

TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

El desafío de la participación

Francisco Soto Barrientos

Los pueblos indígenas y el derecho

José Aylwin (editor)

Matías Meza–Lopehandía y Nancy Yáñez

Juzgamiento penal de adolescentes

Mauricio Duce Julio y Jaime Couso Salas

Cárcel, derecho y política

Jörg Stippel

Igualdad, inclusión y derecho

Fernando Muñoz León

La constitución chilena

Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa

Mercado y Juan Carlos Ferrada Bórquez

Acciones, razones y agentes

Juan Ormeño Karzulovic (editor)

Cuando la costumbre se vuelve ley

Myrna Villegas Díaz y Eduardo Mella

Seguel

Manual sobre derechos fundamentales

Pablo Contreras y Constanza Salgado

En este libro se presenta un completo análisis del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el derecho constitucional chileno, haciéndose cargo del déficit doctrinario y jurisprudencial existente en la materia, para luego aplicar ese análisis al caso de las comunicaciones privadas electrónicas. Se argumenta que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es un derecho fundamental de larga data en nuestro sistema constitucional, autónomo e independiente de la protección que se brinda a la vida privada en la Constitución, y que dicha independencia tiene efectos en la extensión de la protección de las comunicaciones privadas; en especial, respecto a las comunicaciones electrónicas, tan importantes en la vida cotidiana.

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas

Daniel Álvarez Valenzuela



DERECHO *en* DEMOCRACIA

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas

Daniel Álvarez Valenzuela

1010

Daniel Álvarez Valenzuela

Nació en Santiago de Chile en el año 1977. Abogado especializado en Derecho y Tecnología. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Diplomado en Derecho Informático, Magíster en Derecho Público y doctorando en Derecho, todos por la Universidad de Chile. Fundador y director de ONG Derechos Digitales. Fundador y editor general de la *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Socio de la consultora Ciberseguridad Humana. Actualmente se desempeña como coordinador académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor invitado de postgrado de la misma Facultad y profesor invitado de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, ANEPE. Además, integra el comité editorial de la Colección Derecho en Democracia, de LOM ediciones. Anteriormente se desempeñó como secretario ejecutivo del Comité Interministerial de Ciberseguridad del Gobierno de Chile (2015-2017), responsable del proceso de elaboración e implementación de la Política Nacional de Ciberseguridad; asesor en ciberseguridad y ciberdefensa de la Subsecretaría de Defensa (2015-2018), autor de la Política de ciberdefensa; asesor legislativo de la ministra presidenta del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2006-2010).

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas en el derecho constitucional chileno

COLECCIÓN
DERECHO *en* DEMOCRACIA

Lom
PALABRA DE LA LENGUA
YÁMANA QUE SIGNIFICA
Sol

...

© **LOM EDICIONES**

Primera edición: mes de 2019

Impreso en X.xxx ejemplares

ISBN:

RPI:

EDICIÓN, DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LOM ediciones. Concha y Toro 23, Santiago

TELÉFONO: (56-2) 2860 68 00

E-MAIL: lom@lom.cl

WEB: www.lom.cl

DISEÑO DE COLECCIÓN: Estudio Navaja

Tipografía: *Karmina*

IMPRESO EN LOS TALLERES DE LOM

Miguel de Atero 2888, Quinta Normal

Impreso en Santiago de Chile

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas en el derecho constitucional chileno

Daniel Álvarez Valenzuela



Índice

Agradecimientos | 13

Introducción | 15

1. Antecedentes históricos.

De los papeles a la correspondencia epistolar y al bit | 19

1.1. Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 | 20

1.2. Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 | 21

1.3. Constitución de 1822 | 22

1.4. Constitución de 1823 | 23

1.5. Constitución de 1828 | 24

1.6. Constitución de 1833 | 25

1.7. Constitución de 1925 | 26

1.8. Conclusiones | 29

2. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en la Constitución de 1980 | 31

