

## LA PRIVACIDAD Y LA INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA COMO LÍMITES AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES JURISDICCIONALES

EUGENIO EVANS ESPÍÑEIRA\*

**RESUMEN:** El respeto y protección de la vida privada de las personas y la inviolabilidad de su correspondencia se erigen, en cuanto derechos fundamentales de las personas, como ineludibles deberes y rigurosas prohibiciones para todo órgano del Estado. El poder constituyente ejecutó la función que le es propia en los numerales 4º y 5º del artículo 19º de la Constitución al describir el marco de protección de la privacidad. El legislador, de muy diversas maneras, estableciendo restricciones, requisitos para la incautación y revisión de la correspondencia y aun, tipificando la interceptación o escucha no autorizada de conversaciones privadas ajenas. El Poder Judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional, debe ser especialmente riguroso en la protección de los derechos vinculados a la privacidad e intimidad de las personas y por ello, en un Estado de Derecho, no pueden ser precisamente los Tribunales de Justicia los que, con sus actuaciones, lesionen el ejercicio pleno de esos derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Intimidad - vida privada - garantías constitucionales.

**ABSTRACT:** Each and every individual must be respected, his or her private life must be protected and his or her private correspondence must be not opened by third parties. These are fundamental rights as well as inescapable duties and stringent prohibitions to be abided by every State body or government agency. So were they in Chile when numbers 4 and 5 of article 19 of the Constitution were written, setting up the framework for privacy protection in this country. And indeed, there are many ways to protect one's privacy. First of all, for private cards or letters to be taken off or revised by the authorities, it must be complied with an array of restrictions and requisites. If private conversations between individuals are listened to or intercepted without the interceptor or the listener being properly authorized, this makes it a violation of criminal law. Because of its very role, it is important for the Judiciary to take special care to protect rights related to the individuals' privacy and intimacy. That is why, in a country which prides itself to be governed by the Law, the courts cannot infringe or interfere with the full exercise of these fundamental rights.

**Key words:** intimacy, private life, fundamental rights.

### INTRODUCCIÓN

Con fecha 13 de enero del año 2005 la Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el recurso de protección deducido por un conjunto de profesionales que prestan servicios en la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, recurso deducido en contra de la Sra.

---

\* Abogado, Profesor de Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile.

ministra de la misma corte, doña Gloria Ana Chevesich Ruiz. La sentencia de la Corte de Apelaciones rechazó el recurso de protección por estimar, en lo sustancial, que la ministra recurrida estaba facultada o gozaba de las potestades jurisdiccionales para incautarse de la totalidad de los correos electrónicos enviados o recibidos por los funcionarios de esa repartición pública entre los años 1997 y 2003.

La ministra Chevesich tiene a su cargo, en carácter de visitadora extraordinaria, la causa conocida como MOP-GATE, en la que se investigan contratos y otras operaciones efectuadas por funcionarios de concesiones del M.O.P. para determinar si concurre el delito de fraude al fisco y las responsabilidades penales consecuentes. En el proceso de investigación dictó la resolución que motivó el recurso de protección señalado, el cual se sustentó, precisamente, en la vulneración de las garantías constitucionales relativas a la privacidad, la honra de las personas y su familia y la inviolabilidad de la correspondencia. Tratábase de una primera y excelente oportunidad para que los tribunales de cautela de los derechos fundamentales trazaran el “límite acerca de lo que es permitido recorrer dentro de una investigación criminal sin atentar en contra de los derechos constitucionales del respecto y protección de la vida privada, asegurado en el N° 4 y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, consagrado en el N° 5, ambos del artículo 19° de la Constitución”<sup>1</sup>.

En este artículo de trataré de estudiar el significado de los derechos fundamentales citados, los requisitos que establece la misma Carta Fundamental para poder, legítimamente, restringir el marco de protección que ella contempla y, en definitiva, cuándo será posible –y conforme a derecho– que un juez (o bien algún fiscal del Ministerio Público), en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales (o de investigación y persecución de un delito) se incaute de la correspondencia privada de las personas.

## LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIDAD

Numerosas son las disposiciones de la Constitución de 1980 que se dirigen a cautelar, reconocer y proteger a la familia. Se la define como el núcleo fundamental de la sociedad, aquel grupo necesario, inherente a la condición de seres humanos a quienes se destina el marco protectorio de toda Constitución Política; la familia es la base del desarrollo personal y futuro de los individuos y por ello, el Código Político no puede prescindir de normar ciertos aspectos esenciales de su desarrollo.

