

ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PRIVACIDAD

Gonzalo Medina Schulz**

RESUMEN: El trabajo expone algunas cuestiones vinculadas a la noción de privacidad y su afectación en el contexto del Derecho penal. En ese marco, se revisa el concepto de privacidad en el Derecho constitucional chileno y desarrolla los distintos contextos de protección de la privacidad en los delitos de allanamiento de morada, violación de correspondencia y papeles, así como en el delito de captación ilegal de imágenes, sonidos y documentos, comparando los contornos de la privacidad en esas figuras, para identificar los criterios esenciales vinculados a la protección penal de ese bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: Privacidad – Imagen – Comunicaciones – Documentos – Morada, Intromisión.

1. INTRODUCCIÓN

Que la privacidad es algo valioso para las personas, es un supuesto que no cabe poner en duda. Pero junto a tan categórica afirmación, se pueden constatar diversas formas de afectación de la misma, las cuales se presentan de manera más o menos constante en el diario acontecer.

Su situación de derecho constitucional le otorga al derecho a la privacidad un lugar preponderante en nuestro sistema jurídico, que goza no sólo de protección por vía penal, sino también se encuentra tutelado por acciones constitucionales, mecanismos civiles y administrativos. Sin embargo, nociones que cada vez ganan más espacio, como las de transparencia, seguridad y prevención, han conducido a una progresiva reducción de los ámbitos de privacidad de diversos contactos sociales. Asimismo, el desarrollo de las interacciones virtuales, en las cuales también es posible generar esferas de privacidad ha ocasionado por una parte el surgimiento de nuevos fenómenos de criminalidad, por la otra, el desarrollo de nuevos instrumentos de control.

Por su parte, un análisis de la revisión de la protección otorgada por el Derecho penal chileno a la privacidad demuestra, en primer término, una serie de inconsistencias sistemáticas en su tratamiento, a la vez que en ciertos aspectos se ha avanzado en la protección de la misma. Para dar cuenta de este fenómeno, se analizarán tanto la idea de privacidad como bien jurídico protegido así como su tratamiento en la ley chilena y su situación frente a tratamientos comparados, para después referirse a los distintos tipos penales que la tutelan junto a otras formas de afectación de la misma.

* Versión parcial y reelaborada de la conferencia pronunciada el 23 de noviembre de 2007 sobre la noción de privacidad en el Derecho penal chileno, en el marco de las IV Jornadas Chilenas de Derecho Penal, realizadas en la Universidad Austral de Chile. El autor agradece a los organizadores de dichas Jornadas que dieron lugar a estas reflexiones, así como a don Jonatan Valenzuela, becario MAE-AECI del área de Derecho Penal de la Universidad de Girona, por sus valiosas observaciones al texto.

** Universidad de Chile.

Al concluir, se revisará el rol de la privacidad como límite al Derecho penal y sus implicancias.

No es mi intención agotar aquí tan extensa y compleja materia, sino más bien plantear las líneas de reflexión que el Derecho Penal, en sentido amplio, debe formularse frente al fenómeno de la privacidad y sus transformaciones, en el marco de la convocatoria de las IV Jornadas de Derecho Penal que llama "hacia una racionalización del Derecho Penal Chileno".

Por ello, el análisis se restringe a aspectos específicos de tres disposiciones del Código penal chileno, artículo 141, 146 y 161-A, que articulan los presupuestos básicos de la protección penal de la privacidad y, de ellos, se deja de lado la revisión de los presupuesto subjetivos de imputación, así como también el fértil campo de reflexión que constituye la antijuridicidad en estas conductas. Resta excusar la falta de tratamiento de las modalidades de indiscreción, sin duda el momento más relevante de la afectación de la privacidad, pero ello y todo lo anterior sólo da cuenta de la complejidad de la materia tratada.

Del análisis comparado de esas disposiciones deben aparecer los criterios sobre los cuales ha de reflexionarse, y decidirse, antes de plasmarlos en concretas normas penales, sirva también el presente trabajo para incentivar la discusión sobre aspectos concretos de las normas tratadas.

2. LA PRIVACIDAD Y SU ROL ANTE EL DERECHO PENAL

Es algo evidente que una sociedad no puede organizarse sin garantizar ciertos ámbitos de privacidad mínimo a sus integrantes. Sin embargo, debe aceptarse como presupuesto de la vida actual que constantes concesiones en materia de privacidad resultan necesarias a efectos de posibilitar interacciones sociales y la efectividad de otras funciones sociales valiosas. De ahí que sus diversas expresiones¹, como derecho a ser dejado sólo, derecho a reserva, derecho al secreto, gocen no sólo de protección penal, sino que también sean sedes de protección, el derecho constitucional, el civil y el administrativo. Es claro que el principio de ultima ratio demanda que las vulneraciones penalmente sancionadas sean los casos más graves de afectación de la privacidad, quedando entregadas las restantes conductas a la protección por vía de otra área del Derecho.

La privacidad como garantía de los ciudadanos puede jugar un doble rol ante el Derecho penal. Por una parte, se presenta como un interés de relevancia penal, es decir, como bien jurídico cuya vulneración puede ser considerada como razón para el

¹ Las formas en que se manifiesta la pretensión de privacidad y el conflicto con lo público son diversas y dan cuenta de distintos niveles de conflicto entre ambos intereses, sobre ello vid. GARZÓN, E., "Privacidad y Publicidad", *DOXA* N° 21, Vol. 1, 1998, pp. 223 y ss.; sobre esas distintas expresiones de la privacidad en materia jurídica vid. BARROS, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editio-

establecimiento y aplicación de normas penales. Por la otra, puede jugar un rol en la fijación de límites a la actividad punitiva y persecutoria de los órganos del Estado.

En el primer sentido, la privacidad se constituye en un objeto de protección frente a intromisiones o indiscreciones de terceros, que privan al afectado del derecho a constituir un ámbito de exclusión, sobre el cual sólo él puede libremente disponer el acceso. De ello se derivan las dos formas principales, plasmadas en diversas normas, en las cuales se puede afectar la privacidad: los *delitos de intromisión* y los *delitos de indiscreción*, que se diferencian porque la conducta en los primeros permite acceder información a la cual no se tiene legítimo acceso, mientras en los segundos, sujetos calificados, ya están en poder de la información y el injusto punible está dado por la debida puesta a disposición de terceros de la información².

Ese ámbito estará en algunos casos dado por un espacio físico protegido, habitualmente frente a formas calificadas de afectación. Fuentes de vulneración de privacidad como bien jurídico protegido pueden ser tanto otros particulares, así como órganos estatales. En cuanto a este último grupo debe considerarse además que aquí se manifiesta de manera especialmente intensa la relatividad de la privacidad, dado que crecientemente ella es sacrificada en pos de la satisfacción de intereses de la persecución penal.

La dispersión de la tutela penal de la privacidad en nuestro sistema penal es múltiple, pudiendo adscribirse a esa finalidad³, de forma casi unánime⁴, sólo en nuestro

² Vid. LK/SCHÜNEMANN, antes del § 201, N.m. 6. Entre nosotros, Bascuñán Rodríguez recoge la distinción entre delitos de intromisión e indiscreción como las formas paradigmáticas de afectación de la privacidad, vid. BASCUÑÁN, A., "Delitos contra intereses personalísimos", 2 *Rev. D. UAI*, 2005, p. 548. En materia civil esta distinción cuenta con mayor recepción, cfr. Ríos, S., *La protección civil del Derecho a la intimidad*, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 68 y ss.; BARROS, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, pp. 381 y ss.

