Modifica el Código Penal para tipificar como delito el uso de medios o instrumentos puestos a disposición de un empleado público, en razón de su cargo, para causar daño a particulares

Boletín N° 12573-07

I. IDEAS GENERALES.

Hace algunos días por la prensa nacional se dio a conocer el caso de una mujer en Quintero que fue grabada por las cámaras de vigilancia municipal en un acto de infidelidad hacia su pareja. Al respecto, quien operaba la cámara haciendo uso de las imágenes obtenidas por éstas, envió las mismas al marido de la mujer para exponer el acto de infidelidad. Lo anterior, puso en pugna los límites de la privacidad y la intervención estatal.

Sobre este punto, es pertinente mencionar que la vida privada se encuentra reconocida en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política como un derecho fundamental en los siguientes términos: "*La Constitución asegura a todas las personas, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia"*. Dicha concepción debe vincularse necesariamente con el concepto de dignidad y la integridad de ella. Sin perjuicio de lo anterior, la norma es compleja porque resulta difícil definir qué es la vida privada y dónde están los límites que separan a ésta de la pública. Al respecto, lo primero que debe mencionarse es que este derecho tiene su origen en Estados Unidos, reconociéndose como un derecho a estar tranquilo, a no ser molestado. Posteriormente, la vida privada es entendida en oposición a la vida pública, y se le protege a través del derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada en la Constitución de 1925. Sin embargo, con la constitución de 1980 se supera dicha doctrina, reconociendo el derecho a la vida privada y la honra como uno distinto al derecho a la inviolabilidad del hogar, y de toda forma de comunicación privada que merece reconocimiento constitucional propio y consecuentemente protección por parte de ordenamiento jurídico.

En este sentido el TC ha sostenido que el derecho a la vida privada es un derecho personalísimo, es una expresión de la dignidad y la libertad humana y que, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto sino que está sujeto a las limitaciones que se realicen mediante leyes que cumplan con finalidades constitucionales y que hayan sido dictadas conforme a las reglas que ella misma determina. Nuestra doctrina reconoce a lo mensos tres dimensiones o aspectos de la vida de las personas que se encuentran bajo el amparo del derecho a la vida privada:

(i) Una dimensión territorial o espacial, donde resulta fácil identificar al hogar y cualquier otro espacio físico que no sea de acceso público, como espacios donde las personas actúan con la inequívoca voluntad de no quedar sometidas a escrutinio público alguno. También es posible identificar hipótesis en las cuales las personas tienen una legítima y razonable expectativa de privacidad en el espacio público. Al respecto, el profesor Eduardo Aldunate señala que existen ámbitos de la vida personal que -por su naturaleza y el comportamiento del agente- no están destinados a ser conocidos por terceros, o bien por otras personas que no sean aquellas que se incluyen dentro del ámbito de intimidad definido por el agente". Cualquier intromisión es una lesión la intimidad. No toda actividad *per sé* corresponde a lo que está protegido por la protección a la intimidad. No está protegido aquello íntimo que se saca a exposición, pero si se lo mantiene como tal, ello está destinado a excluir a terceros de lo que sucede en ese ámbito.

(ii) Una dimensión corporal, es posible identificar como objeto de protección constitucional la integridad física de una persona como extensión de su vida privada, protección que restringe las intromisiones que se verifiquen a través de registros corporales, ya sean éstos físicos, químicos o biológicos o cualquier otra clase de procedimientos invasivos

(iii) Una dimensión informacional, el derecho a la vida privada permite que las personas puedan libremente decidir qué información o antecedentes relativos a su persona pueden ser conocidos o accedidos por terceros, información sobre la cual cada persona tendría un cierto poder de control, el que se manifestaría a través de la posibilidad de consentir directamente.

Así, el bullado caso de la mujer de la comuna de Quintero por cierto que sí constituye una vulneración a su vida privada e intimidad, cuestión que se ve agravada toda vez que es la Municipalidad de Quintero, a través del funcionario, quien vulnera dicho derecho. Lo que importa dilucidar al respecto es el nivel de protección que entrega el ordenamiento jurídico a cualquier persona que se vea en casos de análoga naturaleza. En principio, la Constitución contempla un catálogo de acciones destinadas a restablecer el imperio del derecho ante afectaciones a los derechos fundamentales. Luego, existen acciones civiles que podrían estar destinadas a una reparación del daño. Eventualmente el funcionario puede verse sujeto a responsabilidad administrativa, previa elaboración de un sumario administrativo. Pero ¿qué pasa con sancionar el mal uso de recursos públicos y la protección del interés general de la población en que los funcionarios no harán uso de su cargo para fines privados o distintos a aquellos previstos por la ley? Si bien el código penal chileno en su Título Quinto, del Libro Segundo, contempla

un catálogo de “Delitos Funcionarios”, ninguna de las hipótesis allí contenidas calza con la sostenida por el caso en cuestión.

II. CONSIDERANDO.

1. Que, en un caso como el descrito anteriormente debe considerarse que el funcionario ha accedido a las imágenes en razón de su cargo, haciendo un mal uso de los recursos fiscales, cuyo fin en este caso, es aportar a la video vigilancia de la comunidad, es decir, tiene por objeto servir a las funciones de seguridad.
2. La doctrina administrativa reconoce a estos supuestos como actos constitutivos de desviación de poder, definiéndose estos como *“el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*. Además, se reconocen dos fines hacia los que puede desviarse la administración. En primer lugar, la administración puede desviarse hacia fines ajenos al interés general, a los fines que buscan servir algún interés particular que el ordenamiento jurídico no tutela. Por otro lado, la Administración también puede desviarse hacia fines de interés público siendo precisamente en este ámbito donde se gestó por vez primera en Francia la desviación de poder[1].
3. Si bien el Código Penal en el artículo 255 contempla la sanción de cualquier vejamen contra un particular que sea cometido por un funcionario público; el vocablo vejamen ha sido definido por la RAE como *“acción y efecto de vejar”* y por su parte, vejar se define como “*maltratar, molestar, perseguir a alguien”*, no siendo coincidente con la hipótesis prevista por el caso en cuestión.
4. Por tanto, el presente proyecto de ley tiene por objeto crear un nuevo tipo penal que permita sancionar a todos aquellos funcionarios, que en razón de su cargo, hagan mal uso de los medios que tienen a disposición con el objeto de causar daño a particulares. Lo anterior, por cuanto no puede tolerarse que la Administración actue fuera de los límites legales y constitucionales que el ordenamiento jurídico ha definido, a través de hipótesis de desviación de poder.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY.

[1] Chinchilla Marín, Carmen (1999): La desviación de poder (2ª edición actualizada y ampliada, Madrid, Editorial Civitas) Revista Chilena de Derecho, vol. 33 Nº 3, pp. 600 - 603 [2006] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300010

El presente proyecto de ley agrega en el párrafo quinto de “Delitos funcionarios contra particulares” un nuevo delito que consiste en la utilización de los medios públicos a los que tiene acceso un funcionario en razón de su cargo para fines diversos de los que fueron asignados, con el objeto de causar daños a los particulares.

IV. PROYECTO DE LEY.

Artículo único: Agréguese un nuevo artículo 259 bis dentro del Título Quinto, del Libro Segundo del Código Penal, de acuerdo al siguiente texto:

“El empleado público que utilizare los medios que tiene a su disposición en razón de su cargo, con el objeto de causar daño a los particulares, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”