Dentro de tales aspectos, imperativo es citar preceptos del catálogo de derechos fundamentales que se refieren, en forma más o menos directa, a la familia sea en su formación (art. 19 N° 1), su intimidad y la privacidad que ampara el marco de sus relaciones (art. 19 N° s 4° y 5°), el régimen de responsabilidad y participación en el desarrollo de sus integrantes (art. 19 N°s 10 y 11). Aquí, específicamente, nos haremos cargo de los derechos vinculados a la privacidad por ser ellos fuente permanente de discusión acerca de los límites que forman su tutela constitucional y por abarcar ese

---

<sup>1</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián. Informe en Derecho presentado ante la Corte Suprema en Recurso de Protección de los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones.

concepto –la privacidad– no solo la intimidad del hogar sino que también su inviolabilidad y la de toda forma de comunicación privada.

Para entender el concepto de privacidad, por lo menos en la forma en que cabe referirse a él conforme a la Constitución, haremos cita de alguna parte del debate habido en la Sesión 129 de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980. En ella, de acuerdo con la exposición de los comisionados, los numerales 4 y 5 del que hoy es el artículo 19º, concentran la protección que la Carta Fundamental da a la privacidad como noción que “envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o invasión externa”<sup>2</sup>. Fue don Alejandro Silva quien en la misma sesión enfatizó la profunda relación existente entre la protección de la vida privada y la inviolabilidad del hogar, tanto que propuso que constituyeran un solo precepto en el cuadro de los derechos constitucionales. Según sus palabras: “En consecuencia, lo que pretende este precepto es colocar, en una sola forma, no solo dos garantías, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, sino también la afirmación genérica –que puede tener enormes consecuencias en el orden jurídico– de todo lo relativo al santuario íntimo de la persona, como son el respeto a su propia intimidad, a su propio honor”<sup>3, 4</sup>. Vinculada la privacidad con la intimidad y los medios de comunicación, Jaime Guzmán señalaba que “la intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por lo tanto, de menor alcance y extensión”. Enseguida expresa que lo anterior “tiene una trascendencia bastante grande y habrá que hacer algún tipo de relación sobre el punto cuando se trate el tema de los medios de comunicación, sin perjuicio de que en esta materia, ya sea referido a los medios de comunicación o a otras manifestaciones en que el consagrar este derecho pueda adquirir una importancia práctica muy grande; va a ser la jurisprudencia la que en definitiva irá calibrando o precisando a quién y hasta dónde alcanza este derecho de privacidad. Al decir que esta materia no solamente tiene importancia desde el punto de vista de los medios de comunicación, quiere hacer referencia también al hecho de que a él le ha impactado muchas veces el que en reparticiones o instituciones, ya sean del sector público o privado, se suelen exigir, por parte de la autoridad, datos o antecedentes o practicar investigaciones que violan la privacidad de las personas...”

La doctrina también se ha hecho cargo del concepto de privacidad, casi siempre vinculándolo a la vida privada. Así, la vida privada es “el conjunto de asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo. La intrusión en ellos quebranta, en consecuencia, el bien jurídico constitucionalmente asegurado”<sup>5</sup>. Igualmente, Evans de la Cuadra sostiene que el concepto de “vida privada” está directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, compar-

<sup>2</sup> GUZMÁN E., Jaime, Sesión 129 CENC.

<sup>3-4</sup> Citado por EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Derechos Constitucionales III* Edición Actualizada, Tomo I (Ed. Jurídica de Chile, 2004).

<sup>5</sup> CEA E., José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. (Ediciones Universidad Católica de Chile, Enero 2004), p. 178.

ten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”<sup>6</sup>.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social se han pronunciado acerca de la vida privada de las personas, cada cual en su ámbito. Sostuvo el segundo que “el medio (de comunicación) respetará la vida privada de las personas. Entendemos que la vida privada se refiere a las conductas, el espacio que cada persona necesita y desea mantener alejados de los ojos y oídos extraños. Se trata del núcleo de la vida personal, del recinto de expansión y verdadera libertad del sujeto, que este no acepta compartir con nadie o que comparte con sus íntimos. Constituyen aspectos de la vida privada, el hogar doméstico, la oficina o lugar de trabajo, ...las reuniones, las conversaciones y comunicaciones privadas, los archivos de correspondencia y documentos, las funciones íntimas del individuo, las conductas que este desarrolla naturalmente en reserva, su vida afectiva y sexual, los defectos físicos o morales que mantiene en reserva, y otros aspectos privados de naturaleza semejante”<sup>7</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que “la Carta Fundamental asegura a todas las personas, sin distinción ni exclusión alguna, en su artículo 19 N° 4 inciso primero, “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”. En tal sentido considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro”<sup>8</sup>.