³ La doctrina entiende que lo protegido en las normas penales que ahí se enumeran es la privacidad como un bien jurídico distinto a la libertad o la seguridad, según se indica en el apartado sistemático respectivo del Código. Vid. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, T. III, 3ª ed. revisada y actualizada 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 251 y ss.; BASCUÑÁN, A., *Protección Penal de los Derechos Constitucionales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 3, Santiago, 1994, p. 155. Lo mismo sucede con la literatura más reciente referida al artículo 161-A C.P., cuestión determinada claramente por la denominación del epígrafe que contiene regulación, vid. BULLEMORE/MACKINNON, "La protección de la vida privada y los artículos 161-a y 1-B del Código penal chileno", *Gaceta Jurídica* N° 57, pp. 9 y ss.; CORP, Diego, *El delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y documentos*, La Ley, Santiago, 2001, pp. 21 y ss.

⁴ Que sea la privacidad el bien jurídico protegido por estas normas es algo que no se manifiesta de manera explícita en toda la doctrina. Así, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, quienes se refieren genéricamente a varias de estas disposiciones, en particular las analizadas en este trabajo, como *delitos contra la libertad de la esfera de la intimidad*, así p. 225, con referencia al texto constitucional. En el caso del allanamiento de morada se refieren al "interés de cada persona de reservar para sí el espacio físico donde tiene su morada, de la intervención de terceros que pudieran limitar su autodeterminación, o herir sus senti-

Código penal, los tipos referidos al ingreso ilegal en morada ajena (artículos 144 y 145 C.P.), la intromisión en la correspondencia y documentos (artículo 146 C.P.), la correspondiente norma referida a las dos hipótesis anteriores en caso de comisión por funcionario público (artículo 155 C.P.), la regulación de conductas cometidas por funcionarios de correos y telégrafos (artículos 156 y 337 C.P.), divulgación de secretos de invento conocidos en razón del cargo (artículo 158 N° 6 C.P.), la captación ilegal de imágenes, sonidos o documentos y su uso extorsivo (artículos 161-A y 161-B, C.P.), la responsabilidad de funcionarios públicos por vulneración o utilización indebida de secretos (artículos 246, 247 y 247 bis C.P.) y la comunicación de secretos de fábrica (artículo 284 C.P.)

Esta fragmentariedad y dispersión de las normas penales vinculadas a la privacidad es una cuestión que se ha presentado en diversos ordenamientos jurídicos⁵, lo que ha significado que la sistematización de esta categoría de atentados es un fenómeno jurídicamente reciente.

En el campo procesal penal y en el de la prevención de la criminalidad, la privacidad es tratada como un obstáculo que impide el esclarecimiento de responsabilidad. Debido a ello, se contemplan una serie de medidas que, afectando a la privacidad, permiten satisfacer tanto los fines del proceso penal⁶ así como desarrollar formas más efectivas de prevención de la criminalidad. En el primer grupo se encuentran medidas como las interceptaciones de comunicaciones y los registros de datos para efectos de investigación. En el segundo, la videovigilancia, los controles de identidad –los deberes asociados al cumplimiento de ese tipo de normas– y los tests obligatorios de estupefacientes. Es indudable que esas medidas presentan caracteres muy diversos, pero de igual modo, todas ellas representan distintas formas de restricción de ámbitos de privacidad.

Continuación nota ⁴

mientos de intimidad, como el de sentirse seguro en el espacio donde se habita”, p. 226. En el caso de violación de correspondencia hablan de “la libertad en un sentido progresivo, el respeto a la intimidad de la persona en un aspecto espiritual, de la intromisión de terceros que podrían limitar la autodeterminación del sujeto”, p. 229. Finalmente, sólo en el caso del 161-A C.P. indican que directamente protegida es la *privacidad/intimidad* de las personas (cursiva en el original), p. 233. Es dudoso hasta que punto las particularidades de las definiciones de estos autores tienen alguna consecuencia dogmática, así por ejemplo, en la interpretación del allanamiento de morada no existe ninguna referencia a la afectación de la seguridad como un elemento integrante del bien jurídico protegido en el tipo base. Que esa relevancia aparezca en el tipo calificado por violencia o intimidación, nada dice sobre un contenido distinto a la privacidad como bien jurídico, sino que más bien obedece a una regla legal que resuelve una forma de concurso. En cuanto a la idea de una “libertad en sentido progresivo” nada se dice sobre cual sería el sentido de ese concepto especial de libertad y tampoco agrega algo a la determinación del injusto de la violación de correspondencia.

⁵ Vid. LUZÓN, D., “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, *ADPCP*, T. XII, Fasc. I, 1988, pp. 39 y ss.

⁶ Sobre la privacidad y su posición en el proceso penal chileno vid. HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 95 y ss.

Objeto de estas reflexiones es exponer críticamente algunas de las facetas que la privacidad puede desarrollar ante el Derecho penal y, en concreto, su valoración en la perspectiva de las regulaciones chilenas en la materia. Para ello junto con exponerse el marco general de las respectivas regulaciones se tomarán en consideración dos aspectos: (i) el concepto de privacidad en el marco general del Derecho chileno y (ii) la protección penal comparada que ofrecen diversos tipos penales de nuestro Código que se ocupan de la materia.

3. EL CONCEPTO DE PRIVACIDAD

Antes de tratar las materias particulares conviene revisar brevemente la situación normativa de la privacidad en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. La privacidad en la Constitución

Por lo pronto, es necesario revisar algunas facetas del concepto de privacidad en la Constitución, pues de ello depende en buena medida cuáles serán los límites para el establecimiento de normas jurídicas que se establezcan.

Norma básica en esta materia es el artículo 19 N° 4 de la Constitución que establece el derecho a la vida privada. De igual modo, resulta de importancia lo dispuesto en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, el cual se refiere a dos aspectos de la protección de la privacidad. Por un lado, la protección del domicilio, por la otra, el resguardo de la privacidad de las comunicaciones. Ambos elementos, como veremos, encuentran correlato tanto en las disposiciones del Código penal, así como en las medidas de investigación en el marco del proceso penal. Antes de seguir, es menester revisar brevemente la evolución en materia constitucional de la protección de la privacidad.

Ella no constituye un fenómeno clásico de nuestro derecho, pues ni la Constitución de 1833 ni la de 1925 la contemplaban, estableciéndose en ambos cuerpos normativos sólo reglas relativas a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Es sólo con el Acta Constitucional N° 3 de septiembre de 1976, que en su artículo 1° N° 10 dispone “el respeto y protección a la vida privada y la honra de la persona y su familia”, que se introduce una protección tal a nivel constitucional, lo que en la Constitución de 1980 se transformaría en el artículo 19 N° 4, que en su formulación original se refería a la protección de “la vida privada y pública”⁷.

Finalmente, la ley N° 20.050 de agosto de 2005, que reformó la Constitución en diversos aspectos, alteró el contenido del artículo 19 N° 4⁸, quedando entonces la

⁷ Sobre la historia de la tramitación constitucional del 19 N° 4 vid. ANGUITA, P., *La protección de los datos personales y el derecho a la vida privada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 119 y . Especial referencia se ha hecho a la importancia dada por la Comisión Constituyente y la modificación efectuada por el Consejo de Estado, que introdujo el vocablo que incluyó la protección a la vida pública.

