

DERECHO A LA VIDA PRIVADA: INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Raúl Arrieta Cortés
Abogado, Universidad Central
Profesor Diplomado en Derecho Informático, Universidad de Chile

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.- 3.- INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.- 4.- LÍMITES A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.- 5.- PROPIEDAD DE LOS MEDIOS E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.- 6.- CONCLUSIONES.-

1.- INTRODUCCIÓN

En los últimos años el desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación ha sido cada vez más acelerado. Sumado a ello, hemos presenciado grandes esfuerzos realizados por diferentes sectores del quehacer nacional por convertirlas en una herramienta de desarrollo y de nuevas oportunidades.¹

Podemos advertir una apreciación generalizada de que las Tecnologías de la Información y Comunicación se pueden convertir en una nueva oportunidad para colocar al Estado y al desarrollo al servicio de las personas. Así, se las concibe como una herramienta de cambio que en ningún caso son un fin en sí mismo, sino muy por el contrario, un medio que puede contribuir a facilitar el logro de los afanes definidos por la propia sociedad.

Es por ello que toda esta aspiración de progreso y modernidad no puede perder de vista que el fin último es la persona. Que debe propender a hacerle la vida cotidiana más fácil y proveerle nuevos y mejores canales de información, participación y satisfacción de necesidades.

¹ Ver el trabajo realizado por el Grupo de Acción Digital durante el año 2003, con miras a la preparación de la Agenda Digital (www.agendadigital.cl). Dicho documento es el resultado de un amplio acuerdo público-privado sobre una estrategia país, mirando a la celebración del bicentenario en 2010. Por su intermedio se pretende contribuir al desarrollo de Chile mediante el empleo de las tecnologías de la información y comunicación para incrementar la competitividad, la igualdad de oportunidades, las libertades individuales, la calidad de vida y la eficiencia y transparencia del sector público, enriqueciendo al mismo tiempo la identidad cultural de la Nación.

Por todo lo anterior, consideramos que la cautela en la forma en que se lleve adelante el proceso de adopción de tecnología por la sociedad ha de ser una buena consejera, toda vez que la premura por convertirnos en un país digitalmente desarrollado no puede llevar a que los derechos individuales se vean descuidados o conculcados.

En ese orden de ideas, es necesario partir de la premisa básica de que el reconocimiento de las Tecnologías de la Información y Comunicación por el Derecho se sustenta sobre un principio de corte minimalista, en cuya virtud sólo debe intervenir el ordenamiento jurídico para efectuar las modificaciones necesarias que permitan reconocer las nuevas formas y adaptar el derecho preexistente a las particularidades que tiene el nuevo soporte, en todo el resto debe conservarse incólume el régimen jurídico.

² Así, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas y el derecho a la vida privada, materias objeto del presente trabajo, ya se encuentran debidamente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como legal. Por ello, frente al desconocimiento que el ciudadano común tiene de la forma como operan las técnicas y medios electrónicos y de la forma en que se han incorporado a la legalidad nacional, parece adecuado hacer un esfuerzo por asentar la premisa de que no es necesario crear nuevas leyes, sino que basta con hacer cumplir las actuales.

La inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados constituye un derecho fundamental³ estrechamente vinculado al derecho a la vida privada, ya que en último término éste es el bien jurídico tutelado. Por su intermedio, se pretende proteger a las personas de cualquier intromisión proveniente tanto de particulares, como de funcionarios o autoridades, en sus comunicaciones y documentos privados.

Estos derechos no sólo se encuentran reconocidos y amparados por nuestra Carta Fundamental³, sino también en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁴ De esta forma, tanto en el ámbito interno como externo, se les reconoce como parte de la expresión más inmediata de la dignidad humana.

En el tradicional soporte papel ello pareciera estar claro. Sin embargo, cuando nos acercamos al soporte electrónico y a las nuevas posibilidades de comunicación que incorporan las tecnologías de la información y comunicación (Chat o sistemas IRQ), surge la percepción general de que los límites ya no lo están tanto. Así, la masiva incorporación de las tecnologías de la información y comunicación a la vida cotidiana puede llegar a cernirse como una de las principales amenazas a las que se ve expuesta la vida privacidad e intimidad de las personas.

