



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho, con Mención en Derecho Penal

INTERLOCUTORES EN EL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 161 A
DEL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL DENOMINADO
“CASO DE LA DOCTORA CORDERO”
AFET

DENYS SEBASTIÁN PAVEZ FARIÁS

RUT 16.023.589-6

Profesor guía: Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, agosto de 2016

RESUMEN

El tipo penal contemplado en el artículo 161 A del Código Penal protege la intimidad y sanciona conductas de intromisión. Las conductas de intromisión suponen la obtención ilícita de la información, obtención ilícita que pueden llevar a cabo tanto sujetos ajenos a una conversación como interlocutores de la misma. La obtención ilícita de información por parte de los interlocutores se materializará a través de engaños idóneos y determinantes. Los delitos contemplados en la disposición en estudio se cometerán cuando se ejecute una conducta de intromisión y, además, se ejecuten los verbos rectores tipificados. La sentencia de la Corte Suprema, dictada en el denominado “Caso de la Doctora Cordero”, es polémica porque absuelve a los interlocutores que grabaron subrepticamente a la afectada. La polémica surge porque parte de la doctrina entiende que el tipo penal sanciona a los que realicen meras grabaciones subrepticias, no siendo necesario que la conducta sea de intromisión, planteamiento del cual en el presente trabajo se discrepa.

PALABRAS CLAVE:

Privacidad, exclusividad, control, intromisión, indiscreción, interlocutor, engaño, grabación, difusión, interpretación.

ÍNDICE

Introducción	4
Capítulo 1. Algunas consideraciones relevantes del tipo penal	5
1.1 Descripción y ubicación del tipo penal	5
1.2 Bien jurídico protegido	5
1.3 Verbos rectores y objetos materiales descritos en el tipo penal	7
1.3.1 Acciones y objetos materiales descritos en el inciso primero del artículo 161 A del Código Penal	7
1.3.2 Acción y objetos materiales descritos en el inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal	10
1.4 Aspecto espacial en el inciso primero del artículo 161 A del Código Penal	11
1.5 Inexistencia de autorización del afectado	12
1.6 Sujeto activo en los delitos relativos a comunicaciones y conversaciones de carácter privado	13
Capítulo 2. Aspectos relevantes para superar el problema de los interlocutores en las conversaciones o comunicaciones de carácter privado	15
2.1 Distinción entre conductas de intromisión y conductas de indiscreción	15
2.2 Condición <i>sine qua non</i> para la configuración del delito y verbos rectores	18
2.3 Obtención ilícita de la información	20
2.3.1 Obtención ilícita por parte de terceros	22
2.3.2 Obtención ilícita de información por parte de interlocutores. El engaño como principal forma de obtención ilícita	22
2.4 Postura que no reconoce condición <i>sine qua non</i>	26
Capítulo 3. Análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema, en el denominado “Caso de la Doctora Cordero”	30
3.1 Hechos contenidos en la sentencia	30
3.2 Argumentos de la Corte Suprema, relativos a los interlocutores	31
3.3 Argumentos de la Corte Suprema relacionados con la condición <i>sine qua non</i> ...	34
Capítulo 4. Aspectos relevantes de la interpretación	39
Conclusiones	43
Bibliografía	46

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, analizaremos la disposición contemplada en el artículo 161 A del Código Penal, verificando sus principales elementos y, en específico, abordando la discusión sobre el sujeto activo. ¿Puede un interlocutor cometer el delito, o sólo puede ser ejecutado por un tercero ajeno a la conversación de carácter privado?

Para abordar este trascendente problema, identificaremos y definiremos el bien jurídico protegido, lo que nos permitirá desarrollar un razonamiento tendiente a resolver el asunto o, al menos, entregar herramientas para el adecuado tratamiento del sujeto activo.

Luego, se desarrollarán aspectos relevantes para el adecuado análisis del tema, como es la distinción entre conductas de intromisión e indiscreción, la influencia del engaño en el tratamiento del asunto, y lo que se entiende por obtención ilícita de la información y fijación del contenido de la misma.

También se abordará la sentencia de la Corte Suprema del denominado “Caso de la Doctora Cordero”, donde nuestro máximo tribunal absolvió a los acusados en fallo dividido, entre otros argumentos, por estimar que la conducta de grabación subrepticia debe ser ejecutada por un tercero intruso y no por un interlocutor. En este caso, los imputados que fueron absueltos, eran integrantes del programa de televisión “En la Mira”, un programa de investigación del canal de televisión Chilevisión, donde se utilizaron cámaras ocultas para grabar en su consulta privada a la conocida doctora Cordero, descubriéndose en esa grabación que otorgaba licencias falsas.

Este trabajo presentará un tema de máximo interés, ya que en la actualidad no sólo los programas de televisión de investigación usan cámaras ocultas, sino también programas o espacios de entretenimiento, masificándose la utilización de esta técnica que a todas luces debería ser excepcional.

En efecto, la proliferación de programas de televisión que utilizan cámaras ocultas es alta, pues precisamente estos espacios generan expectativa y buena audiencia. Como este método va en aumento y, en general, las grabaciones son efectuadas por interlocutores partícipes de las conversaciones, es necesario realizar una revisión al escenario jurídico actual sobre el tema.

CAPÍTULO 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES RELEVANTES DEL TIPO PENAL.

1.1. DESCRIPCIÓN Y UBICACIÓN DEL TIPO PENAL.

El tipo penal que analizaremos en el presente trabajo, se encuentra contemplado en el artículo 161 A del Código Penal, el cual señala lo siguiente:

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

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

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

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

La disposición expuesta, la encontramos en el Libro Segundo del Código citado, "Crímenes y simples delitos y sus penas"; Título III, "De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la constitución"; párrafo 5, "De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia".

1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Para el debido entendimiento de la disposición penal en estudio, es preciso establecer desde ya que el bien jurídico protegido por este artículo no es el derecho al honor.

Menos aún constituye una protección reforzada del mismo, pues a pesar de que en las conductas de divulgación se puede amenazar la reputación del afectado, esta agresión al honor es sólo potencial. Los tipos penales descritos no se refieren a la

reputación del sujeto pasivo, sino al atentado en contra del derecho de mantener un espacio privado, a la vulneración de ese espacio exclusivo del sujeto¹.

A juicio de la profesora María Cecilia Ramírez², el objeto jurídico de protección en el caso del artículo 161 A del Código Penal, es la privacidad / intimidad de las personas, en su faceta intangible o inmaterial concerniente al ámbito que el sujeto mantiene libre de intrusiones de terceros, de la publicidad, del gobierno (rechazo a los medios insidiosos de vigilancia policial, como por ejemplo intervenciones telefónicas, registros y entradas arbitrarias a lugares privados).

Tomando en cuenta lo expuesto, es preciso indicar, como sostiene Fernando Marín Rodríguez³, que el derecho a la privacidad consiste en mantener una parte de nuestras vidas fuera del acceso y del conocimiento del resto de las personas, ejerciendo un control constante y efectivo sobre la información relativa a esa parte de nuestras vidas.

En definitiva, el objeto o bien jurídico protegido por la disposición penal en estudio es la privacidad o intimidad, en su faceta intangible o inmaterial, la que se puede desglosar, a partir de lo señalado, en dos conceptos trascendentes para la adecuada interpretación del tipo penal:

- Exclusividad.

Las personas poseen aspectos de su vida donde se excluye al resto. Estos aspectos de la vida, por lo general, dicen relación con cuestiones familiares, de condición sexual, problemas de salud, etc. Este ámbito de exclusividad dependerá de las valoraciones sociales imperantes, por ende, es relativo. Además, puede modificarse en virtud del control efectivo y constante que realiza cada persona.

- Control.

¹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 291-317, 2007. 295 pp.

² RAMÍREZ G., María Cecilia. Protección de las Comunicaciones Telefónicas en Chile [en línea] <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/22.pdf> [consulta: 17 julio 2016] 539 pp.

³ RODRÍGUEZ Marín, Fernando. *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N° 43, 1990. 215 pp.

Las personas tienen el derecho a controlar lo que extraen de ese ámbito de exclusividad y, fundamentalmente, hacia donde comunican ese contenido de carácter privado. Para que ese control sea efectivo y constante, será imprescindible que la persona conozca las circunstancias fácticas del momento en que decide expresar aspectos de la intimidad.

1.3. VERBOS RECTORES Y OBJETOS MATERIALES DESCRITOS EN EL TIPO PENAL.

La disposición penal en estudio, para su mejor comprensión, debe ser dividida en dos secciones, la primera, relativa a las múltiples acciones descritas en el inciso primero, y la segunda, referida a la conducta de difusión y divulgación señaladas en el inciso segundo y tercero. Sin embargo, es importante señalar que este trabajo abordará fundamentalmente las grabaciones de conversaciones de carácter privado, pues entendemos que éstas son las que provocan mayores discusiones sobre su forma de comisión.

1.3.1 ACCIONES Y OBJETOS MATERIALES DESCRITOS EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 161 A DEL CÓDIGO PENAL.

El inciso primero del artículo 161 A del Código Penal señala:

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

En relación a las conversaciones o comunicaciones de carácter privado, los verbos rectores que definen la conducta típica, son los siguientes:

- Captar.

Una de las acepciones de la Real Academia de la Lengua Española⁴ es “recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas”, la que es usada por María Cecilia Ramírez G, agregando esta autora que “esta conducta se puede efectuar, entre otros, mediante la colocación subrepticia o clandestina de instrumentos que permitan captar el sonido, tales como micrófonos ocultos, magnetófonos ocultos que funcionan al escuchar voces y se desconectan cuando éstas cesan, micrófonos que operan mediante el envío de rayos láser a distancia el que refleja las vibraciones que produce una conversación y que su lectura reproduce la misma”⁵. Consideramos que el verbo captar, en el tipo penal en estudio, supone la utilización de instrumentos técnicos, con lo cual discrepamos de la definición dada por el profesor Alfredo Etcheberry, quien señala que “captar es escuchar clandestinamente”⁶. Asumir que este verbo rector se satisface con la mera escucha, implicaría someter a reproche penal escuchar clandestinamente las conversaciones ajenas detrás de la puerta del recinto particular, lo que entendemos rebasaría el sentido de la norma.

- Interceptar.