⁸ Cuestión no contenida en el proyecto original de reforma, sino que fue incluido por el veto presidencial al texto aprobado por el Congreso. Se señala que se propone eliminar la vida pública del texto fundamental, por “...no resultar claro sus alcances ni interpretación, por no tener parangón en el

materia regulada por el artículo 19 N°s. 4 y 5 en su actual redacción. La primera de las disposiciones mencionadas establece “*el respeto y la protección a la vida privada*” sin más, disposición que dada su redacción previa, su establecimiento junto al derecho a la honra y la previa regulación en el mismo apartado del texto constitucional de disposiciones relativas al ejercicio abusivo de la libertad de expresión, se le ha vinculado habitualmente en su faceta de derecho en conflicto con esta última, aspecto que sin duda puede existir, y que no da cuenta de todas las consecuencias de un reconocimiento al derecho constitucional a la vida privada.

A su vez, el artículo 19 N° 5 de la CPR consagra:

“(...) la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

En esta norma parece contenerse una concretización de la idea de privacidad como derecho constitucional, abarcando algunos aspectos del fenómeno en particular. Así, la primera parte del artículo se refiere a la protección del domicilio⁹, como reconocimiento de una esfera física de protección de la privacidad. Junto a ello, consagra la protección de comunicaciones y documentos privados.

Asimismo, pueden considerarse como derivaciones de la norma constitucional sobre la privacidad, aspectos tales como la protección de la reserva, en forma de protección de secretos, la protección de datos de carácter personal y los derechos relacionados a la disposición sobre la propia imagen o palabra¹⁰.

3.2. Hacia un concepto operativo de privacidad

Del juego de las normas citadas pareciese resultar claro que nuestra Constitución dispensa una intensa protección a la idea de privacidad. Sin embargo, queda aún por establecer un concepto de privacidad operativo para el análisis jurídico, lo cual no es una tarea simple. Por privacidad se puede entender una especie de derecho a ser dejado sólo (*right to be let alone*)¹¹, que en esa formulación expresa el carácter de-

Continuación nota ⁸

derecho constitucional comparado no en el derecho internacional de los derechos humanos y no por ser una norma que manifiesta alguna utilidad”.

⁹ Sobre lo apropiado del vocablo domicilio se tratará más adelante, a propósito de la protección penal respecto a intromisiones físicas en la morada ajena.

¹⁰ Todo ello más amplio que el pronunciamiento legal sobre la privacidad que el legislador efectúa en el inciso final del artículo 30 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, que indica que pertinentes a la esfera privada de las personas son los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueran constitutivos de delito. Esa declaración no prejuzga sobre la naturaleza de los hechos pertenecientes a la esfera de la privacidad, sino que cumple el rol indiciario de entregar un criterio para la eventual justificación de intromisiones.

fensivo que posee el derecho a la privacidad, en cuanto esencialmente posibilita conductas de exclusión de terceros¹² respecto a ámbitos de la vida de los cuales un sujeto tiene interés que no sean conocidos.

Sin embargo, este derecho a no ser molestado o a ser dejado solo no entrega aún elementos suficientes para determinar cuáles son los sucesos abarcados por esa protección. Entre los modelos desarrollados al efecto cabe referirse brevemente, a lo menos, a la denominada teoría de las esferas. De acuerdo a la denominada *teoría de las esferas de protección*¹³, existe la posibilidad de graduar conceptualmente tres espacios normativos distintos, referidos a la privacidad y su protección. Esos espacios estarían concéntricamente configurados en tres niveles de diferente nivel de protección.

El más reducido, pero a la vez más intensamente protegido, sería aquel denominado de la *esfera íntima*, el cual estaría constituido por aquellos aspectos más reservados de la vida de un individuo, que habitualmente se expresarían en aquellos sucesos relacionados con la muerte, la sexualidad, la enfermedad o la desnudez. Por el contrario, la menor protección es dada en la llamada *esfera social*, de la cual formarían parte todos aquellos comportamientos y aspectos de una persona que se desarrollan en ámbitos espaciales en los cuales debe contar con la posibilidad de observación por parte de terceros¹⁴.

Entre estos dos ámbitos de protección se sitúa la denominada *esfera privada*, en la cual se enmarcan todos aquellos sucesos y comportamiento referidos a un individuo que exceden la esfera íntima pero no se sitúan aún en la esfera social. De ese modo, la clásica distinción de lo público y lo privado que se conoce del debate jurídico nacional se situaría en la distinción entre *esfera social* y *esfera privada*.

La teoría de las esferas ha sido fuertemente criticada¹⁵, puesto que se afirma que la cuestión de la privacidad, y sus límites, no es algo que deba resolverse trazando

Continuación nota ¹¹

con los fenómenos de indiscreción y las posibilidades civiles (tor) de resarcimiento ante los daños ocasionados por actos de difamación.

¹² También en este sentido negativo entiende Ríos Labbé el concepto de intimidad, al asignarle la función de "permitir a la persona reservar un ámbito de su vida para sí mismo —ser dejando tranquilo con el fin de vivir de una manera grata— disfrutar de la vida, libre de perturbaciones o injerencias de terceros sobre sus hábitos y costumbres, sus actividades cotidianas, su reposo, su propio cuerpo, su imagen, en fin, sobre su persona toda:", Ríos, S., *La protección civil del Derecho a la intimidad*, p. 3.

¹³ ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden-Baden, 1994, pp. 326 y ss. (hay traducción al español de Ernesto Garzón Valdés: ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 349 y ss.).

¹⁴ Sin referencia explícita a la denominación de teoría de las esferas, pero en lo fundamental recogiendo esa distinción vid. NOGUEIRA, H., *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 147 y ss.

¹⁵ Críticos a la teoría de las esferas, ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 327; SCHÜNEMANN, B., "Das strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen", *ZStW* 90, 1978, pp. 17 y ss.; LK/Schünemann, antes del § 201, N.m. 3.

ámbitos cerrados que delimitan y cubren determinados sucesos humanos. Más bien lo que cabe es una ponderación de intereses que equilibre la pretensión de exclusión de terceros respecto del acceso a ciertos sucesos propios con los intereses que los terceros puedan esgrimir para acceder a una participación, en sentido amplio, sucesos ajenos.

Ello explica también la necesidad de fijar criterios relativamente claros para decidir los casos en que las intromisiones en la privacidad pueden ser catalogadas como comportamientos que den pie a una reacción jurídico penal, de aquellos que podrían caer, dicho sólo a modo esclarecedor, en la esfera de lo socialmente adecuado.

Dado lo anterior, podemos coincidir con el valor indiciario en el juicio de ponderación que puede atribuirse a la teoría de las *esferas de protección*, en cuanto debe ser aún mayor la carga argumentativa en la medida en que más nos acercamos a sucesos relacionados con la denominada *esfera íntima*¹⁶.

Sin perjuicio de adherir a la crítica a la teoría de las esferas de protección, parece por lo pronto digna de utilización la diferenciación de espacios, en especial de *esfera privada* y *esfera íntima*, a fin de poder comprender también la existencia de distintos grados de afectación de la privacidad de un individuo, todos ellos probablemente relevantes según las disposiciones nacionales. Que los criterios sean relativamente vagos es inevitable, pues una formulación satisfactoria del concepto "privacidad" es una tarea que no tiene sentido emprender¹⁷, dada la necesaria flexibilidad con que la privacidad se concretiza en distintos ámbitos de la vida.

