

# INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

*Daniel Álvarez Valenzuela*

Investigador, Centro de Estudios en Derecho Informático  
Universidad de Chile

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES.- 2.1.- Concepto.- 2.2.- Fuentes del Derecho.- 2.3.- Alcance del Derecho.- 3.- LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.- 3.1.- Sistemas de Correo Electrónico.- 3.2.- Sistemas de Mensajería Instantánea.- 4.- PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.- 4.1.- Código Penal.- 4.2.- Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones.- 5.- CONCLUSIONES.-

## 1. INTRODUCCIÓN

La intensificación en el uso de nuevas tecnologías ha abierto durante los últimos años una serie de interrogantes respecto a cómo el Derecho enfrenta las situaciones o conflictos que el desarrollo tecnológico genera. Estas interrogantes se han tratado de responder por el legislador, quien ante el cambio tecnológico ha reaccionado (con entendible retraso, cabe señalar) dictando nuevos cuerpos legales o modificando los existentes, para hacer frente a algunos de los hitos más importantes de este fenómeno.

Lamentablemente, muchas preguntas siguen abiertas y los tribunales de justicia se ven constantemente expuestos a resolver conflictos suscitados por el desarrollo tecnológico sin las adecuadas herramientas normativas, debiendo realizar verdaderas acrobacias interpretativas con antiguos cuerpos legales, lo que no siempre tiene los mejores resultados.

Afortunadamente, en algunas ocasiones, la correcta visión futurista de 'antiguos legisladores' nos ha permitido disponer de una serie de instrumentos normativos tecnológicamente neutros, que facilitan su aplicación no obstante el repentino cambio tecnológico. En este preciso estadio nos encontramos en el caso de la protección de las comunicaciones electrónicas, las que como veremos, se ajustan casi a la perfección con las normas que regulan y amparan las comunicaciones privadas.

Veamos cómo sucede esto.

## 2. LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

### 2.1. Concepto

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas puede ser definido como aquel derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada.

Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad y la libertad de la persona humana, siendo por ello necesario su reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración.

### 2.2. Fuentes del Derecho

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas que conforman el sistema de garantía y protección de las comunicaciones privadas son normas de la más alta jerarquía, de entre las cuales podemos destacar las siguientes:

a) El Artículo 19 número 5 de la Constitución, que 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*".

b) El inciso 2º del artículo 5 de la Constitución, que dispone: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica. Este importantísimo tratado fue ratificado por nuestro país con reconocimiento expreso de la competencia de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, es decir, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su artículo 11 sobre protección de la honra y de la dignidad, establece:

*"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad."*

*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."*

*3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual fue ratificado por nuestro país reconociendo expresamente la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, cuyo artículo 17 establece:

*"1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación."*

*2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

Este conjunto de normas conforman en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero bloque constitucional de derechos fundamentales integrado por los derechos asegurados tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, derechos que en su conjunto tienen la fuerza normativa de límites a la soberanía del Estado.<sup>3</sup> Resulta fundamental tener presente la especial jerarquía que la Constitución asigna "*a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*" en la medida en que los reconoce como límites al ejercicio de la soberanía del Estado. En palabras de NOGUEIRA: "*es necesario precisar que los derechos asegurados y garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, constituyen un límite a la potestad estatal que el Estado chileno ratificante asume y se autoimpone, (.g.) límite que de no ser respetado se incurriría en una inconstitucionalidad por violación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución*".<sup>4</sup>

Por su parte, no debemos olvidar que si las normas de los tratados internacionales tienen la forma de un derecho subjetivo, estas normas son autoaplicables o de ejecución directa ("*self-executing*"), es decir, se incorporan plenamente al ordenamiento interno por el acto mismo de ratificación o adhesión.<sup>5,6</sup>

Este conjunto de normas configuran en nuestro ordenamiento el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el cual no es más que una extensión explícita del derecho a la vida privada reconocido en el numeral 4º del artículo 19 de nuestra Constitución, derecho que forma parte esencial del reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo a resguardar por parte de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro.

<sup>3</sup> Un interesante y extensivo desarrollo jurisprudencial del concepto de bloque constitucional de derechos humanos ha sido realizado por la Corte Constitucional de Colombia. El máximo órgano de la judicatura colombiana ha incorporado de manera expresa en sus sentencias las normas de contenido sustantivo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, acogiendo asimismo la interpretación que de ellas se ha hecho por parte de los organismos internacionales del sistema de protección de los derechos fundamentales.

