

EL PEOR LEVIATÁN:
EL PODER IMPERCEPTIBLE
Y, POR TANTO, INCONTROLABLE
DE LAS CÁMARAS OCULTAS
EN LA ESFERA PRIVADA
SO PRETEXTO DE INTERÉS PÚBLICO.

UN COMENTARIO A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
QUE ABSOLVIÓ A PERIODISTAS QUE EMPLEARON
CÁMARAS OCULTAS PARA GRABAR Y DIFUNDIR CONDUCTAS
PRIVADAS QUE ESTIMABAN ERAN DE INTERÉS PÚBLICO

*Ignacio Covarrubias Cuevas**

Introducción

Con el fin de denunciar la práctica de algunos médicos de otorgar licencias médicas falsas, dos periodistas, simulando estar enfermos, concurren a una consulta siquiátrica para solicitar el aludido permiso. Los periodistas, provistos de cámaras ocultas, grabaron la entrevista en que los profesionales otorgaban lo solicitado y posteriormente emitieron en un programa de televisión las imágenes y el audio de la conversación sostenida con los siquiátricos, sin que ellos hubieran consentido en la grabación de lo ocurrido ni tampoco en su difusión.

Una de las profesionales afectadas en su vida privada interpuso querrela criminal en contra de los periodistas que ingresaron a la entrevista, el editor y el productor periodístico del programa que difundió las aludidas imágenes, además de una acción de responsabilidad civil por daño moral a la honra.

Los querrellados fueron condenados por los delitos contemplados en los incisos primero y segundo del artículo 161-A del *Código Penal* –que sanciona la intrusión y difusión de la vida privada– además del pago de una indemnización por cinco millones de pesos. Una vez apelada la sentencia, fue confirmada por la Corte de Santiago. Contra ésta, los condenados

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icovarrubias@udd.cl

interpusieron un recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema (segunda sala) por tres votos contra dos acogió el recurso y absolvió a los querellados, tanto de la responsabilidad penal como de la civil.

Dos argumentos principalmente sostienen el fallo de casación: el primero afirma que las dos conductas sancionadas por el artículo 161-A del *Código Penal* se aplican únicamente cuando un tercero, ajeno a una conversación privada, la graba y luego la difunde. Para el máximo tribunal esto no habría ocurrido, toda vez que quienes incurrieron en las conductas sancionadas no fueron terceros, sino que partícipes de una conversación privada. En segundo término, el fallo esgrime que la conversación no habría sido privada atendido el interés público involucrado en difundir el tipo de irregularidades constatadas (otorgamiento irregular de una licencia médica) y cuya difusión pública es un modo de prevenir la reiteración de este tipo de conductas.

En este comentario centraremos nuestra atención exclusivamente en el segundo argumento aducido por la sentencia, por la injusticia ínsita que trae aparejada la decisión misma del fallo como también por las nocivas consecuencias individuales y sociales que, a nuestro juicio, se seguirían de la aplicación futura de dicho fundamento. Previo a ello, exhibiremos suscintamente los hechos principales del caso y los principales argumentos esgrimidos por las partes, como aquellos sustentados por el tribunal en primera y segunda instancia.

*I. El caso:
antecedentes de hecho y fundamentos
de derecho esgrimidos por las partes*

1. DE LA LECTURA DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA APARECEN COMO HECHOS INCONTESTADOS DEL CASO LOS SIGUIENTES:

- a) Cuatro periodistas de Chilevisión fueron condenados por infracción al delito contemplado en el artículo 161-A, incisos 1° y 2°, del *Código Penal*.
- b) Dicha norma en su inciso primero castiga al que

“sin autorización del afectado y por cualquier medio (...) grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; o capte, grabe, filme 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”¹.

¹ *Código Penal*, artículo 161-A, inc. 1°.

- c) El inciso segundo de la citada disposición legal sanciona, asimismo, “a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior”².
- d) Los aludidos profesionales

“ingresaron al despacho de la doctora María Luisa Cordero, ubicado en el Instituto Psiquiátrico José Horwitz Barak (...) el cual constituye un lugar que no es de libre acceso al público, y luego uno de ellos, simulando ser un paciente, solicitó una licencia médica, la que le fue concedida previo pago de una suma de dinero”³.