4. LA TUTELA PENAL DE LA PRIVACIDAD

Todos los ordenamientos jurídicos comparados contemplan grados importantes de protección penal de la privacidad. Así, el Código penal español se dedica al tratamiento de las figuras relacionadas, en su Título X del Libro II, titulado "Delincuencia contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", donde regula en su capítulo I las disposiciones relativas al descubrimiento y recepción de secretos y el capítulo II al allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. Por su parte, el Código penal alemán contiene las normas relativas a la tutela penal de la privacidad¹⁸ en el párrafo

¹⁶ Así, las vulneraciones de la intimidad per se constituirán afectaciones de la privacidad, pero la última puede lesionarse sin afectar la intimidad. En ese sentido: MARTÍNEZ DE VALLEJO, B., "La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger", *DOXA* N° 13, 1993, p. 197.

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, F., "Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad", *AD XLIII*, Fasc. I, 1990, p. 201.

¹⁸ Sin que entre esas normas se regule el equivalente a nuestro allanamiento de morada del StGB, pues razones históricas en la evolución de la comprensión de esa conducta explican su tratamiento en el párrafo dedicado a los delitos contra el orden público, sobre ello vid. NK/Ostendorfer, N.m. 2 y ss.

la Parte Especial, dedicado a la lesión de los ámbitos de vida personal y secreto. El tratamiento alemán de la materia se caracteriza por una evolución dispar, en la cual tradicionalmente gozó de protección penal la idea de la espontaneidad de la palabra hablada por medio del § 201 StGB¹⁹, mientras que la protección frente a la fijación de la imagen es de muy reciente data²⁰.

En nuestro sistema, la falta de consagración constitucional de un derecho a la privacidad posibilitó que nunca se hiciese evidente la ausencia de tutela penal al respecto, existiendo históricamente la protección penal correspondiente a las disposiciones constitucionales referidas a la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, el cual sistemáticamente se encuentra en nuestro Código penal en el Título III que trata "*De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución*", situándose las normas sobre ingreso ilegal en morada e intromisión en la correspondencia o documentos ajenos en el párrafo 3º sobre "*Crímenes y simples delitos contra la libertad y la seguridad, cometidos por particulares*". Ese apartado sistemático contiene, como veremos, no sólo normas referidas a la protección de la privacidad, sino las normas esenciales vinculadas a la tutela de la libertad ambulatoria.

En este contexto se introdujo mediante la ley N° 19.423 de noviembre de 1995, un párrafo 5º con la denominación: "*De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia*". Tal título debiese ser indicativo de un tratamiento completo de las diversas figuras relativas a la privacidad, sin embargo es lamentable la inconsistencia sistemática del legislador, desaprovechando la oportunidad de regular de manera coherente todas las figuras penales referidas a este ámbito de protección²¹.

En ese sentido, de entre las múltiples figuras penales que dicen relación con la privacidad, se excluyen del análisis presente aquellas referidas a la idea de privacidad como reserva, esto es, todas aquellas que protegen la revelación de secretos y el modo propio de afectación son las formas de indiscreción. Asimismo, se excluyen aquellas conductas relacionadas con la protección de la privacidad en su vertiente de protección de datos²². En consecuencia, el análisis está centrado en el desarrollo de los rendimientos de la privacidad en cuanto delimitación de espacios normativamente garantizados frente a las intromisiones de terceros.

¹⁹ Vid. NK/Kargl, § 201, N.m. 3.

²⁰ Sólo introducida por medio del § 201A StGB en 2004, vid. MEDINA, G., "La captación no autorizada de imágenes en el Derecho penal alemán: el 201A StGB", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXVI, pp. 425 y ss.

²¹ Sobre ello, previo a la reforma, BASCUÑAN, A., *Protección Penal de los Derechos Constitucionales*, pp. 155 y ss., quien se manifiesta también crítico frente al, entonces aún en tramitación parlamentaria, artículo 161-A.

²² En este ámbito, los delitos de intromisión e indiscreción de la ley N° 19.233.

Al efecto, son esencialmente tres las disposiciones penales que se ocupan de esta materia y de las cuales nos ocuparemos en adelante:

(i) el delito de ingreso ilegal en morada ajena (artículo 144 C.P.), sancionado con reclusión menor en su grado mínimo, en el caso de la hipótesis básica.

(ii) el delito de intromisión en la correspondencia y documentos (artículo 146 C.P.) con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que se produzca la revelación de secreto.

(iii) el delito de captación ilegal de imágenes o sonidos (artículo 161-A C.P.), sancionado, en el supuesto de sola intromisión, con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

El delito de ingreso ilegal en morada ajena puede entenderse, por una parte, como la norma básica y tradicional referida a la protección contra actos de intromisión, por la otra, como el correlato penal a la norma constitucional referida a la inviolabilidad del domicilio (19 N° 5 C.P.R.) y, en ese sentido como vimos, una concreción penal de protección de la privacidad. Como tal, lo relevante no es la protección del domicilio, sino más bien la determinación sobre qué intromisiones físicas en un cierto espacio normativamente definido son conductas penalmente relevantes.

Algo similar puede afirmarse respecto del artículo 146 C.P., que implica la concreción penal de lo dispuesto en la segunda parte del numeral 5° del artículo 19 C.P.R., que se refiere a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos, señalándose en el texto constitucional que la protección se dispensa frente a la intercepción, apertura o registro de las comunicaciones o documentos. Aquí la protección se refiere a la ruptura de elementos de protección, la protección material mediante el cierre u ocultación, de la correspondencia y los documentos.

En todo caso parece algo artificiosa la distinción entre un aspecto "material" uo "inmaterial" o "intangible" de la protección en ambas normas²³, pues no se trata aquí de la protección de distintas expresiones de la privacidad, sino de la protección de la privacidad ante distintas formas de afectación: por una parte la intromisión física o material, por la otra, la realizada por medios técnicos y referida sólo a ciertos contenidos.

En efecto, no existen dos bienes jurídicos distintos tutelados por las tres normas, en otras palabras, la realización del ingreso ilegal en morada ajena o de la intromisión en la correspondencia o documentación ajena, afectan la misma privacidad que es vulnerada por medio de las captaciones ilegales de comunicaciones, imágenes o documentos desplegadas en ese espacio. En ambos delitos se protege la privacidad de una persona, en un caso concretizado el ámbito de protección en la intromisión física

²³ Vid. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, pp. 251 y ss., quien explica la tradicional referencia a esos dos supuestos aspectos de la intimidad, que subyacía en el constituyente. Asimismo POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ/, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, p. 233, quienes se refieren a una "faceta intangible o inmaterial" de la privacidad, como bien jurídico tutelado en el caso del artículo 161-A C.P.

del autor en un espacio físico delimitado, en el otro, mediante la utilización de medios técnicos²⁴.

Esta consideración a medios diferenciados arroja el siguiente resultado preliminar: Si bien es cierto que las tres disposiciones protegen un mismo bien jurídico, la privacidad, las diferencias fundamentales están dadas por la distinta forma de realización de la intromisión y por la configuración de diferentes ámbitos de protección.

