

EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD Y GRABACIONES OCULTAS: A PROPÓSITO DE UN FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

SEBASTIÁN ZÁRATE ROJAS

RESUMEN: El presente comentario analiza la sentencia de la Corte Suprema que absolvió del delito del artículo 161-A del Código Penal a periodistas de un medio de comunicación por la grabación de imágenes utilizadas en un programa de investigación que buscaba denunciar la emisión fraudulenta de licencias médicas¹. Más que examinar el caso específico, el trabajo se hará cargo de los posibles alcances de las consideraciones del fallo de la Corte Suprema referidas a la “expectativa de privacidad” de las personas frente a grabaciones ocultas, y el modo en que la privacidad del individuo cede en su protección por conductas presuntamente ilícitas, por la situación de ser un personaje público, o por comportamientos en espacios de acceso público. El comentario jurisprudencial defiende el uso proporcional de las cámaras ocultas en el periodismo de investigación, pero a la vez critica la forma en que la Corte Suprema apoya su fundamentación en tal decisión. Entre los elementos que se cuestionan en el presente trabajo se incluyen el concepto de interés público que invoca la Corte, el uso inexacto de la jurisprudencia comparada, y la falta de análisis interpretativo del artículo 161-A del Código Penal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La expectativa de privacidad. 3. Hechos de la causa y argumentos de la Corte Suprema. 3.1 Hechos. 3.2 Argumentos de la Corte Suprema. 3.2.1 Autorización implícita para difundir información y grabar en la consulta. 3.2.2 Periodistas que actúan como pacientes. 3.2.3 Delimitación de la comunicación privada. 3.2.4 El concepto de interés público utilizado por la Corte. 3.2.5 Aplicación analógica de la ley penal. 4. Protección penal de las comunicaciones privadas. 5. Inexacta aplicación del derecho comparado. 6. Otros antecedentes en el derecho comparado. 6.1 Cámaras ocultas en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. 6.2 Regulación de cámaras y grabaciones ocultas en el derecho comparado. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

¹ Sentencia de la Corte Suprema recaída sobre el recurso de casación Rol N° 8393-12, “c/ Jaime Lara Montecinos y otros”.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente comentario consiste en analizar uno de los pocos casos en los que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre los alcances del uso de cámaras ocultas con fines periodísticos. Con la finalidad de centrarnos en la figura de las grabaciones ocultas y no en los intervinientes del proceso criminal, omitiremos las referencias personales para centrarnos en cómo la Corte Suprema resolvió el conflicto presentado desde una óptica de las libertades fundamentales.

Para ello, a la luz de la sentencia, nos preguntaremos si la denominada “expectativa de privacidad” cede frente a circunstancias personales del sujeto (si es una persona pública, por ejemplo), o por la reprochabilidad de su conducta. En ambos casos abordaremos la compleja definición del interés público periodístico como justificación al uso de dispositivos que alteren la intimidad, como son las cámaras ocultas o cualquier otro mecanismo utilizado para difundir comunicaciones en principio privadas.

Desde una perspectiva de los derechos en conflicto, además de una tensión entre la privacidad y la libertad de expresión, nos enfrentamos también a la libertad de emitir opinión e informar de ambas partes. Naturalmente de quien graba en forma oculta con fines periodísticos lo hace con la intención de comunicar un hecho que estima de interés público, lo que podría constituir en ciertos casos un ejercicio legítimo de la libertad de prensa. Pero no se debe olvidar que tratándose de conversaciones la parte afectada por la grabación se expresa en un ámbito que entiende como privado, exento de intervenciones de terceros, utiliza espacios físicos –como el hogar o una oficina– en los que presume que no se encontrará afecto a intervenciones de terceros. La libertad de expresión rige no solo para mensajes destinados a ámbitos públicos, sino también privados.

Por último, cabe mencionar que las conclusiones que se pueden extraer de la reflexión del fallo que comentamos tienen una vital importancia en el derecho de la privacidad, y van mucho más allá de los hechos que configuran la causa. Son aplicables también a las comunicaciones telefónicas, por correos electrónicos, y en general en toda conversación en la que suponemos que existen dos o más interlocutores. En ello radica nuestra expectativa a la privacidad.

2. LA EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD

Como se puede apreciar en el razonamiento de la Corte, lo que define al derecho a la privacidad, y en consecuencia lo que altera su protección, es la expectativa de que las comunicaciones se desarrollen dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo.

La privacidad hoy se reduce a ese nivel de confianza, que ya no puede definirse como si leyéramos superficialmente el título del artículo más importante en materia de privacidad: “el derecho a estar solo”². Tal situación, se hace impracticable con en la realidad que vivimos, contantemente vigilados por cámaras y dispositivos de seguridad, cobros viales y de transportes, uso extendido de las redes sociales, etc. Por el contrario, el “derecho a estar solo” debe entenderse como la expectativa a no ser interferidos por terceros frente a nuestra voluntad de compartir aquello que deseamos que sea conocido por otros. En lo que respecta a las comunicaciones privadas, ello implica que –aunque parezca una obviedad– la interacción se limita únicamente a los participantes, y no a terceras personas.

El derecho a la privacidad a nivel comparado –como aquella expectativa a mantener la vida privada– adopta su fisonomía más que en un contexto de derecho constitucional o de la comunicación, en la protección del derecho común en Estados Unidos a través de los *torts*. El primer cimiento fue el conocido trabajo de Warren y Brandeis. Como relata Prosser, el seminal artículo tuvo su razón de ser en una experiencia personal de uno de sus autores, Samuel Warren³. Siendo un derecho antes no definido, los autores analizan diversos casos vinculados con el derecho a la privacidad, para llegar a la conclusión de su fisonomía como derecho autónomo:

“Debemos, en consecuencia, concluir que los derechos, de esta forma protegidos, cualquiera sea su naturaleza exacta, no

² WARREN y BRANDEIS (1890).

³ PROSSER (1960) p.383. Tal como comenta Prosser, el señor Warren estaba casado con la hija de un senador de Estados Unidos, quien pertenecía a una élite social de Boston. Warren y su señora empiezan a darse cuenta del desarrollo de la prensa amarilla, cada vez preocupada de la vida personal. Al publicarse una información relativa al matrimonio de hija de una persona, el señor Warren decide analizar con su socio Louis Brandeis la existencia de una protección jurídica de la privacidad. Ello motivó la redacción del artículo que hoy se cita como el precursor del derecho a la privacidad.

son derechos que surgen del contrato o de una forma especial fiduciaria⁴, sino derechos exigibles universalmente; y, como se expresa anteriormente, el principio ha sido aplicado para proteger estos derechos que en realidad no corresponden al principio de la propiedad privada, a menos que el término sea entendido de un sentido poco usual. El principio que protege los escritos personales y cualquier otra protección a la aparición pública, dichos, actos, relaciones personales, doméstica o de otro tipo”⁵.

El artículo, como pocas veces se puede apreciar en el mundo jurídico, sentó las bases del derecho a la privacidad en muchos países, y contiene un reconocimiento a todos los derechos que han sido reconocidos en la segunda mitad del siglo XX, como el derecho a la propia imagen, y en nuestro caso, el derecho a la protección de las comunicaciones privadas. Prosser describe cómo el *tort* cuya base conceptual propusieron sus autores, fue siendo reconocido en las distintas cortes de Estados Unidos.

