

GRABACIONES SUBREPTICIAS EN EL DERECHO PENAL CHILENO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO *CHILEVISIÓN II*

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ
Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. La sentencia de la Corte Suprema. III. La distinción sistemática entre delitos de intromisión y delitos de indiscreción. IV. Crítica a la ratio de la decisión de la Corte Suprema: El carácter típico del ataque. V. Crítica al dictum de la decisión de la Corte Suprema: el carácter privado de la conversación. VI. Excurso: la impertinencia de la maniobra elusiva de la jurisprudencia española. VII. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Comunicaciones privadas - grabación subrepticia - interés público - delitos de intromisión y de indiscreción - artículo 161-A Código Penal

I. INTRODUCCIÓN

La decisión de la Corte Suprema recaída en el caso *Chilevisión II*¹, también conocido por la opinión pública como caso *doctora Cordero*, se pronuncia sobre dos cuestiones importantes para la protección penal de la privacidad o intimidad bajo el Código Penal chileno, a saber, (i) si el interés público en el conocimiento del contenido de una conversación altera la calidad de ésta como objeto de ataque jurídico-penalmente relevante y (ii) si la grabación de una conversación efectuada por el interlocutor del afectado sin su conocimiento –en adelante, “grabación subrepticia”– constituye o no un ataque jurídico-penalmente relevante². Las dos preguntas son formuladas específicamente en relación con las normas punitivas introducidas en el artículo 161-A del Código Penal –en adelante “CP”– por la Ley N° 19.423 (D.O. 20.11.1996)³, que es del siguiente tenor:

¹ Sentencias de casación en el fondo –en adelante, “scf”– y de reemplazo –en adelante, “sr”–, conforme al antiguo proceso penal, de 21 de agosto de 2013, Rol N° 8393-2012.

² Las respuestas a ambas interrogantes pueden generalizarse, para ser extendidas a la filmación de imágenes y a la transmisión simultánea de sonidos o imágenes.

³ Hasta antes de la modificación introducida por la Ley N° 19.423 el Código Penal chileno no había experimentado una modernización de sus normas protectoras de la intimidad semejante a la que conoció la codificación europea en la segunda mitad del siglo XX. La legislación especial sí previó algunas disposiciones orientadas en ese sentido entre 1964 y 1967 –el artículo 21 del D.L. N° 425 (D.O. 26.03.1925), introducido por la Ley N° 15.476 (D.O. 23.01.1964) y derogado por la

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

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

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

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

En consecuencia, las interrogantes que plantea el caso consisten en resolver (i) si una conversación cuyo contenido es de interés público puede constituir una conversación “de carácter privado” en el sentido de la disposición transcrita, y (ii) si la grabación subrepticia de una conversación puede constituir un acto de “grabar sin autorización del afectado” en el sentido de dicha disposición. De responderse afirmativamente ambas cuestiones, la acción resulta *prima facie* punible con una pena afflictiva, que puede verse severamente agravada en caso de divulgarse además la grabación y que incluso genera punibilidad para cualquiera que la divulgue⁴.

Ley N° 16.643 (D.O. 4.09.1967)– y entre 1991 y 2001 –el artículo 22 inciso 2° de la Ley N° 16.643, introducido por la Ley N° 19.048 (D.O. 13.02.1991) y derogado por la Ley N° 19.733 (D.O. 4.06.2001)–. Actualmente, la legislación penal especial chilena contempla normas aplicables a la intromisión en las telecomunicaciones (letras c) y d) del artículo 36-B de la Ley N° 18.168, D.O. 2.10.1984, introducidas por la Ley N° 19.277, D.O. 20.01.1994) y las en comunicaciones mediadas por el uso de sistemas de tratamiento de la información (artículos 2° y 4° de la Ley N° 19.223, D.O. 7.06.1993), ninguna de las cuales es pertinente para el caso de una conversación presencial.

⁴ Este último rasgo distingue la regulación del artículo 161-A de las normas punitivas de actos de intromisión en la correspondencia o documentos del Código Penal chileno de 1874 (artículos 146 y 156), que sólo sancionan la divulgación cometida por el autor (o interviniente) en la intromisión. Las disposiciones de la legislación especial que contienen normas punitivas de la divulgación de información obtenida mediante actos de intromisión (artículo 36-B-d) de la Ley N° 18.168, artículo 4° de la Ley N° 19.223) admiten ser interpretadas en un sentido equivalente al alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 161-A CP. El Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal (I *Política Criminal* [2006], D1 pp. 1-96, en adelante “APF”) y el Proyecto de Ley que establece un nuevo Código Penal, de 10 de marzo de 2014 (Boletín 9.274-07, en adelante “PCP”) hacen suya esta idea regulativa, consagrando disposiciones que sancionan la difusión o divulgación de información o grabaciones de sonidos o imágenes obtenidas mediante acciones punibles

En lo que sigue comentaré la sentencia en este orden: Primero (2) describiré los hechos del caso, las razones de las sentencias condenatorias de los tribunales de instancia y los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema. Después (3) expondré una distinción sistemática. Sobre la base de esa distinción examinaré críticamente (4) lo que considero la *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Suprema –su tesis relativa a la cuestión (ii)– y posteriormente (5) lo que considero un *obiter dictum* –su tesis relativa a la cuestión (i)–. Finalmente, luego de (6) descartar una tesis jurisprudencial española que superficialmente elude pero trastoca profundamente los términos del problema, (7) terminaré con algunas conclusiones.

Anticipando mi apreciación crítica de la sentencia, es mi opinión que la Corte Suprema afirmó dos tesis que se hacen recíprocamente superfluas, que su tesis relativa a la cuestión (i) es impertinente, constituyendo un grave error jurisprudencial, y que su tesis relativa a la cuestión (ii), si bien resulta plausible, carece de fundamento suficiente en la sentencia y es en definitiva también incorrecta.

II. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En el caso *Chilevisión II* la Segunda Sala de la Corte Suprema acogió por mayoría de votos⁵ el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria de la Corte de Apelaciones de Santiago⁶, que había confirmado la sentencia condenatoria dictada por el ex-22° Juzgado del Crimen⁷.

Los hechos del caso son los siguientes⁸: Un equipo periodístico de la estación de televisión abierta Chilevisión formado por cuatro personas que participaba en un programa de reportajes investigó una práctica ilícita consistente en otorgar

también cuando la acción es cometida por un tercero que no intervino en su obtención (artículo 137 APF, artículos 276 y 281 N° 2 PCP). En materia de delitos contra la intimidad el texto del PCP es idéntico al texto del Anteproyecto de Nuevo Código Penal que le sirvió de base, de 30 de diciembre de 2013 (en adelante, “APCP”). Por esta razón, en lo sucesivo las referencias a estos dos textos serán efectuadas en forma conjunta (“APCP/PCP”). El APCP es complementado por una Propuesta de Ley de Reforma Constitucional para la Introducción del Nuevo Código Penal, de 30 de diciembre de 2013, y una Propuesta de Ley de Introducción del Código Penal, de 30 de diciembre de 2013 (en adelante, “PLICP”), que no fueron incorporadas en la iniciativa presidencial del 10 de marzo de 2014.

⁵ El voto de mayoría fue suscrito por los Ministros Milton Juica Arancibia y Carlos Künsemüller Loebenfelder y el Abogado Integrante Jorge Baraona González, y redactado por el Ministro Alfredo Pfeiffer Richter. El voto disidente, suscrito por los Ministros Alfredo Pfeiffer y Hugo Dolmetsch Urrea, se limita a sostener que “los hechos declarados en el fallo recogen todas las exigencias legales de los tipos penales por los que se condenó a los enjuiciados” (scf), sin hacerse cargo de los argumentos interpretativos del voto de mayoría.

⁶ Sentencia de 1.08.2012, Rol N° 1.781-2011.

⁷ Sentencia de 30.04.2011, Rol N° 3.913- 2003.

⁸ La descripción se encuentra consignada en el considerando 5° de la sentencia de primera instancia, reproducida en scf c. 3°.

licencias médicas carentes de fundamento. Dos de esas personas concurren a la consulta particular de un médico psiquiatra; primero concurre una de ellas; luego, concurren ambas. Asumiendo una identidad falsa y dando información falsa acerca de su desempeño laboral, esas personas mantuvieron una entrevista con la psiquiatra dentro de su consulta y obtuvieron de ella una licencia médica. La entrevista fue filmada con una cámara oculta y grabada con un micrófono oculto, sin conocimiento de la psiquiatra. La filmación y grabación fueron exhibidas en el programa televisivo, que fue precedido por una breve exhibición en el programa noticiero de la estación televisiva.

Tres de los intervinientes en el hecho —los dos entrevistadores de la psiquiatra y el periodista que dirigió la investigación— fueron procesados y condenados en primera y segunda instancia como autores del delito previsto en el inciso 1° del artículo 161-A CP. Uno de los intervinientes —el subdirector de prensa de la estación televisiva y editor periodístico del programa de reportajes— fue condenado en primera y segunda instancia como autor del delito previsto en el inciso 2° del artículo 161-A⁹.

La condena dictada por las sentencias de primera y segunda instancia en el caso *Chilevisión II* era consistente con la jurisprudencia penal previa sobre la materia. Esta jurisprudencia fue sentada en el caso *Chilevisión I*¹⁰. En ese caso, un equipo

⁹ Con esta división de responsabilidades se dejó sin aplicar el inciso 3° del artículo 161-A a los cuatro intervinientes. El considerando 13° de la sentencia de primera instancia se limita a señalar al respecto que “un individuo autorizó la filmación, otros dos la ejecutaron y un tercer sujeto autorizó su difusión”, descripción que según el tribunal haría inaplicable la regla del inciso 3°, por requerir ésta “que un mismo sujeto sea quien ejecuta ambas acciones o delitos”. Como es obvio, la tesis de que la hipótesis calificada supone autoría de propia mano en la ejecución de ambas acciones la transforma en inaplicable: basta una coordinación mínimamente racional entre los coautores para eludir su aplicación. Por otra parte, los dos conductores del programa de reportajes tampoco fueron objeto de cargos, sin mayor justificación. Por último, el concurso de delitos representado por las dos filmaciones y grabaciones, además de la filmación y grabación de una entrevista similar con otros dos psiquiatras, fallecidos al momento de dictarse sentencia, tampoco fue apreciado, sin justificarse su desestimación.

¹⁰ El caso *Chilevisión I*, conocido por la opinión pública como caso juez Calvo, generó cinco resoluciones judiciales coincidentes en su interpretación del artículo 161-A CP como norma punitiva de la grabación subrepticia de una conversación efectuada por uno de los interlocutores: el auto de procesamiento del 3° Juzgado del Crimen de Santiago dictada por una ministra de fuero extraordinario (resolución de 11.12.2003, Rol N° 209.909-2003), la resolución denegatoria del recurso de amparo interpuesto en contra de ese auto de procesamiento, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago (resolución de 6.01.2004, Rol N° 33.865-03), la sentencia condenatoria dictada del 3° Juzgado del Crimen de Santiago dictada por una ministra de fuero extraordinario (sentencia de 15.07.2005, complementada por sentencia de 29.07.2005, Rol N° 209.909-2003), la sentencia confirmatoria de esa condena, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago (sentencia de 9.05.2006, Rol N° 21.722-2005) y la sentencia de la Corte Suprema que rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, por la defensa de los condenados (sentencia de 9.08.2007, Rol N° 3005-2006).

de periodistas de la misma estación televisiva —dos de los intervinientes en los hechos del caso *Chilevisión II* habían sido condenados también por el caso *Chilevisión I*— se coordinó con un tercero para que éste filmara y grabara subrepticamente una conversación con un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago en su despacho, la que fue posteriormente exhibida en un programa de la estación¹¹.

