

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de junio de dos mil veinticuatro.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el abogado señor Mario Andrés Vargas Cociña interpuso acción constitucional de protección en contra del Consejo de Defensa del Estado (CDE) y del Ministerio Público (MP). Fundando su recurso se refiere a las investigaciones seguidas en contra del abogado don Luis Hermosilla Osorio y a la resolución del 4° Juzgado de Garantía que autorizó el vaciado de su dispositivo móvil y la utilización de la información extraída, en los términos y supuestos que refiere la mencionada resolución.

Señala que, a partir de lo anterior, la Fiscalía dispuso la extracción de todo el contenido del teléfono celular del señor Hermosilla Osorio, lo que tuvo como resultado un informe de extracción de conversaciones de WhatsApp contenidas en el mencionado móvil, el que tendría más de 770.000 páginas. En ese contexto, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) solicitó acceder a estas 770.000 páginas que contiene el informe en que se transcribieron las aludidas conversaciones por WhatsApp del señalado abogado señor Luis Hermosilla Osorio, las que actualmente están en poder de la Fiscalía Metropolitana Oriente.

Agrega que por años mantuvo múltiples conversaciones por la referida mensajería con el abogado señor Hermosilla, las que tienen diversos contenidos, desde cuestiones personales, intercambio de opiniones, hasta las situaciones de algunos clientes que defendieron de forma conjunta, conversaciones que se encuentran dentro de su ámbito privado y otras cuyo acceso importa una infracción al secreto profesional.

Precisa que el acceso a sus conversaciones privadas, por parte del MP y la consecuente solicitud del CDE, constituyen actos ilegales que perturban y amenazan sus garantías constitucionales de igualdad ante la ley, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y su derecho a la honra y privacidad.

A continuación se refiere al CDE y a sus facultades, y sostuvo, en síntesis, que este organismo no tiene facultades para desarrollar investigaciones ni dirigir aquellas que estén en curso y, además, su competencia se orienta sólo a aquellas que digan relación con aquellos casos en que se ha generado un perjuicio al patrimonio estatal y con delitos conocidos como delitos funcionarios, pero no pueden intervenir en la investigación de ilícitos, como parece ser la pretensión del órgano según las declaraciones efectuadas por su presidente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: KQJFXWXSMML

Señala que, a su respecto, el acto arbitrario e ilegal es la solicitud planteada por el CDE, por los medios de comunicación, con fecha 27 de marzo del año 2024, en cuanto a acceder a todas las conversaciones realizadas a través de WhatsApp del abogado señor Hermosilla, entre las que se incluyen las que tiene con su parte. En síntesis, sostiene que el CDE ha procedido a solicitar, ilegal y arbitrariamente, información propia de una investigación penal respecto de la cual existe estricto secreto, lo que conculca grave y sustancialmente el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que asisten, afectando con ello las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, específicamente en su artículo 19 números 2º, 4º y 5º de la Constitución Política de la República.

Por su parte, el MP, al extraer todas las conversaciones del teléfono incautado, sin límite temporal, distinción ni relación con la autorización otorgada por el 4º Juzgado de Garantía, ha creado una categoría sospechosa de ciudadanos, en la que su parte se encuentra por el sólo hecho de constar su registro en el teléfono incautado, sin que tenga relación siquiera accidental con la investigación que dio origen a la orden de incautación, entrada y registro ni tampoco con aquella que determinó la formalización del exdirector general de la PDI.

Solicita que se acoja el presente recurso y que se ordene al CDE que se inhiba de solicitar al MP las conversaciones de WhatsApp que tiene con el señor Hermosilla y al Ministerio Público que se inhiba de realizar la entrega de esa información a cualquier tercero, todo lo anterior con costas.