Pero fue el mismo profesor William Prosser quien a partir de un estudio de la jurisprudencia estadounidense distinguió cuatro clases de responsabilidad civil en la invasión a la privacidad⁶: (1) la intrusión a los asuntos privados de una persona; (2) la divulgación de hechos vergonzosos de carácter personal; (3) la divulgación pública de hechos falsos; y (4) la apropiación de nombre ajeno. Tal vez este origen en el derecho de daños más que en el derecho constitucional explica por qué la intención y comportamiento del sujeto resulta tan importante para dotarlo de protección.

Aplicando estos criterios al fallo que comentamos, hay una serie de consideraciones de la Corte Suprema sobre “correr el velo de la privacidad” o la “exposición del afectado”, que ciertamente se insertan en una lógica más vinculada con el derecho de daños, que forma parte del origen en el tratamiento de este derecho. En efecto, la Corte Suprema se refiere a esta situación:

⁴ Los autores se refieren al “*law of trust*”, disciplina jurídica presente en la tradición del common law, con raíces romanas.

⁵ WARREN y BRANDEIS (1890), traducción propia del inglés.

⁶ PROSSER (1960).

“2°.- Que, además, se encuentra debidamente acreditado que el titular del derecho a que hace alusión la norma del artículo 161 A permitió el ingreso a su consulta a dos desconocidos y pese a ello, recorrió el velo de protección de esa supuesta privacidad y realizó 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”⁷.

Nos enfrentamos constantemente a definir nuestra expectativa de lo privado. Pero el tema está lejos de ser una operación jurídica simple. En el caso de la protección de las comunicaciones privadas, no hay claridad respecto de quiénes son los que pueden afectar este derecho. Está claro que lo son quienes no participen en la conversación. Pero ¿qué ocurre con el medio empleado para la conversación?: la línea telefónica, el correo electrónico o incluso el inmueble donde tenga lugar la interacción. ¿Tiene el propietario de la línea, servidor de correo o inmueble derecho a intervenirlos? Tal debate se ha podido apreciar en materia laboral, donde la protección hacia el trabajador no ha tenido mayor objeción frente a cualquier argumento sobre los derechos de propiedad.

Más cerca de la problemática relacionada a la búsqueda del tercero en la comunicación privada se encuentra la posibilidad de que alguno de quienes participan en la interacción decida dar a conocer a terceros el contenido de la misma grabando subrepticamente. En esta materia, debemos circunscribirnos a grabaciones, captaciones de imágenes y difusión de comunicaciones electrónicas entre las partes. La única excepción ocurre con los sujetos especialmente obligados al secreto profesional, como el del médico, periodista, abogado o del ministro religioso. En estas últimas situaciones, cualquier traspaso del contenido de las expresiones de una comunicación privada será considerado como contrario a la ley.

⁷ CORTE SUPREMA (2013), considerando 2° de la sentencia de reemplazo.

3. HECHOS DE LA CAUSA Y ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA

3.1. Hechos

Un canal de televisión C se encuentra realizando un reportaje de investigación periodística sobre malas prácticas médicas, y en particular, sobre la emisión irregular de licencias médicas. Para ello, parte de la investigación busca probar la existencia de tal actuar en los propios médicos, ante lo cual dos periodistas se hacen pasar por pacientes y acuden con una cámara oculta a la consulta de la doctora M.

Las imágenes demuestran la tesis defendida por el equipo periodístico, exponiendo a personas que sin padecer enfermedad alguna recibían una licencia médica de parte de la doctora M., quien se limitaba a explicarles el diagnóstico que aparecería en la mencionada licencia.

Luego de la emisión del reportaje, la doctora M., se querrela contra el canal C., por haber afectado su privacidad mediante la utilización de una cámara oculta. Sostiene la afectada que se infringió el tipo penal establecido en el artículo 161-A del Código Penal, que dispone lo siguiente:

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

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

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

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

En primera y segunda instancias, fueron condenados a 61 días de reclusión y multa de 50 UTM los periodistas que participaron en la grabación oculta de la doctora M., y que con posterioridad difundieron las imágenes en el reportaje de investigación correspondiente.

La defensa del canal C. presentó un recurso de casación en el fondo. La segunda sala de la Corte Suprema conoció de este recurso, anulando la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, y dictando la correspondiente sentencia de reemplazo que adopta una interpretación completamente diversa a la de la sentencia recurrida. Producto de lo anterior, absuelve a los condenados en primera y segunda instancia.

La atención de este comentario se centrará en la sentencia de la Corte Suprema.

3.2. Argumentos de la Corte Suprema

Uno de los elementos jurídicos que contempló el fallo de la Corte Suprema fue la posibilidad de captar de forma no autorizada una conversación privada entre un médico y un supuesto paciente. El razonamiento de la Corte fue el siguiente:

3.2.1. Autorización implícita para difundir información y grabar en la consulta

Existe una autorización implícita del interlocutor de una comunicación privada de dar a conocer su contenido frente a terceros. Tratándose de una conversación médico-paciente, ello incluiría únicamente a este último⁸.

⁸ SUPREMA (2013), considerando primero:
“(…) Tampoco concurriría la exigencia consistente en que los intervinientes hayan tenido razones para otorgar a su conversación carácter confidencial, porque la supuesta víctima nunca estuvo en condiciones de entender que sus aseveraciones quedarían circunscritas al conocimiento del periodista con que interactuó y el secreto profesional que rige la relación médico paciente solo obliga al primero, pero no al particular que concurre a su consulta, de manera que no hay intimidad ni privacidad que pueda verse

En este sentido, el fallo de la Corte Suprema se aparta del criterio seguido en el caso Calvo, en el que expresamente se refiere a la licitud de la grabación clandestina de una de las partes de la conversación.

“Que, en cuanto a la argumentación relativa a que el delito del artículo 161 A estaría referido a la intromisión solo por terceros en las conversaciones de otros –calidad de tercero que se dijo no habría tenido Rodríguez, uno de los intervinientes en ella–, cabe consignar que dicha disposición legal no hace distinción alguna al respecto, lo que se explica porque, acorde con el auténtico espíritu del precepto, lo que en este se reprocha o reprueba no es el hecho de la obtención de la información de que da cuenta la conversación o el de su difusión posterior, sino la forma como fue obtenida esa información, esto es, mediante acciones y maniobras subrepticias y ocultas que han importado efectivamente una intromisión a la intimidad y esfera personal y privada del afectado, todo al margen de la protección a la reserva que la ley ha dado a una conversación a la que, solo presionado por las circunstancias, el afectado se obligó a consentir y a mantener con su interlocutor. Es por ello que también ejecuta la acción delictual típica quien interviene en la entrevista misma captando lo que su interlocutor le expone y filmando a la persona de este, cuyo es el caso de autos, acciones todas que se agotaron, consumaron y produjeron los resultados perseguidos, todo mediante los medios, conductas y acciones que el tipo penal prohíbe, y sin el conocimiento, autorización ni consentimiento del afectado. Se sigue de ello que lo que resulta penalmente relevante no es entonces si es un interviniente o un tercero quien ejecuta la conducta punible sino la forma subreptica como se grabó, filmó y obtuvo en este caso el audio y cinta de la conversación, siendo indiferente, a los efectos del tipo penal, que quien lo haya hecho así haya sido uno de los intervinientes en la misma conversación

afectada. En tal entendido, sostiene que la norma penal del artículo 161 A inciso 1° está destinada al tercero ajeno a la conversación, y que por ello requiere de una intromisión ilegítima, cuestión que en este caso no ocurre”.

—y copartícipe en el delito—, o un tercero diverso no participante en ella”⁹;

Llama la atención que siendo pocos los pronunciamientos judiciales sobre la misma materia, la Corte Suprema no se haya hecho cargo de la argumentación y resultado diverso al que llegaría. Ello genera una falta de certeza frente al criterio que podría emplear la Corte frente a dos casos de similares características.