La sentencia de primera instancia resume en su considerando 13° su posición acerca de los cinco argumentos esgrimidos por la defensa de los acusados para negar que los hechos del caso fueran portadores de una afectación típica y antijurídica de la intimidad:

(i) el carácter público del establecimiento donde la profesional atendió a los acusados¹² no impide la calificación de la oficina donde tuvo lugar la entrevista como un lugar que no es de libre acceso al público, en el sentido del artículo 161-A CP: la consulta donde un médico realiza un acto de su profesión sometido a confidencialidad por la *lex artis* constituye un “área privada o al menos de acceso restringido”;

(ii) el consentimiento expreso del afectado relativo al ingreso de los acusados al lugar no implica su consentimiento, expreso ni tácito, respecto de la grabación de la conversación: el uso de elementos técnicos de registro y posterior reproducción de una conversación constituye un “riesgo mayor que el común” para la intimidad, respecto del cual no cabe presumir el consentimiento del interlocutor;

(iii) la calificación del contenido de la conversación como de interés público no es procedente en el caso: no tiene apoyo en la voluntad del afectado, ni la ley ni en la autoridad pública, y la facultad de considerarlo preponderante no es entregada en términos genéricos a los particulares, cualquiera sea su profesión;

(iv) la exigencia de que las conductas tipificadas por el artículo 161-A CP sean realizadas por un intruso, ajeno a la comunicación o conversación privada carece de sustento legal: la norma legal no distingue, por lo que no cabe al intérprete hacerlo;

(v) la antijuridicidad del ataque a la intimidad no queda excluida por la ausencia de un ánimo de perjudicar o presionar a la víctima y la existencia en su lugar de un interés superior referido al ejercicio del periodismo: la finalidad originaria de descubrir y denunciar una asociación ilícita para defraudar a las instituciones

¹¹ Ninguno de los intervinientes en el caso *Chilevisión I* fue sancionado bajo el inciso 3° del artículo 161-A CP: todos lo fueron bajo el inciso 1°. El interviniente ajeno a la estación televisiva fue sancionado bajo el artículo 161-B CP por las sentencias de primera y segunda instancia, pero la Corte Suprema revocó esta calificación, sosteniendo —correctamente— que el artículo 161-B no sanciona cualquier modo de uso de la información obtenida mediante un acto prohibido por el artículo 161-A, sino que tipifica un caso de coacción o extorsión. El director del departamento de prensa de la estación televisiva, cuya intervención consistió en lo esencial en autorizar la exhibición de la filmación y grabación, también fue sancionado bajo el inciso 1° (!) del artículo 161-A por las sentencias de instancia, pero fue exonerado de responsabilidad penal por la Corte Suprema.

¹² El Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, ubicado en Avenida La Paz 841, comuna de Recoleta, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Norte.

de salud previsual se perdió durante la investigación y no es claro en qué haya consistido el interés superior sobreviviente.

En su considerando 3° adicional a la sentencia de primera instancia, que hace suya, la sentencia de segunda instancia concede que el contenido de la conversación grabada podía generar una noticia de “notorio interés público”, pero sostiene que su difusión estaría prohibida por el derecho a la vida privada asegurado por el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República —en adelante “CPR”—, cuyo respaldo se encontraría en el artículo 161-A CP, constituyendo ambos un límite a la libertad de expresión.

En contra de estas consideraciones, la defensa insistió en su recurso de casación en el fondo en el argumento (i) y fusionó los argumentos (ii) y (iv), por una parte, y los argumentos (iii) y (v), por otra parte. Respecto de estos dos últimos, puso además especial énfasis en refutar el juicio de ponderación efectuado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte Suprema avaló en su sentencia la posición de la defensa en lo que respecta a los argumentos (iii) y (iv). Tratándose del argumento (i) no hay pronunciamiento expreso de la Corte Suprema en contra o a favor de la tesis de la defensa. Con todo, la mejor interpretación de la sentencia es aquella que considera que la Corte comparte la tesis del tribunal de instancia, en el sentido de que al menos en lo que respecta a la hipótesis legal del lugar de libre acceso al público lo decisivo no es la calidad de la titularidad patrimonial que se tiene sobre un inmueble, ni el régimen general de acceso al mismo, sino el interés individual de privacidad o intimidad que se expresa como legítima expectativa de exclusión del ingreso de otros a un espacio físicamente delimitado. En este caso, esa expectativa era correlativa a un deber profesional de confidencialidad. Eso es correcto: la intimidad, en tanto derecho fundamental y bien jurídico personalísimo, no es reducible a una dimensión de la propiedad o el patrimonio. Como se ha dicho, esta tesis no fue expresamente avalada por la Corte Suprema ni se encuentra implicada en sentido estricto por su sentencia. Pero el hecho de que la Corte reconociera “un aspecto de la privacidad en un sentido espacial o referido al lugar físico en que se verifica la conducta punible” (c. 4° scf) y al mismo tiempo negara la afectación de ese aspecto atendiendo exclusivamente al argumento (iv) de la defensa es más bien indicativo de su coincidencia con la tesis de la sentencia de instancia en lo que se refiere al argumento (i)¹³.

La validación de los argumentos de la defensa por la Corte Suprema parte de una distinción advertida por la Corte en el artículo 161-A CP, que a su parecer

¹³ Nótese que la razón para reconocer una legítima expectativa de privacidad referida al espacio donde tuvo lugar la entrevista por su correlación con el deber de confidencialidad del médico para con sus pacientes es coincidente con la aceptación del argumento (iv) de la defensa: es una expectativa de exclusión de terceros distintos del paciente en interés del propio paciente.

abarcaría dos aspectos o ámbitos de la privacidad: uno de carácter espacial —ya aludido— y otro referido a la “protección del secreto o la infracción del deber de discreción” (c. 4° scf). El primero se expresaría en la exigencia del carácter particular del recinto y la no apertura del lugar al acceso público; el segundo, en el carácter privado de los hechos. Sobre la base de esta distinción, la Corte analiza primero el carácter privado de la conversación grabada —el argumento (iii) de la defensa— y luego analiza la grabación como intromisión en el lugar privado —el argumento (iv) de la defensa—.

En cuanto al carácter privado de la conversación que fue grabada, la Corte afirma como premisa que su calidad de tal no puede basarse exclusivamente en el interés del afectado, porque eso haría la calificación intolerablemente subjetiva. Según la Corte, la objetividad de la calificación exige reconocer que el hecho de “revestir un interés público” excluye el carácter privado de la conversación y que la infracción a la ética profesional implícita en la conversación la reviste de ese interés (c. 5° scf)¹⁴. Para reafirmar su calificación de la conversación grabada como un hecho que reviste interés público la Corte acude al criterio de la letra b) del inciso 2° del artículo 30 de la Ley N° 19.733 (D.O. 4.06.2001), sobre libertades de información y opinión y ejercicio del periodismo, que con perfecta circularidad declara “hechos de interés público” a “los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real”. Con este apoyo legal, la Corte concluye afirmando la legitimidad de las acciones imputadas a los acusados, considerando que su actuación estaría “inserta en el ejercicio de la función periodística es (sic) aras de un interés social prevalente” (c. 6° scf).

En lo que se refiere a la intromisión en el lugar que no es de libre acceso público la Corte sostiene que sólo tiene ese carácter la acción de un tercero distinto del interlocutor del afectado (c. 7° scf)¹⁵. Según la Corte, respecto de quien se ha aceptado como interlocutor no se tiene por regla general una expectativa legítima de privacidad. En palabras de la Corte, quien revela hechos a otro “renuncia a su expectativa de intimidad”; la excepción se encuentra en el deber del secreto profesional, que los acusados obviamente no tenían respecto de la afectada (*loc. cit.*). No consistiendo la grabación de la conversación en un acto de intromisión

¹⁴ En sus propios términos, la sentencia considera primordialmente al hecho de la conversación con la afectada —una entrevista que deriva en el otorgamiento de una licencia médica infundada— como revestido de interés público (sentidos ilocucionario o perlocucionario del acto de habla que es objeto de calificación); esto es remarcado en el considerando primero de la sentencia de reemplazo. El criterio puede extenderse sin embargo al contenido de la conversación (sentido locucionario del acto de habla).

¹⁵ La redacción del c. 7° es en este punto confusa, pues predica el requisito de ajenidad a la conversación tanto respecto de la intromisión como de la revelación, e incluso lo caracteriza como una propiedad de la información revelada. No obstante, la idea central es clara: según la Corte, quien es reconocido por el afectado como su interlocutor por definición no incurre en intromisión.

por parte de un tercero ajeno a la conversación¹⁶, su posterior difusión tampoco resulta punible (c. 8° scf).

Como salta a la vista, si se entiende que se trata de dos aspectos o elementos de un mismo delito, los argumentos de la Corte se hacen recíprocamente irrelevantes. Si la conversación no era privada, en el sentido del artículo 161-A, entonces es irrelevante el hecho de que quien la haya grabado sea un interlocutor y no un tercero ajeno a ella. Y si el artículo 161-A no establece prohibiciones dirigidas al interlocutor de una conversación, entonces es irrelevante el hecho de que el contenido de esa conversación sea de interés público y que eso la prive del carácter privado. Luego, se requiere una decisión interpretativa que precise cuál argumento es la *ratio decidendi* de la sentencia y cuál un mero *obiter dictum*. La mejor versión de la sentencia es aquella que considera como *ratio* suya al argumento relativo a la ausencia de intromisión típica en la grabación subrepticia efectuada por un interlocutor. De ambos argumentos, es el más plausible y responde a una cuestión interpretativa del artículo 161-A CP que resulta ineludible. Por tal razón, comentaré primero críticamente ese argumento, para revisar luego el argumento relativo a la ausencia de carácter privado de la conversación. Antes de proceder al análisis de uno y otro argumento expondré brevemente las premisas sobre las que baso mi crítica.