<sup>4</sup> NOGUEIRA, Humberto. "*El Derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada*". Ed. Universidad de Talca y LexisNexis Chile, Santiago, 2002, p. 9.

<sup>5</sup> Si bien no compartimos plenamente las conclusiones a que llega la autora, un interesante artículo sobre el carácter "*self-executing*" de las normas de derecho internacional de los derechos humanos encontramos en IRIGOIN, Jeannette: "*La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho interno chileno*", disponible en <http://www.derechoshumanos.cl/ddhh/irigoin.html> [consulta: 25 de diciembre de 2004]

<sup>6</sup> La jurisprudencia de nuestros tribunales ha aceptado excepcionalmente esta característica, por ejemplo, en fallos en que se ha aplicado el artículo 7º numeral 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que "*nadie será detenido por deudas*". En efecto, la Corte Suprema ha fallado reiteradamente que el artículo 44 del Decreto con Fuerza de Ley N°707, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, se encuentra tácitamente derogado por la Convención mencionada. Ver, por ejemplo, Revista Gaceta Jurídica, N°132, 1991, pp. 67 y 87.

Ahora, nos cabe precisar el alcance de este derecho, en especial en lo que respecta a las comunicaciones electrónicas.

### 2.3. Alcance del Derecho

Como podemos observar en las normas citadas previamente, el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada reconocido en la Constitución de 1980 difiere en su formulación en relación a las normas de los acuerdos internacionales citados, toda vez que contiene elementos de neutralidad tecnológica que le permiten ampliar su campo de aplicación, no limitándose al elemento "correspondencia" utilizado por estos últimos, el cual podría ser objeto de interpretaciones inapropiadamente restrictivas.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son instrumentos internacionales creados durante la primera mitad del siglo XX, momento histórico donde el grueso de las comunicaciones era realizado por medios epistolares y telegráficos, ambos comprendidos dentro del concepto de "correspondencia" utilizado por los textos, y el cual conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acepción tercera, se refiere al "conjunto de cartas que se reciben o expiden", entendiéndose a su vez por carta al "papel escrito y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella.". En ambas definiciones el elemento central subyacente es la comunicación, siendo la correspondencia y/o la carta sólo un medio por el cual dicha comunicación se materializa.

No debemos olvidar que la protección que le brindan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a la correspondencia es una especificidad dentro de la protección otorgada a la vida privada de toda persona, lo cual, conforme a la interpretación extensiva que debe hacerse de los derechos y libertades fundamentales, nos permite sostener que la protección se refiere a la comunicación en sí misma, no importando el medio por el cual se realicen. Si concordamos que la comunicación es una expresión de la intimidad y de la libertad de una persona, debemos concordar que es ésta el objeto de la protección otorgada por el bloque constitucional de derechos humanos.

Este razonamiento es similar al que llevó a los redactores de la Constitución de 1980 a configurar la garantía de la manera en que lo hicieron: prescindieron absolutamente del medio o soporte por el cual se realizara la comunicación. Su preocupación mayor era proteger las comunicaciones en sí mismas, su contenido más que su forma, el acto humano de comunicar.

De lo anterior, quedó constancia expresa en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante "CENC"). En la ocasión en que fue discutida la norma del numeral quinto del artículo 19 de la Constitución, se expresó que "la redacción del texto tiende a cubrir toda forma de correspondencia, o sea, toda forma de comunicación espiritual y material entre dos individuos proyectado el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata".<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Actas de la CENC. Sesión N°129, p. 4.

Respecto de la sustitución del concepto "correspondencia" utilizado en la Carta Fundamental de 1925 por el de "comunicación", un miembro de la CENC expresó "este concepto [el de correspondencia] en primer lugar, está referido en el uso del Diccionario a las cartas, es decir, al correo; en segundo lugar, en el uso tradicional chileno también está referido a la correspondencia epistolar. Y tanto es así que estaba consagrada en la Constitución la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y después se agregó la telegráfica y las comunicaciones telefónicas. Esto corrobora la idea de que en el uso frecuente o tradicional del término correspondencia, generalmente se está apuntando solamente al correo en el sentido que le da el Diccionario y no a todo tipo de comunicaciones. Y, precisamente, derivando de esta búsqueda de lo genérico [sugiere] a la Comisión si acaso el término más adecuado no fuera el de 'comunicaciones privadas' porque comunicaciones cubre todo acto, no sólo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana. Y, al decir 'privadas' el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son públicas, porque en las comunicaciones públicas no hay inviolabilidad. La idea es la comunicación privada: puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen".<sup>8</sup>

Como vemos, no se trata de cualquier acto de comunicación el que es protegido por el Constituyente. No. Se trata de un tipo de comunicación específica: la comunicación privada.

