitir a terceros o a la autoridad, lo que se dijo en el curso de ella. “El interlocutor en una conversación privada puede perfectamente revelar a terceros la información recibida en perjuicio de su emisor, ya sea convirtiéndose en testigo de la información que se le ha proporcionado o, si tal información consta en algún documento o en otro medio cualquiera, poniendo dicho documento o medio en manos de la autoridad pública (...)”.

Lo anterior fue expresamente resuelto por la legislación mexicana, la que en la propia Constitución establece la validez de la prueba aportada por una de las partes, aunque solo lo circunscribe al ámbito penal: *“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”*.

De esta forma, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional se encuentran de acuerdo en que la entrega de comunicaciones registradas por uno de los interlocutores constituye prueba admisible⁸⁸, por lo que si -en un procedimiento administrativo disciplinario- el receptor de una comunicación registrada hiciera entrega de un audio, video o mensaje enviado por el propio emisor, debe ser considerado prueba admisible.

Lo anterior, por lo tanto, también es aplicable al caso en que un funcionario presente como prueba un correo electrónico en el que -si bien no participó en la conversación- fue copiado por otra persona y de esta forma ha accedido lícitamente a la conversación.

3.1.3.2.- Comunicaciones parcialmente registradas y no registradas.

En el caso de las grabaciones que solo dejan registro de que se ha llevado a cabo la

⁸⁸ Ello -claro está- es sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en la que pudiera incurrir la persona por la divulgación a terceros de comunicaciones cuyo contenido se encuentre protegido constitucionalmente. Lo anterior puede advertirse en la causa Rol 131124-2020 de la Corte Suprema, en que la recurrente, si bien mantuvo una conversación y envió mensajes con contenido sexual a través de la aplicación WhatsApp al receptor, ello no significó bajo ninguna circunstancia que se haya permitido a este último compartir dicha información con terceros a la comunicación, lo que habría sucedido en los hechos, dado que aquel compartió la información con otra persona, quien -a su vez- envió capturas de pantalla a tres personas cercanas de la recurrente.

comunicación (como una conversación telefónica) y aquellas en que no ha quedado registro alguno (como una conversación cara a cara), el receptor de la información no tendría más contenido que compartir más que la verbalización de lo que ha tomado conocimiento. Es decir, el receptor solo podría dar testimonio de los dichos de otra persona, lo que constituye prueba lícita. Como señalan Horvitz y López, “el interlocutor en una conversación privada puede perfectamente revelar a terceros la información recibida en perjuicio de su emisor (...) esta conducta podría, en algunos casos, considerarse como social o éticamente incorrecta, pero, en ningún caso, como una conducta ilegal.”⁸⁹

Sin embargo, es cada vez más común encontrar casos en la jurisprudencia en que una de las partes, valiéndose de algún aparato electrónico, de forma subrepticia (y, por lo tanto, sin autorización de la otra), capta la comunicación y luego presenta dicha conversación como prueba en un procedimiento. En estos casos es que existe la mayor incertidumbre sobre el tratamiento que dicha prueba debe recibir. La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme al respecto y la doctrina es escasa. ¿Aquella evidencia debe ser considerada como prueba ilícita?

Ya hemos señalado que la prueba ilícita ha sido entendida por la jurisprudencia y doctrina nacional como aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Es así que, para determinar si la grabación subrepticia constituye prueba ilícita, debemos necesariamente analizar si existe una vulneración de alguna garantía fundamental en el momento de la obtención de la evidencia.

De esta forma, en primer lugar, se analizará la existencia de afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; en segundo lugar, si existe afectación al derecho a la honra; en tercer lugar, si existe una vulneración a la vida privada; y, por último, si existe una vulneración a la protección de los datos personales.

1. Respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y como ya ha sido desarrollado en el capítulo 3.1.1. de este trabajo, podemos señalar que las grabaciones subrepticias no vulneran dicha garantía, toda vez que esta no se predica respecto a las partes intervinientes.

⁸⁹ HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 125p.

Lo anterior, que tan claramente ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y español, sin embargo, no ha permeado hacia las sentencias de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, las que en numerosas ocasiones han resuelto las contiendas de licitud de prueba consistente en grabaciones subrepticias, analizando si ello representa una vulneración a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones⁹⁰⁻⁹¹.

2. Respecto al derecho a la honra, establecido en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, es pertinente señalar que, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina nacional, la honra es un “*concepto vinculado al buen nombre, a la buena fama, al bien moral*”⁹², que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona.

En el caso de la honra, la dignidad del emisor se ve vulnerada cuando la acción de una persona es capaz de afectar el *buen nombre o reputación*.

En el caso de las grabaciones subrepticias por uno de los participantes, el hecho de preservar la comunicación, *per se* no es capaz de afectar la honra del emisor. La reputación del emisor, antes del acto comunicativo, es idéntica a la reputación de este, luego de grabada la conversación.

Cuestión distinta es que luego, quien ha grabado dicha comunicación, la difunda públicamente o la utilice sin autorización expresa de quien fue grabado. En ese caso, el *hecho de su difusión*

⁹⁰ Por ejemplo, el conocido caso *Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones*. Sentencia Rol N° 35159-2017, de fecha 18 de julio de 2017. Excelentísima Corte Suprema. Sin embargo, en el caso *Ministerio Público con Cristián Avendaño Avendaño* (Sentencia Rol N°12279/2013, de fecha 02 de enero de 2014. Excelentísima Corte Suprema.), la Sala Penal de la misma Corte Suprema, señaló que “*quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad*”.

⁹¹ A mayor abundamiento, y como señala Quissé, las grabaciones subrepticias por interlocutores no lesionan el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones porque no se lesiona la libertad de comunicación de las partes. “*Cuando el interlocutor se comunica sabe plenamente con quien lo hace y, por tanto, decide libremente qué decir, qué expresar, qué transmitir, cómo expresarlo, etc; esto es, su comunicación resulta espontánea, al menos desde el punto de vista del reconocimiento de la contraparte con la que interactúa*”. (QUISSE S., C. 2021. Análisis de las grabaciones subrepticias por uno de los interlocutores como supuesto de prueba prohibida por violentar derechos fundamentales. Tesis para optar al título profesional de abogado. Trujillo, Perú, Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 284p.)

⁹² EVANS D., E. 1999. Los Derechos Constitucionales, Tomo I. 2ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 217p

(no la obtención de la grabación) constituye una vulneración al derecho a la honra⁹³.

De esta forma, la manera en que se ha *obtenido* la prueba -grabando subrepticamente al emisor- por sí misma no es capaz de lesionar el buen nombre o reputación del emisor.

3. Respecto al derecho a la vida privada, hemos sostenido que su núcleo se encuentra en la dignidad, en que se protege “*un santuario de intimidad en el cual pueda formar, producir, consolidar y desarrollar esos valores que después va a expresar a la sociedad*”⁹⁴.

Así, la esencia de este derecho la encontramos en la capacidad de otorgar a todas las personas esta esfera en que se preserva del conocimiento de terceros todo aquello que el sujeto decide mantener como privado.

De esta forma, para que la obtención de una prueba lesione esta garantía, quien graba la comunicación debe haber vulnerado la dignidad del emisor, habiendo ingresado a este “santuario”, en palabras de Silva Bascuñán. Es decir, el derecho al respeto y protección de la vida privada se ve quebrantado cuando una persona ha ingresado a la esfera que el titular expresamente ha apartado de los demás.

Sin embargo, en el caso de las grabaciones subrepticias realizadas por una de las partes, no es posible establecer una afectación a dicha esfera, ya que es el mismo titular del derecho quien ha permitido que otra persona acceda a este *santuario*, por lo que no ha existido un ingreso no consentido, sino que se ha registrado el contenido de la comunicación sin la autorización del interlocutor; esta distinción si bien es sutil, es esencial a la hora de analizar la licitud de estas pruebas.

⁹³ Lo anterior puede advertirse en la causa Rol 131124-2020 de la Corte Suprema, en que se señaló que “*si bien la recurrente no puede alegar la existencia de una expectativa legítima o razonable de privacidad, toda vez que ella misma consintió en la realización de actos de connotación sexual por medio de videollamadas y fotografías íntimas enviadas al recurrido señor Meza Abarca en el contexto de una relación sexoafectiva entre las partes, ello no significa que la captación y difusión de las mismas sin que conste la autorización o aquiescencia de la afectada constituya un acto lícito conforme al ordenamiento jurídico, puesto que independiente de la calificación penal de los hechos, es manifiesto que su divulgación a través de la aplicación WhatsApp a terceras personas, acompañada de mensajes ofensivos en desmedro de la actora, perturba su derecho a la vida privada y a la honra garantizados en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, en atención a que las imágenes pertenecen a la esfera de su estricta intimidad*”(Énfasis agregado)

⁹⁴ Comisión Ortúzar. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 116ª, celebrada en jueves 24 de abril de 1975. Tomo IV. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 1973-78. 332 p.

De esta forma, aun cuando la comunicación haya sido grabada por el interlocutor, la vida privada del sujeto continúa solo siendo conocida por quien él ha decidido.

4. Por último, es necesario referirnos acerca de si las grabaciones subrepticias lesionan el derecho a la protección de los datos personales.

Como señalamos en el acápite 2.4, el núcleo esencial de este derecho se encuentra en el *poder de control sobre los datos personales*: cuando la persona es despojada de la capacidad de decidir sobre el tratamiento de dichos datos, se ve afectado el núcleo esencial de esta garantía. Así, lo ha dicho el Tribunal Constitucional Español, en cuanto ha establecido que este derecho “persigue garantizar... el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado...que «garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»”⁹⁵.

Es por ello por lo que el artículo 19 N°4 de la Constitución ha garantizado el respeto y protección a los datos personales, señalando expresamente a continuación que “*el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley*”. De esta forma, para entender que los datos personales se encuentran protegidos, debe actuarse conforme lo establecido en la Ley N°19.628 (“Sobre protección a la vida privada”).

Según el artículo 2° letra f) de la mencionada Ley, “datos personales” son “*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*”, entregando un concepto en términos amplios, lo que “facilita su adaptación a la constante evolución tecnológica, no limitándose solamente a la información escrita, sino que también, a la información gráfica (como la imagen), numérica (como el número de cédula de identidad), alfabética (el nombre y los apellidos), u otra de cualquier índole”⁹⁶, como la voz.