2.1. Sobre el vocablo «comunicación» | 32

2.1.1. Concepto | 32

2.1.2. Clasificaciones | 33

2.1.3. Desarrollo jurisprudencial | 38

2.2. Sobre la expresión «toda forma» | 40

2.3. Sobre el concepto «privada» | 41

2.3.1. Concepto | 41

2.3.2. Desarrollo jurisprudencial | 44

2.4. Sobre el concepto «inviolabilidad»	46
2.4.1. Concepto	46
2.4.2. Inviolabilidad ante terceros	47
2.4.3. Inviolabilidad entre las partes	49
2.5. Bien jurídico protegido	54
2.5.1. La inviolabilidad como garantía de libertad	54
2.5.2. La inviolabilidad como garantía de secreto	55
2.6. Fundamentos del derecho	59
3. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como derecho autónomo e independiente del derecho a la vida privada	63
3.1. La razón histórica	66
3.2. La razón formal	67
3.3. La razón sustancial	68
4. Límites del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas	71
4.1. Reserva legal	71
4.2. «Casos y formas»	75
4.3. No afectación de la esencia del derecho	79
4.4. Casos de intromisiones legítimas	81
4.4.1. Código Procesal Penal	81
4.4.1.1. Retención e incautación de correspondencia	82
4.4.1.2. Interceptación de comunicaciones telefónicas	85
4.4.1.3. Otros medios técnicos de investigación	87
4.4.1.4. Técnicas especiales de investigación	88
4.4.2. Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	89
4.4.3. Ley N°18.314 sobre conductas terroristas	90
4.4.4. Ley N°19.974 sobre sistema de inteligencia del Estado	91
4.4.5. Decreto Ley N°211 sobre libre competencia	94

4.4.6. Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas | 95

4.4.7. Ley N°21.000 que crea la Comisión sobre el Mercado Financiero | 96

5. Las comunicaciones electrónicas | 97

5.1. El correo electrónico | 97

5.1.1. Jurisprudencia relevante | 98

5.2. Comunicaciones por mensajería instantánea | 101

5.2.1. Jurisprudencia relevante | 102

5.3. Comunicaciones privadas en redes sociales | 105

5.3.1. Jurisprudencia relevante | 106

5.4. Otras comunicaciones en Internet | 107

6. Conclusiones | 111

Bibliografía | 113

Para D. y N.

Agradecimientos

El concepto de inviolabilidad de las comunicaciones privadas que aquí presento es resultado de la evolución y el análisis crítico de un primer intento que formulé en el año 2002, el cual fue profundamente debatido con las sucesivas generaciones de alumnas y alumnos del programa de Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a quienes agradezco por su disposición, talento y generosidad.

Este trabajo también se ha nutrido con las conversaciones y debates sostenidos con quienes fueron mis alumnos y alumnas de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, durante el período 2011-2015, muchos de los cuales además han realizando importantes y novedosas investigaciones en diversos asuntos que surgen de la relación entre privacidad y tecnología, algunos de los cuales han sido publicados en la Revista Chilena de Derecho y Tecnología. A todas y todos ellos también les agradezco.

Igualmente debo agradecer las observaciones, comentarios y críticas realizadas por mis buenos amigos y colegas Alberto Cerda, Montserrat Castro, Francisco Vera, Luis Cordero, Katherine Barcia, Patricia Reyes y Francisco Soto. Obviamente los errores –que seguro subsisten en el texto– son de mi propia y exclusiva responsabilidad.

Buena parte del trabajo de recopilación de la jurisprudencia para este libro fue realizado por la entonces ayudante de investigación y hoy distinguida colega Rayen Campusano, labor que luego fue continuada con dedicación por Máximo Saavedra y Rodrigo Vargas.

Finalmente, nada de esto sería posible sin el apoyo permanente de mi familia.

Introducción

La garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha tenido una discusión doctrinal discreta y un desarrollo jurisprudencial menor en nuestro país. A partir del texto constitucional de 1980, poco se ha escrito sobre los contornos de la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En el presente libro intentaremos hacernos cargo de este déficit.