3.2.2. Periodistas que actúan como pacientes

El hecho de que un periodista (o cualquier persona) se haga pasar por paciente, no implica según la Corte un engaño, dado que actuaría como paciente, siendo una situación enteramente normal para el médico¹⁰.

Tomando el argumento de la Corte, solo habría engaño cuando la calidad que se invoca en sí es falsa, por ejemplo cuando quien concurrió al despacho de un juez haciéndose pasar por tesista universitario, si en realidad no lo era (como ocurrió en el caso Calvo). En consecuencia, el razonamiento del más alto tribunal se podría aplicar a cualquier persona que concurre a un abogado, un sacerdote, y extendiendo más el argumento, a cualquier vendedor de cualquier producto. Por ello, todo quien pueda tener la calidad de cliente, consumidor, creyente, comprador o ciudadano puede ocultar su intención de grabar subrepticamente con una finalidad distinta de la que invoca.

Todo lo anterior, además de ser discutible desde la perspectiva de la buena fe desplegada por los periodistas, es contradictorio con la propia sentencia de casación que alude a la forma en que los

⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2003), considerando 8°, reproducido por la Corte Suprema en (2004)

¹⁰ CORTE SUPREMA (2013), considerando 5° de la Sentencia de Reemplazo:
“5°.- Que, en síntesis, en el caso sublite se ha demostrado que a la supuesta víctima nada se le ocultó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su consulta profesional y, en definitiva, la presencia de esos terceros en el lugar se debió a la forma en que aquella ejercía su profesión, lo que bien pudo constatar cualquier otro paciente que acudiera a su lugar de trabajo y difundirlo por cualquier medio, pues se trata de hechos que exceden el ámbito de lo privado, desde que no se refieren a hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica de la afectada, y ceden en beneficio de un interés superior, como era el dejar en descubierto un fraude al sistema de salud”.

periodistas ingresaron a la consulta “ocultando sus verdaderas identidades, proporcionando datos no fidedignos acerca de su actividad laboral y con el claro propósito de obtener una licencia médica, portando una cámara oculta concurren entre los meses de julio y agosto de 2003, en calidad de pacientes privados, a la consulta de la psiquiatra”. Recordemos que la sentencia de reemplazo se refiere expresamente a “que no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su consulta”. ¿No es la ocultación de la calidad de periodista un medio engañoso? Cosa distinta es que se permita excepcionalmente el despliegue de tal estrategia como única forma de comprobar una información de interés público.

El razonamiento de la Corte puede ser contrastado con un caso decidido en Estados Unidos¹¹, que guarda algunas similitudes: dos periodistas se hacen pasar por pacientes de un gáster, quien ejercía ilegalmente la profesión médica. Si bien la investigación revela el ejercicio ilegal de una profesión, el Noveno Circuito Judicial de Estados Unidos entendió que el uso de grabaciones ocultas afectó la privacidad del individuo. Lo que hace esta decisión es delimitar conceptualmente dos cosas: una es que se cometa un acto ilícito o reprochable –como ejercer ilegalmente la profesión médica en *Dietemann*, u otorgar licencias falsas, como el caso que comentamos en Chile– otra es que se efectúe una grabación clandestina. El riesgo al que se someten sus autores consiste en ser declarados culpables de un delito o cometer una infracción de otro tipo, “pero ello no implica ni debiera implicar el tomar el riesgo de que lo oído o visto sea transmitido por fotografías o grabaciones”¹². En otras palabras, tanto el engaño que puede desplegar el médico como el de los periodistas deben ser considerados separadamente, pero uno no justifica al otro.

3.2.3. Delimitación de la comunicación privada

Un tercer argumento de la Corte es la delimitación de la comunicación privada, no a aquello que pretendan darle los sujetos –es decir su expectativa de privacidad– sino aquellas categorías legales

¹¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1971).

¹² Id.

que utiliza para los fines de la injuria la Ley de Prensa¹³. En efecto, mediante esta aplicación analógica excluye de la expectativa de privacidad de la comunicación, dado que la Corte consideró que se trataría “de hechos que exceden el ámbito de lo privado, desde que no se refieren a hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica de la afectada”.

Nuevamente extremando el criterio de la Corte, si la conversación hubiese tratado sobre los sentimientos religiosos de la afectada, no habría sido privada, como tampoco por sus visiones políticas.

3.2.4. El concepto de interés público utilizado por la Corte

El cuarto argumento de la Corte es el del interés público. Sobre esta materia, la Corte mezcla dos interpretaciones sobre el interés público: el de el “ejemplo a seguir” y un presunto fraude a la salud.

El concepto del interés público periodístico ha permitido una interpretación amplia e interesante¹⁴. Una de estas ha sido la tesis del “modelo a seguir” (*role model*), que pretende considerar la existencia de un hecho que no necesariamente es constitutivo de delito, aunque sí puede ser reprochable moral o éticamente. En la jurisprudencia comparada se han dado varios casos, entre los que podemos citar los de un futbolista que mantenía una relación extramarital¹⁵, el de una modelo que era adicta a las drogas¹⁶, o el de un político

¹³ CORTE SUPREMA (2013), considerando 5° de la sentencia de reemplazo.

¹⁴ Sobre un completo estudio de esta materia véase COVARRUBIAS CUEVAS (2013)

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE INGLATERRA Y GALES (2002.) En el caso, un futbolista profesional de la Premiere League solicitó una medida precautoria a fin de evitar la publicación que versaba sobre la relación extramarital que mantenía. Lo más conocido de la sentencia fue la consideración de Lord Woolf sobre el “modelo a seguir”: “Los futbolistas son modelos a seguir para los jóvenes, y un comportamiento indeseable de su parte puede generar un ejemplo desacertado”. (...) “Una figura pública puede ser un modelo a seguir cuya conducta puede ser imitada por otros. Puede crear una tendencia. Entre más alto el perfil de la persona en cuestión, mayor posibilidad de que esta situación ocurra” (traducción propia del inglés).

¹⁶ HOUSE OF LORDS (2004). Este caso trató sobre si había interés público en la publicación de fotografías que mostraban a la conocida modelo Naomi Campbell saliendo de una sesión de rehabilitación por drogas en Narcóticos Anónimos. Como expone el fallo de la Cámara de los Lores (Considerando 163, redactado por Lord Carswell):

“163. El material en el artículo que fue objeto de la apelación fue dividido por los abogados de la parte apelante [Naomi Campbell] en cinco categorías, tal como

que tuvo un hijo fuera del matrimonio¹⁷. En todos estos casos el criterio judicial para la determinación del interés público se basó en que siendo personajes públicos, había interés en dar a conocer tales hechos, no obstante que pertenecían al ámbito privado, por tratarse de personas de pública notoriedad, a quienes la sociedad admira y en ciertos casos intenta imitar.

