

PROCEDIMIENTO: RECURSO DE PROTECCIÓN
RECURRENTE: MARIO ANDRÉS VARGAS COCIÑA
RUT: [REDACTED]
RECURRIDO 1: CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO
RUT: 61.006.000-5
REPRESENTANTE: RAÚL SERGIO LETELIER WARTENBERG
RUT: [REDACTED]
RECURRIDO 2: MINISTERIO PÚBLICO
RUT: 61.935.400-1
REPRESENTANTE: ÁNGEL MAURICIO VALENCIA VÁSQUEZ
RUT: [REDACTED]

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE RECURSO DE PROTECCIÓN.
PRIMER OTROSÍ: ORDEN DE NO INNOVAR.
SEGUNDO OTROSÍ: SE OFICIE.
TERCER OTROSÍ: ACOMPAÑA MEDIOS DE PRUEBA.
CUARTO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

MARIO ANDRÉS VARGAS COCIÑA, chileno, abogado, cédula nacional de identidad N°10.666.872-8, con domicilio en El Regidor N°66, Piso 14, comuna de Las Condes, Santiago, a S.S ILTMA., respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y teniendo a la vista lo dispuesto en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, vengo en interponer una acción constitucional de protección en contra del **CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO**, en adelante, indistintamente el **CDE**, RUT N°61.006.000-5, representado por don **RAÚL SERGIO LETELIER WARTENBERG**, chileno, abogado, cédula nacional de identidad [REDACTED] ambos con domicilio en Agustinas N°1225, comuna y ciudad de Santiago, Región Metropolitana, y en contra del **MINISTERIO PÚBLICO**, en adelante, indistintamente la **FISCALÍA**, RUT N°61.935.400-1, representado por don **ÁNGEL MAURICIO VALENCIA VÁSQUEZ**, chileno, abogado, cédula

nacional de identidad [REDACTED] debido a actuaciones ilegales y arbitrarias que amenazan mis derechos constitucionales consagrados en los numerales 2º, 4º y 5º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, para que en definitiva se restablezca el imperio del derecho, adoptando las medidas que se pasan a detallar, conforme a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación paso a exponer:

I. ANTECEDENTES DE HECHO GENERALES Y PREVIOS

Con fecha 14 de noviembre de 2013, el medio de comunicación electrónica **ciperchile.cl**, publica un primer reportaje que se relaciona con el denominado caso Factoring Factop, en el cual se menciona al abogado Luis Hermosilla Osorio.

Es así, como a propósito de dicho reportaje, se inicia una investigación de oficio por parte de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente en contra del abogado Luis Hermosilla Osorio, en cuyo contexto y tal como señala profusa información de prensa, se practicó la incautación de su teléfono celular y de otros dispositivos electrónicos desde su oficina.

Tal diligencia tuvo su origen en una resolución judicial emanada del 4º Juzgado de Garantía de Santiago, la que autorizó el vaciado de tal dispositivo, y la utilización de la información extraída, en los términos y bajo los presupuestos que refiere la propia resolución, a los que me referiré más adelante.

A partir de esa incautación, la Fiscalía dispuso la extracción de todo el contenido del teléfono celular incautado mediante la utilización de un software especializado denominado UFED. El resultado de dicha operación dio origen a un informe de extracción de las conversaciones de WhatsApp contenidas en dicho móvil, informe que tendría más de 770.000 páginas, según ha informado la propia Fiscalía.

Como ha sido de público conocimiento, de la revisión de dicho informe se detectó que el ex Director General de la PDI enviaba información al sr. Hermosilla, lo que motivó la formalización y prisión preventiva del funcionario. En dicha audiencia, la sra. Fiscal Regional señaló que las comunicaciones entre ambos constan desde la página 49.854 a la página 50020 del informe de extracción y que se extienden entre los días 26 de agosto de 2020 al 24 de octubre del 2023.

Es así como a partir de una diligencia que tuvo su origen en un registro de audio de una reunión sostenida en el mes de julio de 2023, entre los señores Hermosilla, Sauer y la señora Villalobos, el Ministerio Público accedió a todas las

conversaciones por WhatsApp que mantuvo el primero con todos sus contactos, entre los cuales me incluyo. Cabe hacer presente que según ha trascendido, el abogado reconoció tener más de 1000 contactos en su teléfono y que no ha borrado conversación alguna.

En ese contexto, y tal como es de conocimiento público, el día Miércoles 27 de marzo de 2024, el **Consejo de Defensa del Estado (CDE)** indicó que solicitó acceder a las más de 777.000 páginas que contiene el informe en que se transcribieron las conversaciones por WhatsApp del abogado **Luis Hermosilla**, las cuales actualmente solo estarían en poder de la Fiscalía Metropolitana Oriente.

Es del caso que tengo múltiples conversaciones con el abogado Luis Hermosilla desde hace años, las que tienen diverso contenido, y que van desde cuestiones absolutamente personales, intercambio de opiniones, hasta las situaciones de algunos clientes que defendimos de forma conjunta, las que no tienen relación alguna con los hechos investigados, si no que se insertan dentro mi ámbito privado y el acceso a otras conversaciones importa una infracción al secreto profesional.