En todos los casos se obtiene la capacidad de acceder a percibir sucesos o informaciones relacionadas con el ámbito privado de un tercero, sin perjuicio que resulte discutible en qué medida puede realmente considerarse uno más grave que el otro. Que valoración ha tenido el legislador al respecto, es una cuestión que depende de un análisis comparado de las normas. En el presente trabajo el acento está puesto en la comparación de los distintos rangos de extensión de la privacidad que es protegida penalmente.

4.1. Los comportamientos típicos

A fin de establecer las relaciones que se dan entre las distintas formas de protección de la privacidad es menester revisar los límites de las conductas que pueden ser sancionadas. Ello implica analizar las distintas modalidades establecidas en la ley, relacionándolas con los distintos objetos de protección de cada disposición.

a) En el caso del *ingreso ilegal en morada ajena*, la norma respectiva no establece una modalidad comisiva vinculada a comportamientos específicos, sino que remite a la conducta de "entrar", entendida como el pasar de fuera a adentro²⁵, cuestión que debe comprenderse entonces como una *intromisión física* en términos tales que permita percibir sucesos relacionados con la privacidad del titular de derechos sobre la morada. Por ello debiesen excluirse como conductas típicas los ingresos parciales del cuerpo humano, en los casos en que ello no posibilita la percepción de sucesos, aquí no se trata del grado de ejecución del tipo, simplemente la conducta no satisface la hipótesis de entrada en los términos de la norma.

Que el ingreso deba entenderse como una *modalidad activa de comisión* y que las hipótesis de ingreso consentido y negativa a retirarse del lugar entendidas como forma omisiva de comisión, se revela no sólo del tenor del verbo ocupado en la descripción de la conducta típica, sino que encuentra también respaldo en la evolución de la legislación comparada, como por ejemplo el Código penal español, que ha incorporado esa hipótesis expresamente en el texto legal.

b) Más complejo resulta determinar los alcances de la conducta típica en el caso del tipo establecido en el artículo 146 C.P., referido a *la intromisión en la correspondencia o documentos ajenos*. Las modalidades ahí señaladas corresponden a las de

²⁴ Etcheberry se refiere a "una connotación preferentemente técnica", en caso de las modalidades referidas a imágenes, cfr. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, p. 277.

²⁵ ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, p. 252.

“abrir” y “registrar”. La primera de ellas aparece como de más fácil comprensión pues refiere a la idea de correspondencia cerrada o bien a la de documentación guardada por un cierre, que evidencia que el contenido de información del documento no es de libre acceso, sino sólo para aquellos a quienes esté destinado²⁶.

Bajo tal supuesto, la hipótesis de registro debería significar algo distinto a la apertura. En las regulaciones comparadas, se suelen establecer límites a la protección a la privacidad documental y de correspondencia. Así, el artículo 197 del Código penal español si bien no requiere que los documentos estén cerrados, sí exige tanto el apoderamiento de éstos como la presencia de una tendencia interna trasdente, la intención de descubrir secretos o vulnerar la intimidad²⁷. En el caso de la regulación alemana, § 202 StGB, exige la apertura o el acceso al contenido documental mediante utilización de medios técnicos.

En ese orden de ideas, la interpretación del concepto de registro debiese moverse entre una protección más allá de la mera apertura y una intromisión de mayor intensidad que la sola lectura. Esto último puede apoyarse en consideraciones victimológicas, que enuncian la necesidad de restringir la protección penal de la privacidad a aquellos casos en los cuales la víctima no merece esta clase de tutela y no la necesita, pues no ha utilizado de otros mecanismos de autoprotección a los cuales finalmente puede recurrir²⁸.

Por tanto, la hipótesis de registro debiera por lo menos exigir la presencia de algún mecanismo de custodia por parte del titular del documento o la correspondencia, que puede referirse tanto a la utilización de medios técnicos para acceder al contenido documental cerrado o bien a la ruptura de otra clase de mecanismo de protección, como la apertura de cajones u otros recipientes en los cuales los documentos se encuentran. Más aún, se podría extender en general a todos los casos en los que el contenido de los documentos no es observable a simple vista, sin el desarrollo de una actividad que los haga accesibles a terceros.

c) Por el contrario, en el caso de la captación ilegal de imágenes, sonido o información, se trata de diversas modalidades comisivas que dan cuenta de distintas formas de expresión de la privacidad. Esas distintas alternativas típicas están básicamente determinadas por los objetos de tutela que la norma considera, a saber: (i)

²⁶ Aquí la doctrina aprecia dos modalidades distintas y separadas. La primera referida a la apertura de correspondencia y la segunda al registro de papeles, así ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, pp. 265 y ss.; también POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte especial*, p. 230. Sin embargo, no existe mayor fundamento para esa distinción, en la medida que las hipótesis de abrir y registrar se interpreten como distintas conductas que permiten la vulneración de la privacidad frente a contenidos de información en soporte documental que no sean perceptibles a simple vista.

²⁷ Crítico a esa exigencia vid. JORGE BARREIRO, A., “Delitos contra la intimidad”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) Jorge Barreiro (Coord.) *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, I.

²⁸ Así LK/SCHÜNEMANN, antes del § 201 StGB, N.m. 7, quien invoca el principio victimológico de la protección de la privacidad.

versaciones o comunicaciones; (ii) documentos o instrumentos; (iii) imágenes o hechos. De ello resulta indicativo que la norma del artículo 161-A C.P. regula situaciones que, de no mediar la comisión mediante medios técnicos calificados, se refieren a supuestos subsumibles tanto bajo el artículo 144 C.P. como bajo el 146 C.P.

Según ello, las conversaciones o comunicaciones pueden ser captadas, interceptadas, grabadas o reproducidas. Los instrumentos o documentos pueden ser sustraídos, fotografiados, fotocopiados o reproducidos. Por último, las imágenes o hechos pueden ser captados, grabados, filmados o fotografiados. De esta correlación entre objetos de protección y modalidades de afectación pueden deducirse algunas consecuencias sobre la extensión de la protección otorgada.

Así, en el caso de las conversaciones y comunicaciones y de imágenes o hechos, el acento de las conductas parece estar puesto esencialmente en aspectos relacionados con el comportamiento de la víctima y la capacidad de excluir a terceros del acceso a conductas de carácter privado. En todo caso, todo indica que para que la conducta típica se realice, debe tratarse del comportamiento actual de una persona.

Así, en el caso de la captación, ésta no implica necesariamente su fijación en un soporte físico, por lo que sería suficiente para establecer la punibilidad a ese título, que se observe o escuche una comunicación o un hecho que tiene lugar en un recinto protegido, realizándose esto mediante el auxilio de un instrumento técnico.

Algo distinto ocurre en el caso de las modalidades comisivas referidas no a comportamientos humanos, sino a contenidos sensibles de información con soporte documental²⁹, tipo penal que más bien se acerca al tipo establecido en el 146 C.P. no a la hipótesis de ingreso ilegal en morada ajena. En tal caso, las conductas establecidas se refieren a la posibilidad de hacerse de la información contenida en el documento, para lo cual no es suficiente el observar documentos que se encuentran en el recinto protegido, sino que los medios técnicos han de permitir fijar en algún soporte los documentos.