III. LA DISTINCIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LOS DELITOS DE INTROMISIÓN Y LOS DELITOS DE INDISCRECIÓN

Es un error asumir que el conflicto de intereses entre la privacidad y la libertad de expresión se resuelve siempre en un juicio de ponderación subordinado a una matriz indiferenciada de variables. Esa es una característica del conflicto entre la libertad de expresión y el honor¹⁷. En los casos en que el atentado a la privacidad

¹⁶ La sentencia caracteriza al tercero ajeno a la conversación como “titular de la acción intrusiva” (c. 8° scf): este es el paroxismo que puede alcanzar la errónea designación del autor del delito como “sujeto activo”. Se trata de un uso tan extendido como incorrecto. Conforme a su contexto teórico —la teoría de la relación jurídica— el único sujeto activo de todas las relaciones jurídicas eventualmente implicadas en un delito es la víctima: ella es la titular del derecho subjetivo perjudicado (i.e., el bien jurídico afectado), la titular del derecho a la reparación o indemnización de perjuicios y la titular de la acción procesal que corresponda adicional o sustitutivamente al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

¹⁷ El juicio de ponderación menos diferenciado es el que subyace a la constatación del *animus iniuriandi* como elemento subjetivo del delito de injuria, que se niega en caso de constatarse la preponderancia de un ánimo que corresponde a la salvaguarda de un interés legítimo en conflicto con el honor (al respecto, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Delitos contra intereses personalísimos, en *Revista de Derecho UAI* 2 (2004), pp. 531-556, 553-556). La regulación del delito de calumnia expresa una ponderación legal formalizada: si el atentado al honor consiste en la imputación de una acción u omisión punible actualmente perseguible de oficio, basta con probar la veracidad de

consiste en la realización de un acto de habla o su equivalente instrumental —revelación, difusión o divulgación de información, transmisión de sonidos o imágenes, reproducción o exhibición de una grabación de sonidos o imágenes— cuando se incurre en el error antedicho se tiende a tratar el interés en la no-realización de ese acto de habla (privacidad como expectativa de control del uso de la información poseída por otro) del mismo modo como se trata el interés en el honor, ambos en conflicto con el interés en la libertad de expresión. De hecho, muchas veces la tematización de ese interés como privacidad u honor es fungible, porque así entendida la protección de la privacidad no es más que un flanqueo normativo de la protección del honor¹⁸. Pero la cuestión crucial para la protección penal de la intimidad no es el uso de la información, los sonidos o las imágenes que otro posee, sino el modo como se los obtuvo. La protección del honor nada dice al respecto: a ella sólo le concierne el sentido denigrante del trato implicado por el acto de habla (honor *stricto sensu*) o las consecuencias del acto de habla para la consideración social del afectado (honor *lato sensu* u honra). La protección de la intimidad en cambio, responde a esa cuestión generando 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. Las prohibiciones de intromisión son límites normativos *prima facie* a la libertad de información; por esa razón ellas implican una diferenciación estructural para el juicio de ponderación entre privacidad y libertad de expresión. Tratándose de actos de intromisión, no basta con satisfacer la matriz indiferenciada de ponderación que

la imputación para eximirse de pena. La regulación de las injurias cometidas a través de un medio de comunicación social están sujetas a una matriz de ponderación que combina la *exceptio veritatis* con una articulación objetiva del juicio de ponderación subyacente a la constatación del *animus iniuriandi* (artículo 30 de la Ley N° 19.733). No está demás decirlo, la exigencia de una prueba de la verdad de la información difundida para exonerar de responsabilidad —penal o civil— por la noticia es un incentivo legal a la grabación subrepticia del sonido o la imagen. El estándar del cuidado debido en la apreciación de la verosimilitud, que implica la aceptación de un margen de riesgo permitido de falsedad, aún no es reconocido por el derecho chileno. El APF lo reconoce rudimentariamente en su artículo 128 y el APCP/PCP lo hace con todo detalle y diferenciación en sus artículos 294/291 y 298/294. El principio debe ser introducido también en el artículo 30 de la Ley N° 19.733, como lo hace el artículo N° 15 PLICP.

¹⁸ Nada pone mejor de manifiesto este carácter de norma de flanqueo de la protección del honor que someter la punibilidad de un atentado a la privacidad a la *exceptio veritatis*, como lo hizo la norma punitiva de la difamación lesiva de la vida pública entre 1984 y 1991 (artículo 21-B de la Ley N° 16.643, introducido por la Ley N° 18.313). Como resulta obvio, tratándose de información verdadera el merecimiento de protección de una auténtica expectativa de privacidad no decrece, sino que se intensifica.

es propia de la legitimación del atentado al honor. La Constitución Política de la República exige satisfacer las condiciones que la ley prevea relativas a los casos y forma en que puede tener lugar la intromisión en el hogar y en las comunicaciones (artículo 19 N° 5 CPR). El Código Procesal Penal y el Código Penal establecen las principales reglas legales que autorizan la intromisión en espacios y comunicaciones privados. Desde luego, la legítima defensa (artículo 10 N° 4) también es una causa de justificación aplicable a los actos de intromisión. Pero la consideración de atipicidad o justificación por mera realización de un interés preponderante en la libertad de información está sistemáticamente excluida.

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 del flujo de la información que otros poseen, sin que esa posesión se haya originado por infracción de prohibición alguna. La codificación penal de los siglos XIX y XX resolvió el conflicto de intereses entre esta expectativa de control y la libertad de expresión a favor de la libertad de expresión de un modo radical: prescindiendo de prohibiciones genéricas de indiscreción. La idea de un derecho a la vida privada como fundamento jurídico de esa expectativa, en conflicto con la libertad de expresión, y eventualmente límite genérico al ejercicio de ésta, es propia del derecho privado o el derecho constitucional, pero no del derecho penal. En el derecho penal la indiscreción es por regla general jurídico-penalmente irrelevante¹⁹. Sólo excepcionalmente el derecho penal reconoce la expectativa de control, cuando ella se asocia a algún deber especial de confidencialidad por parte de quien obtiene la información cuyo secreto interesa al afectado, que para-

¹⁹ La principal excepción a este principio en el derecho penal comparado se encuentra en las propuestas de *lege ferenda* alemanas contenidas en el proyecto gubernativo de 1962 (§ 182) y en el proyecto alternativo de 1971 (§ 145), para sancionar como delito de “exposición pública” (*öffentliche Bloßstellung*) al que ante una multitud o mediante difusión de escritos ventilare el ámbito personalísimo de la vida de otro, especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud (al respecto, ARZT, Günther, *Der Schutz der Intimsphäre* (Tübingen, 1970), pp. 168 y ss.). En el contexto del derecho penal chileno, la excepción corresponde al delito de difamación, que fue establecido por el artículo 21 del Decreto Ley N° 425 (D.O. 26.03.1925), modificado por la Ley N° 15.476 (D.O. 23.01.1964), derogado por la Ley N° 16.643 (D.O. 4.09.1967), reintroducido por la Ley N° 18.313 (D.O. 17.05.1984), modificado por la Ley N° 19.048 (D.O. 13.02.1991) y finalmente derogado por la Ley N° 19.733 (D.O. 4.06.2001). La tendencia más reciente en el derecho comparado a establecer un delito de indiscreción se limita a la difusión de imágenes o sonidos personalísimos cuya grabación fue consentida en contextos de intensa confidencialidad (así, el delito de *revenge porn* o *hate porn* introducido en el § 647-(4) (A) del CP californiano por acuerdo del Senado N° 255, de 1.10.2013). EL APF no recoge esta tendencia; sí lo hace el APCP/PCP en su artículo 284 N° 2/279 N° 2.

digmáticamente es de carácter institucional: el deber del funcionario público, del profesional o del abogado²⁰.

Esta distinción sistemática entre delitos de intromisión y delitos de indiscreción resuena en la distinción que la Corte Suprema advierte en el artículo 161-A CP entre el ámbito espacial de la privacidad y el ámbito del secreto (c. 4° scf). Pero su eco aquí constituye más bien una disonancia: los actos de difusión o divulgación prohibidos por los incisos 2° y 3° del artículo 161-A CP *no son delitos de indiscreción*. Por cierto, consisten en actos de comunicación de información que se posee, o de reproducción de sonidos o imágenes de los que se posee una grabación. Es decir, comparten la estructura fáctica de los delitos de indiscreción. Pero —y esto es lo esencial para una distinción sistemática relevante entre delitos de intromisión y delitos de indiscreción— se trata de información o grabaciones de sonidos o imágenes obtenidas con infracción a alguna de las prohibiciones establecidas en el inciso 1° del artículo 161-A; o sea, se trata de un uso de los efectos del delito que conlleva una intensificación de la afectación de la intimidad que ya importó su obtención ilícita. El carácter derivativo de su ilicitud demuestra que pertenecen sistemáticamente a la clase de los delitos tipificados en el inciso 1° del artículo 161-A, que son paradigmáticamente delitos de intromisión²¹.

²⁰ En el derecho penal comparado hay disparidad de criterios para determinar esos deberes de confidencialidad. Así, por ejemplo, el CP español 1995 usa una fórmula amplia, satisfaciéndose con el hecho de que el autor tenga conocimiento de los secretos “por razón de su oficio o sus relaciones laborales” (artículo 199.1). Esta amplitud, particularmente respecto de los subordinados, no es novedosa en la codificación española, y expresa una cierta confusión con la protección del patrimonio. El artículo 423 CP español 1850 sancionaba la divulgación de los secretos del principal por su administrador, dependiente o criado. Su fuente histórica se encuentra en el artículo 778 CP español de 1822, una regla sobre administración desleal del patrimonio ajeno referida al descubrimiento de “los secretos del patrimonio, administración o cargo que tuviere confiado” en perjuicio de su principal. Por contraste, el CP alemán establece un catálogo de deberes profesionales de confidencialidad y otro de deberes públicos de confidencialidad, renunciando deliberadamente a una regla general (§ 203-1 para los deberes profesionales, § 203-2 para los deberes públicos). El APF y el APCP/PCP hacen punible la divulgación de información confidencial que infringe deberes de funcionarios públicos, profesionales o personas obligadas por ley a guardar el secreto, que en el caso del APCP/PCP debe consistir en información sensible contenida en una base de datos (artículos 140 y 141 APF, artículo 283/280 APCP/PCP).

²¹ Por regla general, la doctrina española considera indistintamente delitos de indiscreción tanto a la violación de los deberes de confidencialidad (revelación de secretos) como a las hipótesis calificadas de los delitos de intromisión por divulgación del secreto descubierto, es decir, maneja un concepto superficial del delito de indiscreción (por todos, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos* (Valencia, 2004), pp. 145, 187). En parte, este déficit se debe a que la codificación española se caracteriza por tratar conjuntamente al descubrimiento de secretos (intromisión en la correspondencia y papeles de otro, con pena agravada para el caso de aprovechamiento o divulgación del secreto descubierto) con la revelación de secretos (indiscreción con infracción a deberes de confidencialidad). Con mejor criterio, Fermín Morales Prats excluye de los delitos de indiscreción las hipótesis calificadas por la divulgación

De este modo, ya en la premisa enunciada por la Corte se advierte su error en lo que respecta a la consideración del interés público en el conocimiento de la conversación grabada: el problema planteado por el caso no era doble sino simple. No se trataba de resolver si la grabación subrepticia es típica conforme al artículo 161-A CP, y luego, para el caso de serla, si su difusión o divulgación constituye además un atentado de indiscreción cuya relevancia jurídico-penal conforme al mismo artículo 161-A dependa de criterios de ponderación que hagan su prohibición preponderante frente al ejercicio de la libertad de expresión por parte de los poseedores de la grabación. El problema era uno solo: si la grabación subrepticia es típica y antijurídica conforme al inciso 1º artículo 161-A; si lo es, entonces su difusión o divulgación también lo es conforme sus incisos 2º o 3º. De aquí que corresponda considerar a la respuesta negativa a la primera pregunta como la *ratio* de la decisión de la Corte.

IV. CRÍTICA A LA *RATIO* DE LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA: EL CARÁCTER TÍPICO DEL ATAQUE

La cuestión interpretativa que plantea el inciso 1º del artículo 161-A a este respecto es fácil de identificar: conforme al sentido literal de la disposición el interlocutor que graba o filma sin el conocimiento del otro interlocutor lo que éste dice o hace sin duda “graba conversaciones” o “filma hechos” y realiza esas acciones “sin autorización del afectado”. La tesis de la Corte Suprema implica una interpretación restrictiva del sentido literal posible del precepto; conforme a ella, la falta de consentimiento del afectado debe referirse no sólo al hecho de la grabación y/o filmación, sino también al hecho de la percepción del sonido grabado o la imagen filmada por su autor. Es decir, el autor de la grabación o filmación debe ser una persona que no ha sido admitida por el afectado como interlocutor o espectador.