- e) La entrevista entre los médicos y los supuestos enfermos fue grabada por éstos sin autorización de la primera, grabación que fue posteriormente difundida en el programa periodístico denominado “En la mira” de Chilevisión.

2. *LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LAS PARTES, COMO, ASIMISMO, LOS SOSTENIDOS POR LAS SENTENCIAS DE CADA INSTANCIA, PUEDEN SINTETIZARSE ASÍ*

- a) En lo pertinente, la parte querellante sostuvo la infracción al artículo 161-A, incisos 1° y 2° del *Código Penal*, habida consideración de las circunstancias precedentemente expuestas.
- b) Los querellados sostuvieron que la conducta desplegada se encuentra amparada por la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del *Código Penal*, toda vez que concurre la eximente de responsabilidad del que obra en ejercicio legítimo de un derecho –el de la libertad de expresión consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política– y de un oficio –el de periodista–, y en cuanto a la supuesta colisión de derechos que refiere la sentencia con aquel consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, asegura que el fallo yerra al preferir el derecho a la privacidad y a la honra sin justificación, en circunstancias de que existen factores que se inclinan por el derecho a la in-

² *Código Penal*, artículo 161-A, inc. 2°.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, (2002), rol N° 1781-2011, n 1 parte expositiva. Asimismo, la sentencia del Juzgado del Crimen (ex 22), (2011): Rol N° 3.913- 2003, n 9 parte expositiva: “Se determinó que el equipo periodístico ingresó a las consultas de los médicos sin autorización o consentimiento de los mismos, como tampoco de ninguna autoridad competente o encargado de los recintos, con el claro fin de filmarlos emitiendo licencias médicas, para posteriormente realizar el reportaje periodístico”.

formación, como el interés público, la calidad de las personas involucradas y la veracidad de lo revelado, criterios que debían considerarse al momento de decidir los efectos penales de los hechos comprobados⁴.

c) El fallo de primera instancia sostuvo:

“aun cuando los encartados aducen un interés público comprometido para llevar a efecto la grabación o difusión, argumentando que la Ley N° 19.733 (...) habría obrado, en su concepto, como causal de justificación (...), la propia ley limita el ejercicio de ese derecho, límites que no resguardan sino las otras garantías constitucionales de igual envergadura, como son la intimidad, el honor y la propia imagen, y en presencia de un concepto jurídico indeterminado como es el llamado ‘interés público comprometido’, sólo el eventual afectado, la ley o la autoridad judicial pueden justificar la conculcación de esos derechos por bienes jurídicos que el ordenamiento cautele con mayor celo, el que en la especie (el correcto uso de los beneficios de la seguridad social) no tiene la entidad de las garantías constitucionales cuya colusión se sopesa en el caso de autos”⁵.

d) La Corte de Santiago, al confirmar la sentencia de primera instancia, señaló que a pesar del notorio interés público que pudiera tener dicha noticia, no ha podido ser difundida por impedirlo la norma constitucional contemplada en el N° 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental (vida privada), garantía constitucional que encuentra su necesario respaldo en la norma penal antes señalada, y que constituye, a su vez, un límite a la libertad de expresión, reconocida en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución⁶.

II. El argumento de la sentencia de reemplazo del que nos haremos cargo críticamente, está desarrollado en el considerando 5° y sostiene lo siguiente

“Sí puede afirmarse que el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público. En el caso en análisis si bien no se ha demostrado la comisión de un ilícito por los presuntos perjudicados, lo cierto es que su conducta importa al menos una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias

⁴ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 1°.

⁵ Juzgado del Crimen (ex 22), (2011), rol N° 3.913- 2003, considerando 11°.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2012), rol N° 1781-2011, considerando 3°.

médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud, cuestión que reviste un interés público con mérito suficiente para ser socializada lo que permitirá en último término el fin de una situación reprobable e inconveniente”.

“Como advierte el recurso no ha podido estimarse que la conversación de los periodistas con la profesional sea de carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública”⁷.