En las mismas actas de la CENC, al referirse al alcance del término "privada" precisan que una comunicación tiene este carácter cuando "el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe";<sup>9</sup> lo cual ha sido interpretado de manera extensiva, aplicando la garantía constitucional aun cuando el destinatario no sea determinado individualmente, pero sea determinable por otros medios.<sup>10</sup> De esta manera, una comunicación es privada cuando está determinado tanto el emisor como el receptor de la comunicación.

Por su parte, conforme al diccionario de la RAE, 'privado' es aquello "que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad alguna ni ceremonia alguna. Particular y personal de cada uno". En tanto, particular es entendido como aquello que no es público. En consecuencia, cuando hablamos de comunicación privada, estamos hablando de una comunicación verbal, escrita o por medio de señas, que tiene un carácter personal, que no es pública, en la que se proyecta la intimidad de una persona hacia un otro (que puede ser una o varias personas) que ha sido escogido de manera singular por el emisor y donde no importa la forma o el medio por el cual se materialice la comunicación.

En conclusión, para que una comunicación sea objeto de protección bajo el bloque constitucional de derechos humanos conformado por la garantía contenida en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución y por las normas pertinentes de los instrumentos internacionales antes mencionadas, es necesario que:

<sup>8</sup> Actas de la CENC. Sesión N°129, p. 10.

<sup>9</sup> Actas de la CENC. Sesión N°129, p. 23.

<sup>10</sup> VIAL, Tomás. "El Derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis". Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999, pp. 135 y ss.

- i) sea una acción comunicativa entre personas, y,
- ii) sea un acto no público, entre personas determinadas o determinables.

Veamos entonces cómo esto se aplica a las comunicaciones electrónicas.

### 3. LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

En términos muy simples, podemos definir a Internet como un gran medio de comunicación e información sustentado en las redes y sistemas de telecomunicaciones. Este medio ha facilitado la comunicación a millones de personas en el mundo, quienes mediante el uso de diversas herramientas que funcionan sobre la Red, han visto acortada la distancia entre ellas mismas y entre las más diversas fuentes de información.<sup>11</sup>

Entre las herramientas más utilizadas cabe destacar: los sitios web, el correo electrónico y los servicios de mensajería instantánea. Debido a que la primera de estas herramientas puede ser mejor catalogada como un medio de información más que de comunicación (en el sentido que está disponible públicamente, en todo momento, sin necesidad de requerimientos especiales) no ahondaremos en ella en este momento.

Sí nos interesa, a efectos de estas notas, detenernos en los sistemas de correo electrónico y de mensajería instantánea, que son las herramientas de comunicación entre personas más utilizadas en Internet y que son -en propiedad- medios por los cuales se realizan una infinidad y multiplicidad de "comunicaciones privadas" en los términos utilizados por nuestra Constitución, tal como hemos expuesto.

#### 3.1. Sistemas de Correo Electrónico

El correo electrónico es, junto con los sitios web, una de las herramientas más masificadas de Internet. Actualmente no hay empresa que no consigne en su información publicitaria o de contacto a lo menos una dirección de correo electrónico; buena parte de las comunicaciones familiares, de trabajo o de estudio se realizan mediante el envío y recepción de correos electrónicos.