Cabe aquí mencionar, también, que varias de las hipótesis referidas a documentos implican necesariamente la presencia física del autor en el recinto protegido, lo que se verifica en el caso de la sustracción de los documentos, hipótesis que debe comprenderse como un caso de apoderamiento del soporte documental. En el caso del supuesto referido a fotocopiar el documento, ello procede mediante la sustracción del documento y su fotocopiado en un lugar distinto al recinto protegido o bien la presencia del autor en el recinto protegido y su fotocopiado ahí, de forma subrepticia. Ello salvo la hipótesis de divulgación no autorizada por un sujeto calificado por la facultad de acceder al mismo.

En todo caso, ello se agrava en otras hipótesis. En qué forma se pueden conciliar las hipótesis de sustracción de documentos del artículo 161-A C.P. con la de registro de papeles del artículo 146 C.P. es una cuestión abierta. Si uno quisiera afirmar una

²⁹ Los contenidos de información sensible que se encuentran en soporte informático reciben una tutela especial, conforme a las disposiciones de la ley N° 19.233 relativa a delitos informáticos, en especial los artículos 2° y 4° de ese cuerpo legal.

separación tajante entre afectación de la privacidad por medios físicos o materiales frente a la idea de una formulación referida meramente al uso de elementos técnicos en caso del artículo 161-A C.P., la incriminación de la hipótesis de sustracción es definitivamente mal ubicada, lo cual produce inconsistencias sistemáticas que entorpecen cualquier esfuerzo por racionalizar la interpretación de la tutela penal de la privacidad en nuestro sistema.

Si lo que se pretende es sancionar la sustracción por medios técnicos, la hipótesis se presenta como exótica. En el caso de documentos en formato electrónico, la modalidad está cubierta por las normas de la Ley de Delitos Informáticos. En suma, es la hipótesis sería sólo aplicable en caso del apoderamiento de documentos ajenos en lugares especialmente protegidos, mientras que el mero registro, que frente a esa modalidad tiene el carácter de acto preparatorio de la sustracción, es sancionable o independiente de que los documentos se encuentren en un lugar protegido.

Esas inconsistencias se tornan evidentes cuando se pone en juego, junto al análisis no ya de los objetos de protección de las distintas disposiciones, la variable de los distintos ámbitos de protección considerados por las normas.

4.2. El ámbito de protección

Las tres disposiciones en cuestión poseen, en cuanto a la determinación de ámbito espacial de protección, criterios diferentes. Así, en el caso de los tipos correspondientes al ingreso ilegal en morada ajena y a la captación ilegal de imágenes, sonidos o documentos, se indican ámbitos de protección físicamente concretados, que ese criterio, o uno similar, sea requerido en el caso de la intrusión en la correspondencia o papeles ajenos.

Claro es, en todo caso, que a diferencia de la protección en materia civil o constitucional, la protección en espacios públicos no es dispensada penalmente³⁰. E sólo puede ser relativizado en el caso del tipo del artículo 146 C.P., que no contiene referencia explícita en este punto y en los casos en que la protección es otorgada por otras normas penales del ordenamiento jurídico, tales como las de la Ley de Telecomunicaciones, que sanciona en su artículo 36 b) a quien intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, con lo cual la protección deja de tener su eje en la realización de ésta al interior de un recinto protegido.

En el caso del artículo 144, se trata del concepto de morada, el cual tradicionalmente se ha interpretado como el lugar en que una persona o grupo de personas viven o desarrollan habitualmente determinadas actividades, con exclusión de la presencia de otros³¹, sosteniéndose siempre la independencia del concepto de morada

³⁰ Acertadamente crítico a la desprotección absoluta en espacios públicos BASCUÑÁN, A., "Delitos contra intereses personalísimos", 2 Rev. D. UAI, 2005, p. 550.

da frente al de domicilio en materia civil e interpretándose de forma más amplia que en los casos de los atentados contra la propiedad, lo que reafirma su carácter de delito contra la intimidad³².

Lo relevante es que el concepto de morada se extiende más allá de los lugares de realización de actividades familiares o domésticas y alcanza a recintos laborales. Si se atiende a la protección dispensada, ésta resulta en todo caso más reducida en el caso del acceso físico al ámbito privado, pues una interpretación extensiva del concepto de *morada*³³ del artículo 144 no puede llegar a tal extremo de equipararse con el concepto de *lugar de no libre acceso al público*. Así, es evidente que el ámbito espacial de protección es el segundo elemento que permite definir la protección de la privacidad, pues no sólo la forma de afectación sino también distintos ámbitos de protección caracterizan a las distintas normas.

El concepto de lugar de no libre acceso al público amplía, razonablemente, la expectativa de privacidad del titular del derecho, pues incluye otros recintos en los cuales, pese a encontrarse fuera de la morada, ha de tenerse una fundada pretensión de excluir a terceros. En ese contexto caben todos aquellos recintos en los cuales se realizan conductas que pueden adscribirse, a lo menos, a la esfera de intimidad de una persona.

Mencionábamos que a la esfera de privacidad pertenecen comportamientos relacionados con la muerte, la enfermedad, la desnudez, la sexualidad, entre otros. Así, deben entenderse como protegidos sitios tales como cabinas de examen médico, habitaciones de hospital, cabinas de prueba de ropa en tiendas comerciales, cabinas en piscinas u otros lugares similares. Todos esos son ejemplos de lugares que se corresponden con la idea de sitios en los cuales existe una expectativa de privacidad que ha de ser protegida. En ese sentido, lo relevante no es tanto el cierre al acceso del público, sino más bien los comportamientos que en el recinto pueden llevarse a cabo, siendo la característica física del cierre más bien una expresión objetiva de la voluntad de exclusión de terceros.

Sin embargo, estas reflexiones deben matizarse cuando se trata de la revisión de los supuestos de atentados contra la privacidad que se verifican sobre documentos que contienen información sensible para el titular. Así, el tipo del artículo 146 no contempla ninguna clase de restricciones en cuanto al lugar dónde deben encontrarse los papeles registrados, pues aquí la expresión de la voluntad de excluir a terceros se

³² Lo sostienen en ese sentido LABATUT, G., *Derecho Penal*, T. II, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1983, p. 34; ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, p. 254.

³³ Es indudable que razones sistemáticas (artículo 145 inciso 2º) así como una interpretación orientada a la idea de protección de la privacidad sugieren tener una interpretación del concepto de morada que exceda a la idea de vivienda doméstica. Correctamente en ese sentido, GUZMÁN, J., "La estructura típica del delito de allanamiento de morada", en: del mismo, *Estudios y Defensas Penales*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 8 y ss., O. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, p. 227, quienes ponen acento en la connotación doméstica del lugar al que se ingresa.

da por el hecho que los papeles se encuentren cerrados (*apertura*) o bien su contenido oculto a la simple observación de terceros (*registro*).

4.3. La estructuras de los delitos

Un segundo aspecto clave, ya resuelto, que se trata en todos los casos de modos de tutela de la privacidad, es examinar cuál es la estructura de delito presente en las distintas modalidades.

Así, en el caso de los delitos de ingreso ilegal en morada ajena y de intromisión en la correspondencia y documentación ajena nos encontramos frente a figuras de peligro abstracto. En efecto, las particulares formas de intromisión, que precisan de la presencia física del autor y de la intromisión material, en el segundo caso, son de tal entidad que no se exige el efectivo acceso a comportamientos o informaciones de carácter privado, sino que basta la posibilidad de ésta para justificar el reproche penal. El conocimiento efectivo del comportamiento que sucede al interior de la morada y la percepción efectiva de la información resguardada no se requieren para configurar el injusto sancionado, formas de intromisión de tal entidad justifican el adelantamiento de la punición.