De esta forma, es que sabemos que tanto la imagen como la voz son datos personales, en tanto

⁹⁵ Sentencia Rol N°292-2000, de fecha 04 de enero de 2001. Tribunal Constitucional Español. (Énfasis agregado)

⁹⁶ RAVETLLAT B., I. y BASOALTO R., C. 2021. La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Estudios constitucionales. Vol.19, n.1. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002021000100111&script=sci_arttext#fn20> [consulta: 09 octubre 2021]

constituyen información sobre personas naturales, que permiten identificarlas⁹⁷.

Luego, la misma Ley establece que “el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. En este último caso, la persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”, señalando que se entenderá por “tratamiento de datos” a “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”. (Énfasis agregado)

Es decir, la Ley N°19.628 establece claramente que la recolección de un dato personal sólo puede efectuarse cuando la ley o el titular consienta en ello: “la sola operación de recogida ya implica la ejecución del tratamiento al que se viene aludiendo”⁹⁸.

Es así que, cuando una persona graba a otra sin su consentimiento, efectivamente no *ha ingresado* a la vida privada del otro ilícitamente, pero sí ha afectado el núcleo esencial del derecho a la protección de datos personales (imagen y voz del individuo), lesionando la *libertad de control* de este para permitir o no que sus características más inherentes sean recolectadas por otro, habiendo sido ellas almacenadas sin autorización ni comunicación sobre el propósito.

En el mismo momento en que el interlocutor presiona el botón de grabación, el poder de control sobre los datos personales del emisor es afectado. Este pierde la capacidad de decidir quién, cómo y por qué almacena su imagen y su voz.

El Tribunal Constitucional español, en su famosa sentencia 292/2000, lo señaló claramente al establecer que “el Derecho a la protección de datos atribuye un haz de facultades consistentes

⁹⁷ Sobre el derecho a la imagen como dato personal: <https://www.consejotransparencia.cl/cplt-critica-aplicacion-para-acceder-a-clave-unica-del-registro-civil-por-uso-de-perfil-biometrico/>. Sobre el derecho a la voz como dato personal: Sentencia 815-2020, de fecha 18 de junio de 2020. Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso Administrativo).

⁹⁸ RAVETLLAT B., I. y BASOALTO R., C. 2021. La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Estudios constitucionales. Vol.19, n.1. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002021000100111&script=sci_arttext#fn20> [consulta: 01 octubre 2021]

en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida (...) En definitiva el poder de disposición sobre los datos personales”⁹⁹.

Ello es esencial. Este poder de control se materializa mediante la imposición a los terceros de una obligación de hacer: el requerir el previo consentimiento para recoger el dato. En este sentido, resulta interesante la decisión del Tribunal Supremo de España en que confirmó la multa de 7.500 euros impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a una empresa (app) de bromas telefónicas (Juasapp), por infracciones en el tratamiento de datos personales sin consentimiento, toda vez que guardaban en sus ficheros el mensaje de voz de la persona que recibía dicha broma. El Tribunal resolvió que “la grabación de la voz del sujeto pasivo de la broma se produce por parte de una empresa (...) sin que medie un consentimiento previo, y es sólo al finalizar la grabación de la broma (...) Pues bien, la solicitud de autorización tras escuchar una grabación que, sólo al final, el sujeto comprende que ha sido una broma y que le ha podido hacer gracia, pero también le ha podido originar dudas, sorpresa o alarma, difícilmente puede considerarse un consentimiento que cumpla con los requisitos estipulados en la Ley de Protección de Datos”¹⁰⁰.

De esta forma, el consentimiento para grabar la voz o la imagen debe ser expreso y ciertamente previo al hecho mismo de la grabación.

Como bien señala Nogueira Alcalá, el derecho que se tiene sobre la imagen –y, por cierto, la voz- dota a la persona de la facultad de *decidir* sobre su uso, extendiéndose desde el momento de la captación¹⁰¹. De esta manera, solo con el hecho de que una persona sin el consentimiento del titular *capte* la imagen o voz de otro, necesariamente vulnera la libertad de este para decidir sobre el control de las características más inherentes a la personalidad. No es la libertad de

⁹⁹ Sentencia Rol N°292-2000, de fecha 04 de enero de 2001. Tribunal Constitucional Español.

¹⁰⁰ Sentencia 815-2020, de fecha 18 de junio de 2020. Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso Administrativo).

¹⁰¹ NOGUEIRA A., H. 2007. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización. Revista Ius et Praxis 13 (2): 245-285.

decidir sobre cualquier aspecto, sino algo tan trascendente y ligado a la dignidad de una persona como su voz y su imagen, es un derecho a la autodeterminación individual. El emisor efectivamente le ha dado acceso al contenido de la comunicación, pero jamás ha permitido que se recolecte ni almacenen sus datos.

Así también, podemos analizar esta situación desde el concepto señalado por la profesora Vivanco, respecto a que el receptor de la comunicación se hace *dueño* o al menos *mero tenedor* de esta. En efecto, ello es así y la doctrina mayoritaria se encuentra de acuerdo: el receptor –en tanto partícipe de la comunicación- puede disponer de ella. Sin embargo, el receptor solo puede disponer de aquello que le ha sido entregado, en la forma en que le fue entregado por el emisor.

Por ello, señalábamos que las comunicaciones registradas pueden presentarse como prueba, porque se dispone de la comunicación en la forma en que el mismo emisor la entregó: escrita en el caso de un correo electrónico o en formato de video en una grabación mediante videollamada. Es el mismo emisor de la comunicación el que libremente eligió grabar su imagen y su voz y enviarla en dicho formato a su interlocutor, nadie ha perturbado su *derecho al control* de sus datos personales, pues él mismo ha sido quien los ha captado y enviado.

Sin embargo, en los casos en que el receptor *transforma* una comunicación no registrada a registrada sin el consentimiento de las otras partes, está disponiendo de algo respecto a lo que su titular jamás le permitió su recolección ni almacenamiento. Cualquier comunicación que por su esencia no deja registro de su contenido, requiere del consentimiento de todas las partes intervinientes –especialmente del emisor- para dejar registro de ella, ya que “toda persona debe determinar por sí sola a quien autoriza a grabar su palabra como ante quién puede reproducirse su voz grabada magnetofónicamente”¹⁰².

Así, por ejemplo, las reuniones celebradas por videoconferencia mediante plataforma zoom son por su esencia parcialmente registradas, ya que no dejan registro de su contenido y si se activa la opción de grabación –desde mayo del presente año- expresamente aparece un cuadro de texto que comunica a los demás partícipes que “*La reunión se está grabando. Al seguir adelante con esta reunión está dando su consentimiento a ser grabado*”. En caso de que no se acepte esta

¹⁰² NOGUEIRA A., H. 1998. El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius et Praxis 4 (2): 65-106.

circunstancia, no se podrá participar de la reunión y automáticamente el sistema expulsa al participante de la conversación.

Dicha reforma implementada por esta plataforma de comunicaciones mediante videoconferencia demuestra claramente que una comunicación que es parcialmente registrada solo da derecho a los partícipes para acceder a la comunicación en esas condiciones, por lo que, si se quiere transformar la comunicación a una totalmente registrada, se requiere el expreso consentimiento de quienes participan en ella. No puede ser de otra forma.

Es por ello por lo que, concordando con Bascuñán, no parece correcta la posición de gran parte de la jurisprudencia estadounidense que asimila la grabación subrepticia al mismo estatus de la memoria del interlocutor, señalando que sería lo mismo que el interlocutor grabe la conversación al hecho de que -en cualquier conversación- el interlocutor memorizara lo conversado para después reproducirlo¹⁰³. Claramente la memoria del interlocutor no es equiparable a la recolección electrónica de la voz e imagen de otra persona, la que además puede ser reproducida infinitamente frente a terceros sin ningún poder de control del titular de los datos.

El hecho de que uno de los interlocutores grabe subrepticamente a otro, impide que el titular del dato personal ejerza su “facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”¹⁰⁴.

Por lo tanto, y luego de haber establecido que las grabaciones subrepticias constituyen un caso de prueba ilícita, pues han sido obtenidas con vulneración al artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, cabe preguntarnos ¿qué sucedería en aquellos casos en que alguna de las partes en un sumario administrativo presenta comunicaciones parcialmente registradas o no registradas en que efectivamente formó parte, pero en que obtuvo su registro sin contar con la autorización de la otra? ¿Dicha evidencia debe ser considerada inadmisibile?.

Nuestra conclusión es que solo puede ser aceptada como evidencia dentro del proceso si supera

¹⁰³ Katz v. U.S. 389 U.S. 347 (1967), 363. Citado por BASCUÑÁN R., A. 2014. Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II. Revista de Ciencias Penales 4 (3): 43-74.

¹⁰⁴ Sentencia Rol N°292-2000, de fecha 04 de enero de 2001. Tribunal Constitucional Español.

el test de ponderación.

En efecto, y como fue señalado en el acápite 1.2, una interpretación en extremo rígida del principio de la prueba ilícita olvida que en el proceso no solo existe la garantía que protege los datos personales del emisor de la comunicación, sino que también existen numerosas otras, que -en el caso concreto- pueden representar intereses de mayor relevancia.

Así, por ejemplo, en *Ministerio Público con Avendaño*¹⁰⁵, un interno del Centro de Detención Preventiva de Calama grabó en dos oportunidades conversaciones privadas con un funcionario del recinto en forma subrepticia y sin su autorización, obteniendo dos registros que entregó a funcionarios de Gendarmería. El acusado señaló que el emisor, al efectuar las grabaciones, no estaba amparado por circunstancias excepcionales, por lo que no habría contado con autorización del afectado para registrar el diálogo, existiendo afectación de los derechos constitucionales establecidos en los artículos 19 numerales 4 y 5 de la Constitución Política.

El Máximo Tribunal señaló que “los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas. Sin embargo, tal regla admite una excepción, cual es, cuando la acción del particular representa un acto de defensa respecto de ilicitudes en marcha (...) al momento de efectuarse la grabación había una ilicitud en marcha (...) Así, concurre la excepción antes dicha, por lo que la intervención del particular por la vía de grabar una conversación está permitida.”

Lo anterior, por tanto, constituye un ejercicio de ponderación de bienes jurídicos realizado por la Corte. En este caso –y como es posible ver en la abundante jurisprudencia laboral de este mismo Tribunal- se concluye que la prueba obtenida ilícitamente debe ser admitida, toda vez que –aun cuando el sentenciador no lo desarrolló extensivamente- se ha superado el ejercicio del test de la idoneidad (la restricción al derecho a la privacidad permite alcanzar efectivamente un fin legítimo, como es el debido proceso y la condena de un delito), el de la necesidad (la medida fue indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna para lograr el mismo fin) y el de la proporcionalidad (la importancia del derecho al debido proceso -considerando la gravedad de lo investigado- justifica la restricción del derecho a la

¹⁰⁵ Sentencia Rol N° 12279-2013, de fecha 2 de enero de 2014. Excelentísima Corte Suprema.

privacidad en este caso concreto)¹⁰⁶.