Segundo: Que el CDE informó y solicitó el rechazo del recurso. En primer lugar, refiere que ese organismo, como cualquier interviniente en el proceso penal, está facultado para examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación fiscal, además de poder examinar los antecedentes de la investigación policial, en virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, por lo que es incorrecto afirmar lo contrario, sin perjuicio del secreto de la investigación en el caso concreto.

Además, señala que al CDE le asiste, además, la facultad de solicitar los antecedentes de una investigación y al Ministerio Público el deber de proveérselos, con el objeto de decidir si deduce o no querrela, de conformidad al artículo 41 del DFL N° 1 de 1993, de Hacienda que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa Estado.



En consecuencia, el CDE cuenta con habilitación legal para obtener y analizar los antecedentes que formen parte de una investigación dirigida por el Ministerio Público, sea cuando los hechos investigados se encuentren en el marco de una querrela penal interpuesta, sea frente a hechos nuevos que sean constitutivos de delitos respecto de los cuales el Consejo de Defensa del Estado tenga competencia para deducir querrela criminal. Por ello, de existir una solicitud en ese sentido, esta no es ni arbitraria ni menos ilegal. No obstante, no es efectivo que el Consejo haya presentado una solicitud el sentido indicado por la parte recurrente.

Conforme lo expuesto, indica que el supuesto material de la acción de protección que se informa es inexistente, pues no ha habido ninguna petición de antecedentes ni escrita ni verbal, por lo tanto, el recurso de protección es injustificado. En el mismo orden de ideas, descarta la existencia de vulneración de los derechos alegados por el recurrente, por lo procede el rechazo del recurso de protección.

Tercero: Que informa la Fiscal Regional de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, doña Lorena Parra Parra. Explica que la investigación RUC 2301242551-1, individualizada por el recurrente, se inició de oficio el día 14 de noviembre de 2023, a partir de una grabación de audio en la que se mencionan distintos hechos que podrían ser constitutivos de delito. En dicha investigación se indaga la comisión del delito del artículo 250 del Código Penal o de cualquier otro que pudiera establecerse durante las indagatorias. En ese contexto, se procedió a la incautación, previa autorización judicial, de un teléfono Iphone 14 Modelo Pro Max, asociado al número telefónico +569 98211578, propiedad de don Luis Hermosilla Osorio, quien participó en la reunión que fue grabada y que da inicio a esta causa. Aquello significa que dicho objeto se encuentra bajo el tratamiento de evidencia, en custodia, con un número único (NUE) y bajo el máximo resguardo, en conformidad al artículo 221 del Código Procesal Penal. Agrega que, posteriormente, también previa autorización judicial, se procedió al vaciado de dicho teléfono celular, obteniendo, a partir de ello, conversaciones de la aplicación WhatsApp del señor Hermosilla Osorio, las que se encuentran transcritas en informe de la Fiscalía. Reitera que el informe en cuestión no ha sido solicitado por el CDE ni por ningún otro tercero ajeno al MP. Finalmente, hace presente que la incautación y vaciado del teléfono Iphone individualizado previamente, fue autorizado judicialmente, ajustándose el actuar



del MP a las normas procesales pertinentes. De igual forma, los elementos incautados y el informe respecto a estos, cuentan con la mayor custodia y seguridad, sin que hayan sido divulgados o enviados a terceros ajenos, teniendo acceso a los mismos sólo el reducido equipo que se dedica a la investigación de la causa RUC: 2301242551-1.

Cuarto: Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Quinto: Que el recurso debe desestimarse, desde luego, en cuanto se dirige en contra del CDE. En efecto, esta institución es parte querellante en la causa a que alude el MP en su informe y, en tal calidad, le asiste el derecho de hacer las peticiones que estime conveniente, tanto al MP como al juez de garantía competente, y ejercer todos los derechos que el ordenamiento procesal prevé. Será el MP o la judicatura, en su caso, los que resuelvan las eventuales solicitudes del CDE. Por lo demás, el CDE ni ha pedido la entrega de las 770.000 páginas de conversaciones por WhatsApp del teléfono del señor Hermosilla ni las particulares con el señor Vargas Cociña ni el MP se las ha entregado, de manera que no existe, por su parte, acto o u omisión que pueda considerarse ilegal o arbitrario y que afecte los derechos a que se refirió el recurrente.