Es habitual advertir una creencia de que en las comunicaciones electrónicas, las fronteras entre lo público y lo privado se encuentran difuminadas. En efecto, desde una perspectiva técnica puede que ello sea así. Cuando un individuo entra en la red deja rastros sobre su personalidad, sus gustos, sus inclinaciones políticas o sexuales, y, en general, sus intereses, que pasan a disposición de cualquier interesado que domine ciertos recursos técnicos.⁵ Sin embargo, estimamos que por el hecho de que algo técnicamente sea posible, no quiere decir que deba ser aceptado ni tolerado por el Derecho.

Es por esto que la protección de la vida privada y de los derechos ligados a ella, como lo es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, nos impone cada vez más desafíos, por cuanto las técnicas y medios electrónicos no sólo van produciendo nuevos e importantes canales y formas de comunicación; también se producen paralelamente más modos de interceptarlas.

No obstante y, como consecuencia de recientes acontecimientos que han tenido lugar en el ambiente judicial y que han plagado a la prensa nacional⁶, parece indispensable tomar conciencia de que las comunicaciones electrónicas gozan de un nivel de protección constitucional y legal similar al de cualquier otra forma de comunicación privada. No es vano recordar entonces uno de los más elementales principios de interpretación normativa, cual es el de integridad legislativa, en cuya virtud todo el conjunto de leyes debe ser coherente desde el punto de vista moral, con independencia del soporte, papel o electrónico, en que la comunicación protegida se desarrolla.

2.- LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Las Tecnologías de la Información y Comunicación han producido un cambio fundamental en el mundo. Tal como en la geografía mental creada por el ferrocarril el hombre dominó la distancia, con las técnicas y medios electrónicos éstas han sido virtualmente eliminadas.

Así, la forma en que la sociedad se comunica ha sufrido una profunda transformación. Los nuevos medios de comunicación electrónicos han modificado radicalmente el intercambio de información que deja de ser dependiente del tipo de transporte para ser un proceso en el que la información se mueve a la velocidad de la luz. Las redes telemáticas permiten que mucha información que era previamente inaccesible y sin valor debido a que estaba en un lugar remoto, se convierta en útil y valiosa a través de la Red. De este modo, el acceso a bases de datos remotas y la

² Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva, los derechos son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La dogmática de los derechos humanos”*, Edic. Jurídicas, 1994, p. 59.

³ El artículo 19 N° 5 dispone que: “La constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

⁴ En el ámbito de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el concierto americano, se pueden señalar a modo de ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su Artículo X dispone “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 11 N° 2 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

⁵ MARTÍN CUBAS, Joaquín. *“Democracia e Internet”*, Colección Interciencias, 2001, p. 77.

⁶ Con fecha 15 de septiembre de 2004, la Ministra en visita extraordinaria Sra. Gloria Ana Chevesich Ruiz, en causa rol N° 15.260 XD Letra D, ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas.

transmisión de datos, sonidos e imágenes en tiempo real a cualquier parte del planeta, son ya hechos consumados.⁷

Dentro del más variado espectro de posibilidades con que la tecnología nos dota para que las comunicaciones electrónicas tengan lugar, el correo electrónico se ha convertido en una eficaz herramienta de comunicación entre ausentes, de bajo costo y que permite veloces transferencias de mensajes a través de grandes distancias. Así, se ha transformado en una de las herramientas más utilizadas, llevando en algunos casos a ser la principal razón que motiva el acceso a la Red por parte de las personas.