En el sentido contrario, recordemos la ya citada sentencia en la que el Tribunal Supremo Español condenó a una empresa de bromas telefónicas que almacenaba datos personales sin consentimiento de sus titulares. Como señalamos, el Tribunal optó por otorgar mayor prevalencia a la protección de datos por sobre el derecho de la persona al derecho de la persona a expresarse, estimando que “en ningún caso podría prevalecer la realización de una actividad de ocio frente a la protección de datos personales en relación con un tratamiento informático de los mismos (...) una actividad de ocio -como cualquier otra- debe atenerse a la protección de datos en caso de que dicha actividad implique el tratamiento informatizado de tales datos personales. Y si dicho tratamiento y el consentimiento requerido hace difícil (o inviable), una determinada actividad, ello no es causa para suspender la efectividad de los datos personales de los individuos potencialmente afectados”¹⁰⁷.

3.1.4.- Prueba presentada por un tercero ajeno a la conversación.

Como citamos antes, el Tribunal Constitucional, el artículo 19 N°5 “protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste (...) la impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores”¹⁰⁸. En este acápite nos referiremos a los requisitos para que un tercero acceda a una comunicación privada, esto es, cuáles son “los casos y formas que determine la ley”.

En primer lugar, un tercero podrá presentar una grabación en una investigación si cuenta con el

¹⁰⁶ Así también, podemos ver una evolución en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que con anterioridad señalaba respecto a las grabaciones subrepticias aportadas por funcionarios públicos en los procedimientos disciplinarios, que “no puede pretenderse que sea constitutivo de un medio lícito grabar clandestina y subrepticamente una conversación telefónica, esto es, sin el conocimiento del emisor de las expresiones registradas en audio y que, posteriormente, tal elemento sea admitido, incorporado y valorado en el procedimiento disciplinario incoado”. Sin embargo, recientemente en las Resoluciones Exentas N°PD00375, de 07 de mayo de 2021 y N°PD00414, de 19 de mayo de 2021, en que se aprobaron sumarios administrativos, el Órgano Contralor admitió como prueba lícita en el proceso las grabaciones de conversaciones telefónicas obtenidas subrepticamente.

¹⁰⁷ Sentencia 815-2020, de fecha 18 de junio de 2020. Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso Administrativo).

¹⁰⁸ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

consentimiento de las partes. Esto deberá ser informado al Fiscal correspondiente, y hacerse constar en el procedimiento administrativo correspondiente, ya que la garantía del artículo 19 N°5 de la Carta fundamental se aplica expresamente respecto a cualquier tercero que haya ingresado a una comunicación ajena.

Es posible ver en la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República algunos casos de prueba de comunicaciones privadas obtenidas por terceros al acto comunicativo. Por ejemplo, en el Dictamen N° 74351/11 de dicho Órgano, se resolvió el caso en que la autoridad alcaldía de la Municipalidad de Concón dispuso la instrucción de un procedimiento disciplinario en contra de dos funcionarias, al haberse detectado por parte de un técnico informático que realizaba una revisión del computador de una de ellas, que estas habrían instalado programas no relacionados con las funciones municipales, y se habrían comunicado a través de ellos durante horario laboral. Dicho funcionario accedió al contenido de dichas conversaciones, las imprimió y entregó al Alcalde. Luego se usó esta información como fundamento de un sumario administrativo.

Las inculpadas en el procedimiento estimaron que dichas acciones constituyeron actuaciones ilícitas, por lo que presentaron una querrela por delito de violación de correspondencia, violación de respeto y protección a la vida privada mediante captación, grabación y reproducción sin autorización de comunicaciones desde sus chats Messenger.

En el Dictamen del Órgano Contralor, se señaló acertadamente que “atendido que las comunicaciones a que se ha hecho referencia se efectuaron a través de un sistema de mensajería instantánea asociado a una casilla de correo privada, no resultó procedente, en razón de lo prescrito en el artículo 19 N°s. 4 y 5 de la Carta Fundamental, la actuación de determinados servidores municipales de acceder al contenido de las conversaciones privadas sostenidas por otros empleados de la Municipalidad de Concón a través de medios electrónicos, sin el consentimiento de éstos” (énfasis agregado).

Sin perjuicio de concordar con dicho Dictamen, creemos que, en virtud de la gravísima falta que constituye acceder a casillas de correos privadas, leer su contenido e imprimirlo, la Contraloría debió haber ordenado se instruyera un sumario administrativo para determinar las responsabilidades de los funcionarios que participaron en dicho acto, lo que constituye una grave falta a la probidad administrativa y ciertamente a la garantía de inviolabilidad de las

comunicaciones.

Asimismo, resulta interesante el Dictamen N° 10.352/2019, de la Contraloría General de la República, en el que ordenó a la Policía de Investigaciones de Chile dejar sin efecto la medida disciplinaria en contra de un funcionario. En dicho procedimiento, un oficial de la PDI se habría referido en malos términos en contra de una funcionaria que servía la función de comisario, utilizando la plataforma de WhatsApp para enviar sus comentarios a otra colega. Esta conversación privada habría sido vista por funcionarios del Departamento de Extranjería y Policía Internacional Aeropuerto, al momento de conectar la aplicación WhatsApp Web del computador fiscal.

En el Dictamen, el Órgano Contralor señala que “la verificación del suceso que se reprocha, como asimismo las probanzas ponderadas para arribar a la convicción necesaria para dar por establecida la responsabilidad administrativa del señor HYN, fueron obtenidos por medios ilícitos, toda vez que de los antecedentes tenidos a la vista no consta que los partícipes de la conversación vertida a través mensajes personales vía WhatsApp Web, hubiesen permitido que terceros a quienes no iban dirigidos, accedieran a ella -los que de forma posterior hicieron uso indebido de la misma-, situación que importó una afectación relevante del debido proceso.” (énfasis agregado).

En esta decisión es posible observar que se ha dado pleno respeto a la garantía del artículo 19 N°5, en cuanto se ha establecido como ilícita la intromisión de terceros ajenos al acto comunicativo¹⁰⁹. Asimismo, es interesante preguntarnos cómo operaría el principio de ponderación en este caso. En nuestra opinión, dicha evidencia supera el juicio de idoneidad en cuanto a que es adecuada para promover el debido proceso; asimismo, supera el juicio de necesidad en cuanto a que es la única idónea para probar el hecho. Sin embargo, la prueba no logra satisfacer el juicio de proporcionalidad, toda vez que el bien jurídico tutelado –el correcto comportamiento de un funcionario en relación con el vocabulario soez utilizado- no reviste la

¹⁰⁹ Es importante señalar que nuestra jurisprudencia y doctrina han establecido que, para considerar que un tercero ha violado esta garantía, no es necesario que haya existido una acción tendiente a interceptar o registrar, sino que la intromisión puede ser de cualquier tipo. Es así que en la causa rol N°2502-2012 de la Corte Suprema, se expuso el caso en que una persona por error reenvió un correo electrónico a una persona equivocada, y -al percatarse de ello- le comunicó la prohibición de compartir el contenido. En este caso sucede algo similar, toda vez que -al parecer- quienes leyeron la conversación no llevaron a cabo acciones tendientes a interceptar o registrar el equipo, habría sido un encuentro fortuito.

gravedad necesaria para desplazar la protección a la inviolabilidad de las comunicaciones. No parece proporcionado que, frente a una denuncia por vocabulario inapropiado, se permita la violación al derecho a la privacidad de las comunicaciones, lo que ha sido expresamente señalado por el Tribunal Constitucional, al indicar que el acceso a las comunicaciones privadas sólo puede permitirse cuando es indispensable para una finalidad de relevancia mayor¹¹⁰.

Sin embargo, ¿qué sucedería en un caso que un tercero a una comunicación presente como prueba en un sumario administrativo un correo electrónico en que otro funcionario acepta sobornos en el marco de un proceso de contratación pública? ¿O en que un funcionario de una Superintendencia entrega información confidencial a un sujeto regulado?

El artículo 19 N°5 protege la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que toda prueba presentada por un tercero que ha accedido a ellas sin el consentimiento de las partes es ilícita. Sin embargo, es aquí donde nuevamente debe acudirse al *test* de ponderación, sopesándose la privacidad del correo con la importancia del otro derecho tutelado, que –en este caso- es la probidad administrativa.

Es posible ver la aplicación de dicho principio, en *María Moreno Alvarado con Consultores Asociados de Marketing CADEM S.A.*¹¹¹ -analizado en el acápite 1.2- en que esta última empresa encuestadora –luego de haber recibido una denuncia de parte de una empresa competidora y haber descubierto una encuesta perteneciente a otra empresa en la oficina de la actora- ingresó a su correo electrónico laboral, donde encontró comunicaciones de la demandante en que entregaba datos personales de los encuestados a empresas de la competencia.

En dicha contienda, el juez acogió la acción de tutela laboral, toda vez que la revisión de los correos electrónicos de la denunciante por parte de su empleador constituyó una vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas, no habiendo respetado lo establecido en su propio “Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad”. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad laboral, señalando

¹¹⁰ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

¹¹¹ Sentencia Rol N°2134-2017, de fecha 09 de febrero de 2018. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

que “(...) se debe discernir acerca del alcance y límites del poder de vigilancia y control del empresario cuando puede derivar en una posible afectación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. En este sentido, la mayor parte de la doctrina postula que los derechos fundamentales admiten limitaciones o sacrificios en pos de la satisfacción de un bien superior en el caso concreto. Así, para examinar las motivaciones de la conducta de la demandada, habrá que acudir al juicio de la ponderación, a través de los criterios de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la conducta de la empresa.” (énfasis agregado).