Que ello sea así en el caso del tipo penal del artículo 161-A es discutible, pues la norma se orienta más bien a la lesión, y no a la puesta en peligro de la privacidad. Ello explica la doble restricción de la norma, esto es, que se acceda a comportamientos o informaciones que pertenezcan al ámbito de la vida privada de la persona, cuestión que presupone un examen más allá de la verificación de la calidad del recinto, como la morada o uno de no libre acceso al público. Con otras palabras, el requisito de que se trate de objetos pertenecientes a la esfera privada, es la expresión de la necesidad de la lesión del bien jurídico.

Ello tiene una excepción en la descripción de las modalidades referidas a la sustracción y fotocopia de documentos. La norma no exige la percepción del contenido de información, con lo cual en el caso de sustracción de un documento, ya con el acto de ruptura de la esfera de custodia del titular y posterior configuración de una nueva esfera de custodia sobre los objetos, el delito está realizado.

Que posteriormente se tome conocimiento del contenido de los documentos no es requerido por la disposición. En ese sentido, el artículo 161-A contiene a su vez modalidades de lesión y de peligro para la privacidad, según sea la conducta realizada y el objeto sobre el cual recaiga. Por ello, la mera filmación del interior de un recinto protegido no es relevante, en cuanto no existe una asimilación con el ingreso ilegal en morada ajena. No es relevante la percepción del interior de un ámbito de privacidad, sino el conocimiento que se obtiene respecto a comportamientos de un tercero que están comprendidos en la esfera de privacidad de éste.

4.4. Restricción del ámbito de protección

Si bien la protección de la cual debe gozar el contenido de la información...

tan un balance adecuado entre los intereses del titular de un ámbito privado de información de su vida frente a los intereses que pueden ser esgrimidos por terceros en orden a acceder a ese campo.

En el caso de los tipos penales correspondientes al ingreso ilegal en morada ajena y a la intromisión en correspondencia y documentos ajenos, el riesgo de la intromisión lo soporta el autor, en el sentido de que existe una presunción legal en cuanto al carácter privado de los comportamientos que se desarrollan en la morada y de los documentos y correspondencia, cuyo contenido de información no es perceptible a simple vista³⁴.

Sin perjuicio de ello, son concebibles aún supuestos en los cuales la privacidad no sea puesta en peligro, aun tratándose de esas particulares formas de intromisión. Así, por ejemplo, los documentos en el caso del artículo 146 C.P. La norma pareciese exigir que el documento para ser objeto de tutela como parte de la esfera privada, tenga el carácter de *secreto*. De ello da cuenta la calificación del supuesto, por vía de diferencia los casos de aprovechamiento y revelación del secreto, de aquellos en que no se alcanza ese estadio.

No obstante esa calificación, pareciese que el carácter de secreto del documento es un requisito para considerarlo parte de la privacidad. Ello permite excluir del alcance de la norma, aquellos casos en los cuales el documento registrado es de aquello de carácter público³⁵, como por ejemplo un libro u otra clase de documentos que son de libre acceso. Al perder el carácter de secreto, ellos dejan de pertenecer a la esfera de privacidad del sujeto. Esta afirmación requiere en todo caso de matices, puesto que el objeto *per se* no siempre autodefine su carácter secreto, sino que éste puede establecer en razón de la relación de posesión entre víctima y objeto. Así, si lo secreto no es el contenido del documento, sino más bien el hecho que un documento se encuentre en poder de un determinado sujeto, la afectación de la privacidad se verifica de todas formas.

Finalmente, éste se revela como uno de los aspectos de más difícil concreción respecto a la protección otorgada a título del artículo 161-A C.P., pues por una parte contempla espacios de protección, físicamente considerados, más amplios que el delito de ingreso ilegal en morada ajena, pero al momento de determinar el campo de aplicación lo restringe vía la definición de los objetos de la acción a realizar³⁶. En efecto, no basta aquí con hacer mención a los conceptos genéricos de imágenes, comunicaciones o documentos, pues lo complejo se presenta en la calificación de estos como *privados*.

³⁴ En este sentido ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, p. 268.

³⁵ Así, ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, T. III, p. 268; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, p. 230.

³⁶ Por una exclusión de sanción penal con base en criterios de irrelevancia o conocimiento público de la información, con referencia a comunicaciones, vid. CORP, D., *El delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y documentos*, pp. 37 y ss.

Ante dicha calificación existen dos alternativas:

a) Considerar que toda imagen, comunicación o documentos que sucedan o se encuentren al interior de un recinto protegido por la norma, esto es, la morada u otro de no libre acceso al público, tienen el carácter de privado, con lo cual dicha mención carece de sentido;

b) Entender que al interior de los recintos protegidos es susceptible de efectuar la distinción entre comunicaciones, imágenes y documentos privados y aquellos que no lo son³⁷.

Esta última alternativa presupone la capacidad de diferenciar la connotación de diferentes conductas al interior de los recintos protegidos, cuestión que es posible realizar de la mano de los conceptos elaborados en virtud de la teoría de las esferas de protección.

Así, uno puede distinguir conductas cuya significación guardan una relación más estrecha con el ámbito de privacidad, la denominada intimidad, entre las cuales se cuentan aquellas relacionadas habitualmente con la desnudez, la enfermedad y la muerte, las conductas de significación sexual, entre otras.

Parece que establecer un catálogo taxativo de las conductas que son propias de ese ámbito especialmente intenso de privacidad es una tarea sin sentido, pues la protección a título penal va a depender finalmente de un criterio positivo de comprobación de lo afectado, esto es, de la creación de un riesgo penalmente relevante para la privacidad de las personas, con independencia de un concreto espacio físico³⁸.

En todo caso, esta diferenciación parece ser más sencilla cuando se trata de analizar la hipótesis referida a documentos. En ese caso, la idea de documento privado puede concretarse de manera similar a lo dispuesto en el artículo 146 C.P., con algunas rectificaciones. Así, si el contenido del documento es público la sustracción, fotografía, fotocopia o filmación serían irrelevantes penalmente. Sin embargo, aquí se acentúa la importancia de la hipótesis en la cual lo determinante no es el contenido del documento, sino la circunstancia de que éste se encuentre en el espacio de dominio de un sujeto determinado, pues se cuenta con la razonable expectativa de que terceros no tienen acceso a conocer qué clase de documentos una persona posee en un lugar.

Distintos son los supuestos referidos a las imágenes o sonidos. Una posibilidad es dejar la solución entregada a los criterios caso a caso, con una combinación de variables que hacen de la imagen o la comunicación algo no privado, para la cual

³⁷ Cuestión distinta es que político criminalmente sea más adecuado un criterio puramente objetivo, esto es, de pura delimitación de espacio físico, como definición del ámbito de protección. Aquí no se trata de qué alternativa es preferible, sino más bien de cuál es el sentido que la norma puede tener.