El correo electrónico constituye un servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un emisor y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y redes de telecomunicaciones.⁸

Sobre la base de la definición precedente, es posible advertir que se trata de un instrumento tecnológico que posibilita las comunicaciones entre dos o más personas, lo que considerado en concordancia con lo dispuesto en la Ley 19.799,⁹ nos permite llegar a la conclusión de que el correo electrónico viabiliza el intercambio de documentos electrónicos.¹⁰

Con la finalidad de precisar la naturaleza jurídica del correo electrónico, es indispensable considerar dos aristas del mismo. Por una parte, su aptitud documental, de correspondencia o comunicación y por la otra, su capacidad de operar como transmisor.

La aptitud documental antes referida, nos conduce a tener a la vista el tratamiento que hace de los documentos electrónicos la Ley 19.799.

Por su intermedio se reconoce jurídicamente a los documentos electrónicos, se les hace equivalentes a sus homólogos en papel y se les dota de fuerza probatoria. Como resultado de ello, cualquier manifestación volitiva o del pensamiento que se plasme en un soporte que tenga particularidades electrónicas deberá tener idéntico tratamiento que el que tendría por estar contenida en papel. Aún más, se dispone a texto expreso en el artículo 3º, que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, suscritos o no por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma forma y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel y se les reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que

⁷ FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, "Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales". Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. XX.

⁸ CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. "Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet", Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2000, p. 68.

⁹ Ley sobre documento electrónico, firma electrónica y los servicios de certificación de dichas firmas, de 2002.

¹⁰ El artículo 2 d) dispone "documento electrónico es toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior".

consten de ese modo y en todos aquellos casos en que las leyes prevean consecuencias jurídicas por ello.

Así, debemos considerar que todo el tratamiento normativo que hace la ley sobre documento electrónico parte de la premisa básica de que el soporte electrónico es igual al soporte papel. Únicamente se altera la corporalidad del contenedor que admite la representación del hecho, imagen o idea.

Por su parte, considerar al correo electrónico como transportador de mensajes nos lleva a tener en cuenta la forma técnica en que opera, que es determinado por el protocolo de intercambio de correo electrónico entre computadores, que se encuentra descrito en el Request For Comment 821 de agosto de 1982 de la Internet Engineering Task Force.¹¹

Únicamente con fines ilustrativos señalaremos que en una Red de computadores, como lo es Internet, es posible individualizar a los computadores y dentro de cada uno de ellos a los usuarios. De este modo, al enviar un correo electrónico a cualquier destinatario que cuente con una casilla electrónica previamente habilitada, permitirá que el mensaje llegue a su receptor final.

Para que esto sea posible, una vez que el emisor del mensaje realiza la acción de envío, el correo se despachará al servidor de correo asignado a la tarea de enviar estos mensajes. Dicho servidor recibirá la información del destinatario, remitente y contenido. Posteriormente, el servidor identificará al servidor de correo que atiende al destinatario del mensaje o, en su defecto, a un intermediario definido para ello. Ambos, intermediario o destino final, son otros computadores conectados a Internet, que actúan como servidores de correo en otras redes. Al completar el despacho, el mensaje será borrado del computador que lo envía y quedará disponible para el destinatario.¹²

De esta forma es posible concluir que la labor que realizan los servidores de correo electrónico no difiere sustancialmente en las prestaciones más elementales que brindan las empresas de distribución de correspondencia en soporte papel, ya sea a través de los sistemas que organizan la documentación postal o mediante los carteros que la conducen.

Por todas las razones esgrimidas, tanto en su perspectiva documental como de transporte, es que debemos considerar que el correo electrónico posee una naturaleza similar con la del correo tradicional. Así, estimamos que debe gozar de la misma protección otorgada a las comunicaciones en papel por los instrumentos jurídicos internacionales y la propia Constitución Política.

De todo lo anterior, podemos deducir claramente que el correo electrónico es un medio de comunicación protegido por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

¹¹ RFC 821 de la IETF. [En línea] <http://www.ietf.org/rfc/rfc0821.txt?number=821> [Consulta: 17.11.2004]

¹² Para mayor precisión respecto a la forma técnica en que el mensaje es transportado ver RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo, "El correo electrónico", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, del Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, núm. 3, 2003, p. 195.