“En consecuencia, la revisión de los correos electrónicos se trató de una medida justificada, pues se origina en la existencia de sospechas de un comportamiento contrario a derecho de la trabajadora y con el fin de proteger datos empresariales de reserva obligada. La medida fue razonable desde que la eventual vulneración de información confidencial de terceros se habría producido mediante los equipos de propiedad de la empresa. La medida era idónea para la finalidad pretendida, esto es, verificar si la trabajadora compartía herramientas de trabajo a la competencia. La medida era necesaria, desde que no se vislumbra otro medio menos lesivo para constatar los hechos, no pudiendo esperar que la actora se reintegrara dado los intereses jurídicos relevantes en juego. Y es equilibrada, pues no se conocieron datos personales ni familiares de la demandante, sino sólo empresariales. Por consiguiente, la decisión empresarial de examinar el computador de la actora ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad, puesto que responde a la existencia de un fin legítimo, como es velar por el secreto de información personal y sensible de terceros”¹¹². (énfasis agregados)

Esta decisión resulta llamativa, pues la jurisprudencia en su gran mayoría ha defendido la privacidad de los correos de los trabajadores, aun en aquellos casos en que ha sido probado que estos realizaban actos contrarios a los intereses de la empresa¹¹³. Sin embargo, consideramos que el hecho que provocó la diferencia en la presente causa se debe a que la acción realizada

¹¹² En este tema, sin embargo, no existe jurisprudencia uniforme, toda vez que –por ejemplo– en la conocida causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, R.I.T. T-1-2008, se acogió la demanda de una trabajadora, quien fue despedida en razón de haber entregado, vía electrónica, información privada de la compañía en la que trabajaba. El empleador ingresó sin la autorización de la trabajadora a su correo electrónico personal, por lo que se determinó, a través del principio de proporcionalidad, que la conducta del empleador no se ajustó al orden jurídico en la medida que vulneró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de la demandante.

¹¹³ Por ejemplo, en Sentencia R.I.T. T-1-2008, de fecha 15 de septiembre de 2008. Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

por la trabajadora no solo representaba una afectación para los intereses patrimoniales del empleador, sino que también perjudicaba a cientos de personas naturales, cuyos datos personales serían compartidos sin su consentimiento, máxime la obligación legal que pesa en este caso, correspondiente al secreto estadístico.

En este caso, la medida satisfacía el requisito de proporcionalidad, pues debía ponderarse el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de la trabajadora con la garantía de protección a los datos personales de cientos de clientes de la empresa y el secreto estadístico. Como señala el profesor Díaz García, “es necesario determinar el peso de cada uno de esos intereses constitucionales en el caso concreto, es decir, precisar qué se gana y qué se pierde con la aplicación de la medida sometida a control”¹¹⁴.

En el mismo sentido, en la causa Ruc N° 1800048151 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar confirmada por la Corte Suprema¹¹⁵, el recurrente reclamó que la recurrida –su cónyuge- habría accedido sin su autorización a su computador y teléfono celular, desde donde obtuvo imágenes y comunicaciones que fueron presentadas en la causa penal en su contra como autor del delito de exposición de menor de edad.

El Tribunal señaló que “en cuanto al fondo, existe en la especie una colisión de derechos, por una parte está la protección a la indemnidad sexual de una víctima menor de edad y por la otra el derecho a la intimidad y privacidad del agresor, en el caso concreto, consideran estas sentenciadoras que la protección a la indemnidad sexual de una niña debe primar ante el derecho a la privacidad e intimidad alegado por la defensa del encartado (...)” (Énfasis agregado).

Si bien -como fue señalado con anterioridad- se observa que el principio de ponderación no es aplicado en su totalidad (solo analizándose el tercer paso de este), sí es posible verificar que nuestra jurisprudencia -en el interés de proteger ciertos derechos que son considerados superiores- aplica el principio con el objeto de no producir decisiones distorsionadas. Sin embargo, reiteramos la necesidad de aplicar el test en su totalidad, pues solo de esa manera es

¹¹⁴ DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

¹¹⁵ Sentencia Rol N° 14317-2021, de fecha 08 de abril de 2021. Excelentísima Corte Suprema.

posible asegurar que la decisión no sea arbitraria.

Ahora bien, y continuando con el análisis de la prueba presentada por un tercero, resulta importante referirse al caso de que un funcionario aporte como evidencia una comunicación publicada en el muro público de alguna plataforma electrónica, como Facebook o Instagram, por ejemplificar las más comunes. La particularidad de estas comunicaciones es que, a diferencia de aquellas que están dirigidas a una persona determinada, estas han sido publicadas en un “muro”. La lógica señalaría, a primera vista, que esta prueba debería ser declarada admisible, toda vez que no cumpliría con el carácter de *privada* que toda comunicación debe tener para contar con la protección de inviolabilidad que consagra la Carta Fundamental. Ello no siempre es así.

En este caso, el Fiscal debe atender al criterio establecido por la Corte Suprema en *Ministerio Público con Alfredo Castillo Morales y otro*¹¹⁶, en que la defensa de los imputados interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria argumentando que la policía habría accedido intrusivamente a información personal contenida en los perfiles de Facebook de los acusados, como fotografías e historial de amigos, sin contar con el consentimiento de ellos.

La Corte, en resumen, señaló que dicha plataforma admite diversos tipos de configuraciones de privacidad “de modo que según el nivel de visibilidad de dicho contenido que haya decidido el propio usuario, estará visible para más o menos gente. Pues bien, uno de esos niveles de visibilidad corresponde al de “público”, lo que importa que cualquier persona puede acceder libremente al contenido que el propio usuario ha incluido dentro de esa categoría, a diferencia del material que se publica de manera restringida para que sea conocido sólo por determinadas personas según los elija o defina el usuario (...) Así, el material (texto, fotografías, videos, etc.) incorporado a Facebook bajo un perfil “público”, equivale a aquel puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, donde el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet. En ese contexto, quien difunda información en la forma expresada no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre ese contenido, menos aún si se tiene en cuenta que, precisamente al contrario, en general con una publicación emitida bajo esas condiciones se persigue por el difusor que sea conocida

¹¹⁶ Sentencia Rol N° 3-2017, de fecha 27 de febrero de 2017. Excelentísima Corte Suprema.

por el mayor número de personas.”

Es así como, frente a la prueba consistente en publicaciones en redes sociales -tales como Facebook o Instagram- también debe existir un análisis de admisibilidad por parte del Fiscal administrativo, toda vez que -como señaló el Máximo Tribunal- si el usuario ha configurado su cuenta bajo un perfil “privado” y quien presenta la prueba no forma parte de sus contactos, entonces ha accedido a esa comunicación por medios ilícitos. Es relevante entender entonces que no toda comunicación, solo por el hecho de haber sido publicada en el muro de una red social, se transforma en una comunicación pública.

Por último, es relevante señalar dos situaciones en que –sin acudir al principio de ponderación de derechos- nos encontramos con comunicaciones privadas que podrían ser aportadas por un tercero y que constituyen prueba admisible, a esto nos referiremos a continuación:

3.1.4.1.-Correos a los que se ha accedido mediante el procedimiento establecido en la Ley 20.285.

En dicho caso, y sin referirnos a la nutrida discusión doctrinaria y jurisprudencial nacional acerca de las facultades del Consejo para la Transparencia para ordenar el acceso intrusivo a las comunicaciones privadas, es pertinente señalar que, en dicho caso, el acceso a esas comunicaciones se ha obtenido mediante un procedimiento establecido en la Ley sobre acceso a la información pública, por lo que no ha sido una intromisión contraria a derecho¹¹⁷. Por lo mismo, dicho correo electrónico debe ser considerado admisible por el Fiscal administrativo.

3.1.4.2.- Correos electrónicos que forman parte de un expediente administrativo.

En este caso, el Fiscal debe considerar esta prueba como admisible, toda vez que –como en el caso anterior- el tercero ha accedido a la comunicación de forma lícita: esta se encuentra

¹¹⁷ Al respecto, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (entre otros, Sentencia Rol N° 2153-2011, de fecha 11 de septiembre de 2012), algunas sentencias de la Corte Suprema (entre otros, Sentencia Rol N° 7484-13, de fecha 15 de enero de 2014) y una breve jurisprudencia del Consejo para la Transparencia (entre otros, Decisión Rol C24-19), ha sostenido que la Ley de Transparencia no sería uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas.

publicada y forma parte de un expediente administrativo.

En este sentido, es cada vez más común observar que en los expedientes de normas publicados por los distintos órganos públicos, se incorporan correos electrónicos que son considerados parte de los *fundamentos* del acto o resolución final¹¹⁸.

Por lo tanto, cuando un correo electrónico es incorporado a un expediente administrativo, ello corresponde a la acertada decisión de la autoridad, que ha permitido a la ciudadanía acceder a “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, entendiendo bajo el concepto de “fundamento” a todo documento, independientemente de su naturaleza u origen.

Entender dicho concepto de una forma en extremo formalista llevaría a una desnaturalización absoluta del derecho establecido en el artículo 8°, haciéndolo inútil en la práctica.

Al respecto, podemos observar que, mediante el Memorándum N°755/2019, de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente, que informa sobre la “versión refundida de lineamientos para la elaboración de expedientes de Normas, Planes y Consulta Indígena”, en el párrafo 5.vi. se señala que “la publicación de toda pieza del expediente en el sitio web referido, o el que lo reemplace, deberá dar estricto cumplimiento a lo establecido en la Ley N°19.628

¹¹⁸ De esta forma, por ejemplo:

- a. En la página de expedientes electrónicos de Planes y Normas del Ministerio del Medio Ambiente, se ha incorporado copia de diversos correos electrónicos relativos al procedimiento.
 - i. En el expediente de la norma secundaria de calidad ambiental para la protección de las aguas de la cuenca del río Huasco, se encuentra publicado un correo electrónico (https://planesynormas.mma.gob.cl/archivos/2017/proyectos/1334_al_1335.pdf) mediante el cual la Secretaría de la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la región de Antofagasta le solicita a los Integrantes del Comité Operativo de dicha norma, el envío de la respuesta oficial a la revisión y entrega de estudios pertinentes.
 - ii. En el expediente de la norma de emisión para grupos electrógenos, se encuentra publicado un correo electrónico (https://planesynormas.mma.gob.cl/archivos/2017/proyectos/84_Respuesta_Atlas_Copco_a_invitacion_de_C_OA.pdf) mediante el cual el Gerente de Negocios de la empresa Atlas Copco adjunta sus datos para participar del Comité Operativo Ampliado.
- b. Asimismo, en la página <https://humedaleschile.mma.gob.cl/>, del Ministerio del Medio Ambiente, se encuentran publicados los expedientes de declaración de humedales urbanos solicitados por los municipios y también aquellos iniciados de oficio por dicho Ministerio. En dichos expedientes también es posible observar que se aduntan correos electrónicos que sirven de fundamento al acto administrativo de declaración del humedal urbano. Por ejemplo, en el expediente del “Humedal Sistema de Lagunas de Lollole – Ojos de Mar, comuna de San Antonio”, se acompaña un correo electrónico en que dicha Municipalidad –en respuesta a un requerimiento del Ministerio del Medio Ambiente– adjunta la planimetría de la zona (<https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-desde-municipios/>).

sobre protección a la vida privada (...) por lo tanto, al publicar documentos del expediente en el sitio web, deberán tacharse todos los datos personales que estos contengan, tales como Rut, correo electrónico, domicilio y número de teléfono”.