III. Comentarios críticos a la decisión y su fundamento

1. EL PROBLEMA NO SÓLO RESIDE EN LO QUE EL FALLO DICE, SINO, TAMBIÉN, EN LO QUE DEJA DE DECIR SOBRE ASUNTOS CUYO ALCANCE SON DE RELEVANCIA JURÍDICA

En el presente comentario sostendremos no sólo nuestra opinión negativa acerca de lo que la sentencia resuelve y cómo lo fundamenta, aunque también se advertirá que muchos de los aspectos críticos del mismo son atribuibles a los flancos que el fallo deja abiertos en algunos temas de suyo bastante relevantes como para no haberse hecho cargo mínimamente de ellos.

Cuando una sentencia le reconoce a alguien un tremendo poder de intervención en los derechos más fundamentales de las personas, no es suficiente haberlo hecho en el entendido que dicha potestad se otorgó bajo el supuesto de que el tribunal decidió para ese caso particular y no otro, de conformidad con el efecto relativo de las sentencias.

Y no basta asilarse en dicha cómoda posición formalista, porque, si bien es cierto que el efecto relativo de las sentencias sólo alcanza a la específica decisión adoptada –darle a Cayo y a Ticio lo suyo– no es realista suponer que la relatividad de la decisión del caso concreto también alcanzará necesariamente a los fundamentos de la misma. Aunque lo resuelto es único e irrepetible; sus premisas racionales son *de suyo* extensibles y aplicables a situaciones análogas. Qué duda cabe que las ideas tienen consecuencias. El problema está en que muchas veces quienes las proclaman no advierten o no se hacen cargo de todos los efectos que lógicamente se derivan de su aplicación. Este fallo es un buen ejemplo de ello.

⁷ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

2. LA COMPLEJIDAD DE LAS ORACIONES EQUÍVOCAS:

“EL CARÁCTER PRIVADO DESAPARECE CUANDO SE TRATA DE CONDUCTAS QUE REVISTEN UN INTERÉS PÚBLICO”

Existen tantas y contrapuestas concepciones sobre el alcance que una premisa como la citada puede irradiar⁸ que no es recomendable sostener este tipo de razones si al mismo tiempo no se explica precisamente lo que se quiere significar con ella. Si ello no se aborda adecuadamente, la omisión explicativa no sólo se prestará para diversas manipulaciones, sino que cada intérprete le atribuirá el sentido y alcance que quiere, debilitándose así el sentido clarificador y referencial que toda decisión definitiva de un tribunal debe poseer, máxime cuando se trata de una materia de suyo polémica y que, paralelamente, representa un cambio sustantivo respecto de un pronunciamiento que este mismo tribunal había tenido sobre la misma materia algunos años atrás⁹.

Podría pensarse que esto no pasaba de ser una oración desafortunada del fallo, pero cuando se advierte a renglón seguido:

“no ha podido estimarse que la conversación de los periodistas con la profesional sea de carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública”¹⁰,

parece despejarse toda sospecha de desliz terminológico, el reiterarse la idea de que el interés público tendría la aptitud de mudar lo privado en público.

Más allá de la contradicción que encierra la expresión en sí misma, creemos jurídicamente errado sostener algo así. Lo que es privado no deja

⁸ Al menos existen tres modalidades de aproximación en la tipología de lo público como categoría separada y confrontada a lo privado: una de carácter espacial o física; otra relativa a la accesibilidad o develación de actos o datos personales, y aquella que se refiere a la imposición de límites normativos, por parte de la autoridad, al ejercicio de la conducta humana. Una mirada bastante difundida en la filosofía política contemporánea, lamentablemente observa *lo público* y *lo privado* como categorías binarias y contrapuestas donde lo único común entre ambas sería la frontera que separa una categoría de la otra. Este abordaje liberal-colectivista no es satisfactorio, ya que al estar enraizado en la lógica confrontacional de lo colectivo (público) *versus* lo individual (privado) le resulta difícil avizorar la existencia de un interés compartido por ambas esferas: el bien común, que si bien comprende el bien particular, privado o individual, lo rebasa por cuanto lo encauza o condiciona por bienes mayores aunque sin anularlo o sacrificarlo del todo.

⁹ Nos referimos al caso de cámaras ocultas que afectó al entonces ministro de la Corte de Apelaciones, Daniel Calvo.

¹⁰ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

de serlo por estimarse que hay un interés público en los hechos o conductas resguardadas por la intimidad. No es que el interés público posea la aptitud de transformar, ontológicamente hablando, lo privado en público.