3.- INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

En la medida que las personas sólo existan en el mundo real, el ciberderecho como tal no existe, sólo podemos hablar de derechos civiles en relación al ciudadano del mundo real. Por ello es que el hecho de que el ciudadano interactúe en la Red lo conduce a ejercer de maneras novedosas los derechos de los que ya es titular, pero no nuevos derechos.¹³

De esta forma, cualquier análisis que se pretenda realizar respecto de la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas debe concentrar los esfuerzos en caracterizar la forma en que un derecho de esta naturaleza se concibe en el ordenamiento constitucional como garantía de la dignidad y, en último término, de la libertad individual.

Debemos recordar que este derecho encuentra su antecedente histórico en la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia, que se configura durante la Revolución Francesa, por la Asamblea Nacional, en los siguientes términos: "*Le secret des lettres est inviolable*".¹⁴

La Constitución, en el artículo 19 N° 5, consagra la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, conceptualizándola como una garantía de las personas, es decir, como un derecho inherente a ellas por el solo hecho de serlo. Así, se trata de derechos que son anteriores al Estado, nacen con la propia persona, por lo que éste no los otorga como una gracia, por el contrario, los reconoce por existir antes que el propio Estado.

Es un hecho que el Constituyente al momento de redactar el artículo 19 N° 5 de la Constitución no tuvo en mente Internet, ni las nuevas formas de comunicación que ésta permite. Sin embargo, es fácil advertir en su redacción que optó por no invocar las formas tradicionales de comunicación, sino que dejó abierta la posibilidad de que se incorporaran las nuevas formas que surgieran durante el devenir histórico, sin que pudiera llegar a pretenderse que como consecuencia de la novedad o la forma técnica de operar se hacían carentes de protección constitucional. De esta forma, es necesario considerar que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se refiere a cualquier procedimiento de comunicación.

Si se recurre a la historia de la Constitución, en la sesión de 12 de junio de 1975, en la que se estudió la garantía relativa a la inviolabilidad de la correspondencia, don Alejandro Silva Bascañán, en parte de su intervención, sostuvo que la redacción del texto propuesto tiende a cubrir toda clase de correspondencia, o sea toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos proyectados el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas y de la sociedad. Después de un agudo debate al interior de la Comisión, se optó por sustituir la palabra correspondencia por "comunicación privada". Ello por cuanto se encontraba asentada en nuestra historia constitucional el que la correspondencia se refiera al correo, en el sentido que le da el Diccionario, y no a todo tipo de comunicaciones.¹⁵

De este modo, desde los albores de la actual Carta Fundamental se puede sugerir que se consideró que toda forma de comunicación privada debía ser objeto de protección constitucional, significando la imposibilidad de que cualquier persona pueda inmiscuirse en la correspondencia de terceros, sin que con esto se afecte el carácter secreto de las comunicaciones. De esta manera el secreto es atributo de toda comunicación privada.

Respecto a lo que debe entenderse por comunicación privada, en sesión de 17 de junio de 1975, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución dejó establecido que se entiende por tal aquellas en que el remitente singulariza al destinatario de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él la reciba. Así, la voluntad de las personas que intervienen en la comunicación puede limitar esta garantía constitucional al manifestar su intención expresa de que el acto comunicativo entre en la esfera de lo público. Sin embargo, la renuncia a la inviolabilidad de las comunicaciones no puede ser total. No es posible abdicar a un derecho que por su propia naturaleza es de la esencia del ser humano.

De esta forma, queda claramente establecido que el carácter privado de una comunicación está dado por la voluntad del emisor de que el mensaje tenga un destinatario determinado, y no por el hecho de que la comunicación se encuentre protegida con miras a hacer una realidad el secreto o confidencialidad de la misma. Así, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no se reduce al secreto de lo comunicado, sino al ejercicio mismo de la libertad de comunicación. En palabras de SUÁREZ CROTHERS¹⁶ lo que el constituyente quiere es el flujo de comunicación, es decir, que el proceso comunicativo no sea objeto de interrupción. No interesa tanto respecto de esta libertad el contenido de la comunicación o del mensaje transmitido, como la existencia de un ámbito de actuación comunicativa libre de la injerencia de terceros y, en especial, de los poderes públicos.

