

DELITOS QUE VULNERAN LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 161-A DEL CÓDIGO PENAL CHILENO*

Regina Ingrid Díaz Tolosa**

RESUMEN

El artículo 161-A del Código Penal chileno es una muestra de los resultados que se obtienen al legislar materias tan importantes, como lo es la protección penal de la intimidad de las personas, de forma acelerada. La norma en análisis resiste innumerables críticas; su redacción es confusa e imprecisa, lo que conlleva arduas tareas de interpretación. Este trabajo pretende contribuir en esta labor, reflexionando acerca de puntuales problemas asociados a la tipificación de los delitos recogidos en la citada disposición, así respecto al inciso primero se analiza, especialmente, si se penaliza la indiscreción o deslealtad en las comunicaciones y actuaciones privadas, mientras que en cuanto al inciso segundo se medita acerca de si se exige el conocimiento de la obtención subrepticia del material por parte de quien lo difunde. Además, se destaca la necesaria interpretación restrictiva de estos tipos, se analiza el interés público como fundamento de la autorización legal o judicial para ejecutar las conductas tipificadas, y de *lege ferendae*, se indican las ventajas que tendría introducir un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo como la *finalidad de vulnerar la intimidad de otro*, a fin de salvar las incertidumbres que existen en la actual legislación.

* El texto de este artículo corresponde a una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el curso *Protección penal del honor y de la intimidad*, dictado por el Dr. Álvaro FERNÁNDEZ DÍAZ, dentro del Programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2006.

** Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctoranda en Derecho por la misma Universidad. Correo electrónico: ingdiaz@terra.cl. Artículo recibido con fecha 20 de enero de 2007, y aprobado con fecha 3 de abril de 2007.

PALABRAS CLAVES

Intimidad – Indiscreción – Difusión - Cámaras ocultas – Medios subterfugios obtención información – Artículo 161-A Código Penal – Secreto comunicaciones – Escuchas ilegítimas – Vida privada.

ABSTRACT

The article 161-A of the Chilean Penal Code is a sample of the results that are obtained when so important matters, like the penal protection of the privacy, are legislated precipitately. The norm in analysis resists innumerable critiques; its draft is confused and vague, giving us an arduous interpretation work. This paper tries to contribute in this analysis, thinking over punctual problems, for example, regarding to the first clause we studied, specially, if the indiscretion or disloyalty is penalized in the communications and private performances, while as for the second clause it is pondered if who diffuse the information must to know about that it was obtained illegally. Further, is outlined the necessary restrictive interpretation of these norm, the public interest is analyzed as foundation of the legal or judicial authorization to execute the conducts, and of *lege ferendae*, are indicated the advantages about to introduce a subjective element as the purpose of damaging the privacy of other one, in order to save the uncertainties that exist in the current legislation.

KEY WORDS

Privacy - Indiscretion - Diffusion - Article 161-A Penal Code - Secret communications – Illegal eavesdropping

Introducción

La vida privada de las personas está protegida penalmente por el párrafo quinto *De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia*, del Código Penal; artículos 161-A y 161-B, introducidos en 1995 por la Ley n° 19.423, los cuales muestran los desafortunados resultados de una forma de legislar apresurada. En efecto, la protección a la intimidad del artículo 161-A del Código Penal, contiene una confusa redacción que denota imprecisiones de política legislativa y, que generan dificultades interpretativas en su aplicación, v.g. se regulan distintos tipos penales que exijan un tratamiento autónomo¹; sin

¹ Anguita Ramírez, Pedro (2005): El derecho a la información en Chile. Análisis de la Ley n° 19.733 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo (Santiago, LexisNexis) p. 390; Meins Olivares, Eduardo (2000): "Derecho a la intimidad y a la honra en Chile", *Ius et Praxis* año 6 n°1: p. 309; Politoff, Sergio, Pierre Matus, Jean, y Ramírez, María Cecilia (2004): "§ 4. Violación de la intimidad como privacidad (Art. 161-A CP)", *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) p. 234.

justificación quedan desprotegidas las intrusiones no autorizadas en la vida privada de alguien, realizadas en lugares públicos²; no es claro si es punible la comisión del delito efectuada por uno de los intervinientes en la comunicación o actuación de “carácter privada”, pues este último concepto no ha sido determinado, quedando aquella labor en manos del intérprete, en última instancia del juez; la causal de justificación contemplada en el inciso cuarto del artículo no indica el parámetro utilizado para la autorización de la conducta; entre otras críticas.³

Esta investigación no se hace cargo de todas las críticas que se pueden hacer al artículo 161-A del Código Penal, sino sólo se centra en estudiar someramente los medios o formas que se utilizan y los que se pudieran utilizar para precisar la protección penal de la vida privada⁴, pues creemos que no todas las conductas consistentes en la obtención subrepticia de información relativa a la intimidad de alguien, este ésta contenida en comunicaciones, documentos o actos calificados de privados, deben ser punibles, pues bajo ciertas circunstancias ello pudiese estar justificado, v.g. para que el sujeto que graba subrepticamente pruebe está siendo objeto de un delito.⁵

En la primera parte de esta investigación nos centramos en el análisis de los tipos penales contemplados en el artículo 161-A del Código Penal, tratando de responder la siguiente interrogante: sólo está tipificada la intrusión en la vida íntima, o también la indiscreción o deslealtad en las comunicaciones y actuaciones privadas, además de la difusión de la información obtenida a través de una intromisión o indiscreción. En la parte segunda, se examinan las restricciones de los tipos en comento, y en especial, si el interés público es o puede ser uno de los parámetros utilizados por la ley o la autoridad judicial para justificar la

² Ibídem, precisa que ello no significa que una comunicación intervenida quede sin tutela legal, pues puede ser aplicable, cumplidos todos los requisitos, el art. 36-B de la *Ley General de Telecomunicaciones* n° 18.168, publicada en el Diario Oficial el 2 de octubre de 1982, el cual castiga al que “maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones”. Esta norma no distingue entre comunicación pública o privada o el recinto en que tengan lugar, lo que sí quedaría fuera de la protección del legislador es la conversación directa entre personas, que no requiera de un servicio de telecomunicación, llevada a cabo en lugar público, aunque verse sobre materias íntimas o privadas; En el mismo sentido, Cfr. Etcheberry, Alfredo (1998): “Delitos contra la esfera de intimidad”, III Derecho Penal. Parte especial (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición) p. 275.

³ Cfr. Anguita pp. 389-392

⁴ No se ha de olvidar que es tarea de la ley y de la jurisprudencia situar en sus justos límites el ámbito de la intimidad. El individuo debe gozar de total protección en su persona, sin embargo, resulta necesario, redefinir con precisión la naturaleza y extensión de esta protección. (Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995): *El derecho a la intimidad* (Traducc. Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid, Editorial Civitas), pp. 13, 14 y 21).

⁵ Se ha de recordar que “los tipos delictivos no pueden ser creaciones arbitrarias, sino que su positivización se explica por la protección de ciertos bienes jurídicos frente a determinados ataques que por su gravedad se entienden intolerables” (Quintero Olivares, Gonzalo (1996): “La antijuricidad”, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995) (Barcelona, Cedecs Editorial) p. 239).

realización de estas conductas. Otra forma, a nuestro juicio, de delimitar la protección de la vida íntima es a través de la atipicidad de la conducta: de *lege ferendae*, inquisiciones acerca de la conveniencia de justificar las conductas delictivas en comento, se podrían evitar incorporando como exigencia del tipo un elemento subjetivo distinto del dolo: obrar con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro.

I. Delitos tipificados en el artículo 161-A del Código Penal

El artículo 161-A del Código Penal protege jurídicamente la vida privada de las personas. En el inciso primero, se castiga, en general, a quienes, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte conversaciones o comunicaciones, documentos o instrumentos, imágenes o hechos de carácter privado. Mientras, el inciso segundo sanciona a quienes difundan el material obtenido de aquella forma.