Según la Real Academia de la Lengua Española, este verbo tiene tres acepciones, “apoderarse de algo antes de que llegue a su destino; detener algo en su camino; e interrumpir, obstruir una vía de comunicación”⁷. Para Rodríguez Marín, este verbo es entendido como “el acceso in consentido de un tercero a una conversación telefónica con la intención de aprehender el contenido de la misma”⁸. Consideramos que la acción se cumple con la captación de la información mediante la utilización de mecanismos que permitan la intervención de la comunicación telefónica, no siendo necesario que esa captación intrusiva sea grabada. Lo relevante es inmiscuirse en el vínculo telefónico.

- Grabar.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario [en línea] <http://dle.rae.es/?id=7M88XDA> [consulta: 17 julio 2016]

⁵ RAMÍREZ G., María Cecilia. Op. Cit., p. 535.

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Reimpresión 3º Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1999. Tomo III, 277 pp.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op.Cit. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=LsigOEU> [consulta: 17 julio 2016]

⁸ RODRÍGUEZ Marín, Fernando. Op.Cit. 216 pp.

Según la Real Academia de la Lengua Española, grabar significa “captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir”⁹. Según el profesor Etcheberry, “grabar es fijar por medios generalmente electrónicos (...) conversaciones en cintas magnetofónicas”¹⁰. Consideramos que lo trascendente está dado por la fijación de la información mediante un dispositivo que permita su eventual reproducción.

- Reproducir.

El profesor Etcheberry¹¹ lo define como escuchar o dar a conocer lo grabado, por medios electrónicos. Estimamos que lo relevante está dado por la expresión de determinada información contenida en un soporte electrónico, captada y grabada previamente.

En cuanto al objeto material de la acción típica, por un lado tenemos las conversaciones y por otro las comunicaciones, ambas de carácter privado. Como señalan Politoff, Matus y Ramírez, “por conversación entendemos aquella forma de comunicar un contenido intelectual que se lleva a cabo directamente entre personas sin necesidad de recurrir a un medio o vía para que ésta llegue a su interlocutor. Las comunicaciones para los efectos del tipo penal serían todas aquellas que requieren de un medio para efectuarse y arribar a su destinatario, donde, obviamente, se incluyen las realizadas por teléfono”¹². Agregan los mismos autores, que el carácter privado de las conversaciones o comunicaciones se refiere a que deben versar sobre asuntos donde “el conocimiento del contenido de las mismas está bajo control de quien emite la comunicación o conversación, por cuanto atañen a aspectos reservados de su vida o la de sus más próximos”¹³. El carácter privado está dado por ese terreno donde la persona tiene exclusividad en el conocimiento de determinada información y, por sobre todo, el derecho de controlarla efectiva y constantemente.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op.Cit. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=JO29ach> [consulta: 17 julio 2016]

¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit., 277 pp

¹¹ Ibid, p. 277.

¹² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2º Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2005. 236 pp.

¹³ Ibid, p. 236

Los verbos rectores respecto de los documentos o instrumentos de carácter privado son: sustraer, fotografiar, fotocopiar y reproducir. Los objetos materiales y verbos rectores referidos no suponen interés para esta investigación, ya que no son abordados por la sentencia de la Corte Suprema que será analizada. Además, por las características de los objetos materiales y de los verbos rectores, no requieren una mayor explicación.

Los verbos rectores respecto de las imágenes o hechos de carácter privado son captar, grabar, fotografiar y filmar. Replicamos lo señalado en el párrafo anterior, sin perjuicio que las conclusiones de este trabajo puedan ser aplicadas a estos casos.

1.3.2 ACCIÓN Y OBJETOS MATERIALES DESCRITOS EN EL INCISO SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 161 A DEL CÓDIGO PENAL.

En el inciso segundo de la disposición en estudio, se sanciona a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, instrumentos, documentos, imágenes o hechos a que se refiere el inciso primero.

El inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal señala:

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

El legislador le asigna la misma pena que al sujeto que ejecute alguna de las conductas descritas en el inciso primero. En el inciso tercero, se indica que si es la misma persona quien ejecuta la conducta del inciso primero y luego la de divulgar, la pena deberá ser aplicada en su grado máximo y con una multa aumentada en su mínimo.

El inciso tercero del artículo 161 A del Código Penal señala:

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

Los verbos difundir o divulgar consisten en dar a conocer al resto de las personas la información que ha sido fijada mediante las conductas señaladas en el inciso primero de la disposición en cuestión, siendo reprochable este comportamiento de propagación en la medida que el contenido no sea de conocimiento público. En el mismo sentido, “por difundir entendemos dar a conocer a una o más personas el contenido de la comunicación. Tratándose de comunicaciones de carácter privado que con anterioridad a la acción de difundir ya han pasado a conocimiento público por otros conductos, no se configuraría el delito”¹⁴.

Por ejemplo: A, de forma clandestina, graba la conversación de carácter privado entre B y C, sin autorización de estos últimos, donde B da cuenta de información íntima a C. Luego de esto, B difunde la información libremente a toda la comunidad. Después de la difusión efectuada por B, un sujeto D, difunde la grabación efectuada por A. En este caso, la difusión efectuada por D no sería punible, ya que la información ha pasado a ser de conocimiento público en virtud de la difusión efectuada por B. Distinta es la situación de A, quien grabó la conversación de carácter privado, clandestinamente, pues respecto de esa conducta el reproche se mantiene, aunque el propio afectado la haya difundido después de la obtención ilícita.

Es preciso indicar que la conducta de difusión o divulgación, para que constituya delito, requiere de al menos dolo eventual, pues siendo un delito en contra de la intimidad, el sujeto activo debe saber o al menos representarse que la grabación se obtuvo de forma reprochable penalmente.

1.4. ASPECTO ESPACIAL EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 161 A DEL CÓDIGO PENAL.

Las conductas descritas en el inciso primero deben ser cometidas en un recinto particular o en lugares que no sean de libre acceso al público. Según Politoff, Matus y Ramírez¹⁵, un recinto particular es un lugar delimitado, con protecciones o resguardos que impidan o dificulten el ingreso de terceros. Un recinto privado puede ser una oficina, locales de trabajo, un establecimiento de comercio, una habitación de hotel, un

¹⁴ Ibid, p. 237

¹⁵ Ibid, p. 238

camarote de barco. Es decir, no se reduce al recinto privado por antonomasia, que es el domicilio o vivienda de una persona, sino a todos los lugares que cumplan con los requisitos antes señalados. En efecto, lo determinante es que sea un lugar con protecciones o resguardos que impidan o dificulten el ingreso de terceros.

Según Etcheberry¹⁶, recintos de no libre acceso al público, son aquellos lugares que sin ser recintos particulares, no admiten el acceso indiscriminado, sino sólo de personas autorizadas a ingresar según determinadas circunstancias del recinto, como por ejemplo, en hospitales o policlínicas, las áreas reservadas de pacientes o enfermos. Politoff, Matus y Ramírez agregan “los sectores reservados de un restaurante, los prostíbulos de acceso restringido, etc.”¹⁷.

Con esta limitación que realiza el legislador, quedan excluidas de reproche penal las conductas que se ejecuten en lugares públicos, aunque las conversaciones o comunicaciones versen sobre asuntos privados. Sin embargo, es importante dejar claro que es la comunicación o conversación de carácter privado lo que se debe producir en un recinto privado o de no libre acceso al público. En efecto, para configurar el delito, el sujeto activo puede perfectamente estar fuera de dichos lugares, captando, grabando o interceptando, de lo contrario, bastaría tener un aparato potente que permitiera captar todas las conversaciones de carácter privado que tienen las personas al interior de sus domicilios, lo que evidentemente implicaría un grado de impunidad gigantesca para todos aquellos que puedan acceder a esos aparatos eficientes en la captación y fijación de conversaciones.

1.5. INEXISTENCIA DE AUTORIZACIÓN DEL AFECTADO.

Por disposición expresa del artículo 161 A del Código Penal, para que el delito se configure, es necesario que el afectado no autorice la realización de las conductas descritas en los incisos primero y segundo de la disposición en estudio. Sin embargo, como veremos en el desarrollo del presente trabajo, fundamentalmente en el capítulo 2, la falta de autorización de la víctima para la ejecución de los verbos rectores es

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit., 276 pp.

¹⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. Op.Cit. 238 pp.

inherente y consecuencial a la manera ilegítima como se debe obtener la información para estar en presencia de los delitos contemplados en esta disposición.

1.6 SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS RELATIVOS A COMUNICACIONES Y CONVERSACIONES DE CARÁCTER PRIVADO.

Cualquier persona puede ser sujeto activo de las conductas descritas en el artículo 161 A del Código Penal. El tipo penal no hace distinciones. En las conductas relativas a las conversaciones o comunicaciones de carácter privado el legislador tampoco realiza distinciones.

Sin embargo, como veremos, la gran discusión que existe sobre este delito, consiste en establecer si los interlocutores pueden cometerlo a pesar de ser partícipes en la comunicación o conversación, no siendo terceros ajenos a la misma. En este orden de ideas, la sentencia de la Corte Suprema, en el denominado “ Caso de la Doctora Cordero”, Rol 8393-2012, que resuelve una casación en el fondo presentada por la defensa de los imputados, refiere en sus considerandos séptimo y octavo, lo siguiente:

[L]a intromisión ilegítima aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrá ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, de lo que se sigue que para que la conducta sea punible, 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, pues respecto del interlocutor la indiscreción no puede ser sancionada, al menos penalmente¹⁸.

(...)no existió intromisión no autorizada en la vida privada de alguna persona, porque el registro, captación o grabación de la comunicación no fue realizada por un tercero ajeno capaz de actuar como titular de la acción intrusiva, por lo que su difusión también permanece al margen del reproche penal. No hay, en consecuencia, observadores ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, por ello, cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podía reproducirla, como efectivamente aconteció¹⁹.

¹⁸ “Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia que acoge recurso de casación en el fondo. Considerando 7º.

¹⁹ Ibid, considerando 8º.

Este pronunciamiento de la Corte Suprema, que ya será analizado a fondo, nos da cuenta de una problemática no advertida por el legislador. La Corte Suprema básicamente refiere que no basta que la grabación de la conversación sea sin consentimiento del afectado, sino que esa conducta debe ser ejecutada además por un tercero ajeno, debe ser un intruso en la conversación para que sea reprochable penalmente.