El mismo caso de quienes admiran a un deportista, un político o una modelo se aplica en el criterio de la Corte Suprema al reprocharle un comportamiento que sin considerarlo delictivo –la sentencia de la Corte es bastante cuidadosa de no calificar penalmente la emisión de licencias médicas falsas– no era compatible con el comportamiento de un médico. ¿Por qué hay interés público en el comportamiento de un médico y no en otras profesiones? Como comenta Barendt, el argumento del “modelo a seguir” es incorrecto:

se expone en el considerando 88 redactado por Lord Hope, sobre el cual me pronunciaré. No estaba en discusión que la información fue entregada en forma privada a los demandantes [el diario *The Mirror*], sino que estos tenían –según los antecedentes del caso– la posibilidad de publicar el material contenido en las dos primeras categorías, los hechos que la parte apelante era adicta a las drogas y que estaba recibiendo un tratamiento por tal razón. Tales hechos serían privados en circunstancias normales. La justificación para su publicación en este caso, sin embargo, consiste en el hecho que la apelante [Campbell] es una conocida figura que genera más bien atracción que rechazo, descrita como un modelo a seguir por mujeres jóvenes, y quien mintió consistentemente sobre su adicción a las drogas, comparándose en forma positiva a su favor con otras modelos que eran consumidoras regulares de drogas. Por tales acciones, ella perdió la protección que hubiera tenido de otro modo, haciendo que la información sobre su adicción y tratamiento fuese un asunto de un comentario público legítimo en el cual la prensa tenía derecho a publicar (...)”(traducción propia del inglés).

¹⁷ CORTE DE APELACIONES DE INGLATERRA Y GALES (2013). Este caso versó sobre la publicación que hiciera un medio de prensa británico sobre el actual alcalde de Londres, Boris Johnson, quien tendría un hijo extramatrimonial. Cuando la madre de la menor, con la finalidad de proteger la identidad de su hija solicitó una medida precautoria que evitara la publicación de la noticia, la solicitud fue rechazada porque existía interés público en el comportamiento personal del alcalde: “No está en disputa en el presente caso la existencia de un legítimo interés público en el personaje que representa el padre de la menor, el que debe ser ponderado con la expectativa de privacidad de la madre”. (...) “La información central en esta historia –es decir que el padre tenía una relación adúltera con la madre, engañando a su esposa y a la pareja de la madre de la criatura nacida nueve meses después, de quien era con mayor probabilidad su padre– era un asunto de interés público que el electorado tenía derecho a saber considerando si estaba a la altura de un cargo público de tal importancia” (traducción propia del inglés).

“Las celebridades no son elegidos, ni ejercen un poder político ni un liderazgo moral; el público no tiene el mismo interés legítimo en conocer aspectos de su personalidad, como sí lo tendría respecto de un parlamentario, un obispo o tal vez un prominente empresario o director de un diario. La Corte Europea de Derechos Humanos estuvo en lo correcto en rechazar el argumento de que el público tenía derecho a ver fotografías de alguien como la Princesa Carolina, únicamente porque encuentran su vida interesante. El argumento del “ejemplo a seguir” aplicado por la Corte de Apelaciones de Inglaterra en *A v. B. plc.* es defectuoso”¹⁸.

En resumen, consideramos equivocado el criterio de interés público que utiliza la Corte, por el solo hecho de tratarse de un médico. Peor sería incluso si la Corte estaba pensando que la doctora M. tiene apariciones permanentes en la televisión. Ni aun en el caso de aspectos íntimos de la vida de personas que ejercen cargos públicos debieran permitir una interpretación del interés público como el “modelo a seguir”.

Por otra parte, en lugar de argumentar la posible ilegalidad en la emisión irregular de licencias médicas, la Corte parece reducir el problema a un incumplimiento de la ética profesional del médico. En el caso particular, si la Corte hubiese querido invocar el interés público, habría sido más claro y mejor definido justificar la intromisión a la privacidad sobre la existencia de un acto abiertamente ilegal.

3.2.5. Aplicación analógica de la ley penal

Pero tal vez lo más criticable de la resolución comentada se refiere al uso del interés público tratado en el artículo 30 de la Ley de Prensa. Acudiendo al interés público para los efectos de el delito de injuria —es decir a un tipo distinto del que evalúa en la sentencia— descarta la protección a la privacidad para la doctora M., en razón a que la conversación difundida era de carácter profesional y no familiar, y que podía ser considerada contraria a la ética profesional del médico. Para llegar a esta distinción, aplica en forma expresa el interés público contemplado en el artículo 30 de la Ley de Prensa,

¹⁸ BARENDT (2006) p. 20 (traducción propia del inglés).

que como insistimos se refiere a otro tipo penal, para utilizarlo en la figura de grabación oculta en lugar sin acceso al público (art. 161-A del Código Penal).

La Corte para efectuar su ejercicio de aplicación analógica de la ley penal, tampoco justifica sobre si tal uso es compatible con el principio de tipicidad.

De la lectura del 161-A, así como de la historia legislativa, queda claro que el tipo no admite como excepción o como causal especial de exención de la responsabilidad penal el interés público periodístico. La Corte Suprema, no obstante ello, aplica el artículo 30 de la Ley de Prensa sin siquiera explicar el alcance interpretativo que pretende darle.

En tal sentido, podemos afirmar que la Corte omite un razonamiento importante, como podría ser la defensa del ejercicio legítimo de un derecho –en este caso del derecho a la libertad de prensa– subsumido en la cláusula general de exención de la responsabilidad penal del artículo 10 N°10 del Código Penal¹⁹. Tal como se expresó en el debate legislativo que precedió a la dictación de la Ley 19.733 (Ley de Prensa), el ejercicio periodístico podía ser considerado como una profesión u oficio dentro de cuyo ejercicio legítimo podría permitirse la captación oculta de imágenes. Sin embargo, no nos consta que esta haya sido la solución de la Corte, dado que de ser el caso, lo habría incluido en su resolución.

La otra posibilidad consiste en que la Corte, frente a la ausencia legal de una exención especial de la responsabilidad penal, haya extendido su interpretación. Tampoco consta que tal hubiese sido la motivación de la Corte, pero de ser así, sería tanto o más criticable que la primera solución. Aun cuando el artículo 161-A por una técnica legislativa defectuosa terminó por no considerar la excepción del interés público periodístico, si la Corte quiso aplicar tal criterio, por más que este sea reclamado también por la doctrina (compartido por nosotros), implicaría un acto de activismo judicial que al menos debiera explicitar.

¹⁹ Artículo 10 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal:... 10° El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

En definitiva, no sabemos por qué la Corte acude a un concepto que permite excluir de responsabilidad penal por el artículo 161-A a quienes incurran en hechos descritos para otros delitos. La Corte pudo haber aplicado normas generales del derecho penal, como es el artículo 10 N°10, o bien llegado a la conclusión que el artículo 161-A no tiene excepciones de ningún tipo.

En nuestra opinión el 161-A debiera contener una remisión expresa al interés público periodístico, y por mala técnica legislativa, no la tiene, en cuyo caso es posible aplicar el concepto de interés público por la vía de incluir la actividad periodística de investigación como el legítimo ejercicio de un derecho.

4. PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El antecedente del artículo 161-A del Código Penal tiene un trasfondo político, luego del descubrimiento de la interceptación telefónica sufrida por el ex presidente Sebastián Piñera, quien en 1993 era precandidato de su sector²⁰. El denominado “Piñeragate” abrió un debate público antes desconocido sobre la privacidad de las comunicaciones de telefonía celular, en aquel tiempo una tecnología reciente. Algunos argumentaron en la prensa de la época que cualquier comunicación telefónica efectuada en un bien nacional de uso público, como es el espectro radioeléctrico, convertían a la conversación también pública, no siendo conveniente la protección criminal.