No obstante, es preciso dilucidar interpretativamente cuáles son los tipos penales incluidos en el artículo, pues la redacción del mismo es confusa; es claro que el inciso segundo se refiere a la difusión del material conseguido subrepticamente, sin embargo, no se puede distinguir con tal certeza las conductas sancionadas por el inciso primero, v.g. ¿se incluye en la tipificación la hipótesis en la que uno de los interlocutores de la conversación la graba con desconocimiento de los otros?

Por su parte, la escueta redacción del inciso segundo que se refiere a la divulgación del material obtenido ilícitamente, no aclara si es necesario el conocimiento de esta circunstancia por parte del agente, o si siempre que éste hubiere obrado de buena fe, es decir, desconociendo el modo por el que fue obtenida la información, ha de considerarse irrelevante penalmente la publicación de su contenido.

1. Bien jurídico protegido: la intimidad de las personas

Si bien el artículo 161-A del Código Penal, se inserta en el párrafo quinto *De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia*, éste no se refiere a la vida pública, sino exclusivamente a la vulneración de la vida privada, o también denominada intimidad. Ello se vislumbra en la frase “de carácter privado”; el artículo sanciona a quienes, por cualquier medio, capten o difundan conversaciones o comunicaciones, documentos o instrumentos, imágenes o hechos *de carácter privado* obtenidos subrepticamente. De esta forma, se considera un avance terminológico la propuesta hecha por el *Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, que inserta los artículos 135 y 137, equivalentes a los actuales incisos 1° y 2° del artículo en comento (captación y divulgación de material privado obtenido en forma oculta, respectivamente), en un título denominado *Delitos contra la intimidad*, y en un

parágrafo titulado *De la violación de morada, de correspondencia, y de otras formas de intromisión en la esfera de la intimidad*⁶.

El bien jurídico protegido en el artículo 161-A del Código Penal es la vida privada del afectado, se trata de una protección formal, inmaterial o intangible de lo íntimo y de su divulgación⁷, en el caso que la vulneración a la intimidad sea producto de una intromisión en la esfera mediante formas clandestinas, ataques que se han hecho posible en virtud de los avances de los dispositivos tecnológicos. No se protege el aspecto material de la vida privada, la conversación, el documento o el hecho privado en sí, pues esto es protegido por otros tipos penales⁸, v.g. violación de correspondencia, violación de secretos.

Además se ha de precisar que este artículo no constituye una protección reforzada al derecho al honor. Si bien, las acciones tipificadas pueden atentar al honor de los afectados, sobre todo en el caso de la divulgación, si se amenaza la reputación social de las víctimas, esta agresión al honor es sólo potencial: los tipos no se refieren a la reputación del sujeto pasivo, sino sólo a un atentado a su libertad de mantener un espacio privado y, por ello, exclusivo. Si se protegiera en estos casos especialmente la reputación de los individuos, sólo se podrían castigar las captaciones clandestinas que difundiesen información falsa o socialmente perjudicial.⁹

Por su parte, se ha de considerar que las nociones de intimidad y de vida privada son difusas, no existe una definición de los conceptos que sea más o menos universal, así su contenido y márgenes ha de ser delimitado preferentemente por la autoridad judicial.

Al respecto, se ha de reconocer, que el desarrollo tecnológico ha implicado una ampliación del concepto, pues una visión restrictiva de la intimidad como un mero derecho subjetivo al secreto o al disfrute de la tranquilidad domiciliaria, se ha visto superado hoy tras la posibilidad de captar y reproducir escenas de la vida privada sin necesidad de saltar rejas o romper cadenas, v.g. mediante colocación de cámaras o micrófonos ocultos¹⁰. Así pues, una versión expansiva

⁶ Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor (2006a): "Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005", *Política Criminal* n° 1, D1: pp. 1-92 [fecha de consulta: 12 marzo 2007]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>, pp. 30 y 31.

⁷ Cfr. con doctrina española, respecto a artículos del Código Penal español (antes de la Reforma de 1995) equivalentes al 161-A del Código Penal chileno, v.g. Rodríguez Marín, Fernando (1990): "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 43: pp. 200 y 201.

⁸ Cfr. Etcheberry p. 251, Politoff *et al.* pp. 233 y 234.

⁹ Cfr. Etcheberry p. 252; Rodríguez p. 200.

¹⁰ Cfr. Idem., pp. 201 y 202.

considera a la intimidad como aquella parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. La intimidad garantiza la autonomía individual, incluidas la libertad de elección sexual, y la titularidad individual sobre el propio cuerpo; garantiza la libertad de opción política y de disensión; y, garantiza las condiciones necesarias para la formación y elaboración de las opiniones públicas¹¹.

El derecho a la intimidad garantiza a todo individuo un ámbito privado donde retirarse para reflexionar o actuar sobre decisiones vitales personalísimas¹². La intimidad es un último reducto donde el ciudadano puede ejercer la opción de ser diferente, donde se puede plantear estilos de vida o actitudes personales alternativas, lo cual, además implica el poder controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo, pues se concibe como el derecho a mantener ámbitos de reserva de los que se excluye a otras personas¹³. Su límite se encuentra en la necesidad de evitar daño a los demás y en la protección de intereses primordiales de la comunidad, de esta manera, se ve restringido por otros derechos e intereses que pueden entrar en conflicto, dentro de los cuales se destacan el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de información y la seguridad nacional¹⁴. Cuál de ellos prevalecerá en caso de conflicto es una cuestión que se determina caso a caso a través de un juicio de ponderación. Algunas precisiones al respecto se presentan en los acápites siguientes donde se analizan los tipos penales respectivos.

2. Intromisión en la intimidad de las personas e indiscreción o deslealtad en las comunicaciones y actuaciones privadas

El inciso primero del artículo 161-A, tipifica una serie de conductas, que en términos generales pueden designarse como fijaciones subrepticias del contenido de una conversación, documento o acto de carácter privados en algún soporte material, utilizando para ello cualquier tipo de medio tecnológico, sancionándose a quienes, sin autorización del afectado, en recintos

¹¹ Idem., p. 208.

¹² Recordar el concepto norteamericano de *Privacy*, ese “right to be let alone” (derecho a ser dejado solo).

¹³ Cfr. Carbonell Mateu, J. C. y González Chusca, J. L. (1996): “Delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio”, Vives Antón, Tomás (coordinador), *I Comentarios al Código Penal de 1995* (Valencia, Tirant lo Blanch) p. 995; Castiñeira Palou, María Teresa (2006): “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (Barcelona, Editorial Atelier) p. 128, 130 y 131; Corral Talciani, Hernán (2001): “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980”, Navarro Beltrán, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001* (Santiago, Editorial ConoSur) p. 200; Etcheberry p. 251; Rodríguez p. 204, 207 y 215; Vivanco Martínez, Ángela (2006): “Estatuto constitucional de la libertad de expresión y los medios de comunicación social: derecho a la honra, inviolabilidad del hogar, libertad de conciencia y libertades de opinión y de información”, *II Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 344 - 349.

¹⁴ Rodríguez pp. 208 y 209.

particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, se inmiscuyan en la vida privada de otros.

Así pues, que se exija el carácter privado de las comunicaciones, los documentos y las imágenes, y que su interceptación o captación sea hecha sin la autorización del afectado, plantea la duda de si son punibles sólo las intrusiones de terceros no admitidos en la conversación, destino del documento o realización del acto privado, o si también lo son cuando quien intercepta o graba es uno de los intervinientes o partícipes (transmisor - receptor de información privada) en la comunicación, documento o hecho privado.

Este es un problema debatido no sólo a nivel nacional, v.g. en España, conforme sentencia del Tribunal Constitucional, de 1984, no constituiría delito la grabación de una conversación por parte de uno de los intervinientes, pues “el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma. No hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige”.¹⁵ Sin embargo, en sentencia del Tribunal Supremo, de 2004, se consideró constitutivo de delito un supuesto en el que se grabó una relación sexual con el consentimiento de una de las partes, por entender que existió una afectación directa de la intimidad del otro interviniente: “(...) el tipo básico se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad”.¹⁶ A nuestro juicio la disparidad de opinión, tanto doctrinal¹⁷ como jurisprudencial, se debe a que existe una duplicidad de bienes jurídicos protegidos por el artículo 197 del Código Penal español: el descubrimiento de secretos y la vulneración de la intimidad¹⁸. Tratándose del primero, la indiscreción no se considera penalizada, pues no existiría secreto, en cambio, respecto al segundo, cabe pese a existir consentimiento del otro interviniente una tipificación de la conducta indiscreta, pues la sola captación subrepticia constituye una vulneración de la intimidad.