Sexto: Que tratándose del MP, debe consignarse que esta institución lleva a cabo la investigación RUC 230124255-1, iniciada de oficio el 14 de noviembre de 2023, decisión que se fundó en la divulgación de una grabación de audio en la que se mencionan distintos hechos que, eventualmente, pudieran ser constitutivos de delito, específicamente de aquel tipificado en el artículo 250 del Código Penal, relacionado con el posible cohecho a funcionarios del Servicio de Impuestos Internos por parte del señor Hermosilla Osorio. En esta investigación que, se reitera, es para determinar si existen o no uno o más delitos de cohecho a funcionarios públicos, el 4° Juzgado de Garantía autorizó al ente persecutor la incautación del teléfono celular del señor Hermosilla Osorio y el “vaciado” de dicho teléfono, obteniéndose las conversaciones por WhatsApp, las que se



encuentran transcritas en, según se señaló el recurso y en estrados, 770.000 páginas.

Séptimo: Que no hay duda que el MP tiene todas las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le otorga para llevar a cabo su misión establecida en el capítulo VII de la Constitución Política de la República y en su ley orgánica, N° 19.640. Y también es efectivo que, en la investigación llevada a cabo bajo el RUC 230124255-1, el MP obtuvo una autorización judicial para incautar el teléfono celular del señor Luis Hermosilla Osorio y para “vaciar su contenido”, incluyendo las conversaciones por la aplicación WhatsApp.

Octavo: Que, entonces, no puede esta Corte, por la vía de una protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, decidir el alcance de las órdenes dadas por el 4° Juzgado de Garantía, de modo que el obrar del MP ha sido autorizado por la judicatura. De otro lado, se solicita en el recurso que el MP no entregue a terceros las conversaciones que por WhatsApp tuvo el señor Vargas Cociña con el señor Hermosilla Osorio y lo cierto es que, por lo menos por ahora, el MP no ha hecho tal cosa y ha mantenido en reserva la investigación y, en lo particular, el intercambio de mensajes del recurrente con el señor Luis Hermosilla Osorio.

Noveno: Que es cierto que la orden dada por el aludido tribunal de garantía dice relación con el delito que se está investigando por el MP —cohecho— y que la transcripción, que alcanzó la enorme cantidad de 770.000 páginas, ha debido hacerse respecto de aquellos mensajes que tienen que ver con la investigación, de modo que si en tales conversaciones están aquellas del recurrente, pues estas no deben ni pueden ser objeto de divulgación, salvo que, obviamente, se relacionen con el hecho investigado, mas este tribunal de alzada no puede dirigir la investigación del ente persecutor, que es autónomo, y será esta institución la que cuidará, en su labor investigativa, de no revelar, ni a intervinientes ni a terceros, transcripciones de intercambios de mensajes que nada tienen que ver con la tantas veces mencionada investigación. Es deber del MP, entonces, cautelar en su labor de investigación, los derechos constitucionales de terceros, como lo es el recurrente, cuidando de no conculcarle las garantías de los números 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que, respectivamente, aseguran a todas las personas “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos



se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley" y "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".

Cuidando los derechos constitucionales referidos, el MP cumple con la orden dada en el artículo 3° de la ley 19.640: "En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos **a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley**".

Debe consignarse, por último, que la divulgación por parte del MP de mensajes amparados por los derechos constitucionales transcritos, puede dar lugar a responsabilidad por falta de servicio, de acuerdo al inciso primero del artículo 4° de la ley 19.640: "El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público", norma que debe vincularse con aquella del artículo 42 del DFL 1-19653 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Décimo: Que, entonces, esta Corte, al menos por esta vía, no puede controlar la investigación del MP, y tal como lo sostuvo el apoderado del MP en estrados, lo planteado por el recurrente puede y debe ser conocido por el juez de garantía correspondiente (4° Juzgado de Garantía de Santiago), a pesar de ser un tercero ajeno al pleito, en virtud de lo que dispone el artículo 189 del Código Procesal Penal, a saber, "Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación".