El proyecto de la actual Ley N°19.423, que introdujo el artículo 161-A fue propuesto por el ex senador Miguel Otero. Desde la entrada en vigor del artículo 161-A, este debía aplicarse de forma conjunta con el artículo 22 de la Ley 16.643, sobre Abusos de Pu-

²⁰ El episodio ocurre en el programa “A eso de..”, el día 23 de agosto de 1992. En aquella oportunidad, el empresario Ricardo Claro, propietario de Megavisión, concurrió en calidad de entrevistado al mencionado programa político que se emitía los días domingo. En plena entrevista, el señor Claro reproduce una grabación correspondiente a una interceptación telefónica entre el entonces senador y precandidato presidencial Sebastián Piñera y un empresario cercano a un periodista quien era panelista del programa. En la grabación se escucha la petición del precandidato para que por su intermedio, el interlocutor le solicite al panelista que entreviste de un determinado modo a la contendora en la precampaña presidencia, la entonces diputada Evelyn Matthei. Meses después la propia ex precandidata reconoció su responsabilidad en el hecho, y se supo que la interceptación había sido efectuada por un agente del Ejército.

blicidad, que fue modificada en 1991, para incorporar las grabaciones no autorizadas como posibles en caso de perseguirse el interés público. La mencionada norma disponía lo siguiente:

“La imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de alguno de los medios señalados en el artículo 16, efectuada sin autorización de esta, y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo, será sancionada con la pena de multa de diez a cincuenta ingresos mínimos. En caso de reiteración o de reincidencia en relación con una misma persona, se impondrá, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

En las mismas penas incurrirán quienes grabaren palabras o captaren imágenes de otra persona, no destinadas a la publicidad y, sin consentimiento de ella, las difundieren por alguno de los medios señalados en el artículo 16, y provocaren las consecuencias señaladas en el inciso anterior.

Para los efectos de los incisos anteriores no se considerarán como hechos relativos a la vida privada o familiar de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere interés público real;
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algunos de los medios señalados en el artículo 16;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

Al inculpado de cometer el delito contemplado en el inciso primero de este artículo se le admitirá prueba de verdad de la imputación en los siguientes casos:

- a) Si acreditare que el hecho verdadero imputado, aunque perteneciente a la vida privada, tiene real importancia respecto del desempeño correcto y eficaz de la función pública, o de la profesión u oficio del afectado, o de alguna actividad de significativa relevancia para la comunidad, o
- b) Si el ofendido exigiere prueba de la verdad de la imputación contra él dirigida, y siempre que dicha prueba no afectare el honor o los legítimos secretos de terceros.

En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, probada la verdad de la imputación, el inculpado quedará exento de pena.

Se considerarán, en todo caso, pertenecientes a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos”.

Con la norma recién transcrita, el periodismo de investigación tuvo una importante herramienta bajo el ordenamiento jurídico en orden a permitir la existencia de grabaciones no autorizadas. Obviamente, el mencionado artículo no buscaba exceptuar las interceptaciones de comunicaciones.

La posibilidad de utilizar cámaras ocultas en aras del interés público comprometido duró hasta la entrada en vigencia de la Ley de Prensa, N°19.733, el 4 de junio de 2001. La derogación de la Ley 16.643 con la sola excepción de su artículo 49, implicó dar aplicación pura y sin excepción alguna al artículo 161-A.

No se trató de una inadvertencia del legislador. No obstante la intención de parlamentarios y del Gobierno de la época en orden a mantener la situación de existente durante la vigencia de la Ley de Abusos de Publicidad, la falta de acuerdo político impidió finalmente resolver la descoordinación legislativa.

En efecto, se buscó en dos oportunidades contemplar una figura similar a la contenida en el artículo 161-A, pero que excluía al ejercicio periodístico de su aplicación²¹. Sin embargo, la redacción era

²¹ Así, mediante una indicación el Gobierno de la época propuso el siguiente texto: “Será sancionado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y con multa de cien a doscientas unidades tributarias mensuales el que maliciosamente intercepte, grabe o reproduzca palabras, imágenes o textos, no destinados a la publicidad, para descubrir los secretos o la intimidad de otros, sin su consentimiento. El que las difundiere, sin consentimiento del o los afectados y produciendo a su respecto daño o descrédito,

defectuosa para algunos y no generaba el consenso de todos. Como manifestó el ex senador Viera-Gallo²², la situación del artículo 161-A no puede ser equiparada a la del uso de grabaciones ocultas con fines periodísticos legítimos, ya que de lo contrario, esta autorizaría la sustracción de documentos, por ejemplo. Otros, como el ex senador Errázuriz²³ consideraban que excepciones a favor de periodistas eran inaceptables desde el punto de vista de la igualdad jurídica. Por su parte, el senador Larraín defendió la redacción de la norma y en especial su finalidad:

“Señor Presidente, cuando el artículo 31 propuesto por la Comisión señala que no se aplicará el artículo 161-A del Código Penal, no está estableciendo aquí una liberación de carácter general, sino que ello no regirá –dice la norma– para el ‘que actúe en el ejercicio legítimo de las funciones amparadas por la presente ley’. Y esto me parece perfectamente congruente con lo dispuesto en las demás disposiciones de esta iniciativa. Por lo tanto, el periodista que en el ejercicio legítimo de su función lleva a cabo algunas de las conductas señaladas en el artículo 161-A, si ellas se encuentran amparadas por esta ley en proyecto, no comete delito, porque está actuando legítimamente. No de otra manera podríamos entender que un periodista no pudiera, sin autorización del afectado, captar, reproducir, fotocopiar o grabar hechos que se lleven a cabo en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso del público, puesto que eso limitaría de manera extraordinaria el ejercicio de la profesión y, a mi juicio, la haría virtualmente imposible. Lo que sí señala la norma –y así debemos entender el artículo 31; de lo contrario, podría aclararse– es que el ejercicio ilegítimo de estos actos es lo que está sancionado en el artículo 161-A del Código Penal, vale decir, lo que no está amparado por esta normativa. Si el periodista actúa en el ejercicio de las atribu-

será sancionado con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de doscientas a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. No se aplicará el artículo 161-A del Código Penal al que actúe en ejercicio de las funciones amparadas por la presente ley”. Por su parte, en el Senado se presentó la siguiente indicación:

“No se aplicará el artículo 161-A del Código Penal al que actúe en ejercicio legítimo de las funciones amparadas por la presente ley”.

²² CÁMARA DE DIPUTADOS (1997).

²³ CÁMARA DE DIPUTADOS (1997).

ciones y facultades que le otorga esta iniciativa, no comete los delitos del artículo 161-A, porque está usando un derecho que una ley le confiere. Ese es el sentido que veo en el artículo 31 del proyecto. Si es necesario, debemos entrar a perfeccionar su redacción con el objeto de aclarar que no se trata aquí de dar carta blanca o un cheque en blanco para que puedan cometerse todos los delitos contenidos en el artículo 161-A –porque no es ese el sentido–, sino de establecer que cuando alguien actúa legítimamente, dentro de la esfera de sus facultades, las que están amparadas por esta ley en proyecto, no comete delito. Ese es el sentido del artículo 31, y es la única forma de poder entenderlo de manera tal que no produzca el enorme daño que significaría que la norma se aplicara integralmente. Llamo la atención de Sus Señorías en el sentido de que, si aplicáramos integralmente lo dispuesto en el artículo 161-A, el ejercicio de la profesión sería prácticamente imposible”²⁴.

Algunos parlamentarios fueron partidarios de derogar la disposición de contenida en la Ley de Abusos de Publicidad recién comentada y de no reemplazarla con alguna de similares características en la Ley de Prensa. Otros lo hicieron bajo el argumento que el ejercicio periodístico no podía estar afecto a privilegios especiales. Finalmente otros, porque entendían que si bien procedía una excepción que sirviera al interés público periodístico, el ordenamiento general lo permitía, sobre todo el artículo 10 N°10 del Código Penal, en lo que respecta a la exención de responsabilidad frente al ejercicio legítimo de un derecho.