Según la opinión del profesor BASCUÑÁN¹⁹, saber si el artículo 161-A de nuestro Código Penal, subsume la conducta del interlocutor, dependerá de lo que se entienda por *conversación*

¹⁵ Vid. Fundamento jurídico 7º de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, [fecha de consulta: 28 noviembre 2006]. Disponible en <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0114>; obsérvese que en el caso, el delito que no se configura es el de violación del secreto de las comunicaciones.

¹⁶ Vid. Fundamento jurídico 8º A) de la Sentencia del Tribunal Supremo español 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004, [fecha de consulta: 28 noviembre 2006], disponible en <<http://www.unifr.ch/derechopenal/jurisprudencia/TRIBUNALSUPREMO0205.pdf>>.

¹⁷ Conforme Muñoz Conde, Francisco (2004): Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal (Buenos Aires, Hammurabi) p. 67, la doctrina española dominante cree se comete el delito de descubrimiento de secretos de otro, aunque la grabación de imagen o sonido sea realizada por uno de los intervinientes o protagonistas en el acto de intimidad.

¹⁸ Cfr. Castiñeira pp. 128-131.

¹⁹ Bascuñán Rodríguez, Antonio (2003): “Libertad de expresión y protección de la intimidad”, *El Mercurio*, p. A 2.

privada. Y en ese sentido se podría interpretar que no es privada la conversación para quien participa en ella, pues ha sido admitido a la esfera de intimidad del otro u otros, por tanto la conducta descrita por él realizada sería atípica. Sin embargo, a nuestro juicio para dilucidar la cuestión interpretativamente, adquiere mayor importancia la frase “sin autorización del afectado”, pues el bien jurídico protegido en la disposición es la vida privada del *afectado*, no la conversación, documento o hecho de carácter privado en sí. En efecto, como se explica más arriba, el artículo protege la faceta intangible o inmaterial de la privacidad de las personas, y no su aspecto material.

Así pues, considerando el bien jurídico protegido por la norma, en una conversación parece irrelevante el parámetro de ser partícipe de la misma para decidir no castigar la conducta, pues si el contenido de la misma versa sobre aspectos de la vida privada de otra persona que no participa en la comunicación, el afectado con la conducta no es quien está transmitiendo la información, sino aquel tercero cuyos detalles de su vida íntima se están ventilando. De esta forma, se sostiene que determinar si aplicar o no sanción a uno de los intervinientes de la conversación que graba su contenido subrepticamente, dependerá en principio, del análisis de quien es el afectado, es decir a quien se le está vulnerando su intimidad, adquiriendo importancia el contenido mismo de la comunicación; es el titular del bien jurídico protegido afectado por la conducta punible el único que puede autorizarla.²⁰

Respecto a la reproducción de instrumentos de carácter privado, lo propio ocurre, pues si una carta contiene información respecto de otra persona distinta del emisor y destinatario de la misma, lo que adquiere importancia es el contenido del documento a fin de determinar a quien se le ha afectado su intimidad²¹, pues es el único que podría legítimamente autorizar la conducta punible.

Luego de determinar la persona del afectado, si éste fuera el transmisor de la información –sea en el contexto de una conversación o de una comunicación documental²²–, o cualquiera

²⁰ Cfr. Rodríguez p. 221.

²¹ En otras palabras, se ha de considerar que el titular del bien jurídico protegido, no siempre coincide con el titular del secreto; Cfr. Carbonell - González p. 998; Castiñeira pp. 130 y 131; Rodríguez p. 221.

²² Resulta interesante referir algunas palabras a la información íntima contenida en documentos, pues podría entenderse que existe un conflicto entre el derecho a la intimidad y un derecho de propiedad, por ejemplo, si A envía una carta a B, y B decide hacer una copia de la comunicación sin dar cuenta de ello a A, a simple vista pareciera que no es punible tal conducta, pues A al confiar sus intimidades a B, ha tomado el riesgo de que B, siendo el destinatario de la carta, pueda hacer con ella lo que estime conveniente, pues no se le puede castigar por lo que haga con algo que le “pertenece”. Al respecto se ha de considerar que, los sujetos titulares del derecho al secreto de las comunicaciones son ambos comunicantes, y en ese sentido es clarificadora la distinción de derechos hecha por De Cupis: “En la correspondencia epistolar se distinguen tres derechos: a) el derecho a la propiedad material, que corresponde al destinatario, b) el derecho de autor, que corresponde al remitente y c) el derecho al secreto, que corresponde tanto al remitente como al destinatario”. (A. De Cupis: “I diritti della

de los partícipes en un hecho privado -v.g. acto sexual-. A nuestro juicio, justificar la conducta del oyente de la conversación, del destinatario del documento o el de cualquiera de los intervinientes en el acto privado, de fijar en algún soporte material, en forma subrepticia, la información recibida o el hecho en sí, por considerarse sólo una indiscreción y no una intromisión, generaría una impunidad no aceptable en relación a la afectación del bien jurídico protegido, v.g. bastaría a un periodista conseguir hablar privadamente con su interlocutor, y alegar que éste es quien ha de soportar el riesgo de su indiscreción, por haberle confiado la información, para sostener que ha mediado autorización del afectado y alegar la atipicidad de la conducta.

Se ha de considerar que la actual regulación reprocha la forma como fue obtenida la información privada, esto es, mediante acciones o maniobras subrepticias u ocultas, siendo irrelevante si quien realiza la conducta se entromete activamente en la intimidad del otro, o si habiendo sido admitido a esa intimidad, la vulnera fijando en un soporte material la información que se le ha confiado; el sólo hecho de confiar nuestros secretos a alguien, no manifiesta un consentimiento tácito que permita la captación oculta de la información confiada. Quizás se pueda asumir un cierto riesgo de que la persona en quien se confía la información la comente con otros, pero de ahí a permitir su reproducción subterfugio asentándolo en un soporte material, bajo la amenaza constante de difundirlo masivamente, creemos es extender sin proporción alguna la interpretación de la existencia de un consentimiento tácito por parte del afectado; en este punto es necesario distinguir un consentimiento tácito de uno presunto.

Por su parte, se ha de considerar que si bien, formas tácitas de consentimiento son válidas en nuestro ordenamiento, esta modalidad ha de interpretarse restrictivamente, sobre todo dado el carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la intimidad reconocido en el n° 4 del artículo 19 de nuestra Constitución. Por otro lado, por el carácter de imprescindible que tiene la autorización del afectado en la determinación de la tipicidad, no es posible aceptar la presunción de dicha autorización²³.

Por su parte, en vez de interpretarlo como consentimiento tácito para vulnerar la intimidad, ¿por qué no interpretarlo como un abuso intolerable de

personalita", Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, IV, t. I, Milán Giuffrè, 1950, pp. 123 y 124, citado por Martín Morales, Ricardo (1995): El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones (Madrid, Editorial Civitas) p. 59, cita 84). Por su parte, se ha de recordar que el tipo penal en estudio protege el aspecto inmaterial de la privacidad; no protege el documento, sino el contenido de él, y sólo en cuanto este se refiera a la intimidad de alguien; en tal caso, el principio que ampara los escritos personales no es el de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona (Cfr. Warren y Brandeis, p. 45), en otras palabras, siempre se ha de considerar cuál es el bien jurídico protegido, y quien el titular de este.