La razón de la Corte —debe reconocerse— es poderosa: si el inciso 1º del artículo 161-A CP sanciona atentados de intromisión en sentido estricto, es claro que ningún interlocutor o espectador admitido como tal por el afectado puede —por necesidad conceptual— incurrir en un acto de intromisión. Poco habría que criticar a la Corte si ella se hubiera limitado a señalar que la atribución a un misma disposición tanto del carácter de norma punitiva de atentados de intromisión como de norma punitiva de la grabación subrepticia de sonidos o imágenes por el interlocutor o

de lo obtenido mediante un delito de intromisión, aunque considera indiscreción al uso no consentido de información ilegítimamente obtenida que hace un tercero ajeno al acto ilegítimo de obtención (“Comentario al Libro II: Título II: Capítulo I (artículo 197)”, en: QUINTERO, OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición (Pamplona, 2011), pp. 451-487, 474. El APF y el APCP/PCP distinguen sistemáticamente entre los delitos de intromisión y los delitos de indiscreción e incluyen a la intromisión en las comunicaciones y documentos entre los primeros.

espectador requiere una decisión legislativa explícita atendida su trascendencia y que en ausencia de esa decisión es preferible atribuir al precepto sólo su sentido seguro como prohibición de intromisión²². Incluso siendo adversario de esta interpretación restrictiva —como lo es quien suscribe este comentario—, no podría desconocerse lo prudente de tal decisión²³.

Pero la Corte va más allá. Ella sostiene que la interpretación extensiva²⁴ del precepto carece de fundamento. Eso no es correcto. Excluida la consideración prudencial, es decir, entrando de lleno a ponderar las razones a favor de la interpretación restrictiva y a favor de la interpretación extensiva, debe concluirse que estas últimas tienen más peso.

El núcleo del problema se encuentra en la pertinencia de las razones que hacen preponderante la libertad de expresión frente a la privacidad como expectativa de control: ¿son aplicables a la grabación de sonidos y a la filmación de imágenes las razones que valen para considerar jurídico-penalmente irrelevante la indiscreción pura y simple, esto es, la que no rebasa el margen testimonial? En los términos propuestos por Günther Arzt, es claro 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

²² Esta ambigüedad afecta también al APF, que si bien describe la acción punible como “capte o grave subrepticamente palabras de otro no emitidas públicamente” (artículo 135 N° 1), considera ese supuesto como una hipótesis de intromisión. Ese tratamiento sistemático mantiene el problema interpretativo porque el adverbio puede entenderse referido a la condición de interlocutor no consentido del autor; así interpretado, la captación o grabación sólo resulta típica cuando es realizada por un tercero que no es destinatario de la emisión de las palabras. En cambio, la ambigüedad queda por completo disipada en el APCP/PCP, que no sólo tipifica el delito de transmisión o grabación subrepticia del sonido o la imagen de modo independiente de los delitos de intromisión, sino que incluso lo trata sistemáticamente como una violación de confidencialidad (artículo 281/279).

²³ La objeción metodológica formulada por la sentencia condenatoria de primera instancia a la interpretación restrictiva, en el sentido de que el principio de legalidad impondría en materia penal una regla de preferencia por el sentido lingüístico frente a una interpretación restrictiva (c. 13°), es improcedente. El principio de legalidad prohíbe la interpretación extensiva que excede el alcance del sentido literal posible de la disposición; pero de ello no se deduce la prohibición (ni tampoco el imperativo) de una interpretación restrictiva.

²⁴ La atribución al inciso 1° del artículo 161-A CP del carácter de norma punitiva de atentados de intromisión y de la transmisión o grabación subrepticia del sonido o la imagen es una *interpretación extensiva en sentido analítico* (i.e., extensiva por comparación con la interpretación sostenida por la Corte Suprema), pero no es una *interpretación extensiva en sentido metodológico* (i.e., extensiva por comparación con el sentido lingüístico de la disposición). Por eso no es una interpretación prohibida por el principio de legalidad (*vid.* nota 23). La interpretación sostenida por la Corte Suprema es restrictiva en sentido analítico y metodológico. Esto último no la hace ilegítima; que implique o no considerarla como sujeta a la carga de la argumentación depende del peso que se asigne a los criterios lingüísticos de interpretación —con los que ella se encuentra en tensión— y al favorecimiento del interés del acusado como criterio funcional de interpretación —que ella realiza—.

no consentido de *fijación del conocimiento* que fue obtenido con consentimiento del afectado, para su aseguramiento²⁵. En principio, lo que haga el interlocutor para recordar y avalar ante terceros la información que conoció con autorización del afectado es tan jurídico-penalmente irrelevante como la indiscreción. La pregunta consiste, por lo tanto, 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. La Corte Suprema federal norteamericana siempre ha afirmado lo segundo, aunque en votación dividida, en su jurisprudencia relativa a la cuarta enmienda de la Constitución federal²⁶. Como dijo el Juez White en una opinión concurrente a uno de esos precedentes: “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 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”²⁷. Este es el argumento recogido también por el Tribunal Constitucional español en su sentencia inaugural sobre la exclusión de prueba ilícita²⁸, que la Corte Suprema cita en apoyo de su tesis²⁹.

No es pertinente como objeción al planteamiento del Tribunal Constitucional español aducir el hecho de que la exhibición de sonidos grabados subrepticamente pueda ser lesiva del derecho a la propia imagen, como parte del derecho a la vida privada, si es que su obtención o reproducción posterior resulta innecesaria o excesiva bajo el principio de proporcionalidad³⁰. Porque lo que está en juego aquí

²⁵ *Op. cit.* nota 19, pp. 70-71. El argumento es extensible a la transmisión simultánea de la conversación, cuyo carácter de apoyo o aseguramiento del testimonio del interlocutor indiscreto no se desempeña subordinadamente sino por sustitución.

²⁶ LA FAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J., *Criminal Procedure*, pp. 270-272.

²⁷ *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347 (1967), 363.

²⁸ STC 114/1984, de 29.11 (recurso de amparo 167/1984), especialmente c. 7º; el Tribunal Constitucional español reiteró su posición en la STC 56/2003, de 24.03 (recurso de amparo 3087/2000), c. 3º.

²⁹ C. 4º sr, citando a Sergio Politoff y Jean Pierre Matus (*vid.* nota 38).

³⁰ Así las STC 12/2012, de 30.01, y 24/2012, de 27.02, citadas por Hernán Corral Talciani en su columna crítica a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Chilevisión II*, en lo demás ampliamente coincidente con la postura de este comentario: (CORRAL T., Hernán, Cámaras ocultas y libertad de información en el caso de la Dra. Cordero vs. Chilevisión, en *El Mercurio Legal*, 8.10.2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/10/08/>

no es si la grabación o filmación subrepticia puede tener, atendidas las circunstancias, el carácter de afectación injustificada del derecho constitucional a la vida privada. Eso nadie lo discute. Lo que aquí se encuentra en cuestión es si tiene o no fundamento su subsunción bajo una norma punitiva cuyo sentido indiscutido consiste en prohibir actos de intromisión.

La opción más radical para afirmar ese fundamento consiste en oponerse a la tesis del juez White y sostener que su inferencia es incorrecta, esto es, que someter la grabación subrepticia al mismo estatus de la memoria del interlocutor no es una extensión lógica ni razonable del principio de 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 indiscreción³¹. Conforme a esta posición, cabría entender que la

[Camaras-ocultas-y-libertad-de-informacion-en-el-caso-de-la-Dra-Cordero-vs-Chilevision.aspx](#) (última consulta: 12 de marzo de 2014).

³¹ El lugar clásico de esta objeción se encuentra en voto de disidencia del juez Brennan en *United States v. López* 373 U.S. 427 (1963), 449-50, 452: “*On Lee* asumió el riesgo de que su confidente divulgaría su conversación; López asumió el mismo riesgo frente a Davis. El riesgo es inherente a todas las comunicaciones que no son privilegiadas a los ojos de la ley. No es un riesgo que sea indebido pedir que las personas asuman, ya que no hace más que compelerlas a usar discreción en la elección de sus interlocutores, de hacer confidencias perjudiciales sólo a personas cuyo carácter y motivos sean confiables. Pero el riesgo que *On Lee* y la decisión de hoy imponen es de una clase diferente. Es el riesgo de que terceros (...) puedan dar una evidencia independiente respecto de cualquier conversación. Hay una sola manera de precaverse frente a tal riesgo, y esa es mantener la boca cerrada en toda ocasión. (...) Si una persona ha de estar en guardia frente a la posibilidad de haber autorizado a que su interlocutor haga una grabación secreta de su conversación, él no será menos reactivo a hablar libremente que si corriera el riesgo de que un tercero estuviera haciendo la grabación. (...) Pienso que existe un grave peligro de congelar toda comunicación privada, libre e irrestricta si grabaciones secretas, entregadas a agentes de policía por partícipes en una conversación, son evidencia válida para cualquier afirmación auto-incriminadora que el hablante pueda haber hecho. En una sociedad libre las personas no deberían tener que vigilar cada palabra suya tan cuidadosamente”. Hay un eco de esta idea en el argumento (ii) del considerando 13° de la sentencia condenatoria de primera instancia en el caso *Chilevisión II* (*supra*, sección 2): “el mentado consentimiento tácito del sujeto pasivo del delito, no puede llevar a presuponer o colegir de la mera circunstancia de conceder una hora de atención, con ello permita suponer que éste asuma o se represente y consienta, por esa sola circunstancia, la aquiescencia para abrir la esfera de intimidad hasta asumir un riesgo mayor que el común, dado por la introducción de elementos subrepticios de registro que pueden ser luego reproducidos, lo que parece a todas luces desproporcionado, por lo que se desestimaré tal predicamento, sobre todo, por tratarse de garantías constitucionales, cuya limitación o afectación requerirá siempre el consentimiento expreso y sin lugar a dudas de quien renuncia al goce y ejercicio de las mismas” (*op. cit.* nota 7, c. 13°, tercer párrafo). Eso sí, el tramamiento de la cuestión como consentimiento tácito es incorrecto: no se trata de una inferencia legal que el titular del bien jurídico pueda revertir, sino de una regla de riesgo

grabación subrepticia es una “violación” de las personas o comunicaciones en el sentido de la cuarta enmienda de la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica o del artículo 19 N° 5 CPR, es decir, una acción que desde el punto de vista del orden constitucional comparte el estatus normativo de los actos de intromisión y no el de los actos de indiscreción. Ese estatus constitucional brinda el fundamento sistemático de su subsunción bajo el inciso 1° del artículo 161-A CP.

Una opción menos radical consiste en advertir la diferencia de contextos entre la Constitución y el Código Penal. En aquélla, la prohibición de intromisión (artículo 19 N° 5) es específica frente a la prohibición genérica de atacar 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 atacar 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”. Esta diferencia de contextos basta para demostrar que incluso si se acepta la tesis del juez White como interpretación correcta de la prohibición constitucional de la intromisión, su transferencia al artículo 161-A CP resulta infundada: es perfectamente concebible que la protección penal de la intimidad extienda el alcance de la prohibición *prima facie* de obtención de información o grabación de sonidos o imágenes, más allá de lo que constituye un acto intrusivo bajo la Constitución³².