“Lo privado” –en tanto jurídicamente resguardado del conocimiento público– no “desaparece”, esto es, no deja de encontrarse en la esfera del derecho a la vida privada cuando hay un interés público. Lo que sí puede ocurrir es que las conductas o hechos ordinariamente protegidos por la vida privada pueden ser *difundidos* si revisten interés público. De ese modo, lo que hace el interés público es justificar y legitimar la develación pública de lo privado.

Subyace aquí el sano principio de que lo privado no puede mantenerse en reserva cuando lo llevado a cabo bajo su resguardo pone en peligro el bien común. Con todo, sostendremos que este principio filosófico-jurídico es desvirtuado no sólo por la decisión misma adoptada por la Corte, sino, también, por el fundamento que la sostiene.

En primer lugar, la injusticia contenida en la regla de que el interés público no sólo justifica la difusión de lo privado, sino su intrusión in-consentida, desproporcionada y obtenida por vía de engaño. De este último punto deriva, en segundo término, la injusticia de lo que la decisión proyecta hacia adelante: sería lícito preservar la moralidad pública promoviendo la inmoralidad privada.

3. LA CORRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE QUE EL INTERÉS PÚBLICO JUSTIFICA LA DEVELACIÓN DE LO PRIVADO

Es correcto sostener –como lo hace la sentencia– que una “cuestión que reviste un interés público” posee “mérito suficiente para ser socializada”¹¹. Este sano principio no sólo tiene enraizados fundamentos filosófico-políticos sino que se desprende con solidez de nuestro ordenamiento constitucional y legal.

En el orden de los principios puede ser ilustrativo recordar que ya Tomás de Aquino afirmaba: “contra el bien común no es lícito guardar ningún secreto”¹², de donde se sigue que no cabe invocar el ejercicio de un derecho para lesionar el bien público. En cuanto a la legislación, el artículo 30 de la Ley 19.733 (Ley de Prensa) contempla varios ejemplos de hechos que revisten interés público para los efectos de liberarse de la responsabilidad de la comisión de los delitos de injuria y calumnia cometidos por un medio de comunicación social o por terceros a través de éstos.

¹¹ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

¹² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 68, a I ad 3.

Conforme a la citada disposición legal, “se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes”, mencionando allí seis circunstancias, entre las cuales cabe destacar los hechos

“referentes al desempeño de funciones públicas”, “[l]os acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y (...) [l]os consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos”,

entre otras situaciones que señala a modo meramente ejemplar¹³.

Al respecto, el fallo expresa:

“Los hechos que se atribuyen a los inculpados se ajustan a tales circunstancias, lo que acredita la legitimidad de su actuación inserta en el ejercicio de la función periodística en aras de un interés social prevalente”¹⁴.

Asumiendo que los hechos develados por el programa de televisión revestirían interés público en su *difusión*, surgen algunos problemas difíciles de encarar para el fallo: lo que el fallo resuelve y pretende justificar no es únicamente la *difusión* de asuntos de interés público, sino específicamente la intromisión no autorizada por medios *intrusivos* de asuntos privados.

Pues bien, aquí el problema es bastante insoluble, ya que tanto el principio en juego como también lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Prensa, ambos invocados por el fallo, justifican la difusión pública de los asuntos privados por motivos de bien común, pero en caso alguno autorizan la *intrusión* in-consentida (por terceros o partícipes) en dicha esfera de intimidad, que es precisamente lo que el fallo quiso legitimar. Una decisión judicial como la aquí expuesta contraviene abiertamente el principio de orden social en que dice fundarse y además favorece una interpretación forzada de la citada disposición legal de la Ley de Prensa.

¹³ Ley N° 19.733 de 2001, art. 30, inciso tercero: “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”.

¹⁴ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 6°.

En efecto, así como nadie puede reclamar legítimamente para sí un interés o derecho cuando su despliegue pone en peligro el bien común o parte del mismo, tampoco la autoridad puede lícitamente en nombre del bien público promoverlo sin respetar las garantías básicas de las personas, entre ellas, el derecho a no padecer invasiones en su persona ni bienes sin un proceso imparcial y justo. Lo mínimo que un Estado puede garantizarle a todos es que su intimidad no sea violada sin autorización previa por parte de una autoridad imparcial.