CAPÍTULO 2. ASPECTOS RELEVANTES PARA SUPERAR EL PROBLEMA DE LOS INTERLOCUTORES EN LAS CONVERSACIONES O COMUNICACIONES DE CARÁCTER PRIVADO.

Como se esbozó en la última parte del capítulo 1, el tipo penal en estudio no hace distinciones entre interlocutores y terceros ajenos a una conversación o comunicación de carácter privado. Menos aún hace referencia al concepto de titular de una acción intrusiva ni tampoco al de observador ilegítimo de la información revelada.

Sin embargo, en la sentencia de la Corte Suprema ya citada, se hace referencia a los conceptos indicados en el párrafo anterior y nos deja evidencia que el tema del sujeto activo del delito no es tan sencillo.

En virtud de este escenario, para entender el razonamiento de nuestro máximo tribunal, es necesario realizar algunas distinciones y aclaraciones.

2.1 DISTINCIÓN ENTRE CONDUCTAS DE INTROMISIÓN Y CONDUCTAS DE INDISCRECIÓN.

Esta distinción es esencial para determinar la existencia de los delitos contemplados en el artículo 161 A del Código Penal.

Para el profesor Antonio Bascuñán²⁰, cuando entendemos que la vulneración a la intimidad supone la realización de un acto de habla o su equivalente instrumental, como lo es una revelación, difusión o divulgación de información, transmisión de sonidos o imágenes, reproducción o exhibición de una grabación de sonidos o imágenes, cometemos un error, porque la intimidad no es la expectativa de control del uso de la información poseída por otro. Lo relevante para la protección de la intimidad no es el uso de la información que otro posee, sino el modo como se obtuvo la información, ese es el punto crucial.

El error de condicionar el atentado a la intimidad con un acto de difusión se comete porque se tiende a asimilar la intimidad con el interés en el honor. Para la

²⁰ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, (3): 2014. pp. 50, 51.

protección del honor no es importante la forma como se obtuvo la información, lo relevante es el sentido denigrante del trato implicado por el acto de difusión o las consecuencias del acto de habla para la consideración social del afectado.

La protección de la intimidad supone la “distinción fundamental entre prohibiciones de intromisión a la intimidad (obtención ilícita de la información) y prohibiciones de indiscreción (uso no consentido de información lícitamente obtenida). La prohibición de actos de intromisión implica el reconocimiento de una expectativa específica de intimidad, la expectativa de exclusión, y ese reconocimiento implica la afirmación de una preponderancia frente a la libertad de información”²¹. Agrega el mismo autor, que “distinto es el caso de las prohibiciones de indiscreción, esto es, las prohibiciones de revelar, exhibir, divulgar, o difundir información o grabaciones de imágenes y/o sonidos relativos a otro que se posee legítimamente. Aquí se trata de una expectativa de control de flujo de la información que otros poseen, sin que esa posesión se haya originado por infracción de prohibición alguna”²². Por lo general, las conductas de indiscreción son irrelevantes desde el punto de vista penal, salvo determinadas excepciones relativas a profesiones o funciones específicas.

Para el profesor Bascuñán²³, las conductas que se sancionan en el artículo 161 A del Código Penal, son paradigmáticamente delitos de intromisión. En este escenario, los actos de difusión y divulgación contemplados en los incisos segundo y tercero de la disposición en cuestión, a pesar de compartir la estructura fáctica de los delitos de indiscreción, son acciones de intromisión, ya que constituyen un uso de los efectos de las conductas descritas en el inciso primero. En efecto, la difusión y divulgación previstas en el tipo penal en estudio implican una intensificación de la afectación de la intimidad que ya importó su obtención ilícita, teniendo su ilicitud un carácter derivativo.

Entonces, a partir de lo señalado, podemos distinguir entre obtención de la información y difusión de la información. Se comete un acto de intromisión cuando la obtención de la información ha sido ilegítima, mientras que las conductas de indiscreción se cometen cuando se divulgan o difunden informaciones lícitamente obtenidas.

²¹ Ibid, 51 p.

²² Ibid, 52 p.

²³ Ibid, 53 p.

Si se difunde una información ilícitamente obtenida, no se comete una conducta de indiscreción, sino una conducta de intromisión, pues ese contenido que se difunde nace de un acto de intromisión, por ende, la difusión en esas circunstancias es una intensificación de la conducta fundante de intromisión.

La obtención ilícita de la información se concreta a través de conductas dolosas realizadas por el sujeto activo, tendientes a no permitir que el afectado pueda controlar efectiva y constantemente su ámbito de exclusividad. Esto se puede realizar por actos intencionales clandestinos, donde el afectado no se percata que el tercero está escuchando, lo que constituye la forma tradicional de obtención ilícita. Sin embargo, también se puede efectuar mediante conductas que no permitan al afectado apreciar las circunstancias materiales reales que caracterizan un determinado momento, haciendo suponer a la víctima que está en un escenario bajo el cual ella decide sobre su intimidad, en circunstancias que el escenario real es otro.

EJEMPLOS:

A.- Si voy a la casa de un conocido, quien me cuenta asuntos de su vida privada y luego yo difundo esa información, cometo un acto de mera indiscreción. El acto de difusión sólo es de indiscreción, ya que la información fue obtenida de forma lícita, pues mi conocido me entregó el contenido libremente, es decir, lo obtuve lícitamente. Es importante señalar que la indiscreción se comete en el momento de la difusión, no antes.

B.- Por otro lado, si un tercero clandestinamente escucha la misma conversación entre mi persona y mi conocido, sin autorización de ninguno de los dos interlocutores, comete un acto de intromisión. Por ende, si decide difundir dicha información, comete un segundo acto de intromisión, intensificando el primero que significó la obtención ilegítima.

C.- Finalmente, si un sujeto, que es integrante de un programa de televisión de entretenimiento, decide hacerse pasar por asistente social, utilizando una polera municipal, con una credencial que dice "Municipalidad" y va al domicilio de una persona desconocida, de escasos recursos, simulando ser éste un profesional que la ayudará, y logra de esta forma extraerle información sobre su vida privada, comete un acto de intromisión. Si luego, además, difunde esa información, intensifica la conducta de intromisión, ya que el contenido fue obtenido ilícitamente al haber simulado tener una

calidad falsa, calidad determinante que permitió ganarse la confianza y la apertura de la privacidad de la afectada. En este caso, el engaño ejecutado por el integrante del programa, produce un error en el análisis de las circunstancias materiales del momento realizado por la víctima, que no permitieron a esta última controlar efectivamente lo que extrajo del ámbito de exclusividad.

Todos estos ejemplos sirven para ilustrar y explicar la diferencia entre conductas de intromisión y de indiscreción, sin embargo, como ya lo puede advertir el lector, en estos ejemplos no se ha incluido ninguno de los verbos rectores señalados en el inciso primero del artículo 161 A del Código Penal, esto es, captar, interceptar, grabar o reproducir, recordando que captar, como se dijo en el apartado 1.3.1, no es la simple escucha clandestina como lo propone el profesor Etcheberry, pues en ese caso, el ejemplo B constituiría delito, lo que superaría con creces el sentido de la norma. Superaría ese sentido, porque a partir de los verbos utilizados por la disposición legal, se desprende que no se reprocha el mero acto de intromisión, sino la utilización de instrumentos para la fijación o percepción de la información obtenida ilícitamente.

2.2 CONDICIÓN *SINE QUA NON* PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO Y VERBOS RECTORES.

Como ya se señaló, en los actos de intromisión hay dos grandes momentos: el primero, que dice relación con la obtención ilícita de la información, que constituye la conducta fundante; y el segundo, la difusión de la información obtenida ilícitamente, que puede darse o no, ya que es simplemente la intensificación del primer acto.

Sin embargo, para que una conducta de intromisión sea delito, tal como lo describe el artículo 161 A del Código Penal, no es suficiente con que se produzca una obtención ilícita de la información, sino que es necesario que ese contenido de carácter privado vertido en la conversación o comunicación, sea captado, grabado, interceptado o reproducido por un sujeto. Por ende, para que el acto efectivamente sea intrusivo, primeramente debe existir una obtención ilícita de la información, y luego, para que ese acto intrusivo sea delito, debe ejecutarse por el sujeto activo alguno de los verbos rectores del tipo penal. Desde ya, debemos expresar que no basta con que el sujeto

activo ejecute alguno de los verbos rectores referidos, pues primeramente la obtención de la información debe ser ilícita.

En este sentido, el profesor Bascuñán, citando a Günther Arzt, expresa que “el interlocutor que graba una conversación no realiza un acto de obtención de conocimiento de la información comunicada no consentido por el afectado, como lo son los actos de intromisión, sino un acto no consentido de fijación del conocimiento que fue obtenido con consentimiento del afectado, para su aseguramiento.”²⁴

Como podemos ver, una cosa es la obtención de la información (legítima o ilegítima) y otra es la fijación o percepción de ese contenido informativo (captar, interceptar, grabar o reproducir). En consecuencia, la mera fijación o percepción de la información mediante las conductas señaladas, no constituye un acto de intromisión. La eventual difusión de la información así fijada o percibida, no sería más que una conducta de indiscreción, aunque posiblemente esa divulgación afecte el honor del afectado.

Sin una obtención ilícita de la información de carácter privado, el delito no puede surgir, esta es la condición *sine qua non* de las conductas descritas por el tipo penal contemplado en el artículo 161 A del Código Penal, siendo indiferente que el sujeto que ejecuta la obtención ilegítima sea el interlocutor. Es decir, para que la captación, grabación, interceptación o reproducción de conversaciones o comunicaciones de carácter privado sean delito, necesariamente debe existir una obtención ilícita de esa información.

Luego, para que la difusión sea reprochable penalmente, objetivamente se deben dar los dos requisitos señalados en el párrafo precedente, primero la obtención ilícita de información y luego la ejecución de los verbos rectores. Además, subjetivamente, el autor de la difusión debe saber o representarse que se cumplieron los dos requisitos objetivos.