El contenido de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha de ser lo suficientemente preservada como para asegurar que si aun el emisor del mensaje no adopta medidas especiales para proteger el contenido de éste, cualquier intromisión, no autorizada por la ley, se considere como una lesión de un derecho fundamental. En palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, la libertad de comunicación se protege a través de la imposición a todos del secreto, estableciendo en él la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas.¹⁷

De este modo, desestimamos cualquier consideración que discorra sobre la base de que las personas deben realizar acciones destinadas a proteger el secreto de la comunicación para evitar que destinatarios no deseados tengan acceso a ésta. Indudablemente, el desarrollo de las sociedades y especialmente de la industria permite que las personas dispongan de mecanismos de seguridad tendientes a incrementar los niveles de confidencialidad de sus comunicaciones. Sin embargo, se

¹³ SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos. "*República Internet*", 2004, p. 54. [En línea <http://www.bufetalmeida.com/república/>] [Consulta: 27.11.2004]

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "*El sistema constitucional español*", Ed. Dykinson, 1992, p. 228.

¹⁵ El Diccionario de la Real Academia define a la correspondencia como el conjunto de cartas que se despachan o reciben. [En línea <http://www.rae.es>] [Consulta: 21.11.2004].

¹⁶ SUÁREZ CROTHERS, Christian. "Estado Constitucional y tráfico ilícito de estupefacientes: Una aproximación desde los derechos de tutela judicial efectiva y de privacidad", en *Revista Ius et Praxis*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, p. 296. [En línea <http://derecho.utalca.cl/pgs/investigacion/iusetpraxis/4-2-98/suarez298.pdf>] [Consulta: 20.11.2004].

¹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "*El sistema constitucional...*", *op. cit.*, p. 228.

trata de opciones que se encuentran disponibles, pero como tales su uso debe ser el resultado del libre albedrío del emisor y no del temor a que su vida privada se vea amenazada.

4.- LÍMITES A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones, efectivamente, es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Sin embargo, no por ello se erige como un derecho absoluto, aunque sí *erga omnes*, dado que en sí mismo plantea la existencia de limitaciones.¹⁸

Nuestra Constitución, en el propio artículo 19 N° 5, considera la posibilidad de que existan intromisiones legítimas en las comunicaciones y documentos privados. Así, las comunicaciones y los documentos privados podrán ser interceptados, abiertos o registrados en los casos y formas determinados por ley.

Los casos y formas dispuestos en la ley para la interceptación, apertura y registro de correspondencia son múltiples. Entre ellos podemos relevar los que guardan relación con la investigación judicial, para lo cual nos referiremos al tratamiento general que se hace sobre la materia, tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el Código Procesal Penal, dualidad a la que nos vemos enfrentados como consecuencia de la entrada en vigor paulatina de la reforma procesal penal en el país.

El Código de Procedimiento Penal al regular la apertura de correspondencia, parte desde la garantía constitucional señalada, disponiendo en el artículo 42 *bis* que no se podrá interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados, sino en los casos y en la forma señalada por la Constitución y las leyes.

Con tal finalidad, el Código de Procedimiento Penal en el artículo 176 y siguientes regula el procedimiento destinado a determinar los casos y forma en los cuales las comunicaciones y documentos privados pueden ser interceptados, abiertos o registrados en una investigación criminal, partiendo de la premisa que siempre deberá mediar una resolución judicial fundada, en la cual se determine con la precisión posible la correspondencia que debe ser objeto de esta medida. Así, en aquellos casos en que la inviolabilidad de las comunicaciones se pueda ver sobrepasada legalmente, la resolución judicial debe convertirse en el resguardo para las personas, en el sentido de que el derecho no será soslayado en forma indiscriminada.