²³

Cfr. Martín, p. 83; Rodríguez, pp. 221 y 222; Politoff *et al.*, p. 239).

confianza?²⁴. Como dan cuenta los materiales de discusión de la Comisión Foro Penal que discute un Anteproyecto de Código Penal, se han de reconocer distintos niveles de disposición de la esfera de la intimidad, las cuales se asocian a distintos riesgos; compartir con otros espacios de intimidad implica un acto de confianza que puede ser defraudado, por tanto el que confía debe asumir el riesgo de la indiscreción o deslealtad, pero no por ello también debe soportar el riesgo de que una faceta de la intimidad quede fijada de forma permanente y disponible para los más variados usos.²⁵

En conclusión, lo que resulta penalmente relevante, en relación a la tipicidad de la conducta, es la vulneración a la privacidad de alguien, sea interlocutor, destinatario o tercero ajeno a la esfera de intimidad, sin su autorización, mediante una forma subrepticia de obtención de la información. Así también puede desprenderse del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de amparo en el año 2003, en el pleito conocido como “El caso del juez Calvo”:

“Que, en cuanto a la argumentación relativa a que el delito del artículo 161 A estaría referido a la intromisión sólo por terceros en las conversaciones de otros -calidad de tercero que se dijo no habría tenido Rodríguez, uno de los intervinientes en ella-, cabe consignar que dicha disposición legal no hace distinción alguna al respecto, lo que se explica porque, acorde con el auténtico espíritu del precepto, *lo que en éste se reprocha o reprueba no es el hecho de la obtención de la información de que da cuenta la conversación o el de su difusión posterior, sino la forma como fue obtenida esa información, esto es, mediante acciones y maniobras subrepticias y ocultas que han importado efectivamente una intromisión a la intimidad y esfera personal y privada del afectado, (...)*”²⁶

3. Difusión del material obtenido mediante intrusiones subrepticias en la intimidad de las personas

El inciso segundo del artículo 161-A, castiga a quienes difundan las conversaciones, los

²⁴ Cfr. Warren y Brandeis pp. 47-50; Novoa Monreal, Eduardo (1981): Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos (México D.F., Siglo Veintiuno editores, 2ª edición) p. 92; En el ejemplo de la carta, quien la recibe no ha aceptado ninguna confianza; por abrir y leerla no ha contraído ninguna obligación contractual, de forma tal de acusársele de violar la buena fe, en el caso de publicar el contenido de la misma, sin embargo, ha de respetar el derecho legítimo del remitente a la intimidad, lo cual es amparado en el artículo 161-A de nuestro Código Penal (Vid. Warren y Brandeis, p. 57).

²⁵ Matus Acuña, Jean Pierre y Hernández Basualto, Héctor (2006b): “Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial. Versión refundida de unidades 1 a 9, con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones del Foro Penal”, *Política Criminal* n° 1, D3: pp. 1-269 [fecha de consulta: 12 marzo 2007]. Disponible en: < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf>, pp. 132 y 133.

²⁶ *Guillier Álvarez y otros* (2003): Corte de Apelaciones de Santiago 22 diciembre 2003 (Recurso de amparo), Jurisprudencia on-line, Base de datos electrónica LexisNexis, n° identificador: 29511, considerando 8° c).

documentos o los hechos fijados subrepticamente en algún soporte material, es decir, a quienes den a conocer su contenido a una o más personas. Y aunque la difusión pareciera ser de mayor gravedad que la captación en cuanto al menoscabo final del derecho a la intimidad²⁷, el legislador ha equiparado sus penas; nótese que una mera captación pese a vulnerar la intimidad de otro, por el sólo hecho de entrometerse en su esfera exclusiva, mediante formas ocultas, si jamás se divulga el material, aquella grabación puede ser del todo inocua.

Por su parte, la escueta redacción del inciso, no aclara si basta el sólo hecho de difundir un material que ha sido obtenido subrepticamente, sin exigirse el conocimiento de esta circunstancia por parte del agente, o si siempre que éste hubiere obrado de buena fe, es decir, desconociendo el modo por el que fue obtenida la información, ha de considerarse irrelevante penalmente la publicación de su contenido.

A este respecto, se destaca el Código Penal español, que en su artículo 197.3, es determinante en cuanto a la cuestión planteada: la difusión de los datos descubiertos ilícitamente supone un mayor daño a la intimidad, por tanto, se castiga con una pena superior a la asignada a la mera intromisión; en cambio, la conducta de quien revela los datos sin haber tomado parte en su descubrimiento se considera de menor gravedad, y se exige expresamente que el sujeto conozca que la información difundida tiene un origen ilícito.²⁸

Determinar si quien divulga la información estaba en conocimiento, o estaba en condiciones de averiguar, si la obtención de la información fue o no ilícita, consideramos es una cuestión fundamental al momento de decidir castigar esta conducta, lo cual el legislador debió explicitar, pues dada la actual redacción del inciso sería posible abogar por cualquiera de las alternativas: 1. Se castiga el sólo hecho de la difusión, sin importar si quien divulga estaba o no en conocimiento del origen ilegal de la información, pues el legislador nada dice respecto de tal circunstancia, además, el que se trate en un inciso separado al de la intervención ilegal de las comunicaciones, pese a tener la misma pena asignada, da cuenta de que el legislador consideró a la difusión desvinculada de la captación subrepticia de información; 2. Se castiga sólo a quien difunde una información a sabiendas o habiendo tenido la posibilidad cierta de averiguar que su origen era ilegal, pues el inciso segundo hace alusión al inciso anterior.

A nuestro juicio, tal como está redactado el inciso segundo, pareciera más acertado en una interpretación literal inclinarse por la primera postura, sin embargo, se ha de considerar no sólo el bien jurídico protegido: la intimidad de las personas, sino que en el artículo lo que se

²⁷ Cfr. Castiñeira p. 134; *Bartnicki et al. v. Vopper, Aka Williams, et al.* (2001): Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 mayo 2001, disponible en <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/99-1687.ZS.html>>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006], held f); Rodríguez p. 200.

²⁸ Carbonell y González pp. 1002 y 1003; Castiñeira p. 134.

reprocha especialmente son los medios subrepticios con los cuales se obtuvo la información que posteriormente se divulga. En otras palabras, el inciso no castiga la mera difusión de una información privada, sino la difusión de un material cuya obtención ha sido subrepticia, de lo que se colige necesariamente que el autor ha de estar en conocimiento o no puede menos que saberlo para que su conducta caiga en el tipo descrito por la ley.

Creemos este tema no es menor, pues perfectamente se puede entrar en una cadena interminable de acusados por la divulgación de una información en vulneración de la intimidad de alguien, y en especial, esto adquiere importancia para los medios de comunicación social que publican o divulgan información no procedente de una primera fuente, v.g. Juan intercepta una comunicación telefónica y graba su contenido en una cinta de forma subrepticia, y luego se la entrega a Pedro (primer acto de difusión); Pedro sabiendo del origen ilegal de la información, lo entrega anónimamente a un canal de televisión (segundo acto de difusión); un programa de televisión comenta la información recibida (tercer acto de difusión) desconociendo la fuente de la misma. A nuestro juicio, se debiese condenar por el 161-A inciso 2°, sólo a Pedro, Juan sería sancionado por la figura agravada del inciso 3° -es la misma persona la que obtiene y luego divulga la información-, y la conducta del medio de comunicación social sería atípica, pues no sabía ni podía saber de la obtención ilícita de la información por parte de Juan.

Se destaca en esta discusión el caso norteamericano *Bartnicki et al. v. Vopper, Aka Williams, et al.* (2001), en el cual se demanda a quienes divulgan el contenido de una conversación privada, interceptada y registrada subrepticamente por una persona desconocida. En opinión de la Corte, los demandados no tomaron parte en la interceptación ilegal, y conocieron de ella sólo después que ocurrió, y de hecho nunca aprendieron la identidad de la persona o de las personas que la hicieron, por tanto, su acceso a la información sobre las cintas fue obtenido legalmente, aunque el contenido de la conversación fue interceptado ilegalmente por alguien más.²⁹ Sin embargo, el Gobierno norteamericano argumentó a favor de la sanción de los actos de difusión, sin importar si quien divulga sabe o no podía en su situación menos que saber el origen ilícito del material publicado, aduciendo que de este modo se desincentivarían las interceptaciones de conversaciones privadas.³⁰ Sostenemos, al respecto, que ello pueda que sea así, pero siempre y cuando exista una conexión entre quien divulga la información y quien la obtiene: una misma persona es la que adquiere la información privada a través de medios subrepticios y luego la difunde, o bien, quien divulga la información ha encargado a otra persona su averiguación a sabiendas que se utilizarán mecanismos ocultos para ello, o sin importarle los medios empleados para su indagación. Por consiguiente, si el medio de comunicación social obtiene la información a través de un anónimo, o de una persona que dice desconocer la fuente originaria del material, no tiene forma de saber o pesquisar si se consiguió de forma ilícita.

