

## II. Corte Suprema

### 1. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

#### DELITO DEL ARTÍCULO 161 A DEL CÓDIGO PENAL

I. GRABACIÓN Y DIVULGACIÓN DE HECHOS DE INTERÉS PÚBLICO. GRABACIÓN DE CONDUCTA QUE TRANSGREDE LA ÉTICA PROFESIONAL. GRABACIÓN Y DIVULGACIÓN DE CONVERSACIÓN EN QUE SE PARTICIPA NO VULNERA EL DERECHO A LA INTIMIDAD. LEGÍTIMO EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA. II. VOTO DISIDENTE: GRABACIÓN Y DIVULGACIÓN DE CONVERSACIÓN SIN EL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO. INTROMISIÓN INDEBIDA A LA PRIVACIDAD.

#### HECHOS

*El juzgado del crimen condena a los encausados, periodistas que grabaron y divulgaron en televisión abierta la conversación sostenida con un médico en su consulta, quien les extendió licencias falsas, como autores del delito del artículo 161 A del Código Penal, acogiendo también la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en su contra. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia del a quo, veredicto que es impugnado por los condenados mediante recurso de casación en el fondo. Éste será acogido por el Máximo Tribunal, que lo acoge y anula el fallo de segunda instancia, dictando uno de reemplazo que absuelve a los acusados y rechaza la acción civil deducida.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (acogido).*

Rol: *N° 8.393-2012.*

PARTES: *“C/Jaime Lara Montecinos y otros”.*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica Arancibia, Sr. Hugo Dolmestch Urra, Sr. Carlos Künsemüller Loebenfelder, Sr. Alfredo Pfeiffer Richter y Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona González.*

#### DOCTRINA

- 1. El delito contemplado en el artículo 161 A del Código Penal abarca un aspecto de la privacidad en un sentido espacial o referido al lugar físico en que se verifica la conducta punible, cuando exige que se trate de “recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público” y, en otro ámbito, alcanza a la protección del secreto o la infracción del deber de*

*discreción respecto de hechos de carácter privado. El carácter privado de una conversación no está reservado a todo aquello que el titular otorgue esa denominación, porque podría llegarse a extremos de subjetivización en que carecería de toda certeza la conducta que el tipo penal reprime, pero sí puede afirmarse que el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público. Por consiguiente, si bien no se demostró la comisión de un ilícito por los presuntos afectados, lo cierto es que su conducta –otorgamiento de licencias médicas falsas– importa al menos una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud, cuestión que reviste un interés público con mérito suficiente para ser socializada, lo que permitirá en último término el fin de una situación reprochable e inconveniente. Dicho de otro modo, la conversación de los periodistas que se hicieron pasar por pacientes con el médico no tiene carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública. Refuerza la conclusión expuesta el artículo 30 de la Ley N° 19.733, que señala cuáles hechos se consideran de interés público de una persona, pues la actuación de los acusados se encuentra inserta en el ejercicio de la función periodística en aras de un interés social prevalente (Considerandos 4° a 6° de la sentencia de casación de la Corte Suprema).*

*Por otra parte, la intromisión ilegítima aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrá ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, de lo que sigue que para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad, pues respecto del interlocutor la indiscreción no puede ser sancionada, al menos penalmente, salvo los casos en que intervienen personas que en razón de su actividad u oficio les es exigible el secreto profesional. La doctrina nacional y la jurisprudencia comparada enseñan que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad. En la especie, no existió intromisión no autorizada en la vida privada de una persona, porque el registro, captación o grabación de la comunicación no fue realizada por un tercero ajeno capaz de actuar como titular de la acción intrusiva, por lo que su difusión también permanece al margen del reproche penal. No hay, en consecuencia, observadores ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, de modo que cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podría reproducirla (Considerandos 7° y 8° de la sentencia de casación y 4° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema).*