En efecto, la normativa establece las formas que le permitirán al juez hacerse de la correspondencia privada, sea postal, telegráfica o de otra clase, estableciéndose como requisito esencial de la pesquisa el hecho de que el emisor o receptor de ésta tenga el carácter de procesado o inculcado en el proceso, o bien, que por razones de especial circunstancia se presuma que emana de él o le está dirigida, aun bajo nombre supuesto, siempre que se pueda presumir que su contenido tiene importancia para la investigación.

Por su parte, con la finalidad de garantizar de la mejor forma posible la inviolabilidad de las comunicaciones, no obstante la pesquisa judicial, el artículo 180 *ejusdem* dispone que el juez abrirá por sí mismo la correspondencia y, después de leerla para sí, apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. Procederá a tomar las notas que convenga para practicar las investigaciones a que la correspondencia diere lugar, rubricará y hará que los asistentes rubriquen los sobres y hojas, los sellará con el sello del juzgado y, encerrándolo todo en otro sobre, al cual pondrá un rótulo para su reconocimiento, lo conservará en su poder durante el sumario bajo su responsabilidad. El cierre podrá abrirse cuantas veces el juez lo estime necesario, y cada vez que lo haga deberá citar al interesado para que presencie la operación.

Finalmente, el artículo 181 señala que la correspondencia que no se relacionare con la causa será entregada en el acto a la persona a quien pertenezca o a la que está comisionada al efecto o, a falta de ambas, a algún miembro inmediato de su familia. En todo caso, será devuelta la correspondencia una vez terminado el sumario.

De esta forma podemos advertir que el legislador ha dispuesto un acucioso procedimiento de apertura y registro de correspondencia, caracterizado por la constante supervigilancia de la privacidad, secreto y confidencialidad de la misma, todo ello en aras de que la investigación criminal no sea causa suficiente para que el juez pueda invadir y conculcar de manera indiscriminada un derecho fundamental. Así, aparecen como principios rectores de la actividad investigativa judicial: la necesidad, la finalidad, la proporcionalidad de la medida decretada y su desarrollo en forma transparente.

Por su parte, el Código Procesal Penal establece un nuevo procedimiento con la finalidad de dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 19 N° 5, el que caracterizado por los lineamientos generales que inspiran el nuevo procedimiento penal se perfila con un carácter más garantista a favor de las personas que aquél que ha regido en el país durante más de cien años.

El artículo 218 *ejusdem* regula el procedimiento de retención e incautación de correspondencia, partiendo de la base de que la autorización que da el juez para que esta actuación tenga lugar, exige la existencia de motivos fundados que hagan previsible la utilidad para la investigación. Para ello, el juez podrá autorizar, a petición del fiscal, por medio de una resolución fundada, la retención de correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario. Del mismo modo, se puede disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

En aras de asegurar que el derecho no sea sobrepasado innecesariamente, el nuevo procedimiento exige, para la realización de la diligencia, que el fiscal obtenga autorización judicial, la que se deberá encontrar fundada, atendido el hecho de que se trata de una medida de procedencia extraordinaria. Una vez que la autorización ha sido obtenida por el fiscal, podrá proceder a la incautación y revisión de la correspondencia, pudiendo incautar únicamente la información que diga relación con el hecho investigado. Adicionalmente, deberá levantar inventario, elaborar un registro y devolver al destinatario la correspondencia no relacionada o ya revisada.

¹⁸ RÍOS FUEYO, Sebastián. "La protección civil del Derecho a la Intimidad", Ed. Lexis Nexos, p. 24.

De este modo, podemos advertir que el legislador ha procurado que el juez sea la garantía de que la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones sea la mínima posible para asegurar el resultado de la investigación, siempre que la correspondencia, objeto de la medida, pertenezca a una persona que tenga el carácter de imputado en un proceso penal y pueda presumirse que la realización de la diligencia contribuirá a esclarecer el hecho investigado.