En términos técnicos, el correo electrónico es un conjunto de instrucciones redactadas bajo un protocolo predeterminado, en el cual se transportan contenidos determinados por un remitente, los que son entregados a destinatarios definidos previamente por éste. Este conjunto de información es fragmentada en varios paquetes etiquetados con la indicación de su origen y destino. Los paquetes viajan a través de las redes y sistemas de Internet, por diversas

<sup>11</sup> Básicamente, Internet es una red de redes. Así de simple, así de complejo. Cuando hablamos de internet estamos hablando de una serie finita de computadores conectados entre sí a través de múltiples redes de telecomunicaciones, de diversa naturaleza, y que utilizan un mismo protocolo o lenguaje de comunicación (TCP/IP). Este lenguaje logra que los computadores "hablen entre sí" permitiendo el tráfico de información desde un punto cualquiera de la red hasta otro punto, de cualquier otra red, ambas interconectadas por Internet.

vías, hasta encontrarse en los equipos del destinatario, lugar donde son reagrupados automáticamente, posibilitándose su lectura.<sup>12</sup>

El proceso de lectura y envío de correos electrónicos se realiza mediante la conexión a servidores especialmente habilitados al efecto, los que pueden almacenar los correos recibidos (y en ocasiones también los enviados) durante el tiempo que el usuario (o en muchos casos, el administrador del sistema) lo determine. De esta manera, el contenido de las comunicaciones puede quedar almacenado tanto en los equipos del remitente y destinatario como en los servidores de los prestadores de servicio, de la misma manera que los mensajes de voz quedan almacenados en los buzones proveídos por las compañías telefónicas. El acceso a los mensajes se realiza mediante un sistema de autenticación que vincula la dirección de correo electrónico con una clave o password única.

Descritas sus características esenciales, no cabe duda alguna que el correo electrónico es un medio de comunicación persona a persona, que permite el desarrollo de diálogos comunicativos privados entre remitente y destinatario(s), de manera tal que se encuentra amparado por las normas del bloque constitucional de derechos humanos que conforman el sistema de garantía y protección de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

No obstante lo anterior, es preciso analizar algunas hipótesis que se han planteado públicamente, las que sostienen erróneamente que bajo ciertas circunstancias el correo electrónico no sería una comunicación privada de aquellas que protege el bloque constitucional de derechos humanos. Para ello, es necesario realizar algunas distinciones respecto de quienes proveen el servicio de creación y mantención de correos electrónicos. En nuestro medio, los principales proveedores son:

- i) Compañías que prestan el servicio de acceso a Internet. Generalmente estas casillas de correo son particulares y forman parte del contrato de prestación de servicios de acceso a la red, donde junto con la creación de la dirección, le otorgan al cliente un espacio determinado en sus servidores para que almacenen sus correos enviados y recibidos. Los mensajes pueden ser alojados tanto en el computador del cliente como en los servidores del proveedor. Para acceder a ellos se requiere de una clave o password proveída por la compañía, la que puede ser modificada posteriormente por el cliente. En Chile, las principales compañías proveedoras de este tipo de servicio son Terra, Entel Internet y VTR;
- ii) Compañías que prestan el servicio de correo electrónico de manera gratuita a sus usuarios. Al igual que el caso anterior, se trata principalmente de direcciones de correo para uso particular y están asociadas a un contrato específico de prestación de servicios de correo electrónico, de carácter gratuito en la mayoría de los casos. La compañía al momento de crear la dirección electrónica obliga al usuario a elegir una clave o password para que éste pueda acceder posteriormente a los mensajes alojados en los equipos del

<sup>12</sup> Una completa y muy didáctica explicación del funcionamiento del sistema de envío y recepción de correos electrónicos es posible encontrar en RODRIGUEZ, Eduardo. "El correo electrónico", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 3, Diciembre 2003, pp. 193 - 201.

proveedor. Las principales empresas proveedoras de este tipo de servicio son Microsoft a través de Hotmail.com, Yahoo Inc. a través de Yahoo Mail y Google a través de Gmail.com;

iii) Compañías que prestan servicios de alojamiento de datos. Se trata generalmente de empresas especializadas que proveen a particulares, empresas e instituciones (tanto públicas como privadas) servicios de administración de sistemas de correos electrónicos. Su función es crear y mantener direcciones de correo electrónico bajo los requerimientos de sus clientes;

iv) Empresas, instituciones u organismos públicos o privados que crean direcciones de correo electrónico a su personal. Se trata generalmente de direcciones para uso preferentemente laboral, pero en la práctica también son utilizadas para fines personales por los trabajadores y empleados. Al igual que en los casos anteriores, para acceder a los mensajes se requiere una clave o password que es proporcionada por el administrador del sistema, la que puede ser modificada posteriormente por el usuario. Los mensajes son alojados tanto en el computador asignado al trabajador como en los servidores del empleador (los que pueden estar tanto al interior de los recintos del empleador como externalizados en compañías que prestan el servicio de alojamiento de datos, referido en el número anterior).