No obstante el extenso debate sobre esta materia, el resultado fue la ausencia de norma que abordara la materia en la Ley de Prensa. En efecto, luego de tener los dos textos que habían aprobado ambas cámaras, el Senado decidió que la mejor opción era discutir un nuevo proyecto de ley que permitiera un debate más extendido sobre la protección a la privacidad y el ejercicio periodístico. Lo anterior no ocurrió, y la norma quedó tal como la conocemos hoy: desde 2001 el artículo 161-A del Código Penal quedó sin una norma que estableciera excepción que aludiera al interés público.

²⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS (1997).

Nada de lo anterior se recoge en la sentencia que comentamos. Queda claro que si bien bajo la vigencia del hoy derogado artículo 22 de la Ley de Abusos de Publicidad la Corte pudo haber recurrido a la consideración del interés público periodístico, bajo la actual legislación ello no es posible.

Como expresamos, el fallo de la Corte utiliza el argumento de la existencia de un interés público periodístico. Habiendo incluso podido haberlo tratado bajo la causal 10ª del artículo 10 del Código Penal (causal de exención de la responsabilidad penal por el legítimo ejercicio de un derecho), aplicó sin entregar justificación el artículo 30 de la Ley de Prensa, tal como si se tratara del derogado artículo 22 de la Ley de Abusos de Publicidad. Nos permitimos citar el mencionado artículo para demostrar nuestro planteamiento:

“Artículo 30.- *Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social*, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

- a) *Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;*
- b) *Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.*

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) *Los referentes al desempeño de funciones públicas;*
- b) *Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;*
- c) *Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;*
- d) *Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;*

- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

Las frases subrayadas del artículo demuestran la inconveniencia jurídica de parte de la Corte en su utilización. En primer lugar, se refieren a un delito diverso: la injuria cometida a través de un medio de comunicación, figura distinta en su naturaleza a la del artículo 161-A. Como expresamos, y sin siquiera entrar al debate sobre si es posible aplicar la analogía en materia penal, no hay mayor justificación en la resolución sobre la utilización de la causal de exclusión de un delito para aplicarlo en otro.

En segundo término, el artículo 30 despeja cualquier duda interpretativa sobre que tiene aplicación exclusiva para ese artículo, el referido a la injuria, y no a otros.

En tercer lugar, aun cuando se pudiera aceptar la aplicación del concepto de interés público en tal delito, habría que ser coherentes para dar la aplicación a la letra d) que hace referencia a la obtención de material bajo el consentimiento del afectado, situación contraria al uso de cámaras ocultas.

Por último, la referencia al ámbito de la vida privada resulta aplicable a la lógica de la injuria y no a la utilización de cámaras ocultas. Ello es así porque al menos el artículo 30 protege aquellas expresiones que digan relación con el ámbito público de la persona: porque ejerce un cargo público, porque actos de su profesión u oficio tienen una importancia social, o porque simplemente se trata de hechos que han sido dados a conocer con el consentimiento del afectado. En esta figura delictiva, el ámbito de lo privado que para proferir expresiones que puedan ser ofensivas para una persona se limitan a la vida sexual, familiar o doméstica, entendiéndose que no hay interés público real de conocer tales hechos.

En la cámara oculta y en la protección de la comunicación privada existe una lógica completamente diversa. El interés público no es

un estándar que pueda aplicarse frente a cualquier situación relacionada con el derecho a la información, y ciertamente asimilar aquello que no lo incluye no necesariamente se limita a la vida sexual, familiar o doméstica. Lo anterior lo podemos apreciar con respecto a la protección de los datos personales, donde la Ley 19.628 brinda una mayor protección frente a la aquello que considera irrenunciablemente dentro de la esfera íntima, como son los datos sensibles. También incluye al “origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos”.

En la cámara oculta se puede perseguir un interés público que podría no afectar a funcionarios públicos, no implicar la existencia de un delito, sino solo de una situación que merezca un reproche social o político, ni referirse a una profesión u oficio, sino a una actividad de una empresa o una persona jurídica. Tales circunstancias dependerán del caso concreto en que el medio debe evaluar.

5. INEXACTA APLICACIÓN DEL DERECHO COMPARADO

La sentencia de la Corte Suprema concluye que el tipo contenido en el artículo 161-A del Código Penal no es aplicable a quien participa de la conversación privada. Utiliza como apoyo de su decisión parte de la doctrina chilena que se apoya en jurisprudencia española, para citar la sentencia del TC español sobre la materia²⁵. En esta materia, sin embargo advertimos un error en la aplicación del derecho comparado. Si bien la sentencia que comentamos no lo advierte, el fallo del TC español de 1984 se enmarca en un proceso laboral de despido injustificado, donde no se difunde la grabación subrepticia en medios de comunicación.

²⁵ CORTE SUPREMA (2013), considerando 4° de la sentencia de reemplazo. “En concepto de esta instancia superior hispana, el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. ‘La norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquello entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional ...’ (STC 114-1984, de 29 de noviembre de 1984)”.

La sentencia española interpreta el artículo 18.3 referido a la inviolabilidad de las comunicaciones²⁶. Habiendo sido grabado sin su conocimiento un editor de un medio de comunicación por un agente del Estado, luego dicha información sirvió para que su empleador lo despidiera por haber cometido “faltas laborales”, cuya prueba radicaba en la grabación oculta que había efectuado su interlocutor. Luego, lo que debía decidir el TC español radicaba en la justificación del despido sobre la base de una falta laboral del trabajador cuya única prueba estaba contenida en la grabación oculta. Si bien el recurrente de amparo ante el TC español argumentó que además se habían infringido normas referidas a la comunicación privada, el asunto sometido a consideración del TC era el estrictamente laboral. Rechazando el amparo interpuesto por el ex trabajador despedido, el TC argumenta que habiendo sido uno de los interlocutores de la conversación quien efectúa la grabación encubierta, no hay una interceptación de la comunicación privada, dado que ya era partícipe de la misma. Sin perjuicio de ello, el TC español añade que si la divulgación de la grabación hubiese versado sobre asuntos de índole privada, podría haber existido una vulneración al artículo 18.1 de la Constitución de ese país, que reconoce el derecho a la intimidad.

En consecuencia, nos parece que el razonamiento de la Corte Suprema, utilizando el derecho comparado, no es exacto, porque la controversia jurídica no versa sobre la misma materia: uno sobre la interpretación de un tipo penal; otro sobre la justificación de un despido.

Si el propósito de la Corte hubiese consistido en utilizar la jurisprudencia del TC español para dilucidar la licitud de grabaciones ocultas en un contexto de una investigación periodística, sin duda habría sido más adecuado citar la Sentencia del TC 12/2012²⁷. En efecto, la referida decisión versa sobre hechos casi idénticos: dos periodistas que haciéndose pasar por pacientes concurren con cámara oculta a la consulta de una esteticista, cuyas imágenes luego fueron difundidas por un canal de televisión.

²⁶ Constitución Española, art.18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012).

La primera instancia y la apelación rechazaron la acción de indemnización de perjuicios interpuesta por la profesional contra Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. y Televisión Autonómica Valenciana, S.A. Sin embargo, el Tribunal Supremo, mediante un recurso de casación, invalidó la sentencia declarando que la cámara oculta vulneró los derechos de la profesional vinculados a la privacidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones. El Tribunal Constitucional conoce el caso por el recurso de amparo interpuesto por las empresas de comunicaciones.