En ese orden de ideas, y sin que yo haya tenido vinculación alguna con los demás intervinientes que participaron en la reunión que dio origen a la incautación del teléfono, **el acceso a mis conversaciones privadas, por parte del Ministerio Público y la consecuente solicitud del Consejo de Defensa del Estado, constituyen actos ilegales que perturban y amenazan, respectivamente, mis garantías constitucionales de igualdad ante la ley, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y mi derecho a la honra y privacidad, como se expondrá más adelante.**

II. DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO Y SUS FACULTADES

El objeto y atribuciones del Consejo de Defensa del Estado en materia de persecución penal están contenidos en los numerales 4 y 5 del artículo 3 de su Ley Orgánica, en los siguientes términos:

“4.- Ejercer la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado.

El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como malversación o defraudación de caudales públicos y aquellos que importen sustracción, pérdida o fraude de fondos del Fisco, organismos del Estado o de las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria.

5.- Ejercer la acción penal, tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de

organismos del Estado, de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, o de las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente.

El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como cohecho, soborno y negociación incompatible.”

Por su parte, la Constitución Política de la República en su artículo 83 consagra al Ministerio Público como el órgano autónomo y jerarquizado que dirigirá de forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, cualquiera sea el bien jurídico afectado y los partícipes en él.

De lo expuesto aparece con claridad que el Consejo de Defensa del Estado NO TIENE FACULTADES para desarrollar investigaciones ni dirigir aquellas que estén en curso y, además, su competencia se orienta solo a aquellas que digan relación con aquellos casos en que se ha generado un perjuicio al patrimonio estatal y, por otro lado, aquellos delitos conocidos como delitos funcionarios, pero no pueden intervenir en la investigación de ilícito, como parece ser la pretensión del órgano según las declaraciones efectuadas por su Presidente.

Es así como el Consejo de Defensa del Estado no puede arrogarse competencias para estudiar las 770.000 páginas que tiene el informe de extracción por cuanto no todas aquellas dicen relación con hechos ilícitos ni tampoco participan en ellas solo funcionarios públicos, como es mi caso. Ese solo criterio debería hacer desistir al Consejo de acceder a la totalidad del informe, por cuanto, en mi caso particular, no cuentan con la legitimación que justifique la intervención lesiva en mis derechos fundamentales.

Así, no se verifica en la especie la satisfacción de los criterios de proporcionalidad que justifique una intervención en los derechos fundamentales, entendida como i) que esta intervención sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (entendido como idoneidad); ii) que esta intervención sea la más benigna entre todas las intervenciones idóneas y iii) que las ventajas que se obtengan mediante la afectación al derecho fundamental deban compensar los sacrificios que esta afectación implican para la sociedad.

En el caso particular, lo cierto es que el Consejo de Defensa del Estado NO tiene atribuciones para acceder a mis comunicaciones de mensajería privada contenidas en el informe policial, toda vez que i) no puede arrogarse facultades investigativas y ii) su objeto y atribuciones no se extiende al análisis de conversaciones privadas, entre dos abogados que ejercen libremente la profesión.

En este orden de ideas, el fin que persigue el Consejo con la obtención de todas las transcripciones presentes en el informe no es legítimo, ya que no cuenta con las atribuciones para aquello, no se trata de una intervención benigna sino altamente lesiva y tolerar este tipo de intervenciones deja a todos los ciudadanos inermes frente a los eventuales beneficios que de esta afectación se pudieran obtener, incluso también a los funcionarios públicos, quienes también tienen derecho a la privacidad de sus comunicaciones.

Dicho de otro modo, no hay ningún beneficio para la comunidad que pueda seguirse de la intervención ilimitada e ilegal de un ámbito tan privado y personal como lo son las conversaciones que dos personas han mantenido por años, en la certeza que dichas comunicaciones se enmarcan en el ámbito privado y que de ser objeto de alguna indagatoria, se cumplirían con los requisitos de un debido proceso, en especial, autorización judicial. Sin embargo, estas conversaciones actualmente se encuentran en poder de un órgano de investigación, al igual que todas las demás conversaciones contenidas en el informe de extracción y vaciado, excediendo largamente el mandato judicial.

Debo recordar que durante la formalización del ex Director General de la PDI, la Sra. Fiscal Regional hizo referencia al modo en que se habían detectado las conductas materia de la formalización indicando que luego de identificar el teléfono y la foto del ex funcionario, se procedió a la revisión de antecedentes más específicos, donde se alerta de la existencia de un RUC determinado y el envío de documentos relacionados, debiendo entrevistarse a los fiscales y desarrollar otras diligencias para precisar la información detectada.