Las tres primeras hipótesis planteadas no representan conflicto alguno y la posición al respecto es pacífica. Se trata de comunicaciones privadas de los clientes de estas compañías, las que deben respetar en todo momento y circunstancia su inviolabilidad, bajo responsabilidad civil y penal inclusive. Debemos tener presente que según las normas del artículo 161-A del Código Penal, que revisaremos más adelante, la acción de grabar o respaldar los mensajes de sus clientes en sus servidores requeriría de la autorización expresa de estos.

Respecto de la hipótesis consignada con el numeral IV la situación es algo distinta. En nuestro medio jurídico han surgido opiniones que sostienen que en atención a que el correo electrónico entregado por el empleador a sus trabajadores es una herramienta de propiedad de la empresa, no cabría ser considerada una comunicación privada. Según esta argumentación, la titularidad sobre los medios en que se realiza la comunicación (entendiendo por medios a los computadores, redes y servidores) es el factor que excluye del ámbito de lo privado a las comunicaciones que por su intermedio se realicen. Contraponen -de manera artificial en nuestra opinión- por una parte el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y por la otra, el derecho de propiedad del empleador sobre los medios entregados al trabajador.<sup>13</sup>

En nuestra opinión, esta argumentación carece de sentido por cuanto, como hemos dicho anteriormente, lo que la Constitución protege es el acto comunicativo privado en sí mismo, el flujo de la expresión de la dignidad y la libertad de las personas, no le interesa de

ninguna manera el medio por el cual se realice dicho acto comunicativo. Además, en el mundo analógico existen varias situaciones similares y a nadie se la ha ocurrido sostener tales ideas. Veamos un ejemplo. Las comunicaciones telefónicas móviles se realizan generalmente por medio de equipos de propiedad de la compañía de telecomunicaciones respectiva, quien cede su uso (mediante un contrato de comodato) a sus clientes. Entonces, dichas comunicaciones se realizan desde aparatos telefónicos de propiedad de la compañía, utilizando las redes de ésta e interconectándose con otras redes para completar la comunicación. Creemos que nadie se atrevería siquiera a insinuar que la compañía titular de los medios pueda interferir o escuchar las conversaciones de sus clientes. Es y será siempre una violación de los derechos fundamentales de las personas. Lo mismo ocurre en el caso de los correos electrónicos.

Afortunadamente, esta discusión ha sido zanjada correctamente por el Dictamen N°260/19 de la Dirección del Trabajo<sup>14</sup>, el cual sostiene que "de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores".<sup>15</sup>

En conclusión, las comunicaciones electrónicas entre personas que se verifiquen mediante el envío y recepción de correos electrónicos están ampliamente cubiertas por las normas que conforman el bloque constitucional de derechos fundamentales y gozan además de protección legal en tanto su captación, interceptación o grabación ilegítima se encuentran sancionadas por la ley penal, como veremos más adelante.

### 3.2. Sistemas de Mensajería Instantánea

Como decíamos anteriormente, la Mensajería Instantánea (MI) es una de las aplicaciones o herramientas más utilizadas de Internet hoy en día. Básicamente lo que este sistema permite es intercambiar mensajes de textos, imágenes y/o sonidos entre usuarios que previamente han aceptado comunicarse entre sí de esta manera. En la actualidad existen dos grandes sistemas mundiales de MI: MSN Messenger y Yahoo Messenger, ambos asociados a las principales compañías internacionales proveedoras de servicios de correos electrónicos gratuitos.

Sin entrar en tecnicismos, la MI funciona bajo un sistema remoto de directorio de direcciones ('contactos' en la terminología web) que funciona en el servidor del proveedor, el cual notifica a cada usuario qué contactos suyos están en línea en ese mismo momento. Los contactos son agregados al directorio por cada usuario y requiere (del consentimiento del contacto). La MI funciona en base a una aplicación (software) que debe ser instalada en el equipo del usuario y que procesa todas las instrucciones necesarias para permitir la comunicación entre contactos. El ele-

<sup>13</sup> Si bien es una opinión absolutamente minoritaria en nuestro medio, cabe señalar que ésta ha sido recogida y difundida por algunos medios de comunicación, provocando algún grado de confusión entre los usuarios nacionales de Internet. Sobre el particular, véase las columnas de opinión publicadas por diversos abogados de la plaza en las ediciones del Diario Financiero de los días 3, 27 y 29 de octubre y 5 de noviembre, todas de 2004.