*Tampoco hubo despliegue de medios destinados a engañar que viciaran el ingreso a la consulta del médico, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a la misma, que no fuese el hecho de presentarse los acusados como presuntos pacientes. Todo el resto corre por cuenta de la supuesta afectada, quien despliega un comportamiento que devela el interés público por darlo a conocer. Existe, por consiguiente, una razonable proporción entre el interés que los periodistas buscaban: saber si se otorgaban o no licencias falsas y el medio escogido para lograrlo. No se advierte, entonces, interferencia ilegítima a la intimidad de la afectada. En este mismo sentido, fue el titular del derecho a que alude el artículo 161 A del Código Penal quien permitió el ingreso a su consulta de desconocidos y, pese a ello, recorrió el velo de protección de esa supuesta privacidad, realizando actos que permitieron dejar en evidencia la irregularidad investigada. En tales circunstancias no puede posteriormente reclamar amparo del ordenamiento jurídico cuando fue precisamente su propia conducta la que dio pábulo a la difusión de esas imágenes. La decisión de un profesional de la salud que accede sin ningún cuestionamiento a la realización de un hecho que eventualmente puede conducir a un fraude al sistema de salud, debe aceptar el riesgo de que su conversación pueda ser reproducida posteriormente a terceras personas o, incluso, ante la opinión pública, dado el interés público comprometido (Considerandos 1° a 3° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema).*

*En suma, la conducta de los acusados no constituyó una afectación a la privacidad e intimidad protegidas por el artículo 161 A del Código Penal, y un eventual atentado a la honra —que el tipo no sanciona— nace de los propios actos de los presuntos afectados, consistentes en ofrecer licencias médicas sin justificación alguna (Considerando 9° de la sentencia de casación de la Corte Suprema).*

- II. (Voto disidente) *Que dos sujetos irrumpen en un recinto que no era de libre acceso al público y graben una conversación privada entre un profesional de la medicina y quienes se presentaron como pacientes, la que posteriormente es profusamente difundida a través de un canal de televisión abierta sin consentimiento del afectado, además de constituir una intromisión indebida a la privacidad del afectado, configura el delito del artículo 161 A inciso 1° del Código Penal (Considerando único de la disidencia de la sentencia de casación de la Corte Suprema).*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *artículo 161 A del Código Penal.*

PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS  
Y DE LA INTIMIDAD

CAROLINA SUAZO SCHWENCKE\*

La creciente preocupación social por el registro de sonido o audiovisual y difusión de comunicaciones de carácter privado encuentra su fundamento en el avance de tecnologías que permiten su captación, interceptación, grabación, y en general, su fijación o perpetuación a través de cualquier medio que permita su obtención de forma subrepticia y su posterior difusión masiva en medios de comunicación o en espacios virtuales de libre acceso.

Frente a esta realidad la protección del derecho a la intimidad adquiere cada día mayor relevancia.

El artículo 161-A incorporado a nuestro Código Penal por la Ley N° 19.423 el año 1995, sanciona 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 hechos del mismo carácter. Sanciona, por último, a quien difunda las referidas conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes o hechos.

Su aplicación se funda en la afectación del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones, ambas garantías fundamentales inherentes a toda persona y reconocidas por nuestra Constitución en el artículo 19 N° 4 que consagra el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; y en el artículo 19 N° 5 que tutela la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, salvo los casos y formas determinados por la ley.

La sentencia de la Excm. Corte Suprema, acoge el recurso de casación en el fondo presentado por la defensa de los condenados, en atención a que los hechos determinados –ingreso de periodistas de un canal de televisión a la consulta de una profesional haciéndose pasar por pacientes privados para averiguar el otorgamiento de licencias médicas supuestamente falsas, sin autorización de la afectada, grabándola con una cámara oculta y luego difundiendo la grabación por el canal de televisión– no cumplen todas las

\* Abogada Universidad de Concepción, Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte.

exigencias de los ilícitos que sanciona el artículo 161-A del Código Penal, en las modalidades contenidas en sus incisos 1° y 2°, dictando la respectiva sentencia de reemplazo que absuelve a los condenados.

Para estimar que los hechos son atípicos, la sentencia que se comenta, se basa principalmente en dos ejes fundamentales, que resultan controvertidos, relacionados en primer término con el carácter privado de las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos o hechos; y en segundo lugar, con la determinación de la calidad de sujeto activo del delito.