²⁹ *Bartnicki et al. v. Vopper, Aka Williams, et al.* (2001), párrafo IV.

³⁰ *Idem.*, held e) y párrafo VI de la opinión de la Corte redactada por el juez Stevens.

Distinto debiera ser el caso en el cual el medio de comunicación social sabe a ciencia cierta de su origen ilegal, así lo manifiesta el juez Harlan en su voto disidente en el caso *New York Times Co. v. United States* (1971), donde se falló a favor de la publicación de documentos confidenciales del Gobierno por considerarse su contenido de interés para el público. En opinión del disidente, el tribunal debía haber considerado, si el medio de comunicación podía conservar y usar los documentos duplicados no obstante que lo recibió con el conocimiento que sus originales fueron substraídos de la posesión del Gobierno, y por tanto adquiridos ilícitamente.³¹

II. Restricciones y justificaciones de los delitos tipificados en el artículo 161-A del Código Penal

1. Interpretación restrictiva de estos tipos

Es posible que una conducta que aparentemente cae en la descripción del artículo 161-A, no sea punible, pues la ofensa al bien jurídico protegido no es penalmente relevante. En este caso será necesario revisar los tipos y sus interpretaciones, y excluir su aplicación en el caso concreto.³²

El artículo 161-A se refiere a varios tipos penales, su redacción es confusa y de difícil interpretación, pues contiene elementos normativos que requieren de una complementación valorativa³³, así las cosas, el sentenciador ha de realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales, considerando en todo momento el bien jurídico protegido por la norma, y las reales circunstancias del caso.

Podría considerarse que no obstante un hecho que se adecua a la descripción del tipo no es lo suficientemente grave como para constituir un injusto penal merecedor de pena, aquí cabría por ejemplo el caso, en el cual es el mismo afectado en el contexto de una comunicación privada, quien capta y luego hace pública su vida privada, entonces no habría porqué castigársele por la captación oculta y su posterior difusión, pues habría una confusión entre sujeto activo y pasivo del delito, por su parte, como ya lo indicare WARREN y BRANDEIS en su obra original publicada en 1890, “el derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento”³⁴.

³¹ *New York Times Co. v. United States* (1971): Corte Suprema de los Estados Unidos, 30 junio 1971, disponible en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_403_0713_ZS.html>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006], opinión disidente del juez Harlan, especialmente punto 6.

³² Cfr. Quintero p. 242; Corp Hoces de la Guardia, Diego (2004): Elementos del tipo del artículo 161-A del Código Penal chileno. Análisis jurídico-penal del delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y/o documentos de carácter privado (Santiago, Tesis de Grado Pontificia Universidad Católica de Chile) p. 26.

³³ Guillier Álvarez y otros (2004): Corte Suprema 06 enero 2004 (Recurso de amparo), *Jurisprudencia on-line, Base de datos electrónica LexisNexis*, n° identificador: 29511, considerando quinto.

³⁴ Warren y Brandeis p. 68.

Distinto sería el caso si habiendo el propio afectado captado subrepticamente una situación que da cuenta de su vida privada, luego quien difunde la información lo hace sin su consentimiento; el afectado que grabó el acto quedaría impune de la realización de la conducta típica del inciso primero del artículo 161-A, pero quien lo difundió sin su consentimiento sería sancionado por el inciso segundo de la norma en comento.

Por su parte, se ha de considerar que para que la difusión del material ilícitamente obtenido vulnere la intimidad del afectado, la información debe ser actualmente secreta al público, pues obviamente, la revelación de algo ya conocido públicamente sería irrelevante.³⁵ Asimismo, como se ha explicado al tratar de la difusión de material obtenido subrepticamente (I,2), el agente debía conocer o haber tenido formas reales de saber del origen ilícito de la información para que su conducta sea punible.

2. El interés público como fundamento de la autorización legal o judicial para ejecutar las conductas tipificadas

El inciso cuarto del artículo 161-A del Código Penal contempla una causal de justificación que se aplica a todas las conductas sancionadas en el artículo, es decir, en términos generales, tanto a la obtención como a la difusión del material privado a que hacen referencia, pues la norma no hace distinción alguna. La justificación se refiere a una autorización legal o judicial que hace inaplicable la sanción a quienes efectúen las acciones tipificadas en los incisos anteriores, sin embargo, no hace alusión a los parámetros utilizados tras la autorización, y en ese sentido cabe preguntarse si el interés público comprometido sería uno de ellos.

Desde que se discute esta materia y los conflictos que pueden surgir en relación a la protección de la privacidad de las personas, se ha entendido que el interés, relevancia o trascendencia pública de la información justificaría sus vulneraciones.³⁶ Actualmente, esta tendencia está recogida en el Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos: la Convención Interamericana (artículo 11.2) protege la vida privada de las personas, indicando que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas”, desprendiéndose del principio n° 10 de la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁷, que el parámetro para determinar si la justificación

³⁵ Politoff *et al.* p. 237; Rodríguez p. 235.

³⁶ Vid. v.g. Urabayen, Miguel (1977): Vida privada e información: un conflicto permanente (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra) p. 333.

³⁷ Principio n° 10 de la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en

de la conducta tipificada es arbitraria o abusiva es el interés público comprometido; mientras, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8.2) exige que la justificación de las injerencias en la vida privada debe estar prevista en la ley, y además debe constituir una “medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”, todo lo cual puede subsumirse en el concepto de interés público comprometido.

Pese a la tendencia de reconocer al interés público como el fundamento de las justificaciones de las conductas que vulneran la intimidad de las personas³⁸, persiste el problema de qué se entiende por interés público, pues siendo un concepto abstracto requiere ser llenado de contenido a fin de concretizarlo.

En este punto, es necesario reflexionar acerca de la calidad de figura pública del afectado en su intimidad; ¿basta el carácter público de las personas a que se refiere la información u opinión, para que ésta sea calificada de pública? A nuestro juicio el sólo ejercer un cargo público no es suficiente para autorizar violaciones a la privacidad, en este caso, el criterio más prudente sería “sólo en conexión con asuntos que sean de interés general por las materias a que se refieran”³⁹, v.g. que se grabe en forma subrepticia a un parlamentario en su despacho fumando marihuana, y luego ello se difunda no podría quedar justificado sólo por ser el afectado un funcionario público, distinto sería el caso si el parlamentario está públicamente respaldando un proyecto de ley para legalizar ese tipo de droga, en ese contexto su conducta puede revestir un interés público, por su conexión con la formación de la opinión pública⁴⁰.

la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

³⁸ Cfr. Matus y Hernández (2006b), p. 134; Vid. casos norteamericanos *Bartnicki et al. v. Vopper, Aka Williams, et al.* (2001), en el cual se discute acerca de la sanción de una difusión de material obtenido ilícitamente, resolviendo la Corte que los demandados no debían ser castigados, pues no participaron en la interceptación ilegal, que su acceso a la información fue obtenido legalmente, y que las conversaciones se ocuparon de una cuestión de preocupación pública (held b, también opinión de la corte párrafo IV); *New York Times Co. v. United States* (1971), en el cual la corte mantuvo el derecho de la prensa de publicar la información de gran preocupación pública aunque obtenida de documentos robados por terceros, v.g. Opinión de coincidencia del juez Black: “the Government can halt the publication of current news of vital importance to the people of this country”.

³⁹ Sarazá Jimena, Rafael (1995): Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen (Pamplona, Editorial Aranzadi) pp. 227 y 228; En el mismo sentido, Vivanco p. 348; Warren y Brandeis p. 65.