En este sentido, es evidente que se requieren operaciones adicionales a la mera figuración en el Informe de extracción y vaciado, operaciones que constituyen diligencias investigativas que deben ser ordenadas por el Ministerio Público y no pueden ser ejecutadas por un órgano sin competencias para aquello, y si así se permitiere, se estaría avalando una actuación nula, ejecutada por un órgano fuera del ámbito de sus competencia, en abierta contradicción al principio de legalidad contenido en los artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Por lo demás, ya se han conocido filtraciones a la prensa en los últimos días, incluso respecto de personas que no tenían comunicaciones en el teléfono incautado pero fueron referidos igualmente, quizás en virtud de cruces de datos u otros mensajes, asunto de la mayor relevancia y que reitera la necesidad que estos antecedentes no puedan ser entregados a aquellos órganos cuya estructura institucional no está diseñada para resguardar la reserva de datos ni la confidencialidad de los mismos,

lo que importa una amenaza real, y deja de manifiesto que el Ministerio Público tampoco ha tomado los resguardos al permitir la difusión de información, situación de la cual a la fecha no se ha hecho cargo.

III. DEL CONCEPTO DE HALLAZGO CASUAL Y SUS LIMITACIONES

Respecto del concepto de hallazgo casual, latamente la doctrina y la jurisprudencia han abordado el mismo, estableciendo diversas vías de limitación empleo del término, en tanto obedece a una institución propia del derecho penal, y cuyo uso y empleo se ha delimitado, según se podrá observar en lo sucesivo.

La excepción del *hallazgo casual* consiste en que una determinada prueba ha sido o fue descubierta sin expresa cobertura jurídica; pero, y por contrapartida, en el curso de una actuación perfectamente lícita y desconectada de los hechos a que alude la evidencia encontrada. En este caso, se limita el campo de acción jurisdiccional, pues el juez puede no aplicar la regla de exclusión a lo casualmente encontrado.

En Chile, la excepción de pruebas halladas casualmente está expresamente admitida en ciertos casos, resultando ser el caso clásico de esta naturaleza el relativo a aquellas pruebas descubiertas en la realización de diligencias de entrada y registro. Sin embargo, **sólo se podrá proceder a su incautación una vez obtenida la correspondiente autorización judicial.**

Lo mismo ocurre en el caso de interceptaciones telefónicas. En general, deben entregarse al afectado las grabaciones en que constan tales interceptaciones y destruirse sus copias. Con todo, no se resuelve de modo expreso el descubrimiento casual de pruebas en otras hipótesis. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de retención o copia de correspondencia física o electrónica, **previa autorización judicial**; o en el caso de examen de vestimentas, equipaje o vehículo de un detenido. En esos y otros casos se ha de resolver si se aplica la regla de exclusión o si se exceptúa la misma. Careciéndose de expresa regulación, se debe establecer un criterio orientador para preferir una u otra alternativa.

Sobre dicha base, la jurisprudencia ha abordado esta institución en reiteradas oportunidades. Así pues, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa ROL 753-2007 ha dispuesto que, respecto del hallazgo casual: *“No se trata de un objeto o documento indiciario de la comisión de algún delito, sino de la materialidad misma del ilícito, por lo que asimilar la situación producida a aquella descrita en el artículo 215 ya citado, no es pertinente. Menos aún lo es, el pretender que la policía deba*

*inhibirse de actuar en la forma que le es exigible, si en el transcurso de una diligencia autorizada por la autoridad judicial, constata hechos, que, si bien no guardan conexión con ella, se están ejecutando y son constitutivos de delitos.”*Sobre la misma situación, la Corte Suprema, en causa 6-2017 estableció que con motivo de la independencia de la flagrancia respecto de la norma contenida en el artículo 215 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos: *“Décimo: Que, en tales circunstancias, no cabe aplicar la norma contenida en el artículo 215 del Código Procesal Penal, que preveía –a la fecha de comisión del ilícito– la necesidad de solicitar autorización judicial para incautar “objetos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento...”, cuyo no es el caso, atendida la naturaleza del delito de posesión o tenencia de cartuchos y municiones previsto en el artículo 9°, en relación al artículo 2°, ambos de la ley 17.798, que, como se ha dicho, es un delito de peligro, permanente, respecto del cual basta constatar la posesión o tenencia de los elementos indicados, sin las autorizaciones correspondientes, configurándose, de tal manera, la flagrancia por ese sólo hecho.*

Undécimo: Que, conforme con lo que se acaba de señalar, queda en evidencia que los funcionarios policiales, al momento de incautar las municiones que se estimó como elemento del delito de tenencia ilegal de municiones, obraron con apego a la ley, cumpliendo con los mandatos de los artículos 83 y 187 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 130 letra a) del mismo cuerpo legal, y con ello las garantías constitucionales de las imputadas no se han visto conculcadas en la obtención de esa prueba y las que de ella derivan, pudiendo servir de base a una decisión de condena, por lo que el recurso de nulidad será desechado.”

Vale decir, de las citas recién expuestas, se puede interpretar que los hallazgos casuales requieren cumplir una serie de requisitos asociados a la existencia de determinados requisitos aplicables al efecto, y adicionalmente, resulta menester que dichos requisitos sean suficientemente potentes como para sobrepasar el umbral de la legítima privacidad que la Constitución Política de la República garantiza a todos los ciudadanos.