5.- PROPIEDAD DE LOS MEDIOS E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Recientemente se ha planteado la polémica de si la propiedad de los medios tecnológicos sobre los que se producen las comunicaciones electrónicas tiene algún impacto sobre la garantía constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Al respecto es posible recoger en la doctrina algunas opiniones que sostienen que por el hecho de que una empresa o un servicio público sea el propietario de los computadores, servidores de correos y/o redes de telecomunicaciones que se emplean para que la comunicación tenga lugar, sumado al hecho de que el empleador proporciona estos medios (incluida la casilla electrónica) para fines exclusivamente laborales, son suficiente justificación como para tener derecho a intervenir las comunicaciones, almacenarlas o realizar cualquier otra operación destinada a proteger los intereses del titular de los medios, fundamentado en el poder de dirección del empresario, que encuentra su justificación última en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Constitución.

No compartimos esa opinión, ya que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que protege la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no está subordinado a la propiedad por el individuo que realiza la comunicación del medio que utiliza. De este modo, no es en vano volver a recordar que el fin perseguido con esta garantía es que las personas se comuniquen libremente, sin que pueda ser ésta objeto de interrupción, no interesando tanto el contenido de la comunicación o el mensaje transmitido, como la existencia de un ámbito de actuación comunicativa libre de la injerencia de terceros y, en especial, de los poderes públicos.¹⁹ Tal como se ha dicho reiteradamente en este trabajo: la finalidad de este derecho es fortalecer la dignidad de la persona y en último término su libertad, ambos valores que deben primar por sobre cualquier otra consideración.

Finalmente, con la mirada puesta en la doctrina de los derechos fundamentales, resulta extremadamente peligroso justificar la concusión de derechos de la persona con invocación de fines superiores, sobre todo por el hecho de que la dignidad de la persona es el derecho que ocupa lugar de privilegio en el Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por todas las razones esgrimidas consideramos que el titular de los medios no tiene derecho a afectar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, no obstante lo cual y considerando que es una necesidad para el empleador velar por el correcto uso que hacen los trabajadores del correo electrónico, es recomendable la adopción de políticas y prácticas sobre la materia, inspiradas sobre la buena fe y la correcta actuación del empleador y trabajador, sin que puedan en ningún caso convertirse en fuente de vulneración de la vida privada de las personas.

6.- CONCLUSIONES

La lectura de este trabajo ha de permitirnos concluir que el correo electrónico es un medio de comunicación que se encuentra protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin que sea necesario entrar en consideraciones respecto al dominio de los medios sobre los cuales ésta tiene lugar.

Lo anterior es consecuencia de que la garantía constitucional se encuentra destinada a proteger cualquier forma de comunicación privada, dentro de las cuales se encuentra el correo electrónico, ya que por su intermedio el emisor del mensaje dirige una comunicación a personas determinadas con el propósito de que sólo ellas la reciban.

El fundamento de esto se encuentra en el hecho de que este derecho se extiende mucho más allá de la frontera del mero secreto del acto de comunicarse, al límite de considerar que el valor realmente comprometido es el de garantizar que las personas tengan una actuación comunicativa libre, que se despliegue en forma fluida y sin intervención de persona alguna, mucho menos de un poder público.

Por otra parte, el principio de equivalencia del soporte electrónico con el papel ha de servirnos para fortalecer la premisa anterior, toda vez que toda representación de un hecho, imagen o idea que sea transmitida electrónicamente constituye un documento electrónico y, como tal, ha de dársele un tratamiento jurídico similar con el que se le da al papel.

Finalmente, al encontrarse el correo electrónico protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, no es necesario que se dicten nuevas leyes para protegerlo, únicamente debemos velar por el cumplimiento de la legislación actual. Ello no obstante los esfuerzos tendientes a la armonización del ordenamiento jurídico con las nuevas tecnologías y el incremento de los niveles de seguridad jurídica.

¹⁹ SUAREZ CROTHERS, Christian. *Op. cit.*, p. 296.