Ahora bien y como lo señalamos, la privacidad es un bien jurídico que alcanza al individuo en todas sus manifestaciones, protegiéndolo de exposiciones o intromisiones que terceros puedan o quieran efectuar respecto a toda clase de relaciones que sostenga. Alcanza, por tanto, la privacidad a la inviolabilidad de la correspondencia, y en general, de toda forma de comunicación privada en la forma y del modo que lo expresamos a continuación.

La Constitución asegura la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. “La trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de la intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza, y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad. La injerencia ajena —que se produce con el acceso que

<sup>6</sup> CEA E. (n. 5), p. 242.

<sup>7</sup> Resolución N° 55, junio de 1977 del Consejo de Ética de Medios de Comunicación Social.

<sup>8</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 389/2003, consid. 18.

extraños tengan a la exteriorización de ideas, pensamientos y sentimientos privados—, atenta contra el pudor de la intimidad natural del hombre, y afecta a su personalidad y plena libertad”<sup>9</sup>.

También la jurisprudencia constitucional ha hecho análisis respecto de este bien jurídico al señalar que resulta “oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia”<sup>10</sup>.

La inviolabilidad de las comunicaciones comprende la protección de la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, electrónicos, télex y los emitidos por cualquier otro medio. La inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueña o tenedoras legítimas. “Como regla general, puede establecerse que los recintos privados, las comunicaciones y los documentos personales, familiares y de trabajo no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que algún texto legal lo autorice, para casos determinados y de excepción y con formalidades que eviten o impidan el abuso o la arbitrariedad”<sup>11</sup>.

Como se aprecia, el marco cautelar excede por mucho la mera correspondencia epistolar y que por ello la comunicación privada a que se refiere el texto del N° 5 del art. 19° de la Constitución comprende toda forma existente o que la tecnología y la ciencia creen para servir a la comunicación entre los individuos. Por ello se señala que “hoy las comunicaciones son muchas: epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etc. Por supuesto, esas y otras especies de comunicación, siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio” y por ello, “se lesiona la esencia de este derecho cuando un tercero, sea órgano estatal o espía particular, realiza seguimientos, capta imágenes, graba conversaciones, intercepta correspondencia, etc., en el hogar o fuera de él”<sup>12, 13</sup>.

Aprovechamos aquí para afirmar que un correo electrónico es equivalente a una llamada telefónica, dado que ambas pueden ser comprendidas dentro del término *telecomunicación*.

<sup>9</sup> GÁLVEZ B. Ricardo “Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3, 1192.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, sentencia citada supra, consid. Decimonoveno.

<sup>11</sup> EVANS, ob. cit. p. 224.

<sup>12</sup> CEA, ob. cit. p. 195.

<sup>13</sup> Existen en nuestro ordenamiento diversas disposiciones de orden legal que complementan la Constitución en estas materias, entre ellas: 1) La Ley N° 19.628 que regula el tratamiento de datos personales; 2) El art. 2° de la Ley N° 19.223 sobre delitos informáticos que tipifica la interferencia, interceptación o acceso no autorizado a un sistema de tratamiento de información, hecho con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente los datos en él contenidos. El art. 4° del mismo cuerpo legal penaliza la difusión o revelación maliciosa de los datos contenidos en un sistema de información; 3) Los arts. 144 y 146 del Código Penal sancionan la violación de morada y apertura de correspondencia, respectivamente; 4) El art. 36° de la Ley General de Telecomunicaciones sanciona la interferencia, interceptación o interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Esta equivalencia encuentra expreso reconocimiento en el dictamen 0260/0019 de 24 de enero de 2002 de la Dirección del Trabajo, y es compartida por los expertos en materia informática.

Al efecto, se ha señalado que “el dictamen en cuestión comienza considerando que, en el tratamiento de la situación, aparecen dos valores constitucionales en conflicto: la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad.