De esta forma, y de acuerdo con los votos de minoría del Tribunal Constitucional¹¹⁹, el principio de divisibilidad permite dar cumplimiento al principio de publicidad establecido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, y -al mismo tiempo- cautelar la protección de los derechos de terceros.

3.1.5.- Prueba presentada como medida intrusiva por parte del Fiscal.

Ya hemos señalado que, conforme a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ningún tercero puede acceder a una conversación si es que no cuenta con la autorización de los interlocutores o no se encuentra autorizado por una Ley que establezca los casos y formas en que ello será posible.

En razón de ello, es necesario preguntarnos si el Fiscal administrativo del procedimiento disciplinario, tendría facultades para ingresar a comunicaciones privadas, de las que no ha formado parte¹²⁰.

Al respecto, el artículo 135 del Estatuto Administrativo, establece que dicho investigador posee “amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite”. En virtud de ello, el Fiscal puede requerir la entrega de documentos y tomar declaraciones, entre otras acciones. Sin embargo, ¿dicho artículo faculta al Fiscal Administrativo para llevar a cabo medidas intrusivas, como el ingreso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos?

No existe en la ley chilena una definición ni enumeración legal y taxativa de “medida intrusiva”, pero según la doctrina nacional son “actividades de investigación o búsqueda de

¹¹⁹ Por ejemplo, Sentencia Rol N° 2689-2014, de fecha 24 de mayo de 2016, Tribunal Constitucional.

¹²⁰ Es relevante señalar que las razones esgrimidas a continuación son plenamente aplicables también a la posibilidad de que el mismo Jefe de Servicio posea facultades intrusivas y ordene dichas acciones si determina una reapertura del procedimiento.

pruebas dentro de algún ámbito de privacidad de la persona que la Ley protege, como son, por ejemplo el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras”¹²¹.

Estas técnicas de investigación vulneran garantías de las personas, tales como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas o del hogar, el respeto por la vida privada o intimidad, propiedad, etc., pero su justificación se encontraría en que no es posible concebir la persecución penal, ni menos el ejercicio del poder punitivo, sin cierto grado de afectación a las garantías individuales esenciales¹²².

El principal problema respecto al acceso intrusivo a las comunicaciones privadas de los funcionarios públicos mediante un procedimiento disciplinario es que la normativa aplicable nada dice al respecto, y, mucho menos, respecto a la forma y casos en que podrían realizarse. Asimismo, surge el problema de qué tipo de medidas intrusivas se entiende podrían ser utilizadas por el Fiscal Administrativo ¿Acceso a correos electrónicos? ¿Interceptación de llamadas? ¿Descerrajamiento de cajones?.

Para responder esta interrogante dividiremos el análisis primero refiriéndonos a los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para considerar que es posible permitir estas actuaciones; en segundo lugar, veremos ejemplos en que se han permitido facultades intrusivas dentro de la normativa administrativo-sancionadora; y, en tercer lugar, analizaremos si es posible concluir que el Fiscal administrativo cuenta con esta potestad.

3.1.5.1.- Requisitos para el acceso de terceros a las comunicaciones privadas.

La Constitución, al establecer la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, señala a continuación que “*el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*” (Énfasis agregado).

¹²¹ REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS INTRUSIVAS [en línea] <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25222/1/BCN_Medidas_intrusivas_2018.pdf> [consulta: 02 de octubre de 2021].

¹²² *Ibíd.*

En concordancia con lo anterior, la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha identificado una serie de condiciones que deben ser expresa y claramente cumplidas para que las medidas intrusivas logren superar el examen de constitucionalidad:

1. **Autorización legal:** Debe existir una autorización legal que permita acceder a las comunicaciones privadas *“El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones”*¹²³. Es decir, esta potestad no puede encontrarse en un reglamento o en un decreto, sino que debe establecerse en una norma de rango legal. Ello es lógico, pues se está permitiendo la vulneración a una de las garantías que forman parte del núcleo de los derechos personalísimos, aquellos ligados a la esfera más íntima de la persona, por lo que su aprobación no puede depender de la voluntad de la autoridad de turno, debe necesariamente ser ponderada por nuestros representantes en el Congreso.
2. **Debe determinarse los “casos” en que se permitirá la medida intrusiva:** La Ley debe definir las situaciones en que el acceso a las comunicaciones privadas 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”*¹²⁴.

Al respecto, en el control de constitucionalidad del Proyecto de ley que “Sustituye la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 27°, inciso 2°, letra a), ya que “se desprende que se otorga al Ministerio Público una habilitación, sin reservas, para requerir toda clase de antecedentes o copias de los documentos a que alude, sin que se establezca limitación alguna que circunscriba su competencia al ámbito estricto y determinado que podría justificarla. Dicha habilitación se concede sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano estatal se ha sometido a ellas”¹²⁵.

¹²³ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

¹²⁴ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

¹²⁵ Sentencia Rol N° 433-2005, de fecha 07 de enero de 2005. Tribunal Constitucional.

3. **Debe determinarse las “formas” en que se permitirá la medida intrusiva:** “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”¹²⁶.

Los “casos” se refieren a las situaciones en que se autoriza llevar a cabo la medida intrusiva, las “formas” se refieren al modo o formalidades mediante las cuales se llevará a cabo las situaciones.

Al respecto, en el control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que “Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sustituye la Ley N° 18.403”, el Tribunal Constitucional observó la falta de cumplimiento tanto de los casos y de las formas, al señalar que “el inciso tercero del artículo 16 en examen, no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, en las que deben actuar los funcionarios del servicio autorizado para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios y objetos que estimen necesarios para la investigación. Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley”¹²⁷.

4. **Determinación:** en concordancia con lo señalado, estos “*casos y formas*” deben estar determinados, es decir, “deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente”¹²⁸.
5. **La resolución debe ser motivada:** “Toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones”¹²⁹.

¹²⁶ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

¹²⁷ Sentencia Rol N° 198-95, de fecha 4 de enero de 1995. Tribunal Constitucional.

¹²⁸ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

¹²⁹ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

6. **Autoridad imparcial de control de la medida:** Asimismo, el Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia ha señalado que es un requisito que dicha medida intrusiva sea controlada por un tercero imparcial, que evalúe la pertinencia y fundamentación de la medida.

Al respecto, en el control de constitucionalidad del Proyecto de ley que “Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, al que antes nos referimos, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 27º, inciso 2º, letra a), ya que *“Las facultades conferidas se ejercen por el servicio [Consejo de Defensa del Estado] sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna (...) la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno (...) las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y “objetos que se recojan” dependen de potestades discrecionales amplias, en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen, sólo depende de la apreciación libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación”¹³⁰.*

De esta forma, quienes son objeto de una actuación administrativa que lesiona sus derechos fundamentales no estarían desprotegidos, precisamente porque los derechos de esas personas son asegurados por medio de la autorización judicial previa, que se transforma en parte integrante de las vías de control judicial de la actuación administrativa¹³¹.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido como requisito que esta autoridad imparcial cuente con el debido tiempo para poder realizar “un examen acabado y minucioso de los antecedentes que se relacionan con una operación sospechosa. Lo

¹³⁰ Sentencia Rol N° 198-95, de fecha 4 de enero de 1995. Tribunal Constitucional. (Énfasis agregado)

¹³¹ ENTEICHE R., N. 2012. Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional. [en línea] Revista Ius et Praxis. Vol. 12, n. 1 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100014&lng=es&nrm=iso [consulta: 22 de agosto 2021]

anterior con el objetivo de verificar que se cumplen los supuestos que justifican hacer una excepción al secreto o la reserva”¹³², señalando que aquellas normas que exigen un “pronunciamiento inmediato” por parte del juez, son inconstitucionales.

De esta forma, es posible observar que, en orden a permitir un acceso intrusivo a las comunicaciones privadas, debe darse estricto cumplimiento a una serie de requisitos que velan por el debido resguardo a los derechos de las personas. Ello fundamentado en que “el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando sea necesario porque no hay otra alternativa disponible y lícita; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos”¹³³.

3.1.5.2.- El acceso intrusivo a las comunicaciones privadas en los procedimientos administrativos.

Una vez analizados los requisitos que debe cumplir una norma que permita llevar a cabo medidas intrusivas, debemos examinar si existen casos en la abundante normativa administrativa sancionadora en que dichas facultades han sido autorizadas por el legislador.

Al respecto, podemos encontrar varios casos en que efectivamente se ha dotado al Fiscal de dichas potestades. Veamos solo algunos ejemplos:

- **La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)**: Según el DFL 1, de 2005 (“Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°211, de 1973”) permite que, al investigar en casos graves o calificados se pueda ejercer competencias intrusivas.
 - Ello solo procede en los casos expresamente establecidos en el artículo 3° letra a) ¹³⁴.

¹³² Sentencia Rol N° 521-16, de fecha 1 de agosto de 2006. Tribunal Constitucional.

¹³³ Sentencia Rol N° 2246-12, de fecha 08 de junio de 2012. Tribunal Constitucional.

¹³⁴ “a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como

- Se necesita contar con aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda.
- Las potestades intrusivas son aquellas listadas expresamente en el artículo 39 letra n). (Entre ellas: “n.3) *Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones*” y “n.4) *Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella*”).
- **Se establece la forma en que se debe llevar a cabo:** conforme a las formalidades establecidas en los artículos 205; 207; 208; 209 y siguientes del Código Procesal Penal.
- **Se prevé la intervención de un tercero en el otorgamiento de la autorización:** Para otorgar la autorización, el Sr. Ministro de Corte de Apelaciones debe verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra.
- **En la autorización, debe especificarse con precisión:**
 - La singularización de las medidas.
 - El tiempo por el cual podrán ejercerse.
 - Las personas a las que dichas medidas pueden afectar.
- **Se establecen salvaguardas de responsabilidad:** En caso de que la Fiscalía no cumpla con alguno de los requisitos, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones respectivo. Los resultados de las actuaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba cuando se hubiesen obtenido fuera de los supuestos establecidos en la ley.

los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

- **La Agencia Nacional de Inteligencia (“ANI”), para intervenir comunicaciones o información:** Según la ley N°19.974 (“Sobre el sistema de inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia”) también permite ejercer medidas intrusivas.
 - Ello solo procede en los casos expresamente establecidos en el artículo 8° letra f) y g)¹³⁵.
 - Se requiere contar con autorización del Ministro de Corte de Apelaciones de la jurisdicción donde se realizará la diligencia judicial o donde ella se inicie.
 - Las potestades intrusivas son aquellas listadas expresamente en el artículo 24.
 - La resolución que autorice el empleo de los mencionados procedimientos deberá incluir:
 - La especificación de los medios que se emplearán.
 - La individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida.
 - El plazo por el cual se decreta (que no podrá ser superior a noventa días).