Es cierto que la norma se refiere, en su literalidad, a la petición hecha por un interviniente o por un tercero para obtener la restitución de objetos recogidos o incautados, pero, precisamente, permite la intervención de un tercero ajeno al pleito y, por ende, parece que es perfectamente posible, en su virtud, que el recurrente comparezca en tal calidad al tribunal de garantía correspondiente y



haga la petición que funda este recurso y, como se dijo, esta fue la opinión vertida por el propio apoderado del MP, en estrados.

Undécimo: Que, en definitiva, el MP ha contado con las autorizaciones judiciales para incautar el teléfono del señor Hermosilla y “vaciar” su contenido y, hasta ahora, no ha revelado el tenor de las transcripciones, que suman la cantidad de 770.000 páginas, ni las conversaciones del recurrente, debiendo el propio órgano investigativo, en virtud de la norma citada de su ley orgánica, proteger los derechos constitucionales de terceros ajenos a la investigación, respondiendo de su obrar en la forma indicada en el artículo 4° de su ley orgánica, pero, ciertamente, como ya se dijo, no puede esta Corte, por la vía del arbitrio del artículo 20 de la Constitución Política de la República, controlar tal investigación que autónomamente hace el MP, sin perjuicio de lo que pueda decidir el juez de garantía correspondiente, a quien el señor Vargas Cociña puede recurrir para hacer valer sus derechos como tercero.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, **se rechaza** la acción constitucional de autos, sin costas por haber tenido el recurrente motivos plausibles para deducirla.

Acordada con el voto en contra de la ministro señora Gutiérrez, quien estuvo por acoger el recurso de protección interpuesto, en aquella parte que se dirige en contra del Ministerio Público y ordenarle a esta institución que se abstenga de entregar a terceros las transcripciones de los mensajes de Whatsapp entre el señor Luis Hermosilla Osorio y el recurrente señor Mario Vargas Cociña. Tuvo presente para ello:

I.- Que parece evidente que la orden dada por el 4° Juzgado de Garantía de Santiago sólo ha podido decir relación con el delito que se está investigando y que la transcripción, que alcanzó la abultadísima cantidad de 770.000 páginas, sólo ha podido hacerse respecto de aquellos mensajes que tienen que ver con la investigación, que es por un eventual cohecho a funcionarios públicos, específicamente, del Servicio de Impuestos Internos, de modo que si en tales conversaciones están aquellas del recurrente, pues estas no deben ni pueden ser objeto de investigación de ninguna naturaleza, salvo que, obviamente, se relacionen con el hecho investigado pues, de lo contrario, el MP está vulnerando de forma flagrante, respecto del recurrente, señor Mario Andrés Vargas Cociña, sus derechos constitucionales consagrados en los números 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya transcritos.



II.- Que tal como lo sostiene el recurrente, es de público conocimiento que, a raíz de la investigación y de la transcripción de los mencionados mensajes, se advirtieron unos enviados al señor Hermosilla por el exdirector general de la PDI, revelándole determinada información, lo que motivó la formalización y prisión preventiva de dicha autoridad. Huelga decir que tales mensajes nada tenían que ver con la investigación del MP.

III.- Que, en consecuencia, no puede el MP, sin incurrir en abierta ilegalidad, hurgar en las 770.000 páginas de transcripciones de mensajes de WhatsApp, en una suerte de búsqueda de ilícitos que nada tienen que ver con el objetivo de la orden judicial dada, esto es, una enmarcada en una investigación por cohecho pues, en realidad, es al revés: el MP debe iniciar una investigación por un determinado delito y, en virtud de los datos que arroje tal investigación, solicitar la autorización para develar mensajes que, de lo contrario, están protegidos por la privacidad a que se refieren las normas constitucionales citadas y, en lo que interesa, aquellos del recurrente con el señor Hermosilla.