“Antes de emitir pronunciamiento, la Dirección del Trabajo considera situaciones análogas a las que tienen lugar con el uso del correo electrónico, en que colisionan ambos derechos, particularmente con las llamadas telefónicas, evento en el cual el empleador no debe imponerse del contenido de las comunicaciones, aun siendo los medios de su propiedad. Práctica que se extiende a *lockers*, casilleros, gavetas de escritorio y otros espacios que considera “una proyección natural de la persona”. A partir de ello, concluye la Dirección del Trabajo que “con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico”.

“Con todo, pasa a considerar la Dirección del Trabajo la regulación formal del uso de los *e-mail* por el empleador, admitiendo la incorporación de preceptos con el fin específico de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes en el reglamento interno de la empresa, sujeto a régimen de impugnación previsto en el Código del Trabajo”. Además, estima la dirección del Trabajo que la regulación de esta materia también puede tener lugar por vía del contrato individual de trabajo o instrumento colectivo, en su caso. Ahora bien, en uno u otro caso, la regulación no puede ni debe significar limitar la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada en sí, desde que ello se encuentra impedido aun al propio legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 número 26 de la Carta Fundamental<sup>14-15</sup>.

## LA PRIVACIDAD Y LAS POTESTADES JURISDICCIONALES CONFERIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA INVESTIGAR UN DELITO

Como fuera expuesto, funcionarios de una determinada repartición estatal dependiente del Ministerio de Obras Públicas dedujeron un recurso de protección en contra de la ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, Gloria Ana Chevesich. El acto denunciado de ilegal y arbitrario consistía en una resolución judicial dictada en el proceso conocido públicamente como MOP-GATE, instruido por la Sra. Jueza citada en carácter de visitadora ante el 17° Juzgado del Crimen de Santiago.

El tenor de la resolución, de fecha 15 de septiembre del año 2004, era, en lo sustancial, el siguiente: “Se dispone la incautación de todos los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordina-

<sup>14-15</sup> CERDA SILVA Alberto. Comentario al Dictamen de la dirección del Trabajo. Uso del correo electrónico por los trabajadores. P. 158. *Revista Chilena de Derecho Informático*. N° 1 Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2002. Citado por MATURANA M., Cristián, en Informe en Derecho, cit. supra.

ción General de Concesiones emitieron entre los años 1997 y 2003. Para ese efecto, los funcionarios de la Brigada Investigadora de Delitos Económicos encargados de cumplir la diligencia, deberán constituirse en dependencias de la Unidad de Informática de la Coordinación General de Concesiones. La diligencia deberá llevarse a cabo conforme a las prescripciones de los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal”.

Se sostuvo por los recurrentes que era ilegal la citada resolución judicial al disponer semejante incautación sin dar cumplimiento a los requisitos de fundamentación, determinación o especificidad e individualización que se requiere por el legislador para que se pudiera decretar semejante diligencia, y que además, importaba una clara privación o a lo menos perturbación a la vida privada, intimidad e inviolabilidad de correspondencia de las personas recurrentes, ninguna de las cuales tenía relación alguna con el proceso criminal citado, es decir, no eran imputados de delito alguno, menos procesados ni siquiera había sido citados como testigos o para cualquier diligencia del proceso.

Además, la consideraron arbitraria, porque resultaba desproporcionado pretender abarcar la incautación de todos los correos electrónicos que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones emitieron entre los años 1997 y 2003, por abarcar con ello una cantidad de información que claramente versará a lo menos y en todo caso mayoritariamente sobre materias que no guardaban ninguna relación con el proceso penal en el cual se realiza la investigación, y que importará por ello que se conozcan por parte de un juez una gran cantidad de comunicaciones de orden privado de las personas.

Por sentencia definitiva de 6 de diciembre de 2004, la Séptima Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó el recurso de protección deducido, por estimar que la ministra visitadora había actuado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de la órbita de su competencia y dando cumplimiento a lo previsto en los artículos 156, 176, 178 y 180 del Código de Procedimiento Penal, sin que por ello se conculquen ilegal o arbitrariamente las garantías fundamentales contempladas en los N°s 4 y 5 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. La sentencia de rechazo fue confirmada por la Corte Suprema el 13 de enero de 2005.