<sup>14</sup> De fecha 24 de enero de 2002, disponible en el sitio web [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl)

<sup>15</sup> Sobre el particular, véase CERDA, Alberto. "Comentario al dictamen de la Dirección del Trabajo. Uso del correo electrónico por los trabajadores", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1, Diciembre 2002, pp. 155 - 161. También disponible electrónicamente en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl>

mento identificador de éstos es una dirección de correo electrónico válida, generalmente asociada al proveedor del servicio de MI, más una clave elegida por el usuario.<sup>16</sup>

Siendo los sistemas de MI, herramientas extensivamente utilizadas para la comunicación privada entre los usuarios, lo que es garantizado por el sistema de autenticación asociado a la dirección de correo electrónico y a una clave, donde quien emite la comunicación escoge singularizadamente a los destinatarios de ella, no cabe duda alguna que se trata de un sistema amparado por la Constitución.

En nuestra opinión, todas las comunicaciones que se realicen entre usuarios de los sistemas de MI están sin duda alguna al amparo de la garantía constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y además gozan de protección penal, en tanto su captación; interrupción, grabación o reproducción ilegal se encuentran penadas por la ley.

Este asunto no es menor, sobre todo en los ambientes laborales, donde algunos empleadores controlan el contenido de las comunicaciones de MI que realizan sus empleados en horario de trabajo, mediante aplicaciones especialmente diseñadas al efecto y que son posibles de adquirir en el mercado (e incluso descargarlas por Internet). El uso de estas herramientas, que en su operación implican la captación y grabación de comunicaciones, junto con significar una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, son hechos constitutivos de los delitos tipificados en el artículo 161-A del Código Penal y 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones, como veremos a continuación, por lo que quienes encarguen y/u operen dichas herramientas (ya sean empleadores o personal técnico) podrían enfrentar las sanciones penales corporales que ambas normas establecen.

#### 4. PROTECCIÓN PENAL DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

Junto a las normas del bloque constitucional de derechos fundamentales que amparan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ya sean éstas analógicas o electrónicas, existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de disposiciones legales que protegen el bien jurídico tutelado sancionando aquellas conductas que impliquen su vulneración o menoscabo.

Así, la realización de ciertas conductas que tienen por objeto vulnerar la privacidad de las comunicaciones electrónicas es además sancionada por normas penales específicas, las que pueden aplicarse a cualquier persona natural que realice la acción violatoria. A continuación, revisemos las normas más importantes:

##### 4.1. Código Penal

El artículo 161-A del Código Penal tipifica como delito las conductas de captar, interceptar, grabar o reproducir comunicaciones de carácter privado, sin autorización del afectado,

ya sea que sea realicen en recintos particulares o en lugares que no sean de acceso público. Es un delito de mera actividad donde el bien jurídico protegido es la vida privada de las personas.

Revisemos a continuación someramente algunos de los verbos rectores utilizados:

i) **Captar.** Conforme con la tercera acepción de la RAE, se comprende por captar a las acciones de “recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas o emisiones radiodifundidas”. De esta manera, serían susceptibles de captación sólo las señales o datos que circulan por el espectro radioeléctrico. En esta categoría podemos encontrar las conexiones a Internet inalámbricas como las tecnologías WIFI, WILL y SATELITAL.

ii) **Interceptar.** Conforme con la primera acepción de la RAE, se entiende por interceptar a la acción de apoderarse de una cosa antes que llegue a destino. En tanto, la segunda acepción dice: “detener una cosa en su camino”. En lo que nos interesa, habría interceptación de comunicaciones electrónicas privadas si una persona, por ejemplo, se apodera de los correos electrónicos de una persona antes que estos lleguen a su destino, mediante el uso de herramientas de filtrado de contenidos.

iii) **Grabar.** Según la segunda acepción de la RAE se entiende por grabar a la acción de “registrar imágenes y sonidos por medio de un disco, cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir”. Si bien la acepción se limita a señalar sólo el registro de imágenes y sonidos, las nuevas tecnologías han ampliado enormemente el uso del concepto. En la actualidad, es susceptible de grabación otro tipo de información, como por ejemplo el código binario de un software. De esta manera, hay ‘grabación’ en el sentido utilizado por la ley cuando alguien fija en un soporte cualquier información susceptible de ser almacenada. Así, por ejemplo, habría grabación ilegal cuando una persona, mediante el uso de programas computacionales especiales, fija la conversación que dos personas sostengan en algún sistema de mensajería instantánea. También comete este ilícito el administrador de sistemas que guarde archivos (‘logs’ en la terminología técnica) que registren dicha información.