IV.- Que, en efecto, las conversaciones que haya podido tener el recurrente con el abogado señor Hermosilla, vía WhatsApp, son privadas, no pueden ser objeto de revisión por el MP y la orden judicial otorgada en su oportunidad sólo puede estar referida a la investigación por cohecho que lleva adelante el ente persecutor, salvo que el señor Vargas Cociña también sea objeto de tal investigación, lo que no consta. Luego, tiene derecho este a que se respete la privacidad de sus conversaciones, de suerte que si por uno o más delitos de cohecho el MP, sin límite temporal, transcribe 770.000 páginas de mensajes, parece, ciertamente, que ha vulnerado el derecho a la privacidad de sus comunicaciones que le asiste al recurrente, que no es objeto de investigación penal.

V.- Que, en estrados, el apoderado del MP sostuvo que lo planteado por el recurrente debe ser conocido por el juez de garantía correspondiente (4° Juzgado de Garantía de Santiago), sosteniendo que puede hacerlo, a pesar de ser un tercero ajeno al pleito, en virtud de lo que disponen los artículos 9 y 189 del Código Procesal Penal. Sin embargo, lo anterior no es efectivo pues la primera disposición señala: “Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.



“En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía”.

“Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”

De su lectura no se desprende ningún derecho a facultad del tercero ajeno al pleito, sino que se limita a señalar que el MP requiere, en el caso previsto por la norma, de autorización judicial, sin que, en la especie, se haya obtenido alguna para revisar las conversaciones del señor Vargas con el señor Hermosilla y sin que, obviamente, la efectivamente otorgada por el 4° Juzgado de Garantía constituya una especie de patente de corso al MP para buscar y rebuscar en las 770.000 hojas de transcripciones algún ilícito distinto del que inició la investigación.

VI.- Que la segunda disposición legal citada, la del artículo 189 del Código Procesal Penal, refiere, en su inciso primero, que es el que interesa, lo que sigue: “Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación **con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados** se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación”.

Se trata, la norma anterior, de la petición hecha por un interviniente o por un tercero para obtener la restitución de objetos recogidos o incautados, es decir, no autoriza al recurrente a solicitarle al señor juez de garantía que se abstenga el MP de hacer transcripciones de conversaciones privadas y que nada tienen que ver con el objetivo de la investigación y, desde luego, no las divulgue a terceros, sean o no intervinientes en el proceso.



VII.- Que, en consecuencia, el actuar del MP, en cuanto pretende revisar, sin límite de tiempo, todas las conversaciones que haya podido tener el señor Hermosilla, entre ellas aquellas tenidas con el señor Vargas Cociña, no está amparado por la orden judicial dada por el 4° Juzgado de Garantía, que, obviamente, sólo pudo referirse a las conversaciones que dicen relación con el objetivo de la investigación. Y esta ilegalidad conculca el derecho consagrado en los aludidos números 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el primero en aquella parte que protege la vida privada.

VIII.- Que la disidente no advierte, empero, una transgresión a la igualdad ante la ley, contemplada en el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues no hay evidencia de que el MP haya obrado con las conversaciones del señor Vargas Cociña con el señor Hermosilla Osorio de una manera distinta de aquellas tenidas por este con otras personas.

Redacción del ministro señor Mera y, de la disidencia, su autora.

Regístrese y comuníquese.

N°Protección-6423-2024.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la ministra señora María Loreto Gutiérrez Alvear y por la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: KQJFXXWSML

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Maria Loreto Gutierrez A. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, veintiocho de junio de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a veintiocho de junio de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: KQJFXXXSML