Por otra parte, si bien es cierto que la extensión de la norma punitiva a la grabación subrepticia efectuada por el interlocutor no fue prevista por los autores de la Ley N° 19.423, no cabe duda que una decisión interpretativa en ese sentido es mucho más consistente con esa modificación legal desde un punto de vista

permitido que le impone una carga que él debe asumir. Sin duda, el argumento del juez Brennan descansa en el impacto epistémico que genera la percepción de la reproducción virtual de una palabra o acción por comparación con el conocimiento del contenido proposicional de un acto de habla que mienta esa palabra o acción. Esta es una diferencia culturalmente condicionada: si la tecnología de la producción de imágenes y sonidos se encontrara de tal modo masificada que la mendacidad de las reproducciones virtuales fuera tan probable como la mendacidad de los actos de habla, desaparecería el impacto epistémico de la reproducción virtual de la imagen o el sonido.

³² Esta opción pone al derecho chileno en una situación equivalente a la del 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: “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 una multa no superior a 2.500 dólares, o prisión en la cárcel del condado no superior a un año, o en la prisión estatal, o con ambas penas”.

teleológico. Es manifiesto que la Ley N° 19.423 tuvo como objetivo brindar mejor protección a la vida privada mediante prohibiciones más amplias que las heredadas de la codificación del siglo XIX. Esa mayor amplitud de las prohibiciones se concretó en la descripción de los *objetos de ataque* (conversaciones y comunicaciones, documentos, hechos) y en la descripción de los *modos de ataque* (captar, grabar, filmar, reproducir). Es enteramente consistente con esa finalidad entender que la mayor amplitud también se concreta en las *clases de ataque*: no sólo está prohibida la captación no consentida, con o sin grabación simultánea, sino también la grabación no consentida simultánea a la captación consentida. La lógica de esa extensión es la misma lógica de la Ley N° 19.423: mayor protección de la vida privada con cargo a la mayor extensión de la prohibición.

Por último, la solución que se dé a esta cuestión interpretativa debe ser consistente con la solución que se dé al problema del consentimiento en la intromisión en las comunicaciones: ¿basta que uno de los interlocutores consienta en la intromisión de un tercero ajeno a la comunicación para excluir la punibilidad de su comportamiento o es necesario que todos los interlocutores consientan en ello, haciéndolo por lo tanto un nuevo interlocutor? La tesis de la Corte Suprema respecto de la grabación subrepticia exige asumir como correcta la primera respuesta a la interrogante planteada. Ello es así porque hay un continuo entre el consentimiento de uno de los interlocutores a la intromisión de un tercero y la transmisión o grabación subrepticia por él efectuada. Considérese las siguientes variaciones de este caso: A mantiene con B una conversación que interesa a C; C escucha la conversación...

(i) ...simultáneamente, mediante un dispositivo de escucha a distancia, con conocimiento de A pero no de B;

(ii) ...simultáneamente, mediante un micrófono que instaló en el lugar donde A y B conversan, con conocimiento de A pero no de B;

(iii) ...simultáneamente, mediante un dispositivo de transmisión de sonidos que porta A escondido bajo su ropa;

(iv) ...posteriormente, reproduciendo una grabación de sonidos que hizo un dispositivo que él instaló en el lugar donde A y B conversaron, con conocimiento de A pero no de B;

(v) ...posteriormente, reproduciendo una grabación de sonidos que A hizo mediante un dispositivo que portó escondido bajo su ropa.

¿Qué diferencia sustancial existe entre (i), (ii), (iii), (iv) y (v) desde el punto de vista del ataque a la intimidad de B? ¿Constituye una diferencia sustancial la posición del dispositivo en el lugar donde se encuentra el tercero –caso (i)– o donde se encuentra la víctima –casos (ii), (iii), (iv) y (v)–? ¿O el hecho de que el control del dispositivo lo tenga el tercero –casos (i), (ii) y (iv)– o el interlocutor de la víctima –casos (iii) y (v)–? ¿O por último el hecho de que la audición por C tecnológicamente mediada sea simultánea a la conversación –casos (i), (ii) y

(iii)– o posterior –casos (iv) y (v)–? Si se reconoce que ninguna de esas diferencias es sustancial, se debe concluir que por sí solas ni siquiera son concluyentes para atribuir carácter principal o accesorio a la intervención de A y de C en el ataque a la intimidad de B. Por tal razón, quien considere que la grabación subrepticia efectuada por un interlocutor es un acto típico bajo el artículo 161-A CP debe asumir que A puede ser autor, coautor o cómplice de la intromisión efectuada por C de propia mano o de la transmisión o grabación subrepticia que A efectuó de propia mano. Como lo sostuvo Rodríguez Marín en España, bajo esta premisa el interlocutor que consiente en la intromisión de un tercero se hace partícipe en ella³³. A la inversa, quien sostenga la tesis del juez White sobre la transmisión y grabación subrepticia efectuada por el interlocutor debe asumir un concepto estricto de intromisión, de modo que el consentimiento de cualquiera de los interlocutores en una conversación excluye necesariamente el carácter intrusivo de la escucha realizada por un tercero aun sin el consentimiento de los demás interlocutores. Aplicando la “extensión lógica y razonable” del principio de asunción del riesgo de indiscreción, quien comparte información con otro tiene que asumir que éste consienta que un tercero acceda a ella³⁴. Notablemente, autores españoles y chilenos que sostienen la tesis del juez White se niegan a asumir esta consecuencia. Así, Romeo Casabona considera que al interlocutor no le está prohibido revelar el contenido de una conversación o grabarla porque es “cotitular de la información reservada y está autorizado a hacer uso de ella”, pero que su consentimiento a la captación de la conversación por un tercero no excluye la tipicidad de esa acción porque “está involucrando a un tercero sin que tal circunstancia sea conocida por los demás, y pueda ser consentida implícitamente”³⁵. La inconsistencia del

³³ RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando. Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales* 43 (1990), pp. 197-240, 221. La tesis de Rodríguez Marín se refiere al artículo 497 bis CP español de 1973, introducido por la LO 7/1984, de 15.10: “El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas, utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 800.000 pesetas”.

³⁴ No es casual que en el Título III de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968 se dispusiera que no es ilícito bajo el capítulo relativo a la interceptación de comunicaciones el que una persona actuando en interés de la función pública intercepte una comunicación por cable, electrónica u oral cuando esa persona sea partícipe en la comunicación o cuando uno de los partícipes en la comunicación haya consentido previamente en tal interceptación (la norma sigue vigente: 18 U.S.C.A. § 2511-[1]-[c]). Por contraste, la regulación californiana que sanciona la grabación subrepticia exige el consentimiento de todos los partícipes en la comunicación para excluir la punibilidad de su grabación (nota 32). Al respecto, LAFAVE *et al.*, ob. cit., nota 26.

³⁵ ROMEO CASABONA, ob. cit. nota 21, p. 98, citando en su favor las sentencias del Tribunal Constitucional.

argumento salta a la vista: lo que es relevante en el primer supuesto —el hecho de que el que consiente la captación por el tercero sea cotitular de la información— deviene en irrelevante en el segundo; y lo que es relevante en éste —el hecho de que los interlocutores afectados no conozcan la circunstancia de la afectación— no lo es el primer supuesto. La razón de la inconsistencia es también manifiesta: la atipicidad de la indiscreción no se basa en un consentimiento tácito o presunto del afectado —éste podría manifestar expresa y formalmente su voluntad seria e inequívoca contraria a la indiscreción y ella seguiría siendo atípica—, sino en una definición de la legislación penal que prioriza la libertad de expresión haciendo que el riesgo de la indiscreción sea de cargo de quien comunica información. Así también, María Cecilia Ramírez concede la tesis de Rodríguez Marín respecto del interlocutor que consiente en la intromisión del tercero sin conocimiento del otro interlocutor, pero al mismo tiempo adhiere a la tesis del Tribunal Constitucional español cuando se trata de la grabación subrepticia efectuada por el interlocutor, concordando con la apreciación de que “no conculca el derecho a la intimidad”³⁶. O sea, que si C paga a A para que instale un micrófono en el lugar donde ocurre la conversación realiza una acción punible como inductor de un delito intromisión, pero si le paga para que porte el micrófono escondido en sus ropas simplemente lo persuade a realizar una acción atípica. ¿Y qué decir del caso que A grabe la conversación valiéndose de un tercero D, quien a escondidas de B maneja el dispositivo técnico que capta y graba?³⁷ ¿Es ése un caso impune de grabación subrepticia cometida por A o un caso punible de intromisión cometida por D? La inconsistencia de María Cecilia Ramírez es asumida íntegramente por Sergio Politoff y Jean Pierre Matus³⁸. Esta es la doctrina en la que se apoya la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Chilevisión II* (c. 4º sr).

V. CRÍTICA AL *DICTUM* DE LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA: EL CARÁCTER PRIVADO DE LA CONVERSACIÓN

El *dictum* de la Corte Suprema relativo a la ausencia de carácter privado de la conversación mantenida por los periodistas se explica contextualmente como una

³⁶ RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia El delito de escuchas telefónicas ilegales en el ordenamiento jurídico chileno, en: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, 2000), pp. 267-329, 309.

³⁷ Este es precisamente el caso sobre el cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, afirmando la punibilidad de la grabación subrepticia efectuada por el interlocutor (STS 1219/2004, *infra* sección 6).

³⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno - Parte Especial*, 2ª edición (Santiago, 2005), p. 239.

refutación del *dictum* de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el sentido de que el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 19 N° 4 CPR constituye un límite a la libertad de expresión (c. 3°: *supra*, sección 2). El argumento de la Corte de Santiago es doblemente erróneo. Por una parte, el derecho genérico a la vida privada no tiene preponderancia abstracta sobre el derecho a la libertad de expresión; en eso radica, precisamente, su diferencia con el derecho específico a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, que sí la tiene (*supra*, sección 3). Por otra parte, el fundamento normativo de la prohibición de la difusión de la grabación efectuada por los periodistas en el caso *Chilevisión II* no se encuentra en el artículo 19 N° 4 CPR, sino en el inciso 2° o 3° del artículo 161-A CP, es decir, en que la grabación fue obtenida mediante un acto punible conforme al inciso 1° del artículo 161-A CP. La genuina discrepancia entre los dos tribunales se refiere, por lo tanto, a la subsumibilidad de la grabación subrepticia efectuada por un interlocutor bajo una norma que paradigmáticamente prohíbe acciones de intromisión.

Lo anterior significa que la cuestión del carácter privado de la comunicación es primariamente un problema interpretativo de las disposiciones que prohíben delitos de intromisión en el inciso 1° del artículo 161-A. Luego, toda interpretación que se proponga en relación con esos términos legales tiene que acreditarse como una teoría acerca de un elemento del tipo —una propiedad del objeto de ataque— de un grupo de delitos de intromisión.

La principal dificultad de la protección jurídica de la intimidad frente a atentados de intromisión consiste en precisar bajo qué condiciones una persona tiene una legítima expectativa de exclusión como concreción de su derecho a la privacidad. La Ley N° 19.423 se abrió al reconocimiento de tres clases de objetos respecto de los cuales la expectativa de privacidad merece protección: (a) conversaciones o comunicaciones, (b) documentos o instrumentos, (c) hechos. Esta amplitud en la identificación del posible objeto de ataque fue sin embargo drásticamente compensada con exigencias relativas a las circunstancias del ataque, adicionales a la ausencia de consentimiento del afectado: (i) que la acción típica sea cometida en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, (ii) que el objeto de ataque sea de carácter privado, (iii) que los hechos que son objeto de ataque acaezcan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

El requisito (i) carece de sentido como condición distinta del requisito (iii) y debe ser interpretado sistemáticamente como generalización de este último para los ataques a los objetos (a) y (b), esto es, como una exigencia que no se encuentra referida a la ejecución de la acción típica, sino a su incidencia en el objeto de ataque. Así, quien se ubica en un sitio de uso público para escuchar mediante dispositivos técnicos lo que se conversa en un recinto particular capta esa conversación en el recinto particular donde ella tiene lugar y no en el sitio de uso público donde él se

ubica. La corrección de esta interpretación se encuentra ratificada por el examen de la historia fidedigna del establecimiento del precepto³⁹.