En esta investigación se argumenta que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es un derecho fundamental de larga data en nuestro sistema constitucional, autónomo e independiente de la protección que se brinda a la vida privada en la Constitución, y que dicha independencia tiene efectos en la extensión de la protección de las comunicaciones privadas, en especial respecto a las comunicaciones electrónicas.

Sostenemos que el alcance de la expresión «privada» utilizada en el numeral 5º del artículo 19 es sustancialmente distinto –en tanto concepto formal que describe únicamente las comunicaciones donde el emisor singulariza a los destinatarios de ellas con el propósito que sólo ellos la reciban– al concepto de «vida privada» que utiliza el numeral 4º de la misma disposición constitucional.

Para fundamentar nuestra posición, primero revisaremos los antecedentes históricos constitucionales del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en Chile, examinando y contrastando las variadas disposiciones que los diversos textos constitucionales fueron estableciendo para proteger los *documentos, efectos y correspondencia* personal. Veremos cómo la historia constitucional nos entrega un potente argumento para fundamentar la autonomía e independencia del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En segundo lugar identificaremos y explicaremos el sentido y alcance de la actual disposición constitucional contenida en el numeral 5º del artículo 19 del texto fundamental. Para ello recurriremos principalmente al análisis de la doctrina y jurisprudencia constitucional.

En particular, examinaremos los vocablos y expresiones utilizadas por la Constitución para determinar el contenido específico del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, en especial el concepto de «privado» que ha adquirido un significado propio, que lo distingue sustancial y formalmente de la idea de «vida privada» amparada constitucionalmente.

Seguiremos con la presentación de un análisis que describa y caracterice la relación entre el derecho a la vida privada y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, profundizando en las razones históricas, formales y sustanciales que nos permiten argumentar sobre el carácter autónomo e independiente del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Luego revisaremos los límites constitucionales impuestos a este derecho, en particular la configuración de la reserva legal y los casos y formas que habilitan las hipótesis de intromisión legítima en el ámbito de las comunicaciones privadas, contempladas en diversas leyes.

Por último, aplicaremos buena parte del análisis precedente para determinar y precisar el alcance del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas, atendida la importancia e impacto que tiene este tipo de plataformas en la vida cotidiana de las personas, las transacciones comerciales, las relaciones políticas e, incluso, el ejercicio de la acción punitiva del Estado, como hemos visto en las recientes investigaciones sobre financiamiento ilegal de la política y corrupción. Casos donde la utilización de las reglas de retención e incautación de correos electrónicos ha dado un importante sustento y bases probatorias a las investigaciones dirigidas por el Ministerio Público. De ahí la relevancia de analizar cuidadosamente los límites constitucionales que deben regir dichas actuaciones judiciales.

Para esta investigación hemos descartado el análisis del derecho comparado, toda vez que estamos convencidos de la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de las fuentes nacionales disponibles para aprehender el verdadero sentido del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en nuestro derecho. Para ello exploramos y fundamentamos nuestra posición en razones históricas, formales y sustanciales. Asimismo, creemos que la utilización del derecho comparado en este ámbito no ha sido idónea para abordar adecuadamente el problema local y se ha prestado para desarrollar argumentos que poco tienen que ver con el derecho nacional, toda vez que no existe la suficiente similitud entre instituciones como el «secreto de las comunicaciones» del derecho constitucional español y

la «inviolabilidad de las comunicaciones privadas» del texto nacional, que permita llevar a cabo el ejercicio comparado de manera exitosa.

Por último, estimamos necesario aclarar que el presente libro no pretende realizar un análisis exhaustivo de los que fueran quizás algunos de los principales casos constitucionales sobre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas –caso de los funcionarios públicos– y su garantía frente a la aplicación del derecho a acceder a información pública en el ejercicio de la función pública, que dieron origen a contundentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de lo cual recurriremos a ellos reiteradamente.