- **La Unidad de Análisis Financiero (“UAF”):** Según lo dispuesto en la Ley N°19.913 (“Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos”), puede requerir antecedentes sobre operaciones financieras sospechosas amparados por secreto o reserva.
 - Ello solo procede en el caso expresamente establecido en el artículo 2 letra b)¹³⁶.
 - Se necesita contar con la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹³⁵ “f) Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales.

g) Disponer la aplicación de medidas de contrainteligencia, con el propósito de detectar, neutralizar y contrarrestar las actividades de inteligencia desarrolladas por grupos nacionales o extranjeros, o sus agentes, excluyendo las del inciso segundo del artículo 20.”

¹³⁶ “revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del presente artículo”

- La potestad intrusiva consiste expresamente en solicitar los antecedentes que resulten *necesarios y conducentes* para desarrollar o completar el análisis de una operación sospechosa y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del artículo 2°.
 - Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia.
- **La Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”):** Según la Ley 21.000 (“Crea la Comisión para el Mercado Financiero”), el Fiscal pueda ejercer una serie de medidas intrusivas¹³⁷.
- Ello solo procede en casos graves y calificados, y siempre que resulten indispensables para acreditar la realización, por parte de personas naturales o jurídicas, de conductas que constituyan infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delito en la legislación sometida a su fiscalización.
 - Se necesita contar con la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.
 - Las potestades intrusivas son aquellas listadas expresamente en el artículo 5° N°27 (Entre ellas “b) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos. C) Interceptar toda clase de comunicaciones. D) Requerir a las empresas que presten servicios de telecomunicaciones que faciliten copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.”)
 - La solicitud que haga el Fiscal y la resolución que recaiga sobre ella deberán fundarse en antecedentes *claros, precisos y graves* acerca de la realización de

¹³⁷ Artículo 5°, N°27, letras c) y d): c) Interceptar toda clase de comunicaciones; d) Requerir a las empresas que presten servicios de telecomunicaciones que faciliten copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.”

conductas materia de la investigación. Por su parte, en la resolución favorable del ministro deberá especificarse:

- La medida.
 - El tiempo por el cual podrá ejercerse.
 - Las personas naturales o jurídicas a las que pueda afectar.
- En caso de que el Fiscal no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades referidos precedentemente o los contemplados en la autorización, los resultados derivados de dichas actuaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento sancionatorio.

Como podemos apreciar, el legislador se ciñe a los criterios de idoneidad, proporcionalidad, y autorización por un tercero, independiente de aquel que debe llevar adelante la medida.

De esta forma, es posible observar que, con el objeto de resguardar los derechos fundamentales bajo análisis, el legislador ha establecido en los casos excepcionales que así lo permiten, un acucioso procedimiento de apertura y registro de las comunicaciones, procurando señalar detalladamente los casos y formas y el establecimiento de un órgano jurisdiccional que vele por las garantías del afectado.

3.1.5.3.- El acceso intrusivo en el procedimiento administrativo disciplinario establecido en la Ley N°18.834.

Como fue señalado, la jurisprudencia ha establecido requisitos para declarar como constitucional una norma que permite el acceso intrusivo a las comunicaciones privadas: que se encuentre establecida en la Ley; que se establezca los casos o situaciones en que el acceso intrusivo a las comunicaciones es posible; que se establezca las formas en que la autorización se puede dar; que estos “casos y formas” se encuentren determinados, es decir, establecidos de modo preciso, no genéricamente; que la resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, sea motivada; y que exista una autoridad imparcial que controle la medida.

Sin embargo, no existe norma alguna de carácter legal que autorice al Fiscal para llevar a cabo medidas intrusivas, ni en el Estatuto Administrativo ni en la Ley N°19.880. No se establecen

los casos o situaciones en que el acceso a las comunicaciones es posible, no se establecen las formas en que la autorización se puede dar (por lo tanto, los “casos y formas” no se encuentran determinados) y no existe una autoridad imparcial que controle la medida.

De esta forma, no es posible admitir la facultad del Fiscal en un procedimiento administrativo disciplinario de ordenar medidas intrusivas en la investigación. Lo anterior debido a que no se cumpliría con el requisito previsto por la Carta Fundamental, que prescribe que las comunicaciones y documentos privados solo pueden interceptarse, abrirse o registrarse “en los casos y formas determinados por la ley”. Por lo tanto, de no establecerse dicho procedimiento de forma legal, no es posible acceder intrusivamente a las comunicaciones de los funcionarios.

En este sentido, concordamos con el profesor Álvarez, quien ha señalado expresamente que “aquellos casos en los cuales se han adoptado medidas que restringen el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, como por ejemplo el acceso a correos electrónicos en el contexto de un sumario administrativo (...) serían abiertamente inconstitucionales”¹³⁸.

Es así que, dada la importancia del derecho esencial implicado, la facultad de inmiscuirse en la vida y comunicaciones de cualquier persona, sea funcionario público o no, no es una materia que deba ser interpretada de forma laxa, sino que, como ha establecido el Tribunal Constitucional, este test debe ser severo y estricto, en consideración a los bienes jurídicos involucrados.

Es por ello que no concordamos con lo señalado por el Órgano Contralor en el Dictamen N°84251, de 2013, en el que, a propósito del examen de Toma de Razón de una Resolución que aplicó la sanción de multa a un funcionario en el marco de un procedimiento disciplinario, determinó que se encontraría permitido que el Fiscal accediera a los respaldos de los correos electrónicos institucionales del inculpado con el objeto de determinar si este difundió desde su casilla institucional, un e-mail que contenía expresiones inapropiadas.

La Contraloría señaló que ello se encontraría permitido, pues “el fiscal posee amplias atribuciones para conducir la investigación, con el propósito de formarse el convencimiento

¹³⁸ ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM. 79p.

necesario de la ocurrencia del actuar reprochado y demás circunstancias que lo rodean, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 135 de la ley N° 18.834, y acorde con lo precisado en el dictamen N° 53.401, de 2013, de este origen.(...) De esta manera, dado que los e-mails en cuestión eran relativos a asuntos del servicio, fueron obtenidos a nivel institucional, en el curso de un sumario, implicando una mínima intervención, que no fue constante, sino específica y limitada en el tiempo, procurando velar por el interés general, puesto que se indagaban faltas a la probidad relacionadas con un eventual mal uso de la casilla de correo en análisis por parte de su titular y que podía acarrearle responsabilidad administrativa -lo que efectivamente ocurrió- es dable colegir que se trató de una actuación que se encontraba fundada en las atribuciones que asisten al fiscal a este respecto.” (Énfasis agregado)

En relación con dicho pronunciamiento, debemos realizar tres observaciones. En primer lugar, y respecto a que el artículo 135 entregaría “amplias facultades” al Fiscal, es posible observar que dicha norma establece *“El fiscal tendrá amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite”*.

En virtud de ello, el investigador puede tomar declaraciones, realizar careos, incluso se encuentra legalmente facultado para suspender de sus funciones a un servidor o proponer su destitución. Sin embargo, existe una gran distancia entre dichas potestades y aquellas que le permitirían levantar el resguardo a una garantía constitucional.

Ya fue posible ver la alta exigencia normativa que debe cumplir una norma que permite acceder a comunicaciones privadas: existencia de casos y formas taxativos, de una autoridad imparcial que vele por el control de la medida, entre otras. Sin embargo, el artículo 135 del Estatuto Administrativo no establece control alguno sobre la medida del investigador, no existen causales, no existen formalidades ni plazos, no existe un tercero imparcial que vele por la necesidad y proporcionalidad de la medida.

En segundo lugar, y respecto a que “los e-mails en cuestión eran relativos a asuntos del servicio, fueron obtenidos a nivel institucional, en el curso de un sumario”, ello no representa argumento alguno para permitir el ingreso intrusivo. Como fue señalado en el acápite 2.3.2, los correos electrónicos de los funcionarios públicos no son per se información pública a la que se pueda acceder libremente, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte

Suprema permite llegar a dicha conclusión.

Si el correo electrónico de un funcionario fuera *per se* considerado público, entonces la mayoritaria jurisprudencia emanada de nuestros máximos tribunales ni siquiera realizaría el análisis respecto al contenido público o no, sino que la sentencia solo permitiría el acceso a ellos, señalando que los correos, por el solo hecho de emanar de una casilla institucional son considerados públicos, no existiendo conflicto sobre ello.

Al contrario, la jurisprudencia y doctrina que apoya la posición consistente en que el artículo 8° de la constitución permite acceder a los correos electrónicos, señala que la publicidad se encuentra permitida en cuanto en el correo puedan encontrarse *los fundamentos de un acto o resolución*. Así fue explicado gráficamente por los ministros Fernández y Romero en “*Presidencia de la República con Consejo para la Transparencia*”¹³⁹, antes citado, en que solo concluían que aquel contenido relativo a los fundamentos del acto del órgano del Estado podría ser considerado público.

A la misma conclusión ha llegado la jurisprudencia estadounidense, canadiense, inglesa y de la Corte de Justicia de la Unión Europea, al establecer mayoritariamente que “el elemento decisivo para determinar la publicidad o privacidad es el contenido del e-mail, esto es, su incidencia en la función pública que el funcionario desempeña, no su ubicación en cuentas

¹³⁹ Sentencia Rol N°2689-14, de 24 de mayo de 2016. Tribunal Constitucional.

Correos electrónicos		
Art. 19, N°5 (continente)	Art. 8°, inciso 2° (contenido)	¿Privado o de acceso Público?
¿Es particular o institucional la cuenta de correo electrónico?	¿Se refiere la información a fundamentos del acto del órgano del Estado?	
Cuenta particular	(no aplicable)	Privado
Cuenta institucional	No	Privado
	Sí	✓ De acceso público (en lo referente a la información pertinente)

oficiales o privadas¹⁴⁰.