⁴⁰ En esta materia, respecto a la veracidad de la información, cabe tener presente el estándar jurisprudencial creado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964): Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 marzo 1964, disponible en <http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=New%20York%20Times%20Co.%20v.%20Sullivan%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006], que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión relacionada con temas de índole público. En términos generales, si se publica un artículo

Si bien es cierto que personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad aceptan un mayor riesgo para sus derechos al honor y a la intimidad, en comparación con los particulares que están menos expuestos, sólo en relación a un asunto de trascendencia pública, puede verse conculcado su derecho a la privacidad.⁴¹ Por lo demás el mismo criterio se utiliza, tratándose de intromisiones en la intimidad de una persona privada partícipe en un hecho de interés público; no está justificada la intromisión si el hecho informado carece de relación con el hecho de interés público objeto de la información⁴².

Así pues, el calificar una información de interés público, se ha de hacer en consideración de su contenido, es decir, conforme a la materia sobre la que versa, v.g. sucesos de relevancia penal⁴³, accidentes, información relevante para la formación de la opinión pública, entre otros⁴⁴; pero, no en consideración del carácter público o privado de la persona en relación a las funciones que desempeña. De esta forma, se observa que el interés público debe ser calificado en atención de los hechos y no de los sujetos intervinientes en la cuestión⁴⁵.

Por otro lado, se ha de destacar que siendo la información obtenida subrepticamente de interés público, por ejemplo, por dar cuenta de la comisión de un delito, ello no justifica en forma automática la realización de la conducta punible, pues debiera mediar un juicio de

con el propósito de proporcionar información que se cree verdadera en referencia a un candidato público para que los votantes tomen una decisión más inteligente, y todo se hace de buena fe y sin malicia, se invierte el peso de la prueba, debiendo el demandante probar no sólo la falsedad de la información en su caso, sino también la "real malicia" del autor de la publicación, esto es, el conocimiento de que la información era falsa y la intención de publicar la falsedad para perjudicar. (Cfr. Pinzón Rodríguez Diego, Martín Claudia y Ojea Quintana, Tomás (1999): "El derecho a la libertad de expresión", La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno (Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo) pp. 324-326).

⁴¹ Cfr. Matus y Hernández (2006b), p. 134; Meins pp. 311 y 312; Novoa pp. 204 y 205; Sarazá pp. 228 y 229; Vivanco p. 348. Distinto sería el caso de quienes por actividades públicas más o menos permanentes adquieren celebridad y buscan publicidad de forma manifiesta, en tal caso su ámbito de privacidad se reduce, en el mismo grado en que sus afanes de fácil popularidad implican una autorización para que actividades íntimas ajenas a los que los liga con el interés público, queden a la disponibilidad del público (Novoa, p. 206).

⁴² Cfr. Novoa pp. 205 y 206; Sarazá p. 231.

⁴³ Cfr. Sarazá p. 232

⁴⁴ De acuerdo a Vivanco p. 348, existen fundamentos que justifican la restricción del ámbito de la vida privada de personajes públicos, indicando las siguientes premisas: "no es privado ningún hecho que se suscite en el ejercicio de una función pública o de una actividad destinada al acceso del público, salvo aquel al cual la ley le conceda reserva o secreto; no es privado aquello que el personaje público ha hecho salir de su propia esfera de reserva por actos propios, expresos o tácitos, haya o no obtenido beneficios de ello; y no es privado aquello que, sin encontrarse en el ejercicio de una función pública, tiene injerencia directa sobre ella".

⁴⁵ Hace un cuarto de siglo, Novoa p. 207, ya afirma que "la idea de que la notoriedad del sujeto no autoriza a una publicidad indiscriminada ni le suprime un cierto ámbito de vida privada, domina en la doctrina y en la jurisprudencia"

ponderación, entre el interés público comprometido y la intimidad vulnerada.⁴⁶ Por ejemplo, según ROXIN, en Alemania, entre la averiguación de la verdad en un proceso penal y la protección de la privacidad, se ha dado primacía a lo primero en caso de delitos graves como por ejemplo el de incendio, por el contrario en delitos menos graves como en el caso de perjurio, difamación o calumnia, el Tribunal Supremo Federal ha rechazado el uso procesal de grabaciones ocultas.⁴⁷ El problema se sitúa entonces en el estado de necesidad alemán donde predomina el principio de la ponderación de intereses: si el interés prioritario es el interés público de la averiguación de la verdad, quedaría justificado el delito de escucha o grabación ilegal.⁴⁸ Y para hacer la ponderación y determinar cuál de los intereses en conflicto es prioritario, se examina la gravedad del delito que se está investigando⁴⁹. Conforme lo observa MUÑOZ CONDE, la aplicación de un principio de ponderación en los términos explicados, nos permitiría apreciar una especie de estado de necesidad en el que de la comparación de las penas asignadas a los delitos en contra de la vida privada con las penas asignadas al delito que se estuviera investigando, se deduciría si la grabación subrepticia era un mal menor que estaría justificado para sancionar un delito más grave.⁵⁰

3. De lege ferendae, ventajas de introducir un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo: finalidad de vulnerar la intimidad de otro

Nos parece interesante el artículo 197.1 del Código Penal español, el cual exige un elemento subjetivo distinto del dolo para penar la conducta de escuchas ilegítimas: la finalidad de vulnerar la intimidad de otro.

Al respecto, se ha de enfatizar que exigir esta finalidad no implica entrar en las intenciones ocultas del autor del delito, pues estas son irrelevantes jurídicamente, lo que interesa a estos efectos es la intención manifiesta del sujeto, vale decir, aquél ánimo delictivo o fin de la actuación, independiente del interés o intención oculta del mismo.⁵¹

De esta forma, si un periodista quisiese justificar la comisión del delito de captación furtiva de información, indicando que existe un interés público comprometido, pues el hecho

⁴⁶ Cfr. Vivanco pp. 347 y 348; Rodríguez p. 215; Cuando exista un *interés superior* que lo justifique pareciera conveniente y justo dejar abierta la posibilidad de intromisiones subrepticias, se indica en el material de discusión de la Comisión Foro Penal que debate un Anteproyecto de Código Penal (Matus y Hernández (2006b), p. 135).

⁴⁷ Roxin, Claus (2000): La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal (Traducc. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 153 y ss.

⁴⁸ Muñoz p. 69.

⁴⁹ Idem., p. 70.

⁵⁰ Idem., pp. 70 y 71.

⁵¹ González Gaitano, Norberto (1990): El deber de respeto a la intimidad (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra) pp. 168-171.

informado es de interés general, y que primaría el derecho a informar de frente al derecho a la intimidad de alguien, la existencia de un elemento subjetivo consistente en la finalidad de vulnerar la intimidad del otro, vendría a facilitar la labor del juez a fin de ponderar los derechos en conflicto y apreciar si existe o no la justificación alegada. Por ejemplo, si ha habido un accidente aéreo se puede informar al respecto, pues es un hecho de interés general, pero informar acerca de la vida sentimental del piloto del avión⁵² manifiesta que ha existido una finalidad de vulnerar y revelar la intimidad del mismo, y no la de informar acerca de un hecho de interés general.

El elemento subjetivo de vulnerar la intimidad de otro, no sólo nos serviría para resolver conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, sino para cualquier colisión de derechos que se presente respecto de la vida privada, v.g. también nos sería útil para justificar la grabación de conversaciones si ello prueba la comisión de otro delito, pues la finalidad de la conducta subrepticia no es la de vulnerar la intimidad de otro, sino la de procurarse de pruebas a fin de demostrar la inocencia o el carácter de víctima, respecto a un delito. Es necesario destacar los matices que al respecto formula MUÑOZ CONDE, en el sentido que un particular no estará justificado de realizar la conducta de captación oculta de información si su finalidad es la de divulgar secretos de la intimidad del grabado, o de chantajearlo, o de obtener prueba de hechos no delictivos, pero considerados socialmente inmorales, v.g. homosexualidad.⁵³ En este sentido, creemos es fundamental la finalidad de vulnerar la intimidad de otro para castigar la conducta de captación subrepticia en vulneración a la vida privada, y la finalidad de probar la comisión de un delito del cual se está siendo víctima para justificarla, considerando que esta finalidad no puede estar incentivada por el transformarse en detective privado buscando pruebas para intimidar a un adversario. En otras palabras, no se puede justificar la conducta por la finalidad de hacerse de pruebas en un juicio, incluso si se es víctima del delito que se está investigando, en términos absolutos, pues se ha de evitar que quien realiza la grabación no cometa con ellos otros delitos, situación particular que actualmente recoge nuestra legislación en el artículo 161-B del Código Penal⁵⁴.