Resuelta la cuestión anterior queda en pie el hecho indesmentible de que la Ley N° 19.423 utilizó dos criterios de concreción de la expectativa de privacidad para reconocer su merecimiento de protección: uno relativo al lugar donde acaece o se encuentra el objeto respecto del cual se tiene esa expectativa y otro relativo al carácter de ese objeto. Desde el punto de vista de la política legislativa esta duplicidad demuestra inconsistencia en la representación del legislador acerca del reconocimiento de la legítima expectativa de privacidad. Pues el criterio de reconocimiento de una expectativa de exclusión es brindado, o bien por una delimitación espacial —como sucede en el delito allanamiento de morada—, o bien por la consideración de las condiciones pragmáticas en que tiene lugar o se encuentra el objeto de ataque —como sucede en el delito de violación de correspondencia y en el delito de intromisión en las comunicaciones telefónicas previsto por la legislación especial—. Pero no tiene sentido exigir la concurrencia de ambos criterios de reconocimiento: no se necesita hablar por teléfono dentro de un espacio delimitado para que la privacidad de esa conversación merezca protección. Es manifiesto que la Ley N° 19.423 decidió restringir la protección penal de la intimidad dispensada por el artículo 161-A CP a objetos situados dentro de un espacio delimitado. Esa es una decisión criticable desde el punto de vista de la política legislativa, pero indesmentible como premisa de la interpretación de ese precepto. Lo que resulta oscuro es cuál pueda ser el sentido de exigir además la constatación de un “carácter privado” de esos objetos.

Tratándose de las conversaciones y comunicaciones la interpretación congruente con el reconocimiento de una expectativa de exclusión consiste en atribuirle el

³⁹ La moción que dio origen a la tramitación del respectivo proyecto de ley (Boletín N° 818-07) tipificaba el delito del siguiente modo: “Artículo 161-A.- Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 UTM: (...) 1° Al que, indebidamente y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe, fotografía o reproduzca (...) cualquier hecho de carácter personal que se produzca, exista, ocurra o se realice en casas, oficinas, recintos y vehículos particulares o en lugares que no sean de libre acceso al público. / 2° Al que, sin autorización del afectado y a través de teleobjetivos o por cualquier medio, fotografíe o capte imágenes de personas dentro de sus hogares, oficinas o recintos particulares o que no sean de libre acceso al público. / Se presume que existe autorización, desde el momento mismo en que al hechor se le permite acceso al recinto con el fin de realizar los actos indicados en el inciso precedente”. Como salta a la vista, la moción reproducía en los dos números del artículo 161-A que proponía introducir en el Código Penal una mención al lugar donde se encontraban los objetos de ataque de la intromisión. El proyecto aprobado por el Senado fusionó los dos números en un solo inciso 1°, manteniendo la referencia al lugar del objeto de ataque sólo a propósito de la intromisión en espacios privados. La Cámara de Diputados introdujo la referencia que actualmente aparece al inicio del inciso 1° del artículo 161-A CP, persiguiendo con ello cumplir la misma función que la referencia mantenida por el Senado, ahora respecto de la intromisión en las comunicaciones y en los documentos.

sentido de una referencia a las condiciones pragmáticas en que se encuentran esos objetos dentro del recinto particular o el lugar que no es de acceso al público. Así, una conversación dirigida al conocimiento público deja de ser objeto idóneo de ataque, aunque tenga lugar dentro de un recinto particular y aunque el tercero que la capta o graba no haya sido personalmente admitido dentro de ese recinto ni como interlocutor. Esa no es una comunicación “privada”. A la inversa, una conversación que es mantenida sigilosamente por dos personas, con exclusión manifiesta de cualquier otro interlocutor, sigue siendo objeto idóneo de ataque respecto de un intruso que sin embargo ha sido admitido dentro del recinto particular. Esa es, también para él, una conversación “privada”. La Corte Suprema tiene razón cuando observa que no basta con constatar la expectativa de privacidad de una persona para reconocerla como legítima: la pura subjetividad del interesado no puede imponerse sobre los intereses de los demás⁴⁰. De esa observación se deduce la necesidad de contar con un estándar de congruencia pragmática en el desempeño de la expectativa de privacidad: nadie puede pretender exclusión respecto de espacios, comunicaciones o soportes de información que conforme a sus propias condiciones de uso o realización están expuestos al acceso o participación de cualquiera⁴¹.

Lo que en ningún caso se deduce de la observación de la Corte, como ella pretende, es que la existencia de un interés público en el conocimiento del contenido de una conversación o del hecho de su acaecimiento excluya su carácter privado⁴².

⁴⁰ La objeción de la Corte consiste en observar que la consideración de la mera subjetividad del interesado traería consigo una inseguridad intolerable (c. 4º sc, *supra*, sección 2). Eso es secundario y contingente: podría obviarse si se exigiera manifestación previa y expresa del interesado. Lo principal y necesario es la congruencia pragmática: por más que la voluntad de exclusión sea declarada de modo previo, expreso y formal, ella no merece reconocimiento como expectativa de privacidad si se la pretende hacer valer en contradicción con las condiciones usuales de inclusión de los demás en contextos sociales de interacción o comunicación.

⁴¹ Esta idea es la que gobierna la consideración de habitación donde tuvo lugar la conversación del caso *Chilevisión II* como un lugar no accesible al público a pesar de encontrarse ubicada en un establecimiento hospitalario de propiedad fiscal y uso público (*supra*, sección 2). La expectativa de exclusión de la profesional y sus pacientes se expresa de modo pragmáticamente consistente, cerrando la habitación y ejerciendo un derecho a controlar el ingreso de otras personas a ella.

⁴² María Cecilia Ramírez coincide con este punto de vista, sosteniendo que “el término privado no se refiere a la soberanía de la persona para escoger al receptor de la comunicación, sentido que es empleado por la Constitución, sino que atiende a la naturaleza del diálogo o comunicado” (RAMÍREZ, ob. cit., nota 36, p. 306). No es claro, sin embargo, por qué no habría de coincidir el sentido del término “privado” en el contexto del artículo 161-A CP con su sentido en el contexto del artículo 19 N° 5 CPR. Por una parte, la autora señala que su interpretación se vería reforzada por el hecho de que el legislador circunscribiera la protección a espacios delimitados (*ibid*). Pero eso es más bien incongruente con su interpretación: la delimitación espacial es un criterio de concreción de la expectativa de exclusión, o sea, de la soberanía de la persona para escoger interlocutores, en su terminología. La razón de su postura pareciera encontrarse más bien en la idea de que una “comunicación privada” es aquella respecto de la cual “el conocimiento [de su]

La oposición entre interés privado e interés público es característica del juicio de ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión; en ese contexto, la constatación de un interés público corresponde a la identificación de un fin legítimo y preponderante bajo el principio de proporcionalidad. Ese es un criterio extensible a la privacidad en tanto expectativa de control, ya sea que se la haga valer como derecho subjetivo público (acciones de protección de derechos constitucionales) o como derecho subjetivo privado (acciones de reparación o indemnización de perjuicios). Pero no es un criterio extensible a la privacidad en tanto expectativa de exclusión. Precisamente lo que distingue a las prohibiciones de intromisión respecto de cualquier prohibición genérica de indiscreción es su peso específico como reglas: el artículo 19 N° 5 CPR exige una justificación procedimental con reserva de ley para los actos de intromisión.

La justificación de un acto de intromisión por consideración al interés público en el contenido de una conversación es escasamente operativa *ex ante*, ya que previamente a la intromisión no se conoce el contenido de la conversación. Por eso, la justificación procedimental de la intromisión requiere apreciación previa de su fundamento por un tercero y filtración posterior de la información obtenida que es irrelevante, impone un deber de confidencialidad a quienes participan en el procedimiento intrusivo y se encuentra sometida a límites de duración o intensidad, para no incurrir en exceso. Al margen de un procedimiento semejante la invocación del interés público como criterio excluyente del merecimiento de protección de una conversación frente a intromisiones o bien resulta por completo inidónea —no puede asegurarse su procedencia *ex ante*— o bien, operando retrospectivamente, genera una completa desprotección de la intimidad —nadie controla, filtra ni debe confidencialidad y no hay criterios limitadores que impidan el exceso⁴³. Por esta

contenido [...] está bajo control de quien emite la comunicación o conversación, por cuanto atañen a aspectos reservados de vida o la de sus más próximos" (*ibid*). En otras palabras, se trataría de una restricción basada en una expectativa de control, con lo que la protección de la expectativa de exclusión perdería peso específico como fundamento de la norma punitiva. La consecuencia más peculiar de esta interpretación es que el afectado por la intromisión puede ser alguien ajeno a la comunicación: si C clandestinamente capta una conversación entre A y B relativa a aspectos reservados de la vida de D, el afectado no es A ni B, sino D (la autora así lo sostiene expresamente: ob. cit. p. 309). Luego, si D realizara la captación o consintiera en ella no habría acción típica. Lo más curioso de toda esta construcción es que no explica por qué para la ley es punible como atentado contra la expectativa de control de D la captación cometida por C y no la indiscreción cometida por A y/o B. Naturalmente, la explicación se encuentra en que la captación es punible porque es un acto de intromisión que atenta contra la expectativa de exclusión de A y B. La expectativa de control de D es totalmente irrelevante bajo el artículo 161-A CP. Por eso, la privacidad de la comunicación debe ser entendida como una propiedad correlativa a la congruencia pragmática con que se hace valer la expectativa de exclusión relativa a esa comunicación.

⁴³ Este es el principal argumento de la crítica de CORRAL, ob. cit., nota 30, a la sentencia de la Corte Suprema.

razón, las consideraciones que son pertinentes y correctas para apreciar la legitimidad de la divulgación de la información legítimamente obtenida no pueden ser transferidas a la justificación de su obtención mediante actos de intromisión⁴⁴.

Por cierto, queda en pie la distinción entre quien interviene en la intromisión y quien difunde la información así obtenida, sin haber intervenido en la intromisión. Conforme a esta distinción, la punibilidad de la intromisión, operativamente injustificable *ex ante* por apelación al interés público, podría ser compensada y revertida a propósito de la difusión, que sí resultaría operativamente justificable *ex ante* por apelación al interés público. Pero es evidente que semejante distinción no haría sino erosionar la vigencia de las prohibiciones de intromisión, particularmente si se hace en función del ejercicio del periodismo: la difusión por un periodista de una grabación obtenida por otro mediante intromisión sería atípica y él no podría ser compelido a declarar en contra de quien cometió el acto de intromisión.

En rigor, la transferencia del juicio de ponderación entre el honor o la expectativa genérica de privacidad y la libertad de expresión a la justificación del atentado de intromisión constituye una falacia grotesca. Lo que ese juicio de ponderación demuestra es que de la legitimidad de la obtención de la información no se deduce sin más la legitimidad de su difusión. Pues bien, su transferencia a la justificación de la intromisión implica la postulación de una afirmación inversa e incongruente con ella: que la legitimidad de la difusión implica la legitimidad de la intromisión. Con ello se subvierte falazmente el auténtico principio que rige las relaciones entre obtención y difusión: la ilegitimidad de la obtención (intromisión) implica la ilegitimidad de la difusión.