Así pues, conviene tener presente que, a propósito de esto último, se ha dictaminado de parte de la Corte Suprema, en causa ROL 71419-2021, lo siguiente:

“Quinto: Que, respecto al fondo del asunto, aparece que lo discutido en autos se centra en el concepto denominado “expectativa legítima o razonable de privacidad”, que ha sido definido por la doctrina como la expectativa “de que las comunicaciones se desarrollan dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo (...) En lo que respecta a las comunicaciones

privadas, ello implica que –aunque parezca una obviedad– la interacción se limita únicamente a los participantes, y no a terceras personas” (Sebastián Zárate R. “Expectativa de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema”, Sentencias Destacadas año 2013 (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo), N° 10, enero de 2014, página 105).

Por su parte, otros autores sostienen que “estaremos ante una expectativa legítima de privacidad cuando el sujeto pueda, razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su conducta o situación tienen el carácter de privado. En otras palabras, se requerirá determinar si la expectativa de la persona afectada, de mantener algo como privado, se puede calificar como razonable y justificada en consideración a las circunstancias específicas del caso en cuestión. **En determinados casos nuestra Constitución presume la existencia de una expectativa legítima de privacidad, tal como acontece respecto del contenido de las comunicaciones y al domicilio.** En los demás casos, la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad se deberá determinar en la situación concreta de que se trate” (Javier Escobar V. “¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde Facebook? Comentario a la sentencia rol N° 3-2017 de la Corte Suprema”, Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, página 415). En cuanto a la jurisprudencia, se ha dicho por esta Corte que, para determinar su procedencia, “[...]requiere del juzgador un doble análisis: 1) determinar si existe una expectativa subjetiva de privacidad y 2) determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad está en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser objetivamente justificada acorde a las circunstancias del caso.” (CS Rol N° 35.159-2017, considerando 5°). De esta forma, no basta con alegar expectativa de privacidad; es necesario que ésta sea “legítima” y/o “razonable”, cuestión que ha de resolverse caso a caso. Sexto: Que, en esas circunstancias, es preciso analizar el hecho que se ha denunciado y que no ha sido discutido en autos.

Aparece de los antecedentes que constan en el expediente digital que el actor prestó servicios para Inmobiliaria General Cruz SpA, relación que se encuentra finalizada y ha sido objeto de diversas acciones judiciales. En una de aquellas acciones, juicio sumario por transgresión a la ética profesional de abogado, se transcribió en la demanda una conversación sostenida entre el recurrente y un tercero, don Rodolfo Ruiz Medel, quien es vecino del lugar donde se construye un edificio por parte de la Inmobiliaria General Cruz SpA. Esta conversación se sostuvo a través de la aplicación para teléfonos móviles “WhatsApp”. (...)

Séptimo: Que el medio por el cual se produjo la conversación cuya transcripción se discute, fue realizada, como se dijo, a través de una plataforma digital que es definida por sus creadores como una aplicación que “permite enviar y recibir mensajes mediante Internet, así como imágenes, vídeos, audios, grabaciones de audio (notas de voz), documentos, ubicaciones, contactos, gifs, stickers, así como llamadas y videollamadas con varios participantes a la vez, entre otras funciones”. A su vez, se señala como una de sus principales características la Seguridad Predeterminada, manifestándose por la misma empresa que “Algunos de tus momentos más personales se comparten a través de WhatsApp; es por ello que desarrollamos el cifrado de extremo a extremo en las versiones más recientes de nuestra aplicación. Con el cifrado de extremo a extremo, tus mensajes y llamadas están protegidos para que solo las personas con las que te comunicas los puedan leer o escuchar, sin que nadie más, ni siquiera WhatsApp, lo pueda hacer.” (visto en: <https://www.whatsapp.com/features/>.)

Octavo: Que, asentados los hechos en la forma señalada precedentemente, es manifiesto que el recurrente contaba con una razonable expectativa de privacidad respecto de la conversación que fue transcrita en la demanda civil por los recurridos, teniendo presente que esta se produjo entre él y un tercero, distinto a los recurridos, a través de una plataforma que ofrece un servicio de cifrado que impide que las comunicaciones desarrolladas en ella sean conocidas por personas ajenas a las mismas.

Luego, su expectativa de privacidad merece protección en el caso concreto ya que la divulgación que ha sido denunciada se produjo no por uno de los partícipes de la conversación de autos, cuyo acceso al contenido era razonable esperar y prever, sino que, por los recurridos, respecto de quienes no se esperaba siquiera su conocimiento, razón por la cual la presente acción será acogida según se dirá en lo resolutivo”

Entonces, resulta clara la interpretación jurisdiccional que realiza la Excelentísima Corte Suprema, respecto del derecho a la privacidad que goza cada uno de los ciudadanos, en tanto apunta de manera directa a la ponderación que debe ser objeto de este, frente a los hallazgos o descubrimientos casuales que puedan tener objeto en una investigación penal. Resulta entonces relevante y necesario que S.S. Iltma., conozca y obre con estos antecedentes durante la tramitación del presente recurso, pues de ello se condice plenamente el contenido basal del mismo. El hallazgo casual requiere -en cualquier caso- de una ponderación frente al derecho de privacidad constitucional, razón por la cual su uso arbitrario o injustificado amerita una sanción jurídica, por resultar contrario al derecho.