EJEMPLOS:

A.- Si voy a la casa de un conocido, quien me cuenta sobre asuntos de su vida privada voluntariamente, ejerciendo el control que posee sobre su privacidad, y yo decido grabarlo sin pedirle autorización, el hecho no constituye delito alguno. Si luego decido difundir dicha grabación, esa conducta tampoco constituye delito, pues para que la

²⁴ Ibid, 56 p.

difusión sea delito, es necesario que la grabación también lo sea, ya que la divulgación es simplemente una intensificación del primer acto. Si el primer acto no es delito, malamente el acto de difusión podría serlo. Si ese conocido me señala expresamente que no lo grabe, pero igual lo hago sin que se dé cuenta, tampoco surge el delito, pues la persona asume el riesgo al darme a conocer la información. La grabación es un mero acto de fijación del conocimiento lícitamente obtenido, no es un acto de ilegítima obtención de información.

B.- Por otro lado, si un tercero clandestinamente escucha la misma conversación que mantengo con mi conocido, sin autorización de ninguno de los dos interlocutores y, al mismo tiempo, graba o capta la conversación, el hecho constituye delito. Por ende, si dicho sujeto u otro a sabiendas de las circunstancias en que se produjo esa grabación o no pudiendo menos que conocerlas, difunde la misma, comete el delito del inciso segundo de la disposición en estudio.

C.- Finalmente, si un sujeto, que es integrante de un programa de televisión de entretenimiento, decide hacerse pasar por asistente social, utilizando una polera municipal, con una credencial que dice "Municipalidad" y va al domicilio de una persona desconocida, de escasos recursos, simulando ser éste un profesional que la ayudará, y logra de esta forma extraerle información sobre su vida privada, comete un acto de intromisión. Y si, además, graba la conversación, comete el delito contemplado en el artículo 161 A inciso primero del Código Penal. Si luego, el mismo sujeto o un tercero a sabiendas de las circunstancias en que se produjo esa grabación o no pudiendo menos que conocerlas, difunde la información de carácter privado, comete el delito del inciso segundo de la disposición en estudio, intensificando la conducta de intromisión.

2.3. OBTENCIÓN ILÍCITA DE LA INFORMACIÓN.

En virtud de lo expresado en este trabajo, siendo la intimidad el bien jurídico protegido, habiendo desglosado a la misma en los conceptos exclusividad y control, estimamos que la ilicitud en la obtención del contenido estará dada por la vulneración a ese derecho de controlar lo que mantengo dentro o fuera del ámbito de exclusividad.

Para que ese control sea efectivo, es necesario que la persona conozca las principales circunstancias fácticas que caracterizan el momento en que la persona toma la decisión de dar a conocer un aspecto de su vida privada.

Sin embargo, es preciso resaltar que el conocimiento de estas circunstancias fácticas no es necesario que sea total, sino suficiente para que la persona pueda asumir una postura que le permita proteger ese ámbito de exclusividad a través del control.

EJEMPLOS:

A. X, que es el afectado, sostiene una conversación de carácter privado con Y, en el domicilio del primero. X no sabe si afuera alguien se detuvo a escuchar clandestinamente, pero sí sabe que pasan personas que podrían escuchar. Con esta información, para controlar de forma efectiva ese ámbito de exclusividad, toma la decisión de hablar con un volumen moderado que no permita que su voz se escuche en las afueras de su casa, pues precisamente, su interés es excluir al resto de determinada información. Si en el mismo caso, con la misma información, X decide conversar con volumen extremadamente alto los asuntos de carácter privado con Y, X está decidiendo asumir el riesgo de que la información de carácter privado sea conocida por el resto, por ende, en ese escenario, un sujeto que se encuentra parado en las afueras del domicilio, con dolo de escuchar clandestinamente, consideramos no comete una conducta de intromisión, pues es la propia víctima quien extrae del ámbito de exclusividad la información que está emitiendo.

B. Si X que es el afectado trabaja en una oficina como abogado y atiende regularmente clientes que son sujetos desconocidos, X para controlar su ámbito de exclusividad, no proporcionará a esos desconocidos información de carácter privado, pues precisamente la esencia de la privacidad es excluir al resto, principalmente a los desconocidos. Ahora, en el mismo caso, si uno de esos sujetos desconocidos resulta ser un periodista que quiere obtener información de su ámbito de exclusividad, no identificándose como tal ni sus verdaderas intenciones, estimamos que dicho engaño no es relevante, pues X cuenta con la información suficiente para resolver no entregar la información de carácter privado. Si X accede a proporcionar información de carácter privado, sabiendo que es un sujeto desconocido, renuncia a su expectativa de privacidad, no surgiendo un acto de intromisión por parte del periodista, ya que el

afectado contaba con antecedentes fácticos suficientes para poder controlar su ámbito de exclusividad.

2.3.1 OBTENCIÓN ILÍCITA POR PARTE DE TERCEROS.

Es lógico entender que la obtención de información que realiza un tercero ajeno a una comunicación o conversación privada, de forma clandestina, es ilícita, la que sumada a la realización de alguno de los verbos rectores respectivos, la transforma en delito. Esto porque el afectado tiene derecho a controlar la información que emite a su interlocutor, debiendo asumir sólo el riesgo de indiscreción respecto de ese interlocutor autorizado a escuchar.

Sin embargo, suponer que alguien entrará clandestinamente a una vivienda o un recinto privado para escuchar y grabar lo que otros conversan, o que dejará un dispositivo que le permitirá captar o grabar, parece asociado a estados policiales o a sistemas totalitarios, que al menos en este siglo, no abundan en esta parte del mundo, por ende, parece irrelevante suponer en la práctica que esta disposición sea aplicada a terceros intrusos de una conversación.

2.3.2 OBTENCIÓN ILÍCITA DE INFORMACIÓN POR PARTE DE INTERLOCUTORES. EL ENGAÑO COMO PRINCIPAL FORMA DE OBTENCIÓN ILÍCITA.

Hoy en día, conforme al desarrollo de programas de investigación de los diversos medios de comunicación, es el propio interlocutor o un observador autorizado a estar en la reunión, el que graba la conversación privada, con cámaras diminutas que permiten su ocultación o disimulo. Por ende, la fijación de la información no es efectuada por un tercero ajeno a la conversación.

Para lograr la obtención de la información se recurre al engaño, de tal manera de hacerse de información de carácter privado que de otra manera no sería alcanzada. Como señala Mario Garrido Montt, en el delito de estafa, por engaño se entiende “faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o

hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)²⁵, o ambas a la vez, simulación y disimulación.

El engaño produce en el afectado un error, una equivocación en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean el momento en que la persona decide emitir una información de carácter privado, pues piensa que está ante un escenario material determinado, en circunstancias que está en otro. El error en que dolosamente se hace caer al sujeto pasivo conlleva una falta de conocimiento de la realidad, que no le permite controlar efectivamente la información que emite, lo que transforma esa obtención de contenido en ilícita.

EJEMPLO:

Un periodista, dolosamente, se hace pasar por empadronador del censo, presentándose como tal y vistiendo una polera y una credencial de la institución competente, logrando que el dueño de casa lo haga ingresar a su domicilio, ganándose la confianza del afectado. El afectado piensa que conversa con una persona autorizada a requerirle información sobre aspectos de su vida privada, desarrollándose una conversación donde ventila asuntos de carácter privado. El afectado se representa que su interlocutor es un censista, en circunstancias que se trata de un periodista. Además, el periodista, sin autorización del afectado, graba la conversación sostenida.

El ejemplo referido, deja en evidencia que el sujeto activo simula ser un censista y disimula ser un periodista. El periodista tiene una voluntad real, dada por el interés de engañar a la víctima haciéndose pasar por censista y lograr de esta manera la obtención de información privada que de ser sincero no conseguiría, la que además graba para fijar el conocimiento alcanzado en un soporte distinto de la mera memoria.

Para el afectado su interlocutor era un censista, por ende, realizó un análisis fáctico de la situación, tomó conocimiento de este escenario material y conforme este contexto, de forma aparente, decidió emitir información de carácter privado. Sin embargo, como sabemos, fue engañado, lo que implica que esa decisión no fue

²⁵ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Editorial Jurídica, 2000. Tomo IV, 321 pp.

controlada, ya que no tenía conocimiento de las circunstancias reales que caracterizaban el hecho, en definitiva, no pudo controlar efectivamente la emisión y el destinatario del contenido privado, vulnerándose con esto su intimidad.

En el mismo sentido, de este ejemplo podemos advertir que el sujeto activo simuló ser un censista y disimuló ser un periodista. Es decir, de este individuo que lógicamente es una sola persona, se pueden extraer dos entes. El ente simulado que corresponde a un sujeto ficticio creado para engañar a la víctima, que en realidad no existe y al cual el afectado entrega información de carácter privado, y el ente real, que corresponde a un sujeto desconocido para la víctima, no autorizado a escuchar la conversación de índole íntima, en consecuencia un intruso y que corresponde a la persona y voluntad verdadera.

Luego, el mismo ejemplo anterior, pero ahora el sujeto activo se hace pasar por ministro de justicia o funcionario público, logrando la obtención ilícita de información de carácter privado, grabándola sin autorización del afectado.

El ejemplo dado en este caso no es casual. El ente simulado es un ministro de justicia o funcionario público, mismos conceptos utilizados por el artículo 439 del Código Penal, en la denominada violencia ficta, relativa a los delitos de robo con violencia. En ese delito, quien finge ser ministro de justicia o funcionario público, para lograr la apropiación de especies, responde como autor de robo con violencia.

Mario Garrido Montt²⁶, al analizar la violencia ficta, realiza una reflexión interesante para nuestro caso en estudio. La violencia ficta es un engaño que se efectúa con respecto a la víctima, siendo relevante que la comisión del engaño cumpla con la idoneidad adecuada en el caso concreto para lograr ese objetivo, teniendo en consideración las circunstancias del sujeto pasivo. En el mismo sentido, al analizar el delito de estafa refiere que “el ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales”²⁷.

A partir de lo señalado, consideramos que el engaño tendiente a lograr que el sujeto pasivo, en una conversación, proporcione información de carácter privado, debe

²⁶ Ibid, 185 p.

²⁷ Ibid, 323 p.

cumplir determinados estándares de idoneidad, siendo relevantes las características personales del sujeto pasivo.

EJEMPLO:

Un sujeto activo de 18 años, con apariencia de adolescente, en estado de ebriedad, llega hasta la oficina de un abogado penalista, diciéndole que es psicólogo del colegio de su hija y que deben conversar sobre asuntos privados de la niña, el abogado accede, se desarrolla una conversación, hablan sobre asuntos privados y el joven graba, en circunstancias que claramente no era psicólogo ni mucho menos.