Con este ejemplo, se vislumbra que este elemento de finalidad de la conducta de vulnerar

⁵² El ejemplo dado es tomado de un caso real resuelto por el Tribunal Constitucional español STC 172/1990, de 12 de noviembre, utilizado por Saraza pp. 231 y 232, para destacar que “la intromisión en la intimidad de una persona privada participe en un hecho de interés público no está justificada si carece de relación con el hecho objeto de la información”. Es decir, en definitiva, el Tribunal también respalda la punibilidad de la conducta, pero no por la finalidad de descubrir la intimidad de otro, sino por no estar relacionada la información con el hecho de interés público.

⁵³ Muñoz p. 89.

⁵⁴ El artículo 161-B del Código Penal describe el delito que en derecho comparado se denomina *chantaje*, contemplando la pretensión de entrega de dinero, la realización de cualquier conducta jurídicamente no obligatoria o la ejecución de un acto o hecho constitutivo de delito, bajo la amenaza de dar conocer el material que da cuenta de la intimidad de alguien obtenido de la forma descrita en el artículo 161-A. (Etcheberry p. 275).

la intimidad de otro, de incorporarse en la legislación chilena sería muy útil para los intérpretes de los tipos delictivos que protegen la vida privada, pues denota claramente la función y fin de la norma, que precisamente es proteger la vida privada ante violaciones inaceptables, y no la de castigar toda conducta de obtención de información de carácter privado de manera clandestina.

Aunque en la actual legislación no se contemple un elemento subjetivo de finalidad de vulnerar la intimidad del otro, creemos se puede utilizar este criterio para determinar si una conducta cae o no dentro de los tipos delictivos en contra de la vida privada de las personas, pues partiendo del presupuesto de que los tipos penales en comento se orientan a la protección del bien jurídico vida privada, y el intérprete en la búsqueda del significado profundo del tipo puede guiarse por el sentido del bien jurídico⁵⁵ mismo, se concluye que conductas de captación subrepticia no ofenden gravemente la vida privada si su finalidad no es la de vulnerar la intimidad de otro.

Exigir un elemento subjetivo distinto del dolo no es algo extraño, así por ejemplo, en una norma relacionada con la que se analiza en este trabajo, la *Ley relativa a delitos informáticos* n° 19.223, publicada en el Diario Oficial el 7 de junio de 1993, se sanciona el espionaje informático, es decir a quien intercepte, interfiera o acceda a información contenida en un sistema de tratamiento de la misma; en otras palabras, a quien evite la información llegue a su destino; introduzca en la recepción de una señal, otra extraña o perturbadora; o sustraiga o copie los datos, por tanto, aparentemente existiría un concurso de leyes con la disposición del 161-A del Código Penal, sin embargo, el artículo 2° de la Ley de delitos informáticos exige un elemento subjetivo adicional: quien copie o sustraiga la información ha de tener el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la misma⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Quintero p. 242; Se vislumbra que la Corte Suprema tiene en consideración el bien jurídico protegido para interpretar los tipos del 161-A, no bastándole que los hechos formalmente coincidan con los descritos en la norma, v.g. *Quijada Pinto* (2003): Corte Suprema 2 enero 2003 (Recurso de amparo), *Jurisprudencia on-line, Base de datos electrónica LexisNexis*, n° identificador: 29439, aunque el amparado fotocopió un documento que decía “reservado” y además lo difundió por televisión, la Corte acogió el recurso de amparo interpuesto en su favor: “los antecedentes reunidos en el aludido proceso penal, permiten concluir, por ahora, que no se encuentra debidamente justificada la existencia del hecho punible atribuido al amparado, contemplado en el artículo 161-A del Código Penal, en la relación necesaria de sus incisos 1° y 2°, por cuanto de su mérito no fluye el carácter privado del documento, ni que su difusión por un medio de comunicación social, *hubiere afectado la honra y vida privada y pública de persona determinada*” [la cursiva es nuestra].

⁵⁶ Vid. Magliona Markovitch, Claudio Paul (2003): *Delincuencia informática en Chile*. Proyecto de Ley (Santiago, Asociación de Derecho e Informática de Chile, 23 pp.) [fecha de consulta: 13 marzo 2007]. Disponible en: <<http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3083-07/562.pdf>>, pp. 6 y 7; Huerta Miranda, Marcelo (2001): “Figuras delictivo informáticas tipificadas en Chile”, *Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Separata 12 pp., [fecha de consulta: 13 marzo 2007]. Disponible en: <<http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3083-07/560.pdf>>, pp. 6 – 8.

Conclusiones

1. La actual legislación penal que protege la intimidad de las personas es confusa; las diversas imprecisiones que contiene a nivel de tipicidad y antijuridicidad, generan multiplicidad de interrogantes, las cuales deberán resolverse caso a caso por la jurisprudencia, pues es difícil determinar reglas generales en base a la actual normativa. No obstante ello, a nivel de tipicidad, lo que debe tenerse en cuenta es el bien jurídico protegido, quien es el afectado con la conducta en análisis, y se ha mediado autorización de éste, por sobre cualquier otro parámetro de interpretación. Mientras que a nivel de antijuridicidad, tratándose de conflictos con otros derechos (v.g. derecho a defensa judicial, derecho a informar), se concluye que el parámetro de interés público comprometido, debe analizarse con cautela, dada su indeterminación, debe considerarse en forma objetiva y no subjetiva, además debiese existir una ponderación entre este y la intimidad involucrada.
2. Siguiendo esta línea, si se nos pregunta acerca de la justificación de la conducta subrepticia de captación de información obtenida en el contexto de una conversación, documento o acto de carácter privados, si quien la realiza es uno de los intervinientes en la comunicación, la respuesta será que bajo la regulación vigente tal conducta cabe en el tipo penal si afecta la intimidad de alguien, sea la de uno de los partícipes o la de un tercero; no importa tanto el carácter de partícipe de la conversación, documento o acto, como el carácter de afectado:
 - a) De esta forma, primeramente se ha de considerar que la comunicación puede tratar acerca de aspectos de la vida privada de otra persona que no participa de la conversación o documento, por tanto para determinar quien es el afectado, lo que adquiere importancia es el contenido de los mismos.
 - b) Por su parte, tratándose de actos privados, o si el contenido de la comunicación efectivamente afecta a uno de los partícipes de la misma, no se puede justificar la acción del interviniente por considerarse una indiscreción y no una intromisión en la vida privada, en otras palabras, no se puede entender que por el sólo hecho de confiar nuestros secretos más íntimos a alguien, hemos prestado nuestro consentimiento para que estos sean reproducidos y eventualmente difundidos, pues se generaría una impunidad no aceptable en relación a la afectación del bien jurídico protegido; lo que resulta penalmente relevante no es si se es un interviniente o un tercero ajeno a la esfera de intimidad quien ejecuta la conducta punible, sino la vulneración a la privacidad de alguien, a través de una forma subrepticia de obtención de la información.
 - c) Ahora bien, si el propio afectado es quien lleva a cabo las conductas descritas en el tipo del inciso primero del artículo 161-A, ello no sería punible, pues penalmente no es relevante, la ley no castiga el mero hecho de existir una captación subrepticia,

sino sólo cuando ese hecho afecta la intimidad de alguien, y para que ello sea posible el afectado debe ser persona distinta al que realiza la conducta. Sin embargo, ello se torna relevante en relación a la conducta sancionada en el inciso segundo del 161-A del Código Penal, es decir, la difusión del material. A este respecto, es fundamental, en cada caso, analizar como obtuvo el material quien hace la difusión, a fin de determinar si existió consentimiento o no por parte del afectado en la divulgación.