El TC español entrega un razonamiento más acabado incluso que el presentado por el Tribunal Supremo, lo que generó reacciones en el mundo periodístico por las implicancias en relación con el periodismo de investigación²⁸. Podríamos resumir los argumentos del TC español en los siguientes puntos:

1. Parte analizando como límites inmanentes al derecho a la libertad de expresión: veracidad y la relevancia pública²⁹. El TC opta por la relevancia o interés público, dado que considera que en el caso de las cámaras ocultas la veracidad es un presupuesto sobre el cual estas operan, ya que de lo contrario –en caso de existir una adulteración o simulación de la grabación subrepticia– estaríamos frente a una figura jurídica distinta.
2. Un segundo aspecto interesante consiste en declarar que la ponderación se debe efectuar entre el derecho a informar por una parte, y los derechos a la propia imagen e intimidad. Junto con reconocer a ambos como realidades no subsumibles, se incorpora a la propia imagen como parte de la vulneración³⁰.
3. El criterio de la expectativa de privacidad no es removido por la ilicitud de la conducta³¹. En otras palabras, lo relevante para admitir –si es ello factible– alguna excepción a la privacidad es el interés público y no el contenido de la conversación privada. Recordemos el razonamiento de la Corte Suprema en Chile que sostuvo que el velo de protección de la privacidad dejaba de

²⁸ Diario *El Mundo*, edición de fecha 8 de febrero de 2012; *ABC* y *El País*, edición de fecha 7 de febrero de 2012

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012) FJ 4°.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012) FJ 4°.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012) FJ 5°.

existir cuando quien era grabado demostraba un acto ilícito o fraudulento.

4. Sobre el criterio físico de la privacidad, el TC español lo vincula a la misma disposición de los afectados a que la conversación se mantenga como privada.

“Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad”³².

Por lo anterior, el TC también desecha la idea que el ámbito de protección de la intimidad se refiera únicamente a lo doméstico, familiar o sexual.

5. Además del derecho a la propia imagen, en lo que respecta a la privacidad, según el TC español la utilización de cámara oculta impide que el afectado pueda ejercer su derecho a evitar la grabación o ejercer cualquier acto para evitar el registro y publicación de la conversación.
6. Con respecto a la simulación del rol de pacientes de parte de los periodistas, el TC español se inclina por considerarlo engañoso, a diferencia del criterio de nuestra Corte Suprema:

“Por otro lado, es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones”³³.

En resumen, si la Corte Suprema hubiese aplicado correctamente el argumento del derecho comparado citando al TC español, habría

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012) FJ 5°.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (2012) FJ 6°.

sido metodológicamente más procedente escoger un caso que refleje la doctrina actual del TC (se trata de una sentencia de 2012 y no de 1984), además de uno que encaje con mayor exactitud al uso de cámaras ocultas con fines de una investigación periodística (en contraposición a una grabación en un contexto laboral). De más está decir que la jurisprudencia comparada en cualquier sentencia tiene una finalidad de dotar de autoridad a un razonamiento judicial, utilizando consideraciones de otros tribunales. Pero ello requiere una selección metodológicamente adecuada.

La conclusión del TC español es enfática en afirmar que aun existiendo interés público en la información periodística, la herramienta de la cámara oculta es *per se* contraria a la privacidad.

Compartimos la mayoría del razonamiento del TC español, salvo el rechazo *per se* de la cámara oculta, dado que implica una omisión en la ponderación de los derechos en juego: libertad de prensa (periodismo de investigación) y la privacidad y propia imagen. Por ello, como defendemos el uso proporcionado de la cámara oculta en el periodismo de investigación, estimamos conveniente acudir a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

6. OTROS ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

6.1 Cámaras ocultas en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

Hay pocos casos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre uso de cámaras ocultas³⁴. En términos generales, la Corte sigue un criterio de proporcionalidad sobre el ejercicio periodístico y la privacidad en relación con el uso de imágenes, exigiendo una justificación a intrusión en la medida que el medio persiga un interés público real. En *Von Hannover v. Alemania*³⁵ la Corte resume los criterios de ponderación del siguiente modo:

1. Evaluar si el contenido de la información y las imágenes contribuyen a un debate de interés general, el que la Corte no

³⁴ No hemos encontrado casos relevantes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia, por lo que hacemos la referencia a la Corte Europea.

³⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2012a).

- circunscribe necesariamente a asuntos políticos o hechos delictivos³⁶.
2. El papel o función que tiene la persona incluida en un trabajo periodístico, distinguiendo si se trata o no de alguien que por ejercer una función pública u otro motivo se convierte en una persona de notoriedad. En tal caso, se justifica plenamente —según la Corte— un control guardián de los medios de comunicación³⁷.
 3. El comportamiento previo a la publicación periodística, colaborando o permitiendo el acceso y registro de imágenes; o bien cuando dicho material fue obtenido con anterioridad, y disponible en forma pública³⁸.
 4. El contenido, la forma y el impacto de la publicación o emisión, sobre lo que se debe analizar el modo que aparecen las imágenes y la extensión de su difusión (si se trata de un medio nacional o regional, por ejemplo)³⁹.
 5. Las circunstancias particulares en la captación de las imágenes, que se vincula a si la persona prestó su consentimiento o si hubo fraude en su obtención. Asimismo, recalca la Corte, se debe evaluar el impacto que la información tendrá en la persona y en su círculo íntimo⁴⁰.

Nos parece interesante el criterio de ponderación que utiliza la Corte, dado que entrega criterios claros aplicables a los medios, y también para la evaluación de los jueces sobre el uso de imágenes con contenido periodístico. No obstante ello, hay un estándar adicional que se aplica a aquellos métodos en los que hay ausencia de consentimiento de parte del afectado, en los que se incorpora un criterio de necesidad, conforme al cual su uso se limita únicamente en las situaciones en las que no hay otro mecanismo disponible para obtener la información por vías legítimas. Tal caso, podría ser mediante

³⁶ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2012a), considerando 109°.

³⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2012a), considerando 110°.

³⁸ Si bien no hay en la jurisprudencia de la Corte Interamericana un criterio de proporcionalidad en la captación de imágenes, este mismo criterio fue aplicado en el caso Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012b)

³⁹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2012a), considerando 111°.

⁴⁰ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2012a), considerando 112°.

el acceso a otra fuente periodística que voluntariamente describa la información que se trata de obtener (una víctima, un colaborador, testigo, etc.).

Sobre esta materia, no hay que olvidar que los pocos privilegios que las leyes otorgan a la investigación periodística encuentra el secreto de la fuente⁴¹, por lo que perfectamente alguien que requiera que su identidad se mantenga en el anonimato, tiene el derecho a pedirlo, y el periodista encontrará una posterior protección en caso que sea requerida por cualquier persona o agente del Estado.

El criterio de necesidad lo encontramos en *Tierbefreier E.V. con Alemania*⁴², donde las cortes alemanas reconociendo la ilegalidad del uso periodístico de las cámaras para demostrar la existencia de abuso de animales, aceptaron su uso en la medida que satisfaga el interés público y no hubiese existido otro mecanismo.

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Europea nos entrega un estándar que permite distinguir un uso aceptable de las cámaras ocultas de aquellos que aun invocando un interés público real deban considerarse como intromisiones ilegítimas a la privacidad.