En este caso, consideramos que no se dan los requisitos de idoneidad del engaño para entender configurada una obtención ilícita de la información, condición *sine qua non* de las conductas de intromisión. En este escenario, al no ser idóneo el engaño, estimamos que el supuesto afectado tuvo información suficiente para controlar su ámbito de exclusividad, lo que no realizó por circunstancias que no ameritan la protección penal de esta conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, será necesario analizar caso a caso si se dan las circunstancias fácticas para estimar si estamos en presencia de una obtención ilícita de la información, la que sabemos es la condición esencial para la eventual configuración del delito contemplado en el artículo 161 A del Código Penal.

Para esto, tendremos presente también que cada persona es la primera que debe proteger su intimidad, porque precisamente los sujetos ejercen su derecho a la privacidad excluyendo al resto del conocimiento de esa información (exclusividad). Si decido, durante conversaciones, entregar información privada a desconocidos, al interior de mi domicilio o en un recinto privado o de no libre acceso al público, difícilmente se podrá otorgar relevancia a un eventual engaño que se produzca al ingreso del recinto, pues el engaño no sería lo determinante para la obtención de la información, sino simplemente un elemento accesorio de la decisión controlada del afectado de expresar asuntos de su vida privada con desconocidos. Por lo tanto, aparte de que el engaño sea idóneo, es necesario que sea determinante al momento de la obtención de la información, pues si lo determinante fue el propio control del afectado, no existiría conducta de intromisión.

En definitiva, el engaño debe ser idóneo y determinante, copulativamente. Si no cumple estos requisitos, el sujeto pasivo seguirá contando con información suficiente para controlar su intimidad.

2.4. POSTURA QUE NO RECONOCE CONDICIÓN *SINE QUA NON*.

Como hemos expresado, consideramos básico para la comisión de los delitos establecidos en el artículo 161 A del Código Penal, que la información haya sido obtenida ilícitamente. Si la información es obtenida lícitamente y sólo la fijación es sin autorización del afectado, no se podrá configurar delito alguno en contra de la intimidad.

Sin embargo, el razonamiento llevado a cabo, no es compartido por todos. Para el profesor Antonio Bascuñán, el problema se centra en “resolver si el estatus normativo de la grabación no consentida como peculiar modo de fijación del conocimiento debe asemejarse al estatus normativo de los actos de obtención no consentida de conocimiento –la intromisión- o al estatus normativo de cualquier otro acto de fijación del conocimiento”²⁸. Para nosotros, el segundo estatus es el que consideramos adecuado.

En esta pugna, en la misma línea de lo que consideramos acertado, resulta interesante lo señalado por el Juez White, de la Corte Suprema Federal norteamericana, citado por Bascuñán Rodríguez: “cuando un hombre habla a otro asume todo el riesgo que es por lo usual inherente a hacer eso, incluyendo que el hombre con quien habla vaya a hacer público lo que se ha escuchado. La cuarta enmienda no protege contra compañeros que no son de fiar (o que cumplen la ley) (...) No es más que una extensión lógica y razonable de este principio que un hombre asuma el riesgo de que su interlocutor, libre de memorizar lo que escucha para posteriores repeticiones literales, se encuentra en cambio grabándolo o transmitiéndolo a otro”²⁹.

Para el profesor Bascuñán “someter la grabación subrepticia al mismo estatus de la memoria del interlocutor no es una extensión lógica ni razonable del principio de

²⁸ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Op.Cit. 56 pp.

²⁹ Ibid, p. 56.

la asunción del riesgo de indiscreción de los interlocutores. La razón que obsta a esa inferencia es evidente: quien graba o filma adquiere el poder de reproducir virtualmente los sonidos o las imágenes y ese poder implica un poder de inclusión virtual de terceros como destinatarios de las palabras o espectadores de las acciones de otro. La intensidad de la afectación de la intimidad que ocasiona esa inclusión virtual no es comparable a la mera indiscreción³⁰.

En este argumento, consideramos que el razonamiento no guarda relación con la intimidad, sino más bien con la protección del honor de la persona que ha sido grabada. Se le otorga demasiada importancia al poder de reproducir, como si eso fuera lo relevante, en circunstancias que el delito surge incluso si existiera certeza de que las imágenes nunca serán difundidas, o como sucede cuando el sujeto activo simplemente capta, situación donde no queda registro, no queda almacenado lo captado para poder ser reproducido.

Si el supuesto afectado tuvo el control sobre la información que estaba entregando y sobre el destinatario, ese interlocutor obtiene la información de forma legítima, lo que implica que la supuesta víctima renuncia a la expectativa de privacidad, asumiendo el riesgo de indiscreción por parte de su interlocutor. El no saber que está siendo grabado, no supone que no tuviera control sobre su privacidad, sino solamente que el potencial acto de indiscreción será más creíble conforme a nuestros estándares de valoración. En consecuencia, la mera grabación no es una vulneración a la intimidad, es sólo una forma de fijar la información válidamente obtenida.

La inclusión virtual de terceros como destinatarios de las palabras o espectadores de las acciones de otro no constituye un acto de intromisión, ya que el único destinatario de la información de carácter privado fue el interlocutor. Las otras personas que luego escuchan la grabación no son destinatarios, sino simplemente receptores de una información que está compartiendo el interlocutor en el acto de indiscreción.

Por último, es evidente que la inclusión virtual de terceros en la difusión provoca una intensidad superior que un mero acto de habla, sin embargo, no por ello cambia su categoría de acto de indiscreción a acto de intromisión.

³⁰ Ibid, p. 57.

El mismo Bascuñán, también expresa que una opción “consiste en advertir la diferencia de contextos entre la Constitución y el Código Penal. En aquella, la prohibición de intromisión (artículo 19 N° 5) se especifica frente a la prohibición genérica de atentar contra la vida privada (artículo 19 N° 4) y su formulación usa términos inequívocamente descriptivos de actos de intromisión: “allanar”, “interceptar”, “abrir”, “registrar”. En éste, en cambio, no hay una prohibición genérica de atentar contra la vida privada y la formulación de la norma pertinente (artículo 161-A inciso 1°) utiliza términos que conforme a su sentido natural y obvio son comprensivos tanto de la intromisión de un tercero ajeno como de la actuación subrepticia de un interlocutor: “grabar”, “filmar”³¹. El autor³² continúa diciendo que conforme este análisis, es perfectamente concebible que la protección penal de la intimidad se extienda más allá de un acto intrusivo, señalando que estaríamos en una situación equivalente al derecho estadounidense, que no reconoce protección constitucional federal contra la grabación subrepticia, pero sí, eventualmente, protección penal estatal, como por ejemplo la sección 632-(a) del Código Penal del Estado de California, citada por Bascuñán Rodríguez, la cual señala: “Cualquier persona que, intencionalmente y sin el consentimiento de todos los partícipes en una conversación confidencial, mediante cualquier dispositivo electrónico que amplifique o grabe, escuche o grabe la conversación confidencial, ya sea que la comunicación se lleve entre los partícipes en su presencia o mediante un telégrafo, teléfono u otro dispositivo, salvo la radio, será sancionado con...”³³.

Este último planteamiento, constituye una interpretación del tipo penal que supone sancionar conductas que no son actos de intromisión, basado en que la Constitución utiliza conceptos propios de intromisión, en circunstancias que el tipo penal en estudio utiliza términos que podrían ser ejecutados por interlocutores. Luego, refiere que estaríamos en la misma situación que el Estado de California, citando la norma donde explícitamente se sanciona a los interlocutores.

Estimamos que esta interpretación no resulta prudente, pues sancionaría conductas que no son de intromisión ni de indiscreción, sino meros actos de fijación del

³¹ Ibid, p. 58.

³² Ibid, p. 58.

³³ Ibid, 58 p.

conocimiento sin autorización del afectado. Estimamos que si el legislador hubiese querido sancionar precisamente actos de fijación subrepticio del conocimiento, habría explicitado dicha intención tal como lo hizo el Estado de California.

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE SUPREMA, EN EL DENOMINADO “CASO DE LA DOCTORA CORDERO”.

La sentencia de la Corte Suprema, dictada en el denominado “Caso de la Doctora Cordero” (Rol de Ingreso Corte N°8393-2012), es paradigmática para el análisis del artículo 161 A del Código Penal.

Esto porque nuestro máximo tribunal, absuelve a los imputados por los delitos contemplados en el artículo 161 A del Código Penal, a pesar de que la supuesta víctima fue grabada sin su consentimiento, en un lugar previsto por el legislador. Los argumentos esgrimidos fueron dos: el primero, la ausencia de carácter privado de la conversación sostenida entre la doctora (supuesta víctima) y los periodistas, aspecto que no será abordado en este trabajo; y el segundo, la calidad de interlocutores de los imputados, en orden a que la conducta de intromisión debe ser ejecutada por un tercero ajeno, distinto de aquel a quien la supuesta afectada reveló los hechos renunciando a su expectativa de privacidad, es decir, el registro, captación o grabación debe ser realizado por un tercero que pueda ser titular de una acción intrusiva.

Sin embargo, aparte de estos dos argumentos principales, la Corte esboza una importante consideración que se relaciona con el aporte que pretende generar este trabajo. En efecto, en la sentencia de reemplazo, se indica que no hubo un despliegue de medios engañosos para ingresar a la consulta de la doctora, y que fue ella quien permitió el ingreso a dos desconocidos, recorriendo la misma doctora el velo de protección de la intimidad.

Vale la pena señalar que la sentencia fue dictada en fallo dividido. El voto de mayoría fue suscrito por los ministros Milton Juica Arancibia, Carlos Künsemüller Loebenfelder y el abogado integrante Jorge Baraona González. El voto disidente fue suscrito por los ministros Alfredo Pfeiffer y Hugo Dolmetsch Urra.