¿Puede constituir un encuentro de buena fe si se encuentra algo en las conversaciones de WhatsApp?

Ésta es la doctrina sentada, en fallo dividido, en *United States v. Leon* (468 U.S. 897 [1984]), para un caso en que funcionarios policiales entran y registran un lugar cerrado - donde encuentran e incautan una determinada cantidad de droga - en virtud de una orden judicial aparentemente válida, pero que posteriormente se demuestra viciada por no haber estado fundada en verdadera causa probable.

El fundamento de la excepción es plenamente funcional al fundamento principal de la regla de exclusión de prueba en el derecho norteamericano, **esto es, como se ha dicho, disuadir a los agentes estatales de vulnerar las garantías constitucionales**. En hipótesis como la de León efectivamente la exclusión de la prueba no serviría a ese propósito, pues no es necesario disuadir a agentes que claramente no han pretendido vulnerar las garantías constitucionales, sino que, por el contrario, han actuado de buena fe, en la creencia de estar obrando precisamente en conformidad con tales garantías.

Pero la doctrina de León va incluso más allá, aclarando de paso la forma precisa en que se entiende el fundamento de deterrence.

Efectivamente no se aprecia ninguna necesidad disuasoria cuando ninguno de los órganos estatales que intervienen en la vulneración de la garantía constitucional ha actuado de forma significativamente reprochable, por ejemplo, cuando la orden de arresto en virtud de la cual se registra y descubre evidencia sólo se mantiene en el sistema computacional, debiendo haberse borrado, por atraso de funcionarios administrativos judiciales. (Ese es el caso en *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 [1995]), pero el asunto se ve desde otra perspectiva si se considera que en la especie un juez ha dictado una orden de entrada y registro inválida por contrariar las exigencias constitucionales para dicho tipo de órdenes, pues indudablemente la exclusión de prueba podría servir para disuadir o desalentar la expedición de órdenes inválidas por parte de los magistrados. Sin embargo, la Corte rechaza esta perspectiva, aduciendo que el único efecto disuasivo invocable para aplicar la regla de exclusión es aquél relativo a los agentes policiales, no a los magistrados.

Los casos en que no es admisible la excepción son, entre otros (el fallo los menciona sólo a título ejemplar) los siguientes:

- a) Cuando el magistrado ha sido engañado por información falsa en la declaración jurada y la falsedad le ha constado al solicitante o debía haberle constado y sólo no le constó por su craso desprecio por la verdad;

- b) Cuando el magistrado ha abandonado su rol judicial, de suerte que ningún agente responsable y bien entrenado debía confiar en la validez de la orden;
- c) Cuando la declaración jurada es tan patentemente insuficiente para fundar causa probable, que no puede estimarse razonable la confianza del agente en la validez de la orden;
- d) Cuando la orden es tan insuficiente en cuanto a la especificación del lugar a registrar o a las cosas por incautar, que no es razonable la confianza del agente en su validez (criterio que, sin embargo, se resiente cuando casi simultáneamente la Corte resuelve que el agente policial puede confiar en la orden insuficiente cuando al solicitarla él sí ha señalado con suficiente precisión esos extremos, *Massachusetts v. Shepard*, 468 U.S. 981 [1984]).

La jurisprudencia americana ha establecido ciertos criterios limitativos, requiere que el Ministerio Público acredite suficientemente que cualquier policía con experiencia profesional hubiera actuado de forma similar en circunstancias parecidas esto es que cualquier policía en un futuro actuaría de la misma forma.

Entre nosotros Hernández Basualto manifiesta que esta excepción no sería admisible en el Derecho Chileno por las siguientes razones:

El fundamento de tal excepción refiere el Prof. Héctor Hernández, se halla “(...) *en la ausencia de efecto de deterrence respecto de los agentes, pues efectivamente éstos no entienden vulnerar las garantías fundamentales y consecuentemente no necesitan ser disuadidos de hacerlo; sin embargo, no se han visto razones para extender la lógica de la disuasión al actuar reconociblemente ilegítimo de los jueces que han expedido las órdenes que dichos agentes ejecutan*”.

El catedrático estima que no es posible dar acogida en el derecho chileno a esta excepción de buena fe, no al menos como se concibe en Norteamérica, ya que si bien es atendible el obrar de buena fe por parte de los agentes, tal actuación de buena fe carece de significado desde el punto de vista de la persona afectada en sus garantías fundamentales y, además, es necesario tener presente que tal actuación de buena fe no modifica el hecho de que el Estado se está aprovechando de los resultados de una actuación ilegítima ni la consecuente ilegitimidad del ejercicio del ius puniendi. Agrega, el comentado autor, “(...) *lo que realmente resulta del todo inaceptable no es esta fundamentación, sino el que mediante la excepción se validen probatoriamente actuaciones judiciales ilegítimas que han afectado de modo más o menos severos derechos de la persona*”.