Resulta oportuno contrastar tanto la diligencia decretada por la ministra visitadora como las sentencias de protección con las disposiciones legales que reglamentan la incautación de correspondencia privada de modo de apreciar si es que en el caso concreto hubo cumplimiento de esa normativa y si de paso, se respetaron los derechos fundamentales de los recurrentes. Especialmente será de interés determinar si es que concurrió, respecto de los recurrentes de protección, la incautación, el registro o la apertura de su correspondencia “en los casos y formas que determine la ley”<sup>16</sup>.

Por lo pronto, cabe hacer presente que todo tribunal de la República, ordinario, especial, arbitral, el que fuere, está por igual sometido a las normas contempladas en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política. La sujeción a la Carta Fundamental, como

---

<sup>16</sup> Art. 19 N° 5, in fine. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó el recurso de protección sostuvo entre sus argumentos, que la diligencia decretada por la ministra Chevesich era de aquellas dictada “en los casos y formas determinados por la ley”, razón por la que no podía ser calificada de ilegal su actuación.

primera norma a considerar en sus actuaciones y resoluciones y el respeto al procedimiento previsto por los preceptos dictados en su conformidad, son exigibles a los jueces como a cualquier otro órgano del Estado, y diría yo, con especial intensidad respecto de aquellos en cuanto cauteladores, por esencia, de los derechos fundamentales de las personas.

Luego y en materia de procedimiento penal, a objeto de consagrar expresamente el principio de la legalidad con un sentido estricto, con el fin de resguardar en mejor forma los derechos del procesado y del inculcado, se agregó el artículo 42 bis al Código de Procedimiento Penal por el N° 3 del artículo segundo de la Ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989.

Al efecto, dispone expresamente dicho precepto legal:

*“Art. 42 bis. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio o arraigar a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes y solo en estas mismas condiciones se podrá allanar edificios o lugares cerrados, interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados<sup>17</sup>.”*

El alcance del principio de legalidad es claramente explicitado en el Oficio N° 20 de 14 de septiembre de 1989, contenido en el Boletín 2864-07 del Presidente de la Segunda Comisión Legislativa, que contiene el informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal.

Al efecto, se señala textualmente que *“el artículo 42 bis tiene por objeto reafirmar en el Código de Procedimiento Penal el principio de legalidad.”*

Cualquiera sea el resultado de la labor de interpretación necesaria para aplicar la ley, en las hipótesis señaladas en esta norma, la ley no podrá aplicarse sino en su tenor expreso.

*Las instituciones que en él se señalan suponen excepciones generales. Las primeras limitan la libertad personal y son las más importantes. Al establecer las formas y casos en que los jueces pueden limitar la libertad, el Código de Procedimiento Penal está dando vigencia a la garantía de la libertad personal establecida en la Constitución; es por esto que la regla de aplicación propuesta se impone como un corolario de que la Constitución garantiza la libertad personal; lo cual conduce no solo a la interpretación restrictiva de las normas que permiten a los jueces limitarla, sino también a la prohibición de ir más allá de su texto expreso en su aplicación. Ha parecido de gran utilidad consignar este principio en la ley, en primer lugar porque confiere una tónica democrática a un Código muchas veces acusado de inquisitivo y necesitado por tanto de ganar un nuevo prestigio; enseguida, porque servirá de clara orientación a las nuevas generaciones de magistrados, en aquellos casos en que el*

<sup>17</sup> En el artículo 5 del Nuevo Código Procesal Penal se contempla también el principio de legalidad, pero en términos más amplios para comprender cualquier medida cautelar personal, al señalar que:

*“No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna personal, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.”*

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

*pensamiento vacila en el remolino surgido de dos corrientes contradictorias; el golpe moral que produce el delito y el cumplimiento de la ley.*

La norma exige aplicar solo a los casos expresamente contemplados en ella, las disposiciones que limitan el ejercicio de los derechos que confiere el Código. Si el procedimiento penal tiene por objeto ofrecer un equilibrio de fuerzas entre el poder del Estado y la libertad de los ciudadanos, si no tiende a garantizar la represión sino también la inocencia allí donde exista, hay una serie de normas que sirven a este objeto ofreciendo garantías a las partes en cuanto a los derechos que pueden ejercitar en el proceso, las cuales solo por excepción pueden restringirse.

*Por último, también las que imponen sanciones procesales deben aplicarse de manera restringida, lo que se encuentra aceptado por la generalidad de la doctrina*<sup>18</sup>.