En relación al primer punto, para analizar el carácter privado de una comunicación debemos necesariamente remitirnos al bien jurídico protegido que corresponde a la intimidad. Al respecto cabe tener presente que estamos en presencia de un concepto altamente complejo por sus dificultades de delimitación y en cuya precisión influyen factores culturales y políticos. La doctrina señala que, en su versión expansiva, la intimidad es la parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. La misma garantiza la libertad frente a intrusiones por parte del gobierno (entre otros, el secreto de las comunicaciones y la titularidad particular de los datos informáticos) y de los particulares (la cual incluye también el secreto en su aspecto material, la protección al honor)<sup>1</sup>. De esta forma, el carácter privado de la comunicación se relaciona directamente con la esfera íntima de un sujeto evitando intromisiones tanto del aparato estatal como de particulares. La doctrina nacional en la materia, señala que comunicaciones o conversaciones de carácter privado son aquellas donde el conocimiento de las mismas está bajo control de quien emite la comunicación o conversación, por cuanto atañen a aspectos reservados de su vida o la de sus más próximos, vedados para terceros.<sup>2</sup>

El fallo señala que el carácter privado de la comunicación desaparecería en el caso en particular, por tratarse de conductas que revisten un interés público de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Prensa N° 19.733. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta afirmación, en primer lugar, porque el referido artículo de la Ley de Prensa se refiere a las injurias co-

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando, Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, en *ADCPCP* (1990), p. 208.

<sup>2</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 1ª ed. (Santiago, 2004), p. 228. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. (Santiago, 1999), p. 276.

metidas a través de un medio de comunicación social y no a atentados a la intimidad. En efecto, la disposición impide como regla general el recurso de la *exceptio veritatis* en los casos de injurias, obligando a los periodistas a acreditar que en la imputación de hechos determinados se estaba defendiendo un interés público real, o que el afectado ejerce funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio. A mayor abundamiento, agrega los hechos que se considerarán de interés público pero “para los efectos del presente artículo”, esto es, para los casos de injurias previstos en la ley y no para violaciones a la intimidad como el caso que analizamos.<sup>3</sup>

Si bien no desconocemos que pueda darse con frecuencia en la práctica la colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, en el caso específico, no existe tal enfrentamiento. En efecto, aunque pudiera justificarse la difusión de información *legítimamente* obtenida por existir un interés público real, éste es irrelevante para justificar una intromisión oculta e ilegítima que afecta el derecho a la intimidad.

Distinto es el razonamiento de la Excma. Corte en causa Rol N° 3.005-06 de fecha 9 de agosto de 2007, en que fueron condenados como autores del delito previsto en el artículo 161-A periodistas que ingresaron al despacho de un juez y filmaron con una cámara oculta la conversación que sostuvieron con él. En tal caso, se refirió a la ilegitimidad de la grabación y a la gestación, organización y elaboración de un plan que, de modo ilícito, se llevó a cabo.<sup>4</sup>

En segundo lugar, no obstante lo ya indicado, el mismo artículo 30 de la Ley de Prensa señala entre los hechos que se estimarán de interés público, en su letra d) “Las actuaciones que, *con el consentimiento del interesado*, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social”, siendo indiscutible en este caso que no existió consentimiento del afectado.

A nuestro juicio, no resulta aceptable que se le permita a periodistas de un medio de comunicación social realizar actos de intromisión en la intimidad

<sup>3</sup>En efecto, GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Tomo III Parte Especial, 1ª ed. (Santiago, 1998), p. 198, señala que la diferencia entre honor e intimidad ha inclinado al legislador a establecer sistemas de protección penal independientes para uno y para otro, en el Código Penal. La distinción –entre otros aspectos– tiene repercusiones en instituciones como la *exceptio veritatis*, que en el caso de atentados a la intimidad –en principio– no debería proceder, aunque sí en la injuria y la calumnia.

<sup>4</sup>Sentencia de reemplazo Rol N° 3.005-2006 de fecha 9 de agosto de 2007, considerando 5° y 6°.

de una persona para obtener “pruebas” que sólo pueden conseguirse en los casos y formas determinadas por la ley, esto es, previa solicitud de la Fiscalía al Juez de Garantía respectivo para ser cumplidas por alguna de las policías. El artículo 19 N° 5 de la Constitución es claro al garantizar la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, señalando como excepción los casos en que la ley lo autorice expresamente. Puede ser reprochable el contenido de esa conversación privada, pero aquello no autoriza su grabación fuera de los casos autorizados por la ley.