López Masle respecto al punto señala: “*La consideración de la doctrina de la buena fe como limitación a los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita presupone aceptar como única fundamentación del instituto de la prevención o*

disuasión policial, ya que como queda de en evidencia, la doctrina se funda en el escaso efecto disuasivo que en determinadas circunstancias tendría la regla para la policía, pero no ofrece explicaciones al uso ilegítimo que hace el Estado de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”.

IV. ACTOS ILEGALES Y ARBITARIOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DEL PRESENTE RECURSO DE PROTECCIÓN

La solicitud planteada por el Consejo de Defensa del Estado, por los medios de comunicación con fecha **27 de marzo de 2024**, en cuanto a acceder a todas las conversaciones realizadas a través de la aplicación de WhatsApp del abogado Luis Hermosilla, entre los que se incluyen los que tengo con él, importa una vulneración flagrante a garantías constitucionales.

En primer término, se debe reiterar, que la facultad de investigar la comisión de eventuales ilícitos es privativa y excluyente del Ministerio Público, sin que exista posibilidad alguna el ejercicio de esta potestad por parte del Consejo de Defensa del Estado, encontrándose limitadas sus facultades.

Es más, a la fecha, y tal como ha indicado el propio Ministerio Público, aún no se conoce el contenido ni las connotaciones de todas las comunicaciones de WhatsApp del abogado Luis Hermosilla, de tal forma que no se puede contar con una información compartimentada y seccionada que permita la entrega y el acceso a información que pudiera ser considerada de carácter relevante. ES DECIR, NO EXISTE CLARIDAD ALGUNA, Y ASÍ LAS COSAS RESULTA ALTAMENTE PELIGROSO PARA TODOS VERNOS EXPUESTOS AL ESCARNIO PÚBLICO SIN RAZONABILIDAD ALGUNA.

Así, ha surgido una nueva categoría de personas en los últimos días, como aquellos que tenemos conversaciones en el teléfono incautado y otros que no, lo que incide directamente en la honra y prestigio de un profesional. Por su parte, la vocera de Gobierno se refirió a una red de corrupción y el Diputado Manucheri se refirió al Tren de Vitacura. Esta estigmatización, avalada por el Ministerio Público al extraer la totalidad de conversaciones sin límite temporal ni referidos a los hechos que estaba investigando inicialmente, trae consecuencias gravísimas al estatuto de garantías que la Constitución garantiza a todas las personas.

En ese mismo orden de ideas, y conforme a lo preceptuado en sus propia ley orgánica constitucionales, los únicos llamados a realizar la segmentación de la información contenida en las comunicaciones, y considerando siempre que se trata

de una situación de carácter excepcional, es el Ministerio Público, habida consideración que el CDE no cuenta con facultades intrusivas.

Ahora bien, y en una situación que resulta del todo grave y relevante, en el caso en comento ha existido una violación flagrante a la garantía de la reserva de las investigaciones, lo que ha quedado de manifiesto a través de las publicaciones que ha realizado el medio electrónico ciperchile.cl, lo que precisamente da cuenta de la existencia de filtraciones de piezas de la investigación, entre las que se cuentan las comunicaciones.

A la fecha, no se conoce de ninguna investigación que se esté realizando a propósito de tal situación, habida consideración que tal hecho podría revestir el carácter de delito, y más aún cuando es el Ministerio Público el llamado a guardar la reserva de la investigación, y según información de prensa, estos antecedentes están siendo revisados solo por 2 funcionarios del Ministerio Público.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A partir de los antecedentes fácticos anteriormente reproducidos, vengo en manifestar que el acto material a través del cual la recurrida, **CDE**, ha procedido a solicitar, ilegal y arbitrariamente información propia de una investigación penal respecto de la cual existe estricto secreto, conculcan grave y sustancialmente el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que asisten al recurrente de autos, 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 Ministerio Público, 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 el que me encuentro por el solo hecho de constar mi 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 ex Director General de la PDI.**

Garantías afectadas.

Igualdad ante la ley.

Pues ninguna autoridad u organismo puede establecer diferencias arbitrarias; todo acto de ilegalidad y arbitrarios que constituye un trato desigual configuraría una

vulneración a la presente garantía constitucional, importando la necesaria intervención de la presente magistratura, a fin de que S.S. Itma., disponga el restablecimiento del imperio del derecho por aquellas vías que sean necesarias para tal efecto.

En cuanto al derecho potencialmente vulnerado, esta garantía se encuentra regulada y amparada por nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 numeral 2°, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 19: (...) 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

Que tal como reza del precepto citado, existe obligación constitucional de dar igualdad, sin existir personas ni grupos privilegiados, siendo iguales hombres y mujeres iguales ante la ley. Adicionalmente se prohíbe el establecimiento de leyes o actos de autoridades que constituyan de manera alguna, una diferencia arbitraria que importe una vulneración de la presente garantía.