6.2. Regulación de cámaras y grabaciones ocultas en el derecho comparado

Si el fallo de la Corte Suprema no acertó con la referencia de jurisprudencia comparada, en materia de regulación del tipo penal en cuestión, pudo haber encontrado en la legislación comparada la explicación a una de sus consideraciones más importantes: si uno de los participantes de la conversación podía grabar clandestinamente

⁴¹ Artículo 7° de la Ley de Prensa: “Los directores, editores de medios de comunicación social, las personas a quienes se refieren los artículos 5° y 6° y los corresponsales extranjeros que ejerzan su actividad en el país, tendrán derecho a mantener reserva sobre su fuente informativa, la que se extenderá a los elementos que obren en su poder y que permitan identificarla y no podrán ser obligados a revelarla ni aun judicialmente. (...) Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también a las personas que, por su oficio o actividad informativa hayan debido estar necesariamente presentes en el momento de haberse recibido la información. (...) El que haga uso del derecho consagrado en el inciso primero será personalmente responsable de los delitos que pudiere cometer por la información difundida”.

⁴² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (2014).

lo ocurrido en la consulta médica con la finalidad de difundirlo en un programa periodístico.

La legislación chilena no se pronuncia sobre la materia. Sin embargo, una breve mirada a la legislación comparada nos arroja una conclusión: si se permitiera la difusión de una de las partes de la conversación debiera quedar plasmado expresamente en el tipo penal.

Así ocurre en Estados Unidos, donde 38 estados impiden la grabación clandestina de terceros, pero la permiten cuando esta se realiza por una de las partes que toma parte de la comunicación. En cambio, en otros 12 estados se requiere el consentimiento expreso de ambas partes⁴³. Sin embargo, la legislación es explícita en su alcance.

Por ejemplo, California impide la grabación clandestina, incluso de quienes participan en la grabación. En efecto, el artículo 632 (a) del Código Penal del mencionado estado alude a “cualquier persona quien, intencionalmente y sin el consentimiento de *todas las partes* de una comunicación confidencial, por medio de cualquier medio de amplificación electrónica o dispositivo de grabación...”

Otro ejemplo de utilización explícita de la extensión de la prohibición lo encontramos en la legislación estatal australiana. Así, en Queensland, el artículo 43 de la Invasion of Privacy Act junto con penalizar la grabación oculta de conversaciones, excluye la situación en la cual “la persona que utiliza el dispositivo de grabación es parte de la conversación”. El mismo criterio se aplica en Nueva Gales del Sur.

El fallo de la Corte Suprema omite otro punto de interpretación importante. Si debe interpretarse si “el que” (sujeto activo del delito) es también una de las partes o un tercero solamente, no lo hace explícito. Más bien se pone en la lógica de la interceptación de una conversación que en una grabación oculta. Obviamente no puede haber interceptación de una conversación propia, pero el artículo 161-A habla “del afectado” en singular, por lo que puede ser cualquiera de los partícipes de una conversación o ambos.

Insistimos que lo importante es no olvidar que en una conversación privada estamos hablando concurren los derechos de privacidad y libertad de expresión. Aspectos como la elección del mensaje o de la pulcritud de las palabras dependerán de la confianza con sus inter-

⁴³ PACKARD (2012) p. 220.

locutores y de la situación concreta en la que existan barreras para ser escuchados por terceras personas. Luego, dicha libertad se ejercerá de un modo distinto si el afectado se ve enfrentado a un dispositivo de grabación que si no lo está. Por lo anterior, nos parece que una adecuada interpretación de la legislación chilena consiste en que la prohibición cabe respecto de terceros o de las partes intervinientes de la conversación. Otra cosa es que, tal como expusimos, existan excepciones calificadas para las grabaciones ocultas cuando exista un interés público periodístico, y en aquellos casos que haya una autorización judicial.

En resumen, creemos que en esta materia la expectativa de privacidad influye en la elección del mensaje, de modo que ante la expectativa de no estar siendo grabados o interceptados el sujeto escogerá un discurso distinto que el utilizado en público. Por ello no interesa para la protección de la comunicación privada si es un tercero o uno de los partícipes.

7. CONCLUSIONES

Lo importante de la decisión comentada radica en el análisis de libertades fundamentales que contiene el caso: libertad de expresión en conversaciones privadas, libertad de prensa y derecho al secreto de las comunicaciones.

La Corte Suprema se enfrentó a un análisis de hechos subsumibles en un tipo penal defectuosamente construido, que ha sufrido un deterioro importante con la derogación del artículo 22 de la Ley de Abusos de Publicidad, al impedir como excepción calificada el ejercicio periodístico en temas de interés público, en especial por la contribución social que puede tener el periodismo de investigación.

La Corte finalmente logra esquivar la barrera de la ley. Sin embargo, a nuestro juicio lo hace de un modo deficiente, y cuyas consecuencias pueden servir para justificar intromisiones a la vida privada que no tienen la entidad del periodismo investigativo. La decisión pudo haberse valido del artículo 10 N°10 del Código Penal. Pudo haber empleado la jurisprudencia comparada vigente y aplicable al caso en cuestión, haciendo uso –por ejemplo– de un test de proporcionalidad específico que ofrecen los casos del sistema europeo de derechos humanos. Por último, la Corte perdió la oportunidad de

comparar la construcción del tipo penal con la de otras jurisdicciones, para dilucidar problemas tales como la aplicación del delito a partes de la conversación privada.

Si bien el resultado final puede ser satisfactorio para quienes creemos en el periodismo de investigación, las consideraciones resultan preocupantes para futuros pronunciamientos de nuestros tribunales sobre conflictos a la privacidad, no solo en contextos periodísticos, sino en el uso de dispositivos ocultos en las relaciones laborales, en el política, en los negocios, etc.

8. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

BARENDT, ERIC (2006). "Privacy and Freedom of Expression", VV.AA. (coord).

RICHARDSON, A KENYON AND M) *New Dimensions in Privacy Law* (Cambridge University Press, Cambridge)

CÁMARA DE DIPUTADOS (1997). "Diario de Sesiones, Sesión 45ª, en 6 de mayo de 1997"

COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO (2013): *La vida privada de las figuras públicas: el interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada*. (LegalPublishing, Thomson Reuters).

PACKARD, ASHLEY (2012): *Digital media law*. (John Wiley & Sons).

PROSSER, WILLIAM L. (1960). "Privacy", *California Law Review*, 48: 383-423.

WARREN, SAMUEL D y BRANDEIS, LOUIS D (1890). "The right to privacy", *Harvard law review*: 193-220.

Jurisprudencia citada

(1971) "Dietemann v. Time, Inc" (Court of Appeals, 9th Circuit), 245.

(2002). "A v B plc (Flitcroft v MGN Ltd), (Corte de Apelaciones de Inglaterra).

- (2003) “Rol N° 33.865-2003” (Corte de Apelaciones de Santiago).
- (2004) “Rol N° 5.604-03. “ (Corte Suprema).
- (2004a) “Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd [2004] UKHL 22” (House of Lords).
- (2007) “SURVEILLANCE DEVICES ACT 2007 - SECT 11”.
- (2012) “Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012” (Tribunal Constitucional español).
- (2012a) “ASUNTO VON HANNOVER c. ALEMANIA (N° 2) (Demandas nos 40660/08 et 60641/08), SENTENCIA ESTRASBURGO, 7 febrero 2012” (Corte Europea de Derechos Humanos).
- (2012b) “Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina” (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- (2013) “Sentencia Rol N° 8393-12, c/ Jaime Lara Montecinos y otros”. (CORTE SUPREMA).
- (2013) “AAA v Associated Newspapers Ltd [2013] EWCA Civ 554 (20 May 2013)” (Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales).
- (2014) “Tierbefreier E.V. v. Germany, Appl. No. 45192/09 of 16 January 2014” (Corte Europea de Derechos Humanos).