Por otro lado, es un mal aliado para el fallo invocar el artículo de la Ley de Prensa. Esto no sólo porque difícilmente lo llevado a cabo por Chilevisión cumple con los estándares del aludido artículo 30 para liberarse de responsabilidad¹⁵, sino, también, porque lo previsto por el legislador para el caso de concurrir un interés público fue derechamente en la línea de justificar la afectación de la honra y de la vida privada por instrumentos de *difusión* antes que por medios de *intrusión*, que es lo que el fallo pretende legitimar¹⁶.

Se advierte en esta disposición legal el mismo espíritu que infunde al principio en juego que ha sido aquí desconocido. En efecto, conforme al artículo 30 nadie puede legítimamente escudarse en su vida privada para impedir que se revele el delito cometido, como tampoco el gobernante puede impedirlo, si una conducta o decisión suya incide negativamente la función pública que desempeña.

Pero de ahí a justificar que el interés público puede obtenerse y/promoverse por vía de medios cognoscitivos intrusivos, aparte de contrariar nuestro ordenamiento jurídico, corroe las misma validez de algunas de las premisas en las que el fallo pretende erigirse.

¹⁵ A propósito de la específica regulación de los delitos de injuria y calumnia, el artículo 30, inciso primero, de la Ley de Prensa establece que el inculpado de haber causado dichos delitos a través de un medio de comunicación “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” que luego pasa a enumerar. Así, la indicada disposición permite al acusado por tales delitos liberarse de responsabilidad penal, a condición que, en primer término, “se probare la verdad de la imputación”, luego, que ésta aludiere a “hechos determinados” y, en tercer lugar, que “se produjere con motivo de defender un interés público real” o, alternativamente, que “el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio”.

¹⁶ De ninguna de las hipótesis que el artículo 30, inciso tercero, señala por vía ejemplar se podría desprender algo así como una autorización a las personas o a los medios de comunicación para incursionar en la vida privada para luego difundir. Por lo demás, todas las normas de responsabilidad de la Ley de Prensa se construyen sobre el supuesto de lo que los medios de comunicación o las personas a través de ellos pueden “comunicar” o “transmitir”.

4. EL INTERÉS PÚBLICO PREVALENTE:

¿EL BIEN DE TODOS O EL DE UNOS POR SOBRE EL DE OTROS?

Como lo hemos señalado, la sentencia en buena medida funda su decisión en la necesidad de reconocer “un interés social prevalente” por la vía de admitir la legitimidad de denunciar por vías invasivas las conductas privadas que incidan en un asunto de interés público. Así se entiende que lo privado deba desaparecer frente a la primacía de lo público. Sin embargo, este modo de aproximarse a la relación entre lo público y lo privado deja muchos flancos abiertos sin una explicación que, en este caso, el fallo omite.

Es correcto plantear la primacía del bien general por sobre el bien particular. Ello explica que la privacidad de una persona (figura pública o no) sea inversamente proporcional a su involucramiento en asuntos que conciernen a la vida en común. Hasta aquí todo bien. Sin embargo la sentencia olvida que la misma promoción del bien de todos –lo que incluye a las personas individualmente consideradas– exige que la aludida prevalencia no sea absoluta, sino que proporcionada a fin de respetar ciertos requerimientos mínimos de justicia que representan bienes que no están sujetos a sacrificios en vistas a un fin ulterior.

En este caso, dichas exigencias básicas de justicia se encuentran representadas, al menos, por:

- a) la seguridad de que las personas no padecerán intrusiones cognoscitivas en su intimidad más sensible y
- b) la garantía de que un tercero imparcial verifique previamente si concurren las condiciones para autorizar las intromisiones justificadas (salvo en caso de flagrancia, en cuyo caso las exigencias han de operar a posteriori).

Las razones de bien común que justifican el levantamiento del velo de la intimidad en ciertos casos son las mismas que apoyan la idea de que dicha intervención deba ser acotada, proporcionada y adoptada con los mínimos resguardos. Sin estas exigencias básicas de justicia, el bien común no sería el bien de todos, sino el de una mayoría contra el de una minoría o el de los más poderosos en contra de los más débiles, en fin, el de unos contra otros.