El desconocimiento de estos principios bajo la pretensión de legitimar cualquier modo de obtener la información a partir de los criterios que legitimarían su difusión, si se la poseyera legítimamente, es un error que ha caracterizado el discurso y la agenda de los medios de comunicación chilenos⁴⁵. Ese error es visible incluso en la

⁴⁴ Este principio elemental fue olvidado también por la Corte de Apelaciones de Temuco, en su sentencia revocatoria de la denegatoria de sobreseimiento definitivo en el caso *contra Jorge Lavandero* (sentencia de 7.04.2006, Roles N°s. 306-2006 y 307-2006 en vista conjunta). En el c. 2° de esa resolución la Corte señala que “las grabaciones periodísticas a que hace referencia no podrían considerarse un hecho privado en los términos de la disposición legal invocada, ya que los mismos se refieren a la comisión de un delito en los cuales existe un interés público prevalente de la comunidad, debiendo considerarse los mismos como hecho público”. No se discute que exista un interés público en conocer un hecho que consiste en la comisión de un delito; por eso, la difusión de la información legítimamente obtenida acerca del acaecimiento de ese hecho se encuentra en principio amparada por la libertad de expresión, cuyo ejercicio es preponderante respecto del derecho al honor o a la vida privada de quien pueda tener una expectativa de control relativa a esa información. De eso no se deduce, sin embargo, un derecho de intromisión en el espacio privado de otro para obtener dicha información.

⁴⁵ Los medios de comunicación chilenos, que combatieron finalmente con éxito las restricciones a la libertad de expresión derivadas de la prohibición de la difamación (nota 19), confunden en

regulación ética que se han dado a sí mismos. El artículo 29 del Código del Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile, aprobado en 1994 y modificado en 1999, dispone lo siguiente:

“El periodista debe mantener un incuestionable respeto a la dignidad y vida privada de las personas, evitando invadir su intimidad con las facilidades que le ofrecen las nuevas

su discurso esas restricciones con las prohibiciones de divulgación derivadas de las prohibiciones de intromisión. Frente a la Ley N° 19.423, a la que calificó de “ley mordaza” —el apodo de la prohibición de la difamación—, la Federación de Medios de Comunicación Social de Chile, A.G., organizó un lobby para exonerarse de sus prohibiciones. Ese lobby logró que un grupo de diputados presentara en 1995 un proyecto de ley para introducir esa exención en el Código Penal (Boletín 1.763-07) y que el Presidente Ricardo Lagos y su Ministro José Joaquín Brunner presentaran en 1996 a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado una indicación al proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.733 (Boletín 1.035-07), también eximiéndolos. La exención adoptó la forma de una aparente causa de justificación conforme al texto del proyecto aprobado por la antedicha comisión en su segundo informe (1.10.1997): “Artículo 31.- No se aplicará el artículo 161-A del Código Penal al que actúe en el ejercicio legítimo de las funciones amparadas por la presente ley”. La apología de esta regla ante la comisión, entendida como una priorización de las reglas de la ética profesional sobre las prohibiciones legales, estuvo a cargo de Alejandro Guillier, quien posteriormente intervendría en la comisión de los hechos del caso *Chilevisión I* en su calidad director del departamento de prensa de la estación televisiva. La formulación de la regla provino de una sugerencia del abogado de la Federación, Luis Ortiz Quiroga, quien sostuvo que el ejercicio legítimo de un derecho era una causa de justificación equivalente a la legítima defensa que en este caso autorizaría al periodista para informar e invocó jurisprudencia alemana que exoneraría a periodistas según si concurre o no el ejercicio legítimo del derecho (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.733 - Sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del Periodismo*, 4.01.2001, p. 665). Es claro, sin embargo, que la mención genérica al legítimo ejercicio de un derecho no es una causa de justificación, sino una regla que se refiere a causas de justificación, y que la jurisprudencia alemana que otorga prioridad a la libertad de expresión es aquella relativa al § 193 CP alemán, que establece la salvaguarda de intereses preponderantes como causa de justificación para atentados contra el honor, o sea, el equivalente —mejor concebido— del artículo 30 de la Ley N° 19.733 (*vid.* nota 17). Con buen criterio, atendiendo especialmente a la ambigüedad de la regla, el Senado no aprobó la norma en votación en sala (Legislatura 337, Sesión 09, de 21 de abril de 1998, en: *op. cit.*, pp. 905-918). Con ocasión del caso *Chilevisión I*, el Tribunal Regional de Ética del Consejo Metropolitano del Colegio de Periodistas de Chile absolvió a Alejandro Guillier declarando que no existen normas generales que resuelvan en un sentido determinado el conflicto entre libertad de expresión y privacidad (c. 4-a) y haciendo depender la corrección del uso de una grabación subrepticia de la necesidad de su empleo para la obtención de la noticia de la relevancia del interés público perseguido (c. 4-e y -f) (sentencia de 11 de diciembre de 2003, decidida por 4 votos contra 1, con notable voto disidente de Margarita Pastene Valladares). Con ocasión del caso *Chilevisión II*, Abraham Santibáñez, Presidente del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación, entidad dependiente de la Federación de Medios de Comunicación, en carta al diario *El Mercurio*, alabó la sentencia de la Corte Suprema por haber acogido una doctrina de la legitimación de la divulgación de la información relativa a la vida privada en razón de la preponderancia del interés público (“Cámaras ocultas”, en: *El Mercurio*, edición del 24 de agosto de 2013, Cuerpo A, p. 2, disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/08/24/14656/Camaras-ocultas.aspx>; última consulta: 18 de marzo de 2014). Esta es la doctrina que afirma el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación en sus resoluciones N°s. 55, de 25.06.1997 y 173, de 4.07.2012.

tecnologías. En esto se guiará por las definiciones y estipulaciones consignadas en la legislación chilena. La excepción a esta norma se dará sólo cuando la divulgación de actos privados sea necesaria por razones de fiscalización pública de probidad funcionaria o cuando al amparo de la intimidad se está violando el derecho a la integridad física, psicológica y otro derecho individual. En especial respetará la intimidad de las personas en situación de aflicción o dolor, evitando las especulaciones y la intromisión gratuita en sus sentimientos y circunstancias”⁴⁶.

La ambigüedad del precepto es insuperable. ¿A qué norma se refiere la excepción que él consagra: al deber ético de respeto a la vida privada o al deber de sujetarse a la legislación? En cualquiera de las respuestas, ¿qué acto queda excepcionalmente permitido: la divulgación de información relativa a la vida privada o su obtención mediante intromisión? Al artículo 29 del Código de Ética Periodística le es completamente ajena la distinción entre actos de intromisión y actos de indiscreción. No distinguir entre unos y otros para efectos de reconocer los límites éticos al ejercicio de su profesión es su gran error. Con su *dictum* en el caso *Chilevisión II* la Corte Suprema viene a respaldar ese error. Pero no por eso deja ser un error; uno que debe ser denunciado y corregido.

VI. EXCURSO: LA IMPERTINENCIA DE LA MANIOBRA ELUSIVA DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En una sentencia del año 2004⁴⁷ el Tribunal Supremo español afirmó la punibilidad de la grabación subrepticia bajo el artículo 197.1 CP español⁴⁸, esgrimiendo una distinción para eludir la tesis del Tribunal Constitucional español (*supra*, sección 4). Esta distinción consiste en reducir el alcance de esa tesis a la intromisión en las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución española⁴⁹), diferenciando ese objeto de ataque específico del objeto de ataque genérico consistente en la intimidad o vida privada (artículo 18.1 Constitución española⁵⁰). Conforme a esta distinción la lesión del objeto genérico no estaría prohibida exclusivamente respecto

⁴⁶ Disponible en: <http://saladeprensa.org/art203.htm> (última consulta: 18 de marzo de 2014).

⁴⁷ STS 1219/2004, de 10.12 (II.c. 8º).

⁴⁸ “Artículo 197.1.- El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

⁴⁹ “Artículo 18 (...) 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. (...)”.

⁵⁰ “Artículo 18. 1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)”.

de terceros que no sean interlocutores o partícipes de la actividad del afectado. Para aplicar esta distinción del contexto constitucional al contexto penal el Tribunal Supremo español consideró que la tendencia interna trascendente de “descubrir los secretos de otro” corresponde a la intromisión en las comunicaciones, por lo que la comisión de la acción con ese elemento subjetivo quedaría sujeta a la tesis restrictiva del Tribunal Constitucional español, mientras que la tendencia interna trascendente de “vulnerar su [de otro] intimidad” corresponde a la indiscreción relativa a la vida privada, por lo que la comisión de la acción con este elemento subjetivo no quedaría sujeta a esa restricción.

La maniobra elusiva del Tribunal Supremo español ha intentado ser recogida por Regina Ingrid Díaz Tolosa como base de una interpretación del artículo 161-A CP que admita la punibilidad de la grabación subrepticia efectuada por el interlocutor⁵¹. Esta recepción falla de partida porque la disposición penal chilena no ofrece el apoyo institucional advertido por esa jurisprudencia en la disposición penal española: no hay elementos subjetivos del tipo que constituyan tendencias internas trascendentes alternativas, ni tampoco elementos objetivos que ofrezcan una alternativa equivalente. Desde luego que el contexto constitucional es coincidente: hay prohibiciones especiales de intromisión (artículo 19 N° 5 CPR, equivalente al artículo 18.2⁵² y al 18.3 de la Constitución española) y hay un derecho genérico a la vida privada (artículo 19 N° 4 CPR, equivalente al artículo 18.1 de la Constitución española). Y, como se dijo arriba (sección 4) la tesis del Tribunal Constitucional español es precisamente una interpretación restrictiva de las prohibiciones constitucionales de intromisión. Pero en la topografía del artículo 161-A CP no hay base para recoger una distinción equivalente en tipos alternativos. Todas las hipótesis típicas del inciso 1° del artículo 161-A comparten una misma estructura objetiva y subjetiva⁵³. Para superar este obstáculo la autora distingue primero —correctamente— entre los tres objetos de ataque tematizados por la norma en cuestión —comunicaciones, documentos, hechos— y la vida privada como objeto de protección único y común, para luego sostener —falazmente— que aquello sobre

⁵¹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno, en *Revista Ius et Praxis* 13, N° 1 (2007), pp. 291-314.

⁵² “Artículo 18. (...) 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. (...)”.

⁵³ La estructura de las descripciones de comportamientos del artículo 161-A es semejante a la estructura de la descripción de la intromisión en la morada, la correspondencia y los papeles en el CP de 1874 (artículos 144, 146, 155 y 156). En la tipificación de la violación de correspondencia, la Comisión Redactora del CP se apartó del modelo español y adoptó la redacción del artículo 147 de la CPR de 1833, más simple y consistente con la descripción de un ataque a la intimidad cuya estructura objetiva es análoga a la del allanamiento de morada y no a la estructura de la usurpación de cosa mueble, como lo era en el artículo 422 CP español de 1850.

lo cual recae el consentimiento del ofendido es la afectación de su vida privada y no el ataque a alguno de esos tres objetos. A partir de esa distinción falaz, la autora sostiene que el “afectado” por la grabación de una conversación privada en el sentido del artículo 161-A no serían todos los interlocutores, sino sólo aquél cuya vida privada es tematizada en la conversación, de modo que sólo él puede consentir válidamente la grabación de esa conversación⁵⁴. Además de su carácter falaz, el argumento falla porque conforme a la tesis del Tribunal Constitucional español el fundamento del estatus deóntico de la indiscreción del interlocutor como una acción jurídico-penalmente no prohibida no radica en la disponibilidad de su privacidad, sino en la preponderancia de su derecho a la libertad de expresión frente a la expectativa de control del otro interlocutor.