En tal contexto, las acciones desplegadas por el Ministerio Público y la solicitud del Consejo de Defensa del Estado constituyen una flagrante vulneración a mis derechos, quien ha sido objeto de una eventual fiscalización e investigación indebida, la cual no tiene fundamento jurídico real o plausible que amerite el actuar desplegado por la recurrida. Asimismo, ante la ausencia de una respuesta negativa por parte del Ministerio Público frente a la solicitud del Consejo de Defensa del Estado implicaría lisa y llanamente un trato desigual, pues no existe un antecedente material que justifique -de manera clara y racional- la extracción y análisis de las conversaciones privadas entre el recurrente y el señor Hermosilla, como si han ocurrido en casos de similar connotación que han importado el inicio de procedimiento penales y la persecución de la responsabilidad asociada a dicho efecto.

Dicho esto, la entrega efectiva de las conversaciones que mantuvimos, implicaría sin lugar a dudas, una vulneración mayúscula al derecho que detento, respecto de la igualdad ante la ley, siendo sometido de manera antojadiza y tendenciosa al escrutinio público y a la fiscalización carente en lo absoluto de justificación.

Es así como el Ministerio Público y la solicitud del Consejo de Defensa del Estado terminan por configurar una categoría sospechosa de ciudadanos, que debe ser investigada por el solo hecho de aparecer en el mentado informe, lo que constituye

una discriminación arbitraria ya que no encuentra respaldo en un actuar razonado por parte de los organismos públicos.

Lo anterior es particularmente relevante cuando se contrasta la actividad del Ministerio Público a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, no resulta razonable que el Ministerio Público afecte garantías constitucionales como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la honra y privacidad sin limitación alguna.

Por otra parte, tampoco resulta proporcional la afectación a mis derechos con el fin perseguido por el Ministerio Público, sobre todo considerando que no existe un supuesto de hecho concreto que habilite al órgano persecutor a i) extraer mis comunicaciones ni ii) entregárselas a otro órgano que carece de las facultades necesarias para procesar esa información.

Es útil tener a la vista lo que ha resuelto el Excmo. Tribunal Constitucional para comprender el principio de proporcionalidad como máxima de razonabilidad. En este sentido, una actuación que se aleje de estos criterios resulta desproporcionada, y por ende, arbitraria:

“Que el principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. (...) Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. Es el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los intereses en juego. En conclusión, debe asumirse que determinadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego” (STC 2744-2014, c. 22°).

Respecto y protección a la vida privada.

La Constitución Política de la República asegura en su artículo 19 numeral 4° el derecho al respeto y la protección a la honra de la persona y su familia, la protección de sus datos personales.

En este sentido, la conducta adoptada por el Consejo de Defensa del Estado en conjunto con el Ministerio Público importa la vulneración a dicho derecho, lo que en definitiva constituiría flagelar mi integridad personal e íntima, viendome expuesto en múltiples espacios públicos, por las comunicaciones que habría mantenido, exponiendo entonces mi intimidad y dando pie a posibles ataques a mi honra.

No es baladí el presupuesto expuesto en el presente acápite, pues la esfera de la intimidad que poseen las personas contempla, precisamente, el desarrollo de comunicaciones privadas, razón por la cual la revisión infundamentada y arbitraria de las mismas constituye una grave ofensa a la vida privada del recurrente.

Así las cosas, el actuar pretendido efectivamente constituye tal vulneración y por tanto, requiere el restablecimiento del imperio del derecho respecto.

Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.

Parece lógico señalar a S.S. Iltma., que los hechos que la pretensión del Consejo de Defensa del Estado, en conjunto con el Ministerio Público radican claramente en una vulneración a la protección de comunicación privada, pues precisamente se pretende fiscalizar y revisar aquellas conversaciones que podría haber mantenido con diversas personas, entre las cuales figura [el señor Hermosilla].

En dicho sentido, la norma constitucional establece que únicamente la ley podrá establecer aquellas formas o vías mediante las cuales se puedan vulnerar dichas comunicaciones, debiendo entonces remitirse a los preceptos legales que reglamentan la materia para dar cuenta de la posible admisibilidad de un examen a las comunicaciones privadas.

Entonces, es un hecho que, en este caso, la conducta desplegada por el Consejo de Defensa del Estado no tiene asidero alguno en cuanto a la normativa aplicable, resultando entonces claramente carente de fundamentos fácticos y legales, lo que impide entonces la realización y consumación de la excepción a la norma constitucional en los términos que esta misma establece.

Por otro lado, resulta menester dar cuenta a S.S. Iltma., que de materializarse la gestión propuesta por las recurridas, los perjuicios de los cuales podría ser objeto son de gran envergadura, no solo vulnerando mi derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que adicionalmente se compromete de

manera significativa el derecho que me asiste, mediante el ejercicio del *secreto profesional* que debo sostener respecto de mis patrocinados.

Parece del todo necesario recordar un reciente fallo de la Excma. Corte Suprema relacionado con la expectativa razonable de privacidad de las conversaciones contenidas en el sistema de mensajería de WhatsApp en Rol N° 71.491-2021.