Precisamente la desatención a este principio ha podido constatarse en los recientes sucesos de escuchas telefónicas padecidas por varios dignatarios y líderes extranjeros. En tales circunstancias lo que se ha esgrimido para justificarlas es que dichas invasiones en la vida privada son los costos que debemos soportar para asegurar el interés *prevalente* de la seguridad nacional y hemisférica frente a las amenazas del terrorismo internacional.

En fin, un interés público que se impone incondicionadamente y abusivamente sobre el interés particular no sólo deja de ser un *interés público real*, sino que traiciona los mismos principios en cuyo nombre suele invocarse.

5. *LA INJUSTICIA ÍNSITA DE FALLO:*
LA PARADÓJICA LEGITIMACIÓN DEL ENGAÑO Y DEL FRAUDE CUYA
DENUNCIA Y TÉRMINO SE PRETENDE LOGRAR

A lo anteriormente señalado, creemos que la injusticia del fallo se agrava de modo patente cuando pretende promover la denuncia pública de conductas reñidas con la moral por medio de legitimar paralelamente la realización de conductas que desconocen los mismos principios éticos cuya obtención se pretende.

En efecto, por una parte, la sentencia sostiene que existe un interés público en denunciar

“una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud”,

situación cuya socialización, dice el fallo, “permitirá en último término el fin de una situación reprobable e inconveniente”¹⁷.

Por otra parte, constituye un hecho probado en el proceso, y también reconocido por los propios periodistas absueltos,

“que los integrantes del equipo periodístico asumieron el rol de pacientes con el claro fin de obtener una licencia médica que les permitiera tomar vacaciones, siguiendo el procedimiento usual para acceder al documento, ingresando como una persona más a las consultas psiquiátricas”¹⁸.

De este modo la sentencia pretende justificar la denuncia pública de “conductas o situaciones moralmente reprobables” por la vía de legitimar que se acceda a dicha información por medio de conductas igualmente reprochables desde el punto de vista moral, como son el engaño y la mentira a la que habitualmente se recurre –y se acudió en este caso– para acceder a ese mínimo umbral de confianza que se necesita para acceder tanto a compartir un espacio como a conversación reservada.

La sentencia acomete así la paradójica tarea de promover la práctica de conductas fraudulentas similares a aquellas cuya denuncia pública la misma resolución judicial quiere promover.

¹⁷ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

¹⁸ Juzgado del Crimen (ex 22), (2011), rol N° 3.913- 2003, n 9 parte expositiva.

Curiosa es aquella moralidad (pública) que pretende construirse a través del engaño (privado).

6. *EL MUNDO AL REVÉS: RECONOCIENDO A PARTICULARES POTESTADES DE INVASIÓN MÁS INTENSAS QUE LAS OTORGADAS A CIERTAS AUTORIDADES Y CON MENORES RESGUARDOS QUE FRENTE A ÉSTAS*

Cuando el ordenamiento jurídico ha dispuesto que determinadas autoridades se encuentren premunidas de la sensible aunque indispensable facultad de investigar la intimidad de las personas (*v.gr.*, Ministerio Público) o algunos específicos aspectos de su esfera privada (*v.gr.*, Servicio de Impuestos Internos) lo ha previsto con todos los resguardos para que lo lleven a cabo con las justas garantías del caso.

Así como el Ministerio Público requiere de autorización del juez de garantía para investigar la comisión de un delito en cuya pesquisa a través de medios tecnológicos intrusivos puedan producirse injerencias en los derechos de las personas, entre ellos la intimidad¹⁹, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, por su parte, está obligada a solicitar similar autorización judicial para levantar el secreto que protege a determinadas operaciones de naturaleza bancaria²⁰. Existen ejemplos similares de potestades de intervención en la vida privada que deben solicitar autorización judicial previa a su ejercicio²¹.

¹⁹ El art. 226 del *Código Procesal Penal*, a propósito de los instrumentos tecnológicos de investigación, dispone que “cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

²⁰ La Ley 20.406 (2009) amplió a la Dirección Nacional del ente fiscalizador en materia tributaria, la facultad para acceder, previa autorización del juez de garantía, a la información bancaria protegida con secreto o reserva de conformidad al artículo 154 del DFL N°3 de 1997, sobre Ley General de Bancos.