Pero más que una objeción de trinchera local a la importación de un argumento extranjero, lo que interesa es advertir la impropiedad de ese argumento. Reducir la tesis del Tribunal Constitucional español a la intromisión en las comunicaciones, porque fue afirmada en un caso de esa índole, es una distinción incompatible con la *ratio decidendi* de esa sentencia: en sus propios términos la tesis del Tribunal Constitucional vale para todo ámbito de la intimidad respecto del cual quepa distinguir entre el ataque mediante intromisión y el ataque mediante indiscreción, porque no es una tesis relativa a las comunicaciones como objeto de ataque sino a la intromisión como modo de ataque. En cuanto a la proyección de esta tesis a la regulación penal española, quizás sea plausible concluir que la prohibición de acciones realizadas con la tendencia interna trascendente de descubrir el secreto de otro deba ser entendida como prohibición de intromisión en el sentido estricto del Tribunal Constitucional (en este sentido, el interlocutor que graba subrepticamente la conversación obviamente no actúa para “descubrir” los secretos de otro, porque éste se los comunica). Pero no es para nada evidente que la prohibición de realizar acciones con el propósito de vulnerar la intimidad sea una prohibición de indiscreción, como se deduce de la tesis del Tribunal Supremo. Porque esa sería la consecuencia sistemática de este argumento elusivo, si se lo tomara en serio: la atribución a la norma punitiva en esta segunda hipótesis del sentido de una prohibición de atentados de indiscreción con consumación previa al estadio de lesión⁵⁵.

⁵⁴ DÍAZ T., ob. cit., nota 51. Como se ha visto, esta conclusión es compartida por RAMÍREZ G., ob. cit., notas 36 y 42. Ambas autoras coinciden en correlacionar la privacidad de la comunicación con una expectativa de control. La diferencia entre ellas se encuentra en que María Cecilia Ramírez asocia esa correlación a una restricción del atentado de intromisión que reconoce tipificado en el artículo 161-A CP mientras que Regina Ingrid Díaz la asocia más bien con un desconocimiento del carácter de atentado de intromisión del delito tipificado en el artículo 161-A (nota 55).

⁵⁵ En virtud de su argumentación Regina Ingrid Díaz debe concluir que el inciso 1º del artículo 161-A CP en rigor no contiene prohibición alguna de atentados de intromisión, sino tres prohibiciones de atentados de indiscreción con consumación previa al estadio de lesión; en sus propios términos, las acciones típicas conforme a esta disposición serían “fijaciones subrepticias del contenido de

Esta tesis implica una transformación tan profunda de las bases del sistema de los delitos contra la intimidad que resulta inverosímil. Pues consiste en sostener interpretativamente nada menos que la antítesis de la definición estructural de la codificación: sancionar como delito consumado un acto preparatorio de la indiscreción de quien no es destinatario de un deber especial de confidencialidad⁵⁶.

Por cierto, siempre queda en pie la posibilidad conceptual de subvertir el esquema de análisis efectuado en este comentario, sosteniendo que las prohibiciones de intromisión son precisamente éso cuando se refieren a actos intrusivos de obtención de información: anticipaciones que flanquean la prohibición de indiscreción. Pero la cuestión no consiste en cuál sea el punto de partida de la reconstrucción del sistema —si una disyunción o una premisa común—, sino el respeto a su estructura: hay prohibiciones que tienen peso específico como límites a la libertad de información y prohibiciones íntegramente sujetas a ponderación con la libertad de expresión. El inciso 1° del artículo 161-A CP —lo mismo que el artículo 197.1 CP español— contiene prohibiciones de la primera clase. Por eso, la pregunta relativa a la grabación subrepticia consiste en saber si esas prohibiciones la alcanzan o no.

VII. CONCLUSIONES

De lo dicho en las secciones anteriores puede concluirse que el correcto análisis de las cuestiones jurídico-penales implicadas por el caso *Chilevisión II* debe reconocer tres premisas básicas:

(i) En el sistema de la protección penal de la intimidad el conflicto con las libertades de información y expresión se encuentra *prima facie* resuelto mediante la

una conversación, documento o acto de carácter privados”. La radicalidad de esta reformulación no es advertida por la autora con toda nitidez debido a lo deficitario de su asunción de la distinción entre atentados de intromisión y atentados de indiscreción: “El derecho a la intimidad garantiza a todo individuo un ámbito privado donde retirarse para reflexionar o actuar sobre decisiones vitales personalísimas. 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 personas”. (DÍAZ T., ob. cit.). En suma, la protección de la vida privada es entendida como prohibición indiferenciada de infracciones a la expectativa de exclusión y a la expectativa de control.

⁵⁶ Por esta razón, la tipicidad de los actos preparatorios de indiscreción quedaría sometida al juicio de ponderación propio de la protección constitucional del derecho genérico a la vida privada, indiferenciadamente concretado en el sentido del término “intimidad”. No puede dejar de advertirse un eco de esta consecuencia en la distinción que la Corte Suprema efectúa entre el “aspecto espacial” y el “aspecto del deber de discreción” como elementos del artículo 161-A CP (*supra*, sección 2), y su tratamiento del segundo aspecto bajo el juicio de ponderación del artículo 30 de la Ley N° 19.733 (*supra*, sección 5). La diferencia entre el Tribunal Supremo español y la Corte Suprema se encuentra en que ésta considera que se trata de elementos de un mismo tipo de delito, mientras que aquél los considera elementos de dos tipos de delito alternativos.

distinción entre prohibiciones de intromisión —*prima facie* preponderantes frente a la libertad de información— y prohibiciones especiales de indiscreción —*prima facie* preponderantes frente a la libertad de expresión—. Pero en el sistema de la protección penal de la intimidad no existe una prohibición general de indiscreción —ni siquiera relativa a los aspectos personalísimos de la vida de un individuo— que quepa ponderar frente a la libertad de expresión: en este punto, la codificación penal ha resuelto el conflicto a favor de la libertad de expresión, sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer al ejercicio de ese derecho el sistema de protección penal del honor.

(ii) La transmisión o grabación subrepticia de una conversación por un interlocutor no tiene un estatus explícito en la Constitución ni en Código Penal. De (i) se deduce que debe decidirse interpretativamente si (a) se la considera abarcada por las prohibiciones de intromisión a pesar de que el acceso al conocimiento de la información fue consentido por el afectado, o si (b) se la considera sujeta al estatus de mero acto preparatorio de un atentado de indiscreción impune.

(iii) Respecto de las prohibiciones de intromisión es improcedente el juicio de ponderación que es propio de la prohibición constitucional genérica de la indiscreción y de la expresión que atenta contra el honor, y que es recogido por las prohibiciones penales de atentados al honor. De (i) se deduce que no hay interés público cuya realización justifique por sí sola la infracción de una prohibición de intromisión.

En su sentencia, la Corte Suprema pareciera asumir la tesis (i) y decidirse por la alternativa interpretativa (ii)-(b). Las razones dadas por la Corte a favor de su opción no son satisfactorias: hay diferencias cualitativas entre la memoria como modo de fijar la información legítimamente conocida y la grabación subrepticia que hace posible su reproducción virtual, que la Corte desconoce; la solución que se dé al problema en el contexto constitucional no es necesariamente transferible al contexto legal penal, como pretende la Corte; y debe asumirse un test de consistencia entre el tratamiento de la grabación subrepticia por el interlocutor y su consentimiento a la intromisión por un tercero ajeno a la conversación, que no es satisfecho por la doctrina que la Corte sigue. Ciertamente, nadie tiene derecho a que los demás no conozcan los actos ilegales o contrarios a la ética profesional en que se ha incurrido. Pero todos tienen derecho a no ser espiados, incluso si el respeto de este derecho acarrea como consecuencia que no sean conocidos aquellos actos. ¿Tenemos derecho a que nuestro interlocutor no autorice a un tercero a espiarnos? Si lo tenemos, parece razonable que también tengamos derecho a que nuestro interlocutor no transmita simultáneamente a un tercero lo que le decimos y a que no lo grabe para reproducirlo después a un tercero. Esta secuencia razonable de expectativas de privacidad, reconducible a la expectativa de exclusión que corresponde al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, fue desconocida por la Corte Suprema en el caso *Chilevisión II*.

A pesar de todo, la opción de la Corte por la alternativa (ii) (b) es consistente con la tesis (i). Eso no puede decirse de su sentencia en cuanto a la premisa (iii): la misma Corte que considera al inciso 1° del artículo 161-A CP como una disposición que sólo consagra prohibiciones de intromisión en sentido estricto relativiza esas prohibiciones sometiéndolas al juicio de ponderación más indiferenciado concebible: aquel que incide de cualquier modo razonable en la definición del adjetivo “privada(o)”. Que el tribunal de la máxima jerarquía de un sistema jurídico reconozca el peso que cabe asignar a la libertad de expresión en una sociedad democrática, en particular a su ejercicio a través de medios de comunicación masiva, es sin duda un hecho valioso. Que ese peso implica un riesgo de afectación de la privacidad en tanto expectativa de control de la información que en principio las personas pueden tener legítimamente, eso es un costo que todos los miembros de una sociedad democrática deben asumir. De eso no se deduce, sin embargo, que los miembros de una sociedad democrática tengan que asumir un riesgo equivalente de afectación de su privacidad en tanto expectativa de exclusión respecto del acceso a espacios, comunicaciones o documentos. Del derecho a la libertad ambulatoria no se deduce un margen de afectación legítima del derecho a la inviolabilidad del hogar; análogamente, tampoco puede invocarse la libertad de expresión para justificar cualquier modo de obtener la información. La distinción entre la protección jurídica de la expectativa de exclusión y la protección jurídica de la expectativa de control es esencial a la preservación de las bases liberales de la sociedad democrática. En el caso *Chilevisión II* la Corte Suprema no estuvo a la altura de esa exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARZT, Günther, *Der Schutz der Intimsphäre*. Tübingen: J.P. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Delitos contra intereses personalísimos. *Revista de Derecho UAI* 2 (2004), pp. 531-556.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, Cámaras ocultas y libertad de información en el caso de la Dra. Cordero vs. Chilevisión, en *El Mercurio Legal*, 8.10.2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/10/08/Camaras-ocultas-y-libertad-de-informacion-en-el-caso-de-la-Dra-Cordero-vs-Chilevision.aspx>
- 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), pp. 291-314.
- LA FAVE, Wayne R., JEROLD H., Israel y Nancy J. KING, *Criminal Procedure*, St. Paul, Minnesota: Thompson-West, pp. 270-272.
- MORALES PRATS, Fermín, Comentario al Libro II: Título II: Capítulo I (artículo 197), en: Gonzalo QUINTERO OLIVARES (director), Fermín MORALES PRATS (coor-

- dinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Pamplona: 2011, Aranzadi-Thompson Reuters, pp. 451-487.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno - Parte Especial*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 239.
- RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, El delito de escuchas telefónicas ilegales en el ordenamiento jurídico chileno, en: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2000), pp. 267-329, 309.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando, Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 43 (1990), pp. 197-240.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004).
- SANTIBÁÑEZ, Abraham, Cámaras ocultas, en: *El Mercurio*, edición del 24.08.2013, Cuerpo A, p. 2, disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/08/24/14656/Camaras-ocultas.aspx>