En consecuencia, no concordamos con el criterio utilizado en la sentencia de reemplazo, al señalar en sus considerandos segundo y tercero que el titular del derecho a la intimidad permitió el ingreso a su consulta a dos desconocidos y pese a ello, descorrió el velo de protección de esa supuesta privacidad y realizó actos que permitieron dejar en evidencia la irregularidad investigada, agregando que debe aceptar el riesgo de que su conversación pueda ser reproducida posteriormente a terceras personas. En el caso que nos ocupa, la afectada permitió el ingreso a su esfera de intimidad de dos personas que concurrieron a la consulta en calidad de pacientes (en realidad simulando serlo), en el contexto de una relación médico-paciente, por esencia de confianza. No es posible asumir en ese tipo de relaciones un “riesgo de indiscreción” y que luego sea difundida a otras personas. Del fallo que se comenta y de los hechos que se dieron por establecidos durante el proceso consta la afectación a la esfera de la intimidad de quien emitió la referida comunicación, por lo que resulta aplicable la figura del artículo 161-A del Código Penal.

El segundo eje en que se basa la sentencia de la Excma. Corte para estimar que los hechos son atípicos –y que no compartimos– es el análisis que realiza de la calidad de sujeto activo del delito, señalando que “para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado, o bien el que difunda la información así obtenida, debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad”.

Sin embargo, si son varias las personas que intervienen en una comunicación privada, en caso de ser físicamente posible, la autorización debe ser otorgada por todas. Si una de ellas no autoriza, ciertas modalidades típicas podrían considerarse cometidas en su contra.<sup>5</sup> La doctrina agrega que si sólo una de

---

<sup>5</sup>POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 231.

las personas partícipes en la conversación consiente (en este caso en la grabación) debería ser considerada partícipe de la acción punible.<sup>6</sup> Tratándose la intimidad de una garantía constitucional no resulta posible considerar una mera expectativa de privacidad, por corresponder a un derecho inherente a todo ser humano.

Si el sujeto pasivo del delito es la persona titular del bien jurídico protegido, esto es, a quien se le ha vulnerado su derecho a la intimidad sin su autorización en un recinto privado o en un lugar que no es de libre acceso al público, cualquier otro partícipe en esa comunicación, que no es titular del bien jurídico que se tutela puede participar en calidad de autor del delito contemplado en el artículo 161-A. De otra forma sería incomprensible el inciso tercero del mismo artículo que señala la pena aplicable para el caso de ser la misma persona la que haya obtenido la intervención y luego la haya divulgado.

Para finalizar, haremos referencia a otros dos elementos del tipo penal del artículo 161-A, esto es, el lugar de comisión y la circunstancia del consentimiento o autorización del afectado. Respecto a la exigencia típica del lugar donde se realiza la intromisión, esto es, recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. En la sentencia que se analiza, tal como señalan los disidentes, la consulta de un profesional en un hospital, claramente corresponde a un lugar que no es de libre acceso al público, puesto que no se tolera el acceso indiscriminado, sino sólo de aquellos que están autorizados a ingresar,<sup>7</sup> pudiendo incluso estimarse que corresponde a un recinto privado.<sup>8</sup> En relación a la falta de autorización del afectado, tal circunstancia aparece como evidente cuando la grabación se realiza por medios ocultos, como en el caso que estudiamos.

<sup>6</sup>RODRÍGUEZ MARÍN, Fernando, ob. cit., p. 221.

<sup>7</sup>Así lo señala expresamente ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 276, quien indica como ejemplo de lugares que no son de libre acceso al público las áreas reservadas a la atención de los pacientes o enfermos dentro de los hospitales o policlínicos.

<sup>8</sup>En este sentido POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 1ª ed. (Santiago, 2004), p. 230. Señalan que el término recinto privado es más amplio que el lugar doméstico, incluyendo oficinas de profesionales.