3.1 HECHOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA.

En la sentencia que resuelve la casación en el fondo presentada por las defensas de los imputados, los hechos que se consignan en el considerando tercero son los siguientes:

Un equipo periodístico del programa de reportajes “En La Mira” del canal de televisión abierta Chilevisión, mantenía información a través de denuncias y por averiguaciones recibidas de diversas fuentes que un grupo de médicos otorgaba licencias médicas falsas, supuestamente coludidos con algunas sociedades de personas cuyo objeto sería defraudar a Fonasa o a las instituciones de salud privadas a través de la obtención de beneficios previsionales indebidos. A objeto de corroborar dicha información, sin que conste que previamente se hubiere recurrido a otros medios menos intrusivos, dos periodistas del referido canal y programa, ocultando sus verdaderas identidades, proporcionando datos no fidedignos acerca de su actividad laboral y con el claro propósito de obtener una licencia médica, portando una cámara oculta concurren entre los meses de julio y agosto de 2003, en calidad de pacientes privados, a la consulta de la psiquiatra María Luisa Cordero, que no tiene libre acceso al público, en cuyo interior debía realizarse un acto médico que reviste caracteres de confidencialidad, sin autorización ni conocimiento de la afectada u otra autoridad del recinto, procedieron a su filmación y grabación. Seguidamente, el 14 de julio de 2003, los mismos periodistas concurren a la consulta ubicada en Valenzuela Castillo N° 916, Providencia, en busca del médico Manuel Báez Alvarado, encontrándose casualmente con el médico Willy Steil Veloso, con idéntica finalidad, en donde uno de ellos sostuvo una entrevista con él, a solas por cerca de 10 minutos, constando en autos la confección de la ficha médica de su paciente, diagnosticándole trastorno del ánimo, depresión y posible trastorno de la personalidad, otorgándole una licencia médica. Mismo procedimiento utilizaron al concurrir a la consulta del doctor Roberto Sarah Comandari, ubicada en calle Huérfanos N° 518 departamento 302, comuna de Santiago, en donde el paciente ficticio obtiene la emisión de una licencia por 25 días. Estos dos últimos médicos aludidos se encuentran a la fecha fallecidos. El reportaje fue planificado, dirigido y autorizada su emisión por el editor del referido programa, responsable del mismo, actuando además como periodista a cargo el productor periodístico del programa “En La Mira”, más los dos periodistas pseudo pacientes, siendo exhibida dicha grabación al aire el lunes 11 de agosto de 2003. Una nota periodística del reportaje en cuestión fue exhibida en forma previa a su transmisión en la edición central del noticiero de la estación televisiva, repitiendo la misma nota en la edición matinal del mismo noticiero.

El fallo de alzada agrega que: los profesionales periodistas ingresaron al despacho de la doctora María Luisa Cordero ubicado en el Instituto Psiquiátrico José Horwitz Barak de esta ciudad, el cual constituye un lugar que no es de libre acceso al público, y luego uno de ellos, simulando ser un paciente, solicitó una licencia médica, la que le fue concedida previo pago de una suma de dinero. Posteriormente, luego de haber sido grabada la entrevista antes señalada, sin autorización de la afectada, fue difundida en el programa periodístico denominado En La Mira de Chilevisión, no obstante tratarse de una conversación de carácter privado, sostenida entre una profesional médico y un supuesto enfermo³⁴.

3.2. ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA, RELATIVOS A LOS INTERLOCUTORES.

³⁴ “Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia que acoge recurso de casación en el fondo. Considerando 3º.

A los argumentos esgrimidos en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia que resuelve la casación, ya citados en el acápite 1.6 del presente trabajo, debemos sumar lo referido en el considerando cuarto, de la sentencia de reemplazo, donde el tribunal refiere que:

[L]os autores Politoff, Matus y Ramírez señalan, en cuanto a la acción de grabar conversaciones en que se participa, que concuerdan con la doctrina del Tribunal Constitucional español, el cual ha resuelto que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad. (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, segunda edición actualizada, pág. 239). En concepto de esta instancia superior hispana, el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. “La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquello entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional ...” (STC 114-1984, de 29 de noviembre de 1984)³⁵.

Respecto de los argumentos referidos en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de casación, más allá de no haber explicado detalladamente cómo se llega a esas conclusiones, consideramos que las mismas son acertadas y congruentes con lo razonado en el presente trabajo, en el capítulo 2.

Luego, para refrendar y sustentar su planteamiento relativo a los interlocutores, la Corte Suprema elige una sentencia del Tribunal Constitucional Español que no es atinente al caso que debía resolver. Como señala el autor Sebastián Zarate Rojas “el fallo del Tribunal Constitucional Español de 1984 se enmarca en un proceso laboral de despido injustificado, donde no se difunde la grabación subrepticia en medios de comunicación”³⁶. El caso, conforme lo explicado por el propio autor referido, trata sobre un editor de un medio de comunicación grabado por un agente del Estado, sin su conocimiento, donde la información sirvió para que el empleador lo despidiera por haber cometido “faltas laborales”, cuya prueba radicaba en la grabación oculta que

³⁵ “Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia de reemplazo. Considerando 4º.

³⁶ ZÁRATE Rojas, Sebastián. *La expectativa de privacidad y grabaciones ocultas*. En: Sentencias Destacadas 2013, Santiago de Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo. 124 pp.

había efectuado su interlocutor. El Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) debía determinar si el despido se encontraba justificado, sobre la base de una falta laboral del trabajador, cuya única prueba estaba contenida en la grabación oculta. En este escenario, el punto central sometido a consideración del TCE eran el estrictamente laboral, donde finalmente rechaza el amparo del ex trabajador despedido, argumentando que habiendo sido uno de los interlocutores de la conversación quien efectúa la grabación encubierta, no hay una interceptación de la comunicación privada, dado que ya era partícipe de la misma.

Agrega el referido autor que “el razonamiento de la Corte Suprema, utilizando el derecho comparado, no es exacto, porque la controversia jurídica no versa sobre la misma materia: uno sobre la interpretación de un tipo penal; otro sobre la justificación de un despido”³⁷. Incluso, el TCE, habiendo rechazado el amparo interpuesto por el ex trabajador despedido, afectado por la grabación subrepticia, “añade que si la divulgación de la grabación hubiese versado sobre asuntos de índole privada, podría haber existido una vulneración al artículo 18.1 de la Constitución de ese país, que reconoce el derecho a la intimidad”³⁸.

En consecuencia, la elección de esta sentencia, en vez de potenciar y hacer más convincente su razonamiento, lo debilita, ya que se refería a un caso distintas características..

Consideramos que los argumentos de la Corte Suprema, en relación a los interlocutores, señalados en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de casación y en el considerando cuarto de la sentencia de reemplazo (cita de la sentencia del TCE), a pesar de no constituir un prolijo análisis del tipo penal, tiene la virtud de la prudencia, ya que realiza una interpretación restrictiva del tipo penal. En efecto, aunque el tipo penal no describe explícitamente que la conducta debe ser de intromisión (que requiera la condición *sine qua non* propuesta en este trabajo), y sólo se limita a describir conductas de fijación de la información, lo que nos podría conducir a entender que se sanciona el mero acto de grabación subrepticia, incluso por el interlocutor, la Corte descarta esta posibilidad y le exige el elemento fundante de los actos de intromisión, que sea un intruso el que efectúe la conducta y no un sujeto

³⁷ Ibid, p. 125.

³⁸ Ibid, p. 125.

autorizado a escuchar la información, a quien en definitiva el contenido privado le pertenece, ya que el supuesto sujeto pasivo ha renunciado a la expectativa de privacidad cuando decide controladamente emitir aquellos aspectos de su vida privada. La virtud de la prudencia de esta decisión de la Corte Suprema, es reconocida por el propio autor Bascuñán Rodríguez, sin perjuicio de ser crítico de lo resuelto, conforme lo expresado en el capítulo 2.4.

3.3 ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA RELACIONADOS CON LA CONDICIÓN *SINE QUA NON*.

Como se ha planteado en este trabajo, la condición *sine qua non* para sancionar penalmente las conductas establecidas en el artículo 161 A del Código Penal, es la obtención ilegítima de la información. En este contexto, la puede obtener ilegítimamente un tercero ajeno a la conversación o comunicación de forma clandestina, donde el afectado, habiendo tomado los resguardos razonables para proteger su vida privada, es vulnerado por la conducta dolosa de un intruso que se informa de algo a lo cual no tenía derecho; o un interlocutor, cuando ejecuta conductas que no le permiten al sujeto pasivo controlar efectivamente a quién le dirige el contenido de carácter privado, siendo fundamental en este escenario el engaño y error que dolosamente se busca en la víctima por parte del sujeto activo.

El sujeto activo interlocutor logra su cometido realizando actos idóneos para engañar y hacer incurrir en error a la víctima, asumiendo calidades de ente simulado y disimulado, los que resultan determinantes para la obtención de la información, tal como se explicó en el acápite 2. Sin embargo, el interlocutor también puede lograr la información, habiendo realizado un engaño, pero no siendo éste determinante. Si el engaño no es lo determinante para que la persona dé a conocer la información, consideramos que no puede ser sancionado el supuesto sujeto activo, ya que la obtención en definitiva no provendría de una acción ilegítima sino del control llevado a cabo por la supuesta víctima.

Habiendo recordado lo planteado en el capítulo 2, analizaremos los argumentos señalados por la Corte Suprema, en relación al engaño. En el considerando primero de la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema señala “Que si bien el ingreso de los

acusados Rodolfo Poblete Barrios y Jaime Lara Montecinos a la consulta de la doctora María Luisa Cordero se produjo en el contexto de un reportaje periodístico que realizaba en ese momento el programa “En la Mira” del canal de televisión Chilevisión, no es menos cierto que aquél se vio favorecido por la calidad que ostentaba esa profesional y la práctica irregular de entrega de licencias médicas en que ésta se encontraba involucrada. No hubo despliegue de medios destinados a engañar que viciaran el ingreso a su consulta, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a la misma, que no fuese el hecho (sic) de presentarse como presuntos pacientes, lo que les permitió el ingreso a la consulta. Todo el resto del episodio corre por cuenta de la presunta afectada, quien despliega un comportamiento que devela el interés público por darlo a conocer...”³⁹ En el mismo sentido, en el considerando segundo, indica que “se encuentra debidamente acreditado que el titular del derecho a que hace alusión la norma del artículo 161 A permitió el ingreso a su consulta de desconocidos y pese a ello, descorrió el velo de protección de esa supuesta privacidad...”⁴⁰ Finalmente, en el considerando quinto de la sentencia de reemplazo, se refiere que “en el caso sublite se ha demostrado que a la supuesta víctima nada se le ocultó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su consulta profesional y, en definitiva, la presencia de los terceros en el lugar se debió a la forma en que aquélla ejercía su profesión, lo que bien pudo constatar cualquier otro paciente que acudiera a su lugar de trabajo y difundirlo por cualquier medio...”⁴¹.