³⁸ Esa es la línea de desarrollo que a lo menos la Corte Suprema de EE.UU. ha ido desarrollando en vista de la jurisprudencia emanada a propósito de actividades de vigilancia de comunicaciones, como se

pueden considerarse tanto factores subjetivos como objetivos. Pareciese no suficiente considerar la mera voluntad del emisor para calificar una imagen o comunicación de público o privado, sino que ha de revisarse también el fin y la forma de la comunicación³⁹. Con ello, el criterio predominante ha de ser el del interés de la víctima en excluir a terceros de esa información, pero limitado a aquellos comportamientos sobre los cuales esa pretensión *ex ante* ilusoria, como en los casos en que la observación/captación es evidente. Al igual que con los documentos, el contenido de la comunicación no prejuzga necesariamente sobre el carácter privado de ésta, pues ello puede venir dado por la calidad especial del receptor.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta indudable que la privacidad es un bien jurídico de gran importancia, sobre cuya necesidad de protección penal no cabe formular, en principio, reparo alguno. Pese a lo anterior, la regulación chilena en la materia destaca por su falta de sistematización en el otorgamiento de esa protección, cuestión que la legislación más reciente en la materia no ha mejorado, sino, por el contrario, se ha tornado aún más inconsistente.

El “modelo” chileno de protección en la privacidad, a lo menos en lo que respecta a los tipos penales fundamentales que nuestro Código penal contempla, se estructura, en buena parte, orientado al paradigma de la protección de espacios físicos, como en el caso del ingreso ilegal en morada ajena y la captación ilegal de imágenes, sonidos y documentos, lo cual si bien contribuye a generar certeza en cuanto al ámbito de extensión de la tutela dispensada, deja fuera de ella numerosos casos en los cuales la expectativa de privacidad estaría racionalmente fundada y en los que la barrera física del recinto aparece como un criterio arbitrario de delimitación.

Ello sucede, por ejemplo, en los casos de interceptación de comunicaciones telefónicas o digitales que ocurren mientras el sujeto se encuentra fuera de un recinto protegido, cuando ello no ocurre a través de señales de telecomunicación o en los supuestos de captación de imágenes en espacios públicos, frente a los cuales el sujeto debería tener una adecuada protección, como son los casos de fotografías a víctimas de accidentes, caso en el cual nos enfrentamos a un ataque a la esfera de intimidad.

La introducción del tipo penal del artículo 161-A fue hecha sin considerar de modo alguno las restantes disposiciones referidas a la protección de la privacidad y ello conlleva importantes problemas dogmáticos. Éstos se presentan sobre todo en la protección referida a la vulneración de la privacidad en cuanto al contenido informativo en documentos, hipótesis, que suele ser poco examinada en comparación con las referidas a imágenes y comunicaciones. Sin embargo, esa disposición conserva aún la vinculación al modelo de protección de espacios físicamente delimitados. Por otra parte, la privacidad documental no tiene ninguna vinculación a espacios físicos, sino sólo al carácter privado de los documentos, lo que se traduce en los problemas para

³⁹ Sobre esto LK/Schünemann, § 201, N.m. 7.

compatibilizar los campos de aplicación del artículo 146 C.P. y del 161-A C.P. en modalidad referida a documentos.

La propuesta de reforma más importante en esta materia es el Anteproyecto de Código penal chileno 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal⁴⁰. Esa propuesta introduce algún grado mayor de sistematicidad en la regulación penal de la privacidad que en el proyecto se le menciona como intimidad, pero conserva graves defectos en la regulación. Pese a agrupar las conductas de intromisión e indiscreción en un solo apartado sistemático, contempla graves incoherencias en el articulado.

Mientras que en el artículo 135 del proyecto, la captación ilegal de comunicaciones o palabras se concretiza en un criterio normativo "*no emitidas públicamente*" las imágenes se restringen a la *morada*, concepto que de acuerdo al artículo 139 del mismo proyecto se refiere al lugar cerrado y de acceso restringido en el cual uno o más personas mantienen su hogar doméstico, ejercen habitualmente su profesión u oficio y otras actividades cotidianas o permanecen con una razonable expectativa de intimidad.

Esta última referencia la *expectativa de intimidad* pareciera re-normativizar el ámbito de protección, pero se presenta la exigencia de permanencia, con lo cual los ámbitos en los cuales una persona se sitúa de forma momentánea, como una cabina de examen médico, quedarían excluidos. Con ello se restringe, de forma inadecuada la actual tutela penal dispensada por el artículo 161-A C.P.

Resulta evidente, entonces, que previo a una nueva sistematización de estos delitos, se requiere tomar algunas decisiones de coherencia, que parten por definir un criterio orientado meramente a la *expectativa de privacidad*, más amplio pero más vago, frente a uno concretizado en espacios físicos, que es más restringido pero otorga mayor certeza. Sólo a partir de esas decisiones previas, es posible configurar distintas formas de vulneración de lo protegido.

Es indudable que estas materias seguirán creciendo en importancia, pues no sólo los métodos de afectación de la privacidad se tornan más sofisticados, sino que en una sociedad con relaciones más complejas, donde informaciones estratégicas son parte esencial de la capacidad de desenvolvimiento de las personas y donde los medios se interesan de forma mayor en aspectos de vida privada, sólo es posible esperar una intensificación de esta clase de conductas, que debe ser acompañada de la necesaria reflexión dogmática.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEX, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden-Baden, 1994.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro, *La protección de los datos personales y el derecho a la vida privada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

⁴⁰ Puede consultarse en http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf (última visita el 15-04-2008).

- BARROS, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Protección Penal de los Derechos Constitucionales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 3, Santiago, 1994.
- _____, Delitos contra intereses personalísimos, 2 Rev. D. UAI, 2005, pp. 531-556.
- BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John, La protección de la vida privada y los artículos 161-A y 161 -B del Código penal chileno, Gaceta Jurídica N° 57, pp. 9 y ss.
- CORP HOCES DE LA GUARDIA, Diego, El delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y documentos, La Ley, Santiago, 2001.
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, 3ª ed. revisada y actualizada 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Privacidad y Publicidad, DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 21, Vol. 1, 1998, pp. 223 y ss.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, La estructura típica del delito de allanamiento de morada, en: del mismo, *Estudios y Defensas Penales*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 8 y ss.
- FORVITZ, María Inés/LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ÄHNKE, Burkhard/LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/ODERSKY, Walter (Eds.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11ª ed., De Guyter Recht, Berlin, 2005, citado LK/autor.
- LEINDAHÄUSER, Urs/ NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Eds.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005, citado NK/autor.
- ABATUT, Gustavo, Derecho Penal, T. II, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- LUZÓN, Diego-Manuel, Protección penal de la intimidad y derecho a la información, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLI, Fasc. I, 1988, pp. 39 y ss.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO, Blanca, La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger, DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 13, 1993, pp. 191 y ss.
- VEDINA SCHULZ, Gonzalo, La captación no autorizada de imágenes en el Derecho penal alemán: el 201A StGB, Estudios Penales y Criminológicos, XXVI, pp. 425 y ss.
- OGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*, LexisNexis, Santiago, 2002.
- OLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando, Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLIII, Fasc. I, 1990, pp. 197 y ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.) JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.) Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid, 1997.

RÍOS LABBÉ, Sebastián, La protección civil del Derecho a la intimidad, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 68 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, Das strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 90, 1978, pp. 17 y ss.

WARREN, Samuel/BRANDAI, Louis, The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV, N° 5, 1890, pp. 193 y ss.