Como vemos, las comunicaciones electrónicas privadas son -conforme al estado actual de la técnica- susceptibles de captación, interceptación y grabación, de manera que la realización de cualquiera de estas acciones, sin la debida autorización del titular de las comunicaciones, es constitutiva del delito contra la vida privada tipificado en el artículo 161-A del Código Penal, el cual contempla sanciones que van desde sesenta y un días hasta cinco años, más multa a beneficio fiscal de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

##### 4.2. Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones

Es un hecho no discutido, que conforme al artículo 8° de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”), el servicio de acceso a Internet es un servicio público de telecomunica-

<sup>16</sup> En el caso de MSN Messenger las direcciones de correo válidas son aquellas bajo el dominio hotmail.com y aquellas expresamente validadas por MSN. En el caso de Yahoo Messenger las cuentas de correo válidas son sólo aquellas que estén bajo algún dominio Yahoo (ej. yahoo.com, yahoo.com.ar; yahoo.es, etc.).

ciones de carácter complementario.<sup>17</sup> El mismo reconocimiento normativo tienen los servicios de alojamiento de datos que se presten en territorio nacional mediante redes o sistemas conectados a servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que a ambas clases de servicios le resultan aplicables las normas contenidas en dicho cuerpo legal.

El artículo 36 B de la LGT tipifica como delito la interferencia, interceptación, o interrupción de un servicio de telecomunicaciones. De esta manera, las comunicaciones electrónicas privadas que se verifican en las redes y sistemas de proveedores establecidos en el país, se encuentran además protegidas por estas normas penales especiales.

En lo que nos interesa, hemos visto el alcance de la acción de interceptar en el caso del tipo del artículo 161-A del Código Penal. Respecto de las comunicaciones electrónicas privadas que se realicen mediante redes y sistemas de prestadores de servicios de acceso y alojamiento regidos por la LGT, las acciones que tengan por objeto interceptar o incluso interrumpir dichas comunicaciones (imaginemos por ejemplo el caso de una conversación por MI en curso) son además sancionadas penalmente por este cuerpo legal.

## 5. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas constituye un derecho fundamental estrechamente vinculado a la dignidad y a la libertad de los individuos. Por su intermedio, se pretende proteger a toda persona de cualquier intromisión ilegítima o arbitraria en sus comunicaciones privadas, ya sea que provengan de órganos o autoridades del Estado, como de particulares.

En ese orden de ideas, las comunicaciones electrónicas entre personas que se verifiquen mediante el envío y recepción de correos electrónicos están ampliamente cubiertas por las normas que conforman el bloque constitucional de derechos fundamentales y gozan además de protección legal en tanto su captación, interceptación o grabación ilegítima se encuentran sancionadas penalmente, como hemos visto.

En similar situación se encuentran los sistemas de mensajería instantánea, que son herramientas extensivamente utilizadas para la comunicación privada entre usuarios de Internet, las que en nuestra opinión, están sin duda alguna al amparo de la garantía constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y además gozan de protección penal, en tanto su captación, interrupción, grabación o reproducción ilegal se encuentran penadas por la ley.

Esta interpretación resulta de vital importancia si consideramos que la intimidad es una de las principales garantías que protegen al individuo frente a intromisiones ilegítimas del Estado o incluso de otros particulares. Además, como apunta CASTELLS<sup>18</sup>, el uso intensivo de las nuevas tecnologías trae aparejado el fin de la intimidad en el ambiente social más importante de nuestras vidas: el lugar de trabajo.

<sup>17</sup> Sobre el particular, véase MATURANA MIQUEL, Cristián. "Responsabilidad de los Proveedores de Acceso y de Contenido en Internet", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1, Diciembre 2002, pp. 17 - 30. También disponible electrónicamente en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl>

<sup>18</sup> CASTELLS, Manuel. "La Galaxia Internet", Areté editorial, España, 2001, p. 198.