En síntesis, el artículo 42 bis del Código de Procedimiento Penal, no hace más que explicitar el principio de legalidad en cuanto a la interceptación o registro de comunicaciones previsto en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental.

De acuerdo con dicho artículo 42 bis podemos concluir que resulta imperativo respetar el siguiente principio:

No se podrá interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados, si no en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Además, según se deja expresa constancia en la historia de la ley, *cualquiera sea el resultado de la labor de interpretación necesaria para aplicar la ley, en las hipótesis señaladas en esta norma, la ley no podrá aplicarse sino en su tenor expreso*, lo que resulta de toda lógica atendido el carácter excepcional de la misma.

En consecuencia, debemos a continuación señalar la ley aplicable a la materia en comento, la que debemos interpretar en forma restrictiva y sin poder recurrir jamás a la analogía, para determinar a quién se autoriza, respecto de quiénes, en qué forma y respecto de cuáles casos la práctica de interceptaciones o registro de telecomunicaciones.

En el Código de Procedimiento Penal, dicha materia se encuentra regulada en sus artículos 176 a 182, la mayoría de los cuales fue modificado por la Ley 18.857, sin que experimentaran cambios esenciales, salvo que se explicita claramente respecto de quién puede verificarse la interceptación de una telecomunicación, que no pueden ser otros que el procesado o inculcado en la causa, situación en la cual no se encontraba ninguno de los recurrentes de protección<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Véase Nota 6 al párrafo 1 del Título III del Libro I del Código de Procedimiento Penal en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Penal. pp. 88 y 89. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Noviembre de 2001.

<sup>19</sup> En el Oficio N° 20 de 14 de septiembre de 1989, contenido en el Boletín 2864-07 del Presidente de la Segunda Comisión Legislativa, que contiene el informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, se deja constancia en el N° 4 de la Letra B, que “los artículos 156 al 183, relativos a la entrada y registro en lugar cerrado, son también modificados, aunque no esencialmente. En efecto, se producen pequeñas alteraciones para establecer la posibilidad de delegación de ciertas funciones del juez en el secretario (artículos 159 y 172); por otra parte, se libera de formalismos la diligencia (artículo 161); se otorgan mayores facultades al juez (artículo 177); y se refiere a la retención de correspondencia, limitada hoy a la postal y telegráfica, a la cablegráfica o de otra clase, ampliándose igualmente a cualquier efecto que el procesado o inculcado remitiera o recibiera (artículo 176)”.

En consecuencia, para los efectos de verificar si se respetó la Carta Fundamental respecto de la diligencia de la incautación de todos los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones emitieron entre los años 1997 y 2003, debemos efectuar una análisis acerca de la concurrencia y cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que copulativamente se contemplan y regulan para tal efecto en el Código de Procedimiento Penal.

Los requisitos que deben concurrir para que se pueda llevar a cabo la incautación de correos electrónicos o email según dicha normativa son los siguientes:

- a.- Debe ser decretada por el tribunal que conoce de la causa;
- b.- Debe ser decretada por medio de una resolución fundada;
- c.- Debe ser decretada respecto de correos que el procesado o inculgado remitiere o recibiere;
- d.- Debe presumirse que el contenido del correo tiene importancia para la investigación;
- e.- Debe notificarse la resolución al jefe del respectivo servicio para que lleven a efecto la retención de la correspondencia;
- f.- El juez debe leer por sí mismo la correspondencia, apartando la que sea referente a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria;
- g.- El juez debe restituir la correspondencia que no se relacionare con la causa<sup>20</sup>.

Como se aprecia de la descripción de los antecedentes, no quedaba duda alguna que la resolución de la Sra. ministra recurrida, en cuanto ordenó la incautación de correos electrónicos de terceros ajenos a la causa criminal objeto de su investigación, al no fundamentar de modo alguno la resolución que dispuso esa diligencia, en fin, al atribuirse la potestad de revisar correspondencia privada de personas que no eran inculpadas ni procesadas en la causa que investigaba, transgredió los numerales 4° y 5° del artículo 19° de la Constitución al no concurrir las condiciones, formas, requisitos o casos previstos por la ley para ordenar una medida de esa naturaleza.

---

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2005  
Fecha de aceptación: 4 de julio de 2005

---

---

<sup>20</sup> Cristián Maturana M. Informe en Derecho, cit. supra.