3. Respecto al delito de difusión de material obtenido subrepticamente, llama la atención que pese a su mayor gravedad en cuanto al menoscabo final del derecho a la intimidad que ocasiona en comparación a la mera obtención subrepticia de detalles de la vida privada de alguien, el legislador ha equiparado sus penas. Por otro lado, la redacción del inciso, no aclara si es necesario el conocimiento del origen ilícito de la información, por parte del agente que publica la misma. A nuestro juicio, considerando el bien jurídico protegido y la alusión a especiales medios ocultos utilizados para hacerse del material, concluimos ha de considerarse irrelevante penalmente la publicación de información por quien desconocía su origen ilícito; no se castiga la mera difusión de una información privada, sino la difusión de un material cuya obtención ha sido subrepticia, de lo que se colige necesariamente que el autor ha de estar en conocimiento o no puede menos que saberlo para que su conducta caiga en el tipo descrito por la ley.
4. Existe una tendencia a reconocer al interés público como parámetro para justificar las conductas descritas en el 161-A del Código Penal, ante casos de colisión de derechos.
 - a) Sin embargo, se ha de ser prudentes, pues dado el carácter abierto del concepto, se ha de considerar una interpretación objetiva y no subjetiva, es decir, analizar el interés público en relación a los hechos relevantes y no a las personas involucradas en ellos, ejerzan o no éstas funciones públicas.
 - b) Por su parte, el sólo hecho de que una información tenga relación con materias de interés público, no justifican por sí solas una conducta intrusiva en la intimidad de las personas mediante medios de captación subterfugio, en ese sentido, se ha de considerar, como en otros ordenamientos, una ponderación entre el interés público comprometido y la intimidad vulnerada.
5. De *lege ferendae*, se estima que un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, consistente en la finalidad de vulnerar la intimidad del otro, vendría a facilitar la labor del juez frente a cualquier colisión de derechos que se presente respecto de la vida privada, a fin de ponderar los derechos en conflicto y apreciar si existe o no la justificación alegada, pues denota la función y el fin de la norma, que precisamente es proteger la vida privada ante violaciones inaceptables, y no la de castigar toda conducta de obtención de información de carácter privado de manera subrepticia. De esta forma, se concluye que conductas de

captación subrepticia no ofenden gravemente la vida privada si su finalidad no es la de vulnerar la intimidad del otro, sino v.g. la de hacerse de pruebas para probar estamos siendo víctimas de un delito, o la de informar al público de una noticia de interés general.

Bibliografía citada

- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2005): *El derecho a la información en Chile. Análisis de la Ley n° 19.733 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo* (Santiago, LexisNexis) 468 pp.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2003): “Libertad de expresión y protección de la intimidad”, *El Mercurio*, p. A 2.
- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CHUSCA, J. L. (1996): “Delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio”, VIVES ANTÓN, Tomás (coordinador), *I Comentarios al Código Penal de 1995* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 990-1005.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (2006): “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (Barcelona, Editorial Atelier) 379 pp.
- CORP HOCES DE LA GUARDIA, Diego (2004): *Elementos del tipo del artículo 161-A del Código Penal chileno. Análisis jurídico-penal del delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y/o documentos de carácter privado* (Santiago, Tesis de Grado Pontificia Universidad Católica de Chile) 189 pp.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2001): “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980”, NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001* (Santiago, Editorial ConoSur) pp. 199 – 224.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): “Delitos contra la esfera de intimidad”, *III Derecho Penal. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición) pp. 251-277.
- GONZÁLEZ GAITANO, Norberto (1990): *El deber de respeto a la intimidad* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra) 199 pp.
- HUERTA MIRANDA, Marcelo (2001): “Figuras delictivo informáticas tipificadas en Chile”, *Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, Separata 12 pp., [fecha de consulta: 13 marzo 2007]. Disponible en: <<http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3083-07/560.pdf>>.
- MAGLIONA MARKOVICH, Claudio Paul (2003): *Delincuencia informática en Chile. Proyecto de Ley* (Santiago, Asociación de Derecho e Informática de Chile, 23 pp.) [fecha de consulta: 13 marzo 2007]. Disponible en: <<http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/3083-07/562.pdf>>.
- MARTÍN MORALES, Ricardo (1995): *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones* (Madrid, Editorial Civitas) 156 pp.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2006a): “Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las

deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005”, *Política Criminal* n° 1, D1: pp. 1-92 [fecha de consulta: 12 marzo 2007]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf>.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2006b): “Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial. Versión refundida de unidades 1 a 9, con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones del Foro Penal”, *Política Criminal* n° 1, D3: pp. 1-269 [fecha de consulta: 12 marzo 2007]. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf>.

MEINS OLIVARES, Eduardo (2000): “Derecho a la intimidad y a la honra en Chile”, *Ius et Praxis* año 6 n°1: pp. 303-319.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2004): *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi) 114 pp.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1981): *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos* (México D.F., Siglo Veintiuno editores, 2ª edición) 224 pp.

PINZÓN RODRÍGUEZ, Diego, MARTÍN, Claudia y OJEA QUINTANA, Tomás (1999): “El derecho a la libertad de expresión”, *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno* (Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo) pp. 285-329.

POLITOFF, Sergio, PIERRE MATUS, Jean, y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): “§ 4. Violación de la intimidad como privacidad (Art. 161-A CP)”, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) pp. 233-240.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996): “La antijuricidad”, *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)* (Barcelona, Cedecs Editorial) pp. 239-259.

RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando (1990): “Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 43: pp. 197-240.

ROXIN, Claus (2000): *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (Traducc. Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Valencia, Tirant lo Blanch) 158 pp.

SARAZÁ JIMENA, Rafael (1995): *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen* (Pamplona, Editorial Aranzadi) 555 pp.

URABAYEN, Miguel (1977): *Vida privada e información: un conflicto permanente* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra) 358 pp.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): “Estatuto constitucional de la libertad de expresión y los medios de comunicación social: derecho a la honra, inviolabilidad del hogar, libertad de conciencia y libertades de opinión y de información”, *II Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 343-384.

WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1995): *El derecho a la intimidad* (Traducc. Benigno PENDÁS y Pilar BASELGA, Madrid, Editorial Civitas) 73 pp.

NORMAS CITADAS

Ley n° 18.168, General de Telecomunicaciones, *Diario Oficial*, 2 octubre 1982.

Ley n° 19.233, Relativa de delitos informáticos, *Diario Oficial*, 7 junio 1993.

Ley n° 19.423, Agrega disposiciones que indica en el Código Penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, *Diario Oficial*, 20 noviembre 1995.

JURISPRUDENCIA CITADA

New York Times Co. v. Sullivan (1964): Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 marzo 1964, disponible en <http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=New%20York%20Times%20Co.%20v.%20Sullivan%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006].

New York Times Co. v. United States (1971): Corte Suprema de los Estados Unidos, 30 junio 1971, disponible en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0403_0713_ZS.html>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006].

Barnicki et al. v. Vopper, Aka Williams, et al. (2001): Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 mayo 2001, disponible en <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/99-1687.ZS.html>>, [fecha de consulta: 29 noviembre 2006].

Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, *Boletín Oficial del Estado*, n° 305, disponible en <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA1984-0114>, [fecha de consulta: 28 noviembre 2006].

Sentencia del Tribunal Supremo español n° 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004, disponible en <<http://www.unifr.ch/derechopenal/jurisprudencia/TRIBUNALSUPREMO0205.pdf>>, [fecha de consulta: 28 noviembre 2006].

Guillier Álvarez y otros (2003): Corte de Apelaciones de Santiago 22 diciembre 2003 (Recurso de amparo), *Jurisprudencia on-line*, Base de datos electrónica LexisNexis, n° identificador: 29511.

Guillier Álvarez y otros (2004): Corte Suprema 06 enero 2004 (Recurso de amparo), *Jurisprudencia on-line*, Base de datos electrónica LexisNexis, n° identificador: 29511.

Quijada Pinto (2003): Corte Suprema 2 enero 2003 (Recurso de amparo), *Jurisprudencia on-line*, Base de datos electrónica LexisNexis, n° identificador: 29439.