Antes de exponer nuestra postura y consideraciones respecto de los argumentos de la Corte Suprema, es preciso dar cuenta de la crítica efectuada por el autor Sebastián Zarate Rojas, quien cuestiona lo resuelto, argumentando que “el hecho de que un periodista (o cualquier persona) se haga pasar por paciente, no implica según la Corte un engaño, dado que actuaría como paciente, siendo una situación enteramente normal para el médico”⁴². Continúa expresando que para la Corte “sólo

³⁹ “Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia de reemplazo. Considerando 1º.

⁴⁰ Ibid, considerando 2º.

⁴¹ Ibid, considerando 5º.

⁴² ZÁRATE Rojas, Sebastián. Op.Cit., 111 pp.

habría engaño cuando la calidad que se invoca en sí es falsa”⁴³. Para el autor, este razonamiento “se podría aplicar a cualquier persona que concurre a un abogado, un sacerdote, y extendiendo más el argumento, a cualquier vendedor de cualquier producto. Por ello, todo quien pueda tener la calidad de cliente, consumidor, creyente, comprador o ciudadano puede ocultar su intención de grabar subrepticamente con una finalidad distinta de la que invoca.”⁴⁴ El autor en comentario⁴⁵ considera en definitiva que esto es cuestionable desde la perspectiva de la buena fe desplegada por los periodistas y además señala que la Corte es contradictoria, pues en los hechos reproducidos en la sentencia de casación se indica que los periodistas ocultaron sus verdaderas identidades, aportaron datos no fidedignos de su actividad laboral, con el claro propósito de obtener una licencia médica. Concluye que la ocultación de la calidad de periodista sí es un medio engañoso.

Este mismo autor Zárate Rojas⁴⁶, que cuestiona la cita efectuada por la Corte Suprema de la sentencia del TCE, explicada en el acápite anterior, refiere que nuestro máximo tribunal, en caso de tomar jurisprudencia comparada, debió basarse en la sentencia del TCE 12/2012, ya que ésta versa sobre asuntos casi idénticos: dos periodistas que haciéndose pasar por pacientes concurren con cámara oculta a la consulta de una esteticista, cuyas imágenes luego fueron difundidas por un canal de televisión.

En ese caso, según señala Zárate Rojas⁴⁷, primeramente, el Tribunal Supremo español, revirtiendo las sentencias del tribunal de primera instancia y el de apelación, declaró que la cámara oculta vulneró los derechos de la profesional vinculados a la privacidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones. Luego, el Tribunal Constitucional, en virtud de un recurso de amparo interpuesto por las empresas de comunicaciones, ratificó lo señalado por el Tribunal Supremo e incluso efectuó un razonamiento más acabado. Esta sentencia del TCE, respecto a la simulación del rol de pacientes de parte de los periodistas, señala que “es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño

⁴³ Ibid, p. 111.

⁴⁴ Ibid, p. 111.

⁴⁵ Ibid, pp.111-112.

⁴⁶ Ibid, pp. 124-128.

⁴⁷ Ibid, pp. 124-128.

que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones”⁴⁸.

En cuanto a la simulación de la calidad de pacientes, consideramos que la Corte Suprema no realizó un razonamiento acabado para descartar su importancia, aunque compartimos la conclusión de que no existió obtención ilícita de información, sólo una grabación subrepticia, que como sabemos no es suficiente para configurar el delito del artículo 161 A del Código Penal.

Efectivamente existió un engaño por parte de los periodistas en contra de la doctora, supuesta afectada, sin embargo, consideramos que la intimidad de esta no se vio vulnerada, pues el engaño realizado, conforme las circunstancias materiales del hecho, no fue determinante. Esto, porque la supuesta víctima es una médico, una profesional, con años de estudios de universitarios y de experiencia laboral, que en su oficina de consulta, sabiendo que recibía a personas desconocidas, es decir, personas que por esencia están excluidas del conocimiento de informaciones de carácter privado, decidió controladamente correr el velo de la privacidad. Estimamos en este caso, que para ejercer un control efectivo sobre el ámbito de exclusividad, el hecho de que la supuesta víctima advirtiera que las personas eran desconocidas, constituye un conocimiento suficiente de las circunstancias fácticas para asumir la responsabilidad y el riesgo de lo que emitiera. En efecto, ella tenía las herramientas suficientes para controlar efectivamente lo que decía o no decía.

A este respecto, debemos señalar que la intimidad, que es el bien jurídico protegido, supone que la persona excluye al resto de aquello que considera privado y controla la información que emite, control que será constante y efectivo en la medida que conozca las circunstancias fácticas del momento en que decide. Sólo compartiremos la información que está dentro de la exclusividad con las personas con que tengamos la suficiente confianza, por lo general familiares y amigos, descartando a simples conocidos y, obviamente, a los desconocidos. Si decido a sabiendas entregar

⁴⁸ Ibid, p. 127.

información de carácter privado a desconocidos, resulta irrelevante que ese desconocido haya sido periodista.

Ante esto se podría plantear que no es lo mismo un desconocido cualquiera que un desconocido periodista que está haciendo un programa. El problema es que si la doctora atendía todos los días a desconocidos y estaba dispuesta a entregar determinada información a desconocidos, esa información ya no cumpliría con el requisito básico de la intimidad, que es la exclusividad, el derecho de excluir al resto de determinadas materias. Si divulgo libremente a desconocidos determinadas informaciones, es porque esas determinadas informaciones no están tras el velo de la intimidad. El hecho que la doctora supiera que las personas eran desconocidas, era suficiente para que que pudiera ejercer el control sobre su intimidad.

CAPÍTULO 4. ASPECTOS RELEVANTES DE LA INTERPRETACIÓN.

Conforme lo expuesto en el presente trabajo, nos hemos percatado que la discusión respecto del rol de los interlocutores no es pacífica. Esto porque en el tipo penal no se explicita si los interlocutores pueden cometer el delito, generando una gran disputa que pudo ser evitada si el legislador hubiese aclarado el asunto como lo hizo el Estado de California en la norma citada en apartado 2.5.

Como señala Friedrich Karl Savigny, en su obra “Sistema del Derecho Romano Actual”⁴⁹, la indeterminación oscurece un pensamiento, ya sea por una expresión incompleta o ambigua. En este orden, en nuestro caso, siguiendo al mismo autor, existiría una disposición defectuosa por expresión indeterminada, específicamente una expresión ambigua en virtud de una construcción anfibológica, ya que las expresiones utilizadas en este tipo penal generan interpretaciones contradictorias respecto de los interlocutores, ya que para unos éstos pueden ser sujetos activos y para otros no lo pueden ser. “La ambigüedad procede del legislador y puede venir de la oscuridad de sus ideas o de su torpeza en el manejo de la lengua, o de ambas cosas reunidas; pero cualquiera que sea su origen, el intérprete ha de poner remedio a ella, pues no podrá sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa”⁵⁰. En efecto, la Corte Suprema, en el ya citado “Caso de la Doctora Cordero”, ha puesto remedio a la ambigüedad del legislador tomando una postura interpretativa.

Tomando en cuenta el razonamiento del tribunal, podemos apreciar que la interpretación es “una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión”⁵¹. Nuestra Corte Suprema se sitúa en el terreno de la teoría escéptica de la interpretación, donde “las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado”⁵². Dentro de esta teoría, las disposiciones legales carecen de significado antes de ser interpretadas, la atribución de significado la realiza quien interpreta. No obstante, para que dicha teoría de interpretación sea razonable, es evidente que “son escasamente practicables todas aquellas interpretaciones en las que

⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl. Sistema de Derecho Romano Actual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 6, 2010, ISSN 1856-7878. 410 pp.

⁵⁰ Ibid, p. 411.

⁵¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 1º Edición, Méico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999. 15 pp.

⁵² Ibid, p. 15.

el intérprete no pueda argumentar (o motivar) de modo convincente según los modelos de racionalidad acogidos en su ambiente cultural⁵³. En este contexto, donde el significado dependerá de la subjetividad del intérprete, la distancia entre los extremos de los posibles significados atribuibles al tipo penal se amplía. La Corte Suprema en este caso ha decidido sobre el significado de la disposición, ha efectuado este ejercicio de valoración y decisión, otorgándole sentido al tipo penal. Consideramos que las conclusiones a las cuales arriba la sentencia de la Corte Suprema son respetables y congruentes con los planteamientos de este trabajo, sin embargo, los razonamientos de nuestro máximo tribunal no son suficientemente acabados para lograr la debida elocuencia.

La teoría escéptica de la interpretación antes descrita se opone a la teoría cognitiva de la interpretación. Esta última, conocida también como formalística, “sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente, la autoridad legislativa)”⁵⁴. Esta teoría se funda en “la creencia de que las palabras incorporan un significado “propio”, intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación “natural” entre palabra y realidad. O sobre la creencia de que las autoridades normativas (que comúnmente, en el mundo moderno, es un órgano colegiado y, por eso mismo, internamente conflictivo) tiene una voluntad unívoca y reconocible como los individuos.”⁵⁵ Conforme a esta teoría, “la interpretación es simplemente “descubrir” este significado objetivo o esta voluntad subjetiva, preexistentes. Se entiende, además, que todo texto normativo admite una, y sólo una, interpretación verdadera”⁵⁶.

Para el caso analizado, donde se realizaron distinciones y argumentaciones que exceden notoriamente el tenor literal de la disposición en estudio, advertimos que nos movemos en el ámbito de la teoría escéptica, ya que claramente el significado de la disposición está siendo entregado por el intérprete.

Para continuar nuestra línea argumentativa, decimos que en este caso es el intérprete quien le otorga la importancia o irrelevancia al interlocutor en el tipo penal, es

⁵³ Ibid, p. 16.

⁵⁴ Ibid, p. 14.

⁵⁵ Ibid, p. 14.