A mayor abundamiento, y como indicamos en el acápite 2.3.2, si los correos de los funcionarios públicos fuesen *per se* públicos, en aquellos casos en que el Ministerio Público ha debido realizar investigaciones a órganos de la administración del Estado, podría haber ingresado sin más a dichas comunicaciones. Sin embargo, el órgano persecutor -para poder ingresar a los correos electrónicos de los funcionarios públicos- ha debido solicitar autorización a los Juzgados de Garantía.

De esta forma, si el principal órgano persecutor a nivel nacional, establecido como autonomía constitucional, necesita de la autorización de un tercero imparcial en orden a acceder a los correos electrónicos de funcionarios públicos, entonces no es posible vislumbrar la razón por la que el Fiscal administrativo posee un estatus distinto por el que puede decretar medidas intrusivas sin cumplir con ninguno de los requisitos establecidos en la Carta Fundamental.

Como establece el principio “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, si al Ministerio Público le es exigido legalmente cumplir con determinados requisitos para ingresar a los correos de los funcionarios públicos, entonces debe existir la misma disposición en el caso de que el fiscal administrativo pretenda llevar a cabo las mismas diligencias.

En este sentido, resulta útil el ejemplo utilizado por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en *Jorge Negrete Herrera con GESFOR Chile S.A.*¹⁴¹, en que señaló que “si un trabajador escribe una carta a un familiar en una hoja de papel de propiedad de la empresa y con un lápiz que ha sido proporcionado por su empleador y la dispone en un sobre cerrado (también de la empresa) indicando con precisión su destinatario; a nadie se le ocurriría pensar que porque la empresa es dueña de la hoja y el sobre utilizados, pueda su empleador legítimamente, por ese sólo hecho, abrirla e imponerse de su contenido, justamente porque existe un ámbito indicativo de lo privado que se basa en su contenido de la comunicación y no en el continente.”

¹⁴⁰ COVARRUBIAS C., I. y DÍAZ DE VALDÉS J., J. 2012. Informe en derecho. Algunas experiencias relevantes de derecho comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. [en línea] <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 03 de octubre de 2021].

¹⁴¹ Sentencia Rol T-385, 2011, de fecha 15 de diciembre de 2011. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

En tercer lugar, es llamativo que el Órgano Contralor señale como fundamento que existió “una mínima intervención, que no fue constante, sino específica y limitada en el tiempo”, pues dicha frase se encuentra basada en lo establecido por el Tribunal Constitucional en *Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia*¹⁴², dentro de un contexto que precisamente sostiene lo contrario:

“Que, de este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando no haya otra alternativa disponible; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos” (Énfasis agregado).

Por tanto, lo que el Tribunal Constitucional señaló en aquella ocasión es que el acceso intrusivo a las comunicaciones privadas efectivamente debe ser realizado con una mínima intervención (de forma limitada en el tiempo), pero no solo ello, sino que debe ser autorizada solo cuando dicha medida es indispensable para una finalidad de relevancia mayor (juicio de ponderación) y no exista otra alternativa disponible (juicio de necesidad), requisitos que el Órgano Contralor olvidó mencionar. A ello sumamos que, en todo caso, la medida estará sujeta al control de un tercero imparcial, distinto de quien requiere la medida.

No cualquier falta permite el acceso a una garantía protegida constitucionalmente. Como señalábamos en el capítulo 3.1.2, en un procedimiento disciplinario en que se investigaba la utilización de “*malos términos en que un funcionario se refería sobre su jefatura vía WhatsApp*”, no resulta proporcionado admitir la prueba consistente en comunicaciones a las que ha accedido un tercero sin autorización con el objeto de perseguir la responsabilidad administrativa por *hablar en malos términos de su jefatura*.

Asimismo, en este caso, lo investigado consistió en “*frases inapropiadas*” enviadas por un funcionario mediante su correo electrónico institucional, lo que bajo ninguna perspectiva constituye una falta de relevancia suficiente que justifique el levantamiento de la inviolabilidad de la comunicación privada consagrada como una garantía constitucional.

¹⁴² Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

En el mismo sentido, y respecto al requisito consistente en la no existencia de otras alternativas disponibles, el sentenciador señala que no se observa una falta en el procedimiento, pues de todas formas existieron otras pruebas -como documentos y declaraciones- que respaldaban el mal comportamiento del funcionario, por lo que se habría llegado al mismo resultado. Entonces, si existía prueba suficiente, ¿por qué se accedió al respaldo del correo electrónico? Lo anterior constituye un buen ejemplo de un caso en que el juicio de necesidad no es superado.

Si se permitiera que el Fiscal tuviese potestades intrusivas, y aun cuando la autorización se encuentre debidamente fundamentada por escrito, esta no ha sido revisada ni autorizada por un tercero imparcial que ejerza un control al respecto. El investigador tiene absoluta discrecionalidad para determinar el tiempo de duración de la medida, a quiénes se aplicará, sobre qué materias: la misma autoridad *unipersonal* ordenaría y controlaría la pertinencia de la medida intrusiva.

Podría argumentarse que esta falta de control de un superior sobre el Fiscal se debe a que las faltas tipificadas en el Estatuto Administrativo son de una menor entidad que aquellas investigadas en los casos de los Órganos que analizamos con anterioridad (Fiscalía Nacional Económica, Unidad de Análisis Financiero, etc.). Al respecto, puede argumentarse, en primer lugar, que el artículo 84 del Estatuto Administrativo establece que algunos de los hechos que constituyen faltas por parte de los funcionarios consisten en “*Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual (...)*”, en dicho sentido sostenemos que la gravedad de dicha actuación supera ampliamente cualquiera de las faltas establecidas en las normas financieras de los Órganos analizados, ya que se refieren a la dignidad de una persona. Y, en segundo lugar, si de todas formas se llegara a la conclusión de que las faltas establecidas en el Estatuto Administrativo son de una entidad menor a aquellas establecidas en el caso de los Órganos analizados, con mayor razón no podría autorizarse el ejercicio de una medida intrusiva, pues esta solo puede permitirse -como ha señalado nuestra jurisprudencia¹⁴³- cuando es indispensable para una finalidad de relevancia mayor.

¹⁴³ Sentencia Rol N° 2153-2013, de fecha 11 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional.

Es así que sostenemos que, si bien la inviolabilidad de las comunicaciones no es un derecho absoluto, el límite a dicha intrusión se encuentra contenido en el concepto de *arbitrariedad*. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que las medidas intrusivas no deben ser abusivas o arbitrarias, por ello *“las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”*¹⁴⁴. En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas prohíbe toda injerencia arbitraria en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En idéntico sentido se pronuncia la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, en los tres numerales del artículo 11, haciendo de nuevo referencia a que toda injerencia arbitraria se encuentra vedada.

Es decir, si no hay una clara delimitación de los casos y formas en que se permitirá este acceso, entonces nos encontramos ante una acción arbitraria, lo que- en palabras del Tribunal Constitucional- significa que es “abierta, por la indeterminación que contiene, con respecto a las decisiones que (...) el Órgano pertinente juzgue necesario llevar a la práctica, circunstancia que reviste gran gravedad singular tratándose de la dignidad y de los derechos esenciales”¹⁴⁵.

De esta forma, las medidas intrusivas solo deben ser permitidas en situaciones altamente calificadas y excepcionales, toda vez que el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada es un derecho inherente a las personas por el solo hecho de serlo. Así, se trata de derechos que son anteriores al Estado, nacen con la propia persona, por lo que éste no los otorga como una gracia, por el contrario, los reconoce por existir antes que el propio Estado¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Tristán Donoso vs Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C, nro. 193.

¹⁴⁵ Sentencia Rol N° 389-12, de fecha 28 de octubre de 2003. Tribunal Constitucional.

¹⁴⁶ ARRIETA C., R. 2002. Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (1): 147-157.

CONCLUSIONES

El artículo 35 inciso primero de la Ley 19.880 establece expresamente que los hechos “*podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho*”, lo que constituye una limitación probatoria relativa a la no admisión de la evidencia obtenida ilícitamente. Lo anterior significa que en el procedimiento administrativo disciplinario no puede ser admitida como prueba aquella que ha sido “obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”¹⁴⁷.

De esta forma, y considerando que con el avance tecnológico es cada vez más común que las partes de dicho procedimiento presenten como evidencia comunicaciones que se han llevado a cabo mediante una plataforma tecnológica, es que necesariamente debe realizarse un análisis respecto a la admisibilidad de la prueba. En tal sentido, entendemos que “comunicación electrónica” es aquel trato, correspondencia entre dos o más personas que se transmite mediante soportes tecnológicos.

Asimismo, hemos distinguido distintos tipos de comunicación, siendo esencial para este trabajo la distinción de “comunicación privada/pública” y “comunicación registrada/parcialmente registrada/no registrada”. En la primera clasificación se atiende a si existe una intención del emisor de que la comunicación solo sea conocida por determinadas personas. En la segunda clasificación se distingue respecto a la existencia de un registro de la comunicación y/o de su contenido.

Es esencial entender que nuestra Carta Fundamental protege la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, lo que -como fue señalado en la discusión de la CENC y ha sido desarrollado por la doctrina nacional y mayormente por la jurisprudencia extranjera- significa principalmente dos cosas: en primer lugar, la inviolabilidad se predica respecto de terceros; y, en segundo lugar, lo garantizado es la comunicación *privada*, aquella en que se ha individualizado a los interlocutores con el propósito de que solo ellos accedan a la información, “la Constitución protege por igual tanto una comunicación privada donde se expongan aspectos sensibles de la vida de las personas, como aquellas donde se expongan nimiedades o asuntos

¹⁴⁷ HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 169p.

sin importancia”¹⁴⁸. De esta forma, e independientemente de quién emite la comunicación o en qué soporte, si aquella ha sido enviada a determinadas personas excluyendo a otras, esta se considera privada y goza de la protección de la Constitución.

Consecuentemente, en aquellos casos en que la evidencia consiste en una comunicación que es presentada por el propio emisor de la misma debe ser considerada admisible en el proceso, pues en su calidad de titular del derecho la revelación no constituiría una violación de la privacidad de la comunicación.

Ahora bien, respecto a aquella prueba presentada por otras de las partes de una comunicación, concluimos -al igual que la doctrina y jurisprudencia- que los interlocutores pueden disponer de aquella información de la que han formado parte, toda vez que -como ha sido señalado por la profesora Vivanco- el destinatario de la comunicación “se hace dueño o al menos tenedor legítimo del soporte de esa comunicación, pudiendo, en principio, disponer libremente de ella”

¹⁴⁹.