²¹ El artículo 39, inciso 2°, letra f) del texto refundido (2009) del Decreto Ley 211, exige al Fiscal Nacional Económico autorización ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando quiera imponerse “de antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente”. Del mismo modo, la letra n) exige “petición fundada”, previamente aprobada por el TDLC, y con “autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones”, para la adopción de una serie de medidas, entre ellas, la facilitación de “copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas” por una empresa de comunicaciones. Por su parte, la Ley 19.913 (2003), que creó la Unidad de Análisis Financiero, obliga, en su artículo segundo, inciso 2° de la letra b), a este organismo a solicitar la autorización de un ministro de la Corte de Santiago para requerir los antecedentes “amparados por el secreto o reserva” o cuando “deban requerirse a una persona no contemplada por el artículo 3° de esta Ley”.

En cualquier caso, dichas potestades públicas se encuentran expresamente otorgadas e invisten de modo singularizado a una autoridad (o categoría determinable de éstas) para ejecutarlas, de conformidad con el procedimiento que la misma ley ha contemplado, y en caso de no atenerse a estas garantías, la potestad deviene en ilícita (art. 7° de la CPR) sin perjuicio de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, siendo una de ellas en materia procesal penal, la exclusión de la prueba que se haya obtenido con infracción a los derechos fundamentales.

Atendido lo anterior es curioso, por decir lo menos, que de conformidad al fallo en cuestión, los periodistas puedan, sin atribución explícita, incurrir en incursiones en la intimidación similares o más intensas que aquellas que podrían acometer los funcionarios públicos expresamente facultados para ello, pero esto sin los resguardos que habitualmente el ordenamiento jurídico brinda en aquellas hipótesis en que un órgano que no es judicial pueda, en virtud de sus potestades, acceder a información personal.

Éste es el peor de los mundos para la vida privada: potestades exorbitantes, invasivas y sin los más mínimos resguardos. Lo anterior equivale a reconocerles a los medios de comunicación una facultad que ni siquiera la policía y el poder judicial ostentan.

7. *EL PEOR LEVIATÁN:*

LA INVASIÓN INCONTENIBLE E IMPERCEPTIBLE EN LA VIDA PRIVADA CON FINES DE INTERÉS PÚBLICO

Si al otorgamiento de un poder de invasión en la intimidad de las personas, sin los indispensables resguardos reconocidos por el ordenamiento jurídico para situaciones análogas, se suma la posibilidad de incursionar preventivamente en la esfera privada, aunque sea para acceder a información de interés público, todas las condiciones están dadas para que dicho poder se convierta en un Leviatán incontenible y –lo peor de todo– imperceptible.

Es evidente que la interpretación judicial admite que la simple sospecha o conjetura de un interés público autorizaría a los profesionales de la prensa a inmiscuirse subrepticamente y por medios invasivos en la vida privada de cualquier persona. Esto en sí mismo constituye una amenaza grave que se cierne sobre la intimidad de todos. Pero el asunto es todavía más complejo.

Un interés público interpretado laxamente por la prensa incentivaría a muchos a autorizar la grabación clandestina tanto de imágenes como de conversaciones privadas de personas con la firme esperanza de captar y luego difundir lo que en dicha esfera podría revestir interés público.

¿Qué sucede si en ese afán intrusivo no encuentran nada que tenga dicho interés? Es probable que nada, porque dicho poder, además de incontenible, será imperceptible. Muchos o pocos –no sabremos cuántos– y respecto de quienes nada se encontró, habrán padecido invasiones no consentidas en su vida privada, sin siquiera haberlo sospechado.

Un poder incontenible, precisamente por ser a la vez imperceptible, deviene en poder incontrolable y, por esto mismo, en poder desatado, digno del peor Leviatán.

Bibliografía

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1965.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago (2012): rol 1781-2011, disponible en www.poderjudicial.cl

Juzgado del Crimen (ex 22) (2011): rol N° 3.913-2003, disponible en www.poderjudicial.cl

Corte Suprema (2013): rol N° 8393-12, disponible en www.poderjudicial.cl

Juzgado del Crimen (ex 22) (2011): rol N° 3.913- 2003, disponible en: www.poderjudicial.cl