⁵⁶ Ibid, p. 14.

decir, es el intérprete quien asigna significado a la disposición a través de la interpretación, como un acto de valoración y decisión. Sin embargo, antes de dar por sentada esta aseveración, para que precisamente nuestro planteamiento no carezca de fundamentos, es preciso indicar que existe una tercera teoría de la interpretación, conocida como intermedia, entre la formalística y la escéptica, que trata de conciliar estos dos extremos explicados precedentemente. Esta teoría señala que a veces la interpretación es una actividad cognoscitiva y en otras una actividad de decisión discrecional. Para esta teoría, “en el seno del significado de todo texto normativo puede distinguirse un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”⁵⁷. En esta teoría, se asume que el intérprete otorga significado a la disposición cuando está en el área de penumbra, mientras que se limita a descubrir el significado en la parte clara. “Cuando el significado atribuido recae en el ámbito del “núcleo esencial”, el enunciado interpretativo es verdadero, y es el resultado de una simple verificación del significado preexistente aceptado. Por el contrario, cuando el significado atribuido recae sobre el área de “penumbra”, el enunciado interpretativo no es verdadero o falso, porque es el resultado de una decisión discrecional”⁵⁸. Sin embargo, aunque esta teoría pareciera simplificar las cosas, dando una aparente solución amistosa al asunto, no es menos cierto que la delimitación entre núcleo esencial y zona de penumbra será dirimido por el intérprete, por ende, “son fruto de decisiones interpretativas los mismos inciertos confines entre “núcleo” y “penumbra”, puesto que la “penumbra” misma es el resultado de la discrecionalidad de los intérpretes”⁵⁹.

Así las cosas, aun pensando que esta teoría intermedia proporciona una salida formalística, en orden a que las disposiciones tienen una parte central luminosa y clara, en nuestro caso en análisis, donde nos interesa dirimir qué rol juegan los interlocutores en el tipo penal, es evidente que la cuestión es parte de la penumbra, pues el legislador no hizo ninguna de las distinciones trascendentes para la debida identificación de la conducta penalmente relevante, parte de las cuales fueron abordadas por la Corte Suprema.

⁵⁷ Ibid, pp. 16-17.

⁵⁸ Ibid, p. 17.

⁵⁹ Ibid, p. 18.

Conforme todo lo expuesto, donde la labor interpretativa involucra la subjetividad de los intérpretes, donde el tipo penal está redactado conforme a una construcción ambigua y en que además existe controversia entre los jueces que integraron la sala penal de la Corte Suprema que resolvió el “Caso de la Doctora Cordero”, estimamos que la situación de los interlocutores es incierta, sin embargo, tomando en cuenta que la disposición en cuestión es de carácter penal, y que dentro del ordenamiento jurídico “este derecho es secundario y subsidiario, en cuanto son las otras áreas del sistema normativo las que determinan lo antijurídico, y es además fragmentario, porque castiga como delito sólo parte de aquello que se califica como antijurídico (o ilícito)”⁶⁰ consideramos razonable y acorde al principio de intervención mínima, estimar que los interlocutores no serán sujetos activos del delito en cuestión, siempre y cuando, la obtención de la información sea legítima.

En estas conductas se puede ver involucrada la privacidad, el honor, el derecho de imagen, entre otros, lo que es regulado por las distintas áreas del entramado normativo, mas debemos tener claro que el Derecho Penal es el último recurso y que sólo debe castigar con violencia las conductas más graves, siendo importante recordar que el “ius puniendi encuentra legitimación exclusivamente cuando se sancionan acciones u omisiones que han dañado o puesto en peligro valores calificados como fundamentales por la comunidad”⁶¹.

Para finalizar, la interpretación es una actividad condicionada por la subjetividad del intérprete y, además, en este caso concreto, la interpretación se efectúa respecto de una disposición abiertamente oscura, caracterizada por una construcción deficiente, por tanto, las soluciones que puedan darse respecto de los interlocutores pueden ser múltiples. Sin embargo, con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial la disputa se ha ido acotando, mas en caso alguno ha desaparecido.

⁶⁰ GARRIDO Montt, Mario. Op.Cit., 42 pp.

⁶¹ Ibid, p. 43.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo de investigación, se arribó a las siguientes conclusiones en relación al artículo 161 A del Código Penal:

1. El bien jurídico protegido en los delitos contemplados en el artículo 161 A del Código Penal es la intimidad. La intimidad es el derecho en virtud del cual las personas pueden excluir a otros del conocimiento de determinados aspectos de su vida o la de sus cercanos, lo que genera un ámbito de exclusividad del sujeto. Ese ámbito de exclusividad es controlado constantemente por el individuo, el que será efectivo en la medida que tenga conocimiento de las circunstancias materiales que caracterizan los momentos en que la persona toma la decisión de emitir alguna información de carácter privado, fundamentalmente respecto de las personas a quienes proporcionará dicho contenido privado.
2. El honor y la reputación no son los bienes jurídicos protegidos, por lo tanto, el análisis de los tipos penales no debe efectuarse a la luz de las consecuencias dañosas o perjudiciales que pueda ocasionar la difusión o divulgación.
3. El artículo 161 A del Código Penal debe ser dividido en dos grupos. Por un lado, tenemos las conductas del inciso primero, que se refieren a captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraer, fotografiar, fotocopiar o reproducir documentos o instrumentos de carácter privado; y captar, grabar, filmar o fotografiar imágenes o hechos de carácter privado. Por otro lado, tenemos las conductas del inciso segundo y tercero, que se refieren a la difusión y divulgación de la información obtenida conforme al inciso primero de la disposición.
4. Las conductas referidas en el inciso primero deben ser ejecutadas en recintos particulares o de no libre acceso al público, por lo cual quedan excluidas las conversaciones o comunicaciones de carácter privado que se lleven a cabo en lugares públicos, lo que deja en evidencia que el legislador restringió la protección de la intimidad en un ámbito espacial determinado. Además, las conductas contempladas en el tipo penal deben realizarse sin la autorización del afectado.

5. Para determinar quiénes pueden ser sujetos activos de los verbos rectores captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones de carácter privado, es fundamental realizar la distinción entre conductas de intromisión y conductas de indiscreción. Las conductas de intromisión son aquellas donde se ha obtenido ilícitamente la información de carácter privado, mientras que las conductas de indiscreción son aquellas donde se divulga una información de carácter privado obtenida lícitamente.
6. Las conductas relevantes penalmente son las de intromisión. Las conductas de indiscreción por lo general son irrelevantes, a no ser que el sujeto activo tenga una profesión o calidad especial.
7. Las acciones consistentes en captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado no son comportamientos de intromisión ni de indiscreción, son conductas de fijación o de percepción del conocimiento. Estas conductas por sí solas no constituyen delito.
8. Para que el delito se configure es esencial que la obtención de la información sea ilícita, ilicitud basada en la vulneración al derecho de controlar efectivamente la información que se excluye del resto de las personas. Este control efectivo se basa en el conocimiento de las principales circunstancias fácticas del momento que le permitan resguardar su intimidad.
9. La vulneración a este derecho de control efectivo de lo que se extrae del ámbito de exclusividad se puede ejecutar por un tercero ajeno a la conversación o por un interlocutor. El tercero ajeno actuará de forma clandestina, mientras que el interlocutor de forma engañosa. En ambos casos la conducta desplegada por el sujeto activo debe ser determinante, de lo contrario el riesgo debe ser asumido por el supuesto afectado. Además, en el caso del engaño, la conducta del sujeto activo debe ser idónea.
10. La condición *sine qua non* para la configuración del delito es la obtención ilegítima de la información. Luego, una vez cumplida esta exigencia, el sujeto activo debe ejecutar alguno de los verbos rectores del tipo penal para que surja el delito. Ya con el delito del inciso primero, para que surja el delito de difusión o divulgación, es necesario que se produzca la ejecución de estos verbos rectores con al menos dolo eventual, es decir, sabiendo que se produjo una

obtención ilícita de la información y una grabación subrepticia o al menos representándose que se dieron estas dos circunstancias.

11. Las conclusiones de la Corte Suprema en el denominado “Caso de la Doctora Cordero” son prudentes porque restringen el alcance del tipo penal. Exige la existencia de un acto intrusivo, no sancionando la mera grabación subrepticia. Además, en su razonamiento le otorga importancia al engaño, ya que se hace cargo del mismo descartándolo, demostrando que su eventual configuración habría sido relevante en lo dispositivo del fallo. Lo que pudo mejorar fue el desarrollo del razonamiento, ya que no se explicó acabadamente lo que implica una conducta de intromisión ni tampoco realizó las mejores citas que permitieran sustentar de buena forma su interpretación del tipo penal.
12. El tipo penal podría ser mejorado, explicitándose la situación de los interlocutores como se realiza en otros países. El sentido de la disposición es poco claro, lo que genera gran discusión y variadas interpretaciones.
13. Consideramos que ante la disposición penal actual, la interpretación debe ser restrictiva, debiendo sancionar sólo las conductas de intromisión y no las de mera fijación subrepticia del conocimiento, no soslayando el carácter excepcional de última ratio del Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CITADOS.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Delitos contra la esfera de intimidad. Parte Especial*. Reimpresión 3ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1999. Tomo III.

GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Editorial Jurídica, 2000. Tomo IV.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 1ª Edición, Méico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2005.

ZÁRATE Rojas, Sebastián. *La expectativa de privacidad y grabaciones ocultas*. En: LIBERTAD Y DESARROLLO. Sentencias Destacadas 2013, Santiago de Chile, Edición mayo 2014. pp 103-134.

ARTÍCULOS DE REVISTAS.

BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, (3): 2014. pp. 43-74.

DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Delitos que Vulneran la Intimidación de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): 2007, 291-314.

RODRÍGUEZ Marín, Fernando. Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 43, 1990. pp.197-240.

SAVIGNY, Friedrich Karl. Sistema de Derecho Romano Actual. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 6, 2010, ISSN 1856-7878. pp. 401-418.

MONOGRAFÍAS ELECTRÓNICAS.

RAMÍREZ G., María Cecilia. Protección de las Comunicaciones Telefónicas en Chile [en línea] <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/22.pdf> [consulta: 17 julio 2016]

TEXTO ELECTRÓNICO

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario [en línea] <http://www.rae.es/> [consulta: 17 julio 2016]

JURISPRUDENCIA CITADA.

“Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia que acoge recurso de casación en el fondo.

“Cordero, María Luisa con Lara Montecinos y otros” (2013): Corte Suprema 21 agosto 2013. Causa Rol 8393-2012. Sentencia de reemplazo.