Esto es nítido respecto de las comunicaciones en que las partes tienen conciencia de que se está tomando registro. Sin embargo, la respuesta reviste mayor complejidad en el caso cada vez más común en que una de las partes ha presentado como prueba una grabación obtenida subrepticamente. En dicho caso, y considerando que la prueba ilícita es aquella *obtenida* con inobservancia de garantías constitucionales, concluimos que la grabación sin el consentimiento del interlocutor lesiona la garantía a la protección de los datos personales, toda vez que el núcleo de aquella ha sido identificado por la doctrina y jurisprudencia como el *poder de control* sobre los datos personales que conciernen a sus titulares. Así, cuando el sujeto es grabado de manera subreptica, no ha tenido la oportunidad de prestar su consentimiento. Luego no será capaz de ejercer su derecho a controlar quién y de qué manera accede y utiliza sus datos personales, como su voz e imagen. Siendo así, estimamos que en este caso la prueba resultante de la grabación obtenida subrepticamente podrá ser considerada ilícita.

Sin perjuicio de ello, la inadmisibilidad de la evidencia no puede resultar en un juicio

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.* 51p.

automático de rechazo, pues -dependiendo de la gravedad del hecho investigado- y a partir de la aplicación del criterio de ponderación de derechos, podrá estimarse que la evidencia deberá admitirse y ponderarse por el fiscal.

Por último, y respecto a la admisibilidad de la prueba presentada por un tercero al acto comunicativo, concluimos que el Fiscal debe indagar sobre la forma en que este tercero ha obtenido la prueba, ya que si no existe una expresa autorización de los participantes, constituiría prueba ilícita por vulneración al artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, y como se señaló respecto a las grabaciones subrepticias, si se llegara a la conclusión de que esta constituye una prueba ilícita, el análisis no debe agotarse allí, sino que es preciso acudir al criterio de ponderación (juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de ponderación) para determinar si, en el caso concreto, debe admitirse la prueba en el proceso. Lo anterior tendrá relación con la gravedad de los hechos investigados.

Asimismo, y como un tercero respecto de los actos que se investigan, es relevante analizar la prueba presentada por el mismo Fiscal administrativo, en virtud de una medida intrusiva. En este sentido, concluimos que dichos funcionarios no poseen las facultades legales para decretar dichas órdenes, toda vez que es la misma Constitución la que establece que las comunicaciones y documentos privados solo pueden “*interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*”, mandato que ha sido extensamente desarrollado por el Tribunal Constitucional, determinando que -para que un Órgano cuente con facultades intrusivas- deben cumplirse los siguientes requisitos copulativos: autorización legal, establecimiento de *casos* en que procederá esta facultad, establecimiento de las *formas* en que se desarrollará, que estos casos y formas se encuentren determinados, y existencia de un tercero imparcial que vele por la proporcionalidad de la medida.

En razón de ello, y considerando que en el caso que nos ocupa no se cumplen estos requisitos concluimos que no es posible considerar que los fiscales administrativos tengan dicha facultad.

Finalmente, resulta esencial señalar que el propósito del presente análisis busca ser de utilidad para todo aquel funcionario que, en ejercicio de la función de Fiscal Administrativo, se vea enfrentado al problema de la prueba consistente en comunicaciones, con el objeto de garantizar el pleno respeto a las garantías establecidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales (Traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés), Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 92

ÁLVAREZ V., D. 2019. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas. Santiago, LOM.

ÁLVAREZ V., D. 2004. Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista chilena de derecho informático (5): 191-202.

ARRIETA C., R. 2002. Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático. (1): 147-157.

BASCUÑÁN R., A. 2014. Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II. Revista de Ciencias Penales 4 (3): 43-74.

CEA E., J. 2004. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

CELIS D., G. 2019. Derecho administrativo disciplinario. 2ª Edición, Santiago, Legal Publishing.

Comisión Ortúzar. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 116ª, celebrada en jueves 24 de abril de 1975. Tomo IV. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 1973-78.

COVARRUBIAS C., I. 2015. La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena comparada y su importancia relativa). Revista Ius et Praxis 21 (1): 217-270.

COVARRUBIAS C., I. y DÍAZ DE VALDÉS J., J. 2012. INFORME EN DERECHO. Algunas experiencias relevantes de derecho comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. [en línea] <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 03 de octubre de 2021].

DÍAZ G., L. 2011. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (36): 167-206.

DIAZ G. L. et al. Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. En Revista Ius et praxis, vol.24. N° 2, Talca, diciembre de 2018. Versión en línea, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200183>.

DROGUETTI F., P. y PÉREZ J., M. 2017. La actividad probatoria en el derecho administrativo sancionador a la luz de la ley de bases de los procedimientos administrativos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

ENTEICHE R., N. 2012. Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional. [en línea] Revista Ius et Praxis. Vol. 12, n. 1 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100014&lng=es&nrm=iso [consulta: 22 de agosto 2021]

EVANS D., E. 1999. Los Derechos Constitucionales, Tomo I. 2ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GÁLVEZ B. Ricardo “Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, 1992

GARCÍA GONZÁLEZ., A. 2007. La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. [en línea] Boletín mexicano de derecho comparado. Vol. 40(120), n. 120 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300003.

GASCÓN A., M. Además de la verdad. Defensa de los derechos cuando se buscan pruebas. En: II congreso: en Teoría hay mujeres (en teoría), realizado online los días 13, 14 y 15 de abril de 2021. Universitat de Girona.

HORVITZ L., M. y LÓPEZ M., J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- LLUCH, X. y PICÓ, J. 2011. La prueba electrónica. Barcelona. Bosch Editores.
- NOGUEIRA A., H. 1998. El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius et Praxis 4 (2): 65-106.
- NÚÑEZ O., R. y CORREA Z., C. 2021. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Revista Ius et Praxis (1): 195-146.
- OCÓN G., J. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. 2020.
- OSORIO V., C. 2016. Manual de Procedimiento administrativo sancionador Parte General. Santiago, Thomson Reuters.
- QUISSE S., C. 2021. Análisis de las grabaciones subrepticias por uno de los interlocutores como supuesto de prueba prohibida por violentar derechos fundamentales. Tesis para optar al título profesional de abogado. Trujillo, Perú, Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- RAVETLLAT B., I. y BASOALTO R., C. 2021. La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno. [en línea] Estudios constitucionales. Vol.19, n.1. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002021000100111&script=sci_arttext#fn20> [consulta: 01 octubre 2021].
- REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS INTRUSIVAS [en línea] <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25222/1/BCN_Medidas_intrusivas_2018.pdf> [consulta: 02 de octubre de 2021]
- UGARTE C., J. 2011. Privacidad, trabajo y derechos fundamentales. Estudios Constitucionales (1): 13-36.
- ZAMBRANO M. F. 2013. ¿Tienen derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones los servidores públicos? Publicidad de los correos electrónicos institucionales y la necesidad de ponderación. Derecho y Humanidades (21): 355-382.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Chile.

D.F.L. N°29, del Ministerio de Hacienda, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de

la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 16 de marzo de 2005.

Ley N°18.167, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Ley general de telecomunicaciones, *Diario Oficial*, 02 de octubre de 1982.

Ley N°18.575, del Ministerio del Interior, Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado, *Diario Oficial*, 05 de diciembre de 1986.

Ley N°18.834, del Ministerio del Interior, Aprueba Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989.

Ley N°19.628, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Sobre protección de la vida privada, *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1999.

Ley N°19.696, del Ministerio de Justicia, Establece Código Procesal Penal, *Diario Oficial*, 12 de octubre de 2000.

Ley N°19.799, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, *Diario Oficial*, 12 de abril de 2002.

Ley N°19.880, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Ley N°20.285, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Sobre acceso a la información pública, *Diario Oficial*, 20 de agosto de 2008.

Real Decreto, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 14 de septiembre de 1882.

JURISPRUDENCIA

Decisión Amparo del Consejo para la Transparencia, Rol N°C351-10, de fecha 03 de septiembre de 2010.

Decisión Amparo del Consejo para la Transparencia, Rol N°C418-10, de fecha 21 de septiembre de 2010.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N°74351, de 15 de noviembre de 2012.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N°10.352, de 15 de abril de 2019.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N°53.401, de 21 de agosto de 2013.

Dictamen de la Contraloría General de la República, N°84251, de 23 de diciembre de 2013.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Rol C-763, de 2009.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Tristán Donoso vs Panamá”, de fecha 27 de enero de 2009.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Escher y Otros vs. Brasil”, de fecha 06 de julio de 2009.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°2576-2011, de fecha 11 de mayo de 2011.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°7484-13, de fecha 15 de enero de 2014.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°12279-2013, de fecha 02 de enero de 2014.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°3-2017, de fecha 27 de febrero de 2017.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 35159-2017, de 12 de abril de 2018.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°20441-2018, de 02 de octubre de 2018.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°32691-2018, de fecha 29 de enero de 2019.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°1824-2019, de 25 de febrero de 2020.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°85203-2020, de fecha 22 de julio de 2020.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°62887-2020, de fecha 02 de octubre de 2020.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°112505-2020, de 15 de octubre de 2020.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°14317-2021, de fecha 08 de abril de 2021.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°17414-2021, de 31 de mayo de 2021.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°124319-2020, de fecha 23 de junio de 2021.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N°45231-21, de fecha 05 de mayo de 2022.

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°983-93, de fecha 31 de mayo de 1993.

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2496-2012, de fecha 23 de julio de 2013.

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°146986-2013, de fecha 24 de febrero de 2014.

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2134-2017, de fecha 09 de febrero de 2018.

Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, R.I.T. T-1-2008.

Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-385, de fecha 15 de diciembre de 2011.

Sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, Causa Ordinaria-9653-2020, de 03 de julio de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°198-95, de fecha 4 de enero de 1995.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°433-2005, de fecha 07 de enero de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°437, de 21 de abril de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°747, de 31 de agosto de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°943-07, de 12 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°389-12, de 28 de octubre de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1732-10, de 19 de mayo de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1990-11, de 26 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2153-2013, de 11 de septiembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°389-12, de fecha 28 de octubre de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2246-12, de fecha 08 de junio de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2689-14, de 24 de mayo de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°521-16, de fecha 1 de agosto de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, N°114-1984, de fecha 29 de noviembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, N°292-2000, de fecha 04 de enero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, N°8721-2001, de fecha 09 de noviembre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, N°815-2020, de fecha 18 de junio de 2020.