Esta fallo recuerda que el concepto denominado “expectativa legítima o razonable de privacidad”, que ha sido definido por la doctrina como la expectativa “*de que las comunicaciones se desarrollan dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo (...) En lo que respecta a las comunicaciones privadas, ello implica que –aunque parezca una obviedad– la interacción se limita únicamente a los participantes, y no a terceras personas*” (Sebastián Zárate R. “Expectativa de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema”, Sentencias Destacadas año 2013 (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo), N° 10, enero de 2014, página 105).

Continúa el fallo exponiendo que “estaremos ante una expectativa legítima de privacidad cuando el sujeto pueda, razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su conducta o situación tienen el carácter de privado. En otras palabras, se requerirá determinar si la expectativa de la persona afectada, de mantener algo como privado, se puede calificar como razonable y justificada en consideración a las circunstancias específicas del caso en cuestión. En determinados casos nuestra Constitución presume la existencia de una expectativa legítima de privacidad, tal como acontece respecto del contenido de las comunicaciones y al domicilio. En los demás casos, la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad se deberá determinar en la situación concreta de que se trate” (Javier Escobar V. “¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde Facebook? Comentario a la sentencia rol N° 3-2017 de la Corte Suprema”, Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, página 415).

La Excma Corte Suprema indica que el juzgador deberá analizar si existe una expectativa subjetiva de privacidad y si esta expectativa individual es una que la sociedad está en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, citando la sentencia de la Excma. Corte Rol N° 35.159-2017.

En concreto, analiza el medio por el cual se produjo la conversación, que, al igual que en este caso, consiste en la plataforma digital WhatsApp, la que ha sido definida

por sus creadores como una aplicación que “permite enviar y recibir mensajes mediante Internet, así como imágenes, vídeos, audios, grabaciones de audio (notas de voz), documentos, ubicaciones, contactos, gifs, stickers, así como llamadas y videollamadas con varios participantes a la vez, entre otras funciones”. A su vez, se señala como una de sus principales características la Seguridad Predeterminada, manifestándose por la misma empresa que “Algunos de tus momentos más personales se comparten a través de WhatsApp; es por ello que desarrollamos el cifrado de extremo a extremo en las versiones más recientes de nuestra aplicación. Con el cifrado de extremo a extremo, tus mensajes y llamadas están protegidos para que solo las personas con las que te comunicas los puedan leer o escuchar, sin que nadie más, ni siquiera WhatsApp, lo pueda hacer.” (visto en: [https://www.whatsapp.com/features/.](https://www.whatsapp.com/features/))

La ratio decidendi de la sentencia se encuentra en el considerando 8º de la misma, el que cito por su claridad:

“Octavo: Que, asentados los hechos en la forma señalada precedentemente, es manifiesto que el recurrente contaba con una razonable expectativa de privacidad respecto de la conversación que fue transcrita en la demanda civil por los recurridos, teniendo presente que esta se produjo entre él y un tercero, distinto a los recurridos, a través de una plataforma que ofrece un servicio de cifrado que impide que las comunicaciones desarrolladas en ella sean conocidas por personas ajenas a las mismas.

Luego, su expectativa de privacidad merece protección en el caso concreto ya que la divulgación que ha sido denunciada se produjo no por uno de los partícipes de la conversación de autos, cuyo acceso al contenido era razonable esperar y prever, sino que, por los recurridos, respecto de quienes no se esperaba siquiera su conocimiento, razón por la cual la presente acción será acogida según se dirá en lo resolutivo.”

De lo expuesto, aparece con meridiana claridad que las conversaciones que constan en el teléfono incautado gozan de un estatuto reforzado de protección, ya que respecto de ellas se presume constitucionalmente que existe una expectativa razonable de privacidad. Luego, en tanto razonabilidad de esta protección, su afectación no puede fundarse, razonablemente, en la mera circunstancia de estar registrada en un teléfono incautado ni menos ser entregadas a un tercero que no cuenta con facultades para investigar ni para perseguir criminalmente a quienes no se han desempeñado como funcionarios públicos.

Así las cosas, no puede existir duda en cuanto a que la entidad del acto ilícito, ilegal o arbitrario que se denuncia, requiere la intervención urgente del órgano jurisdiccional, pues se trata de una amenaza real, que me sitúa en posición de peligro, lo que se debe tener en especial consideración, toda vez que tratándose de materias comunicacionales, el periculum mora es un principio que se debe observar muy especialmente, para así evitar perniciosas consecuencias irreparables.

En definitiva, a juicio de esta parte, corresponde que S.S. ILTMA. acogiendo el presente recurso de protección declare:

i.- Que el CDE carece de facultades para analizar la totalidad de las comunicaciones extraídas de la plataforma digital WhatsApp registradas en el teléfono iPhone 14 modelo Pro Max, asociado el número telefónico +569 98211578, debiendo estar a los resultados de la investigación desarrollada por el Ministerio Público.

ii.- Que el Ministerio Público ha ejercido sus facultades de modo ilegal y arbitrario al proceder al vaciado y análisis de mis conversaciones por WhatsApp registradas en el teléfono iPhone 14 modelo Pro Max, asociado el número telefónico +569 98211578, que no dicen relación con los hechos investigados en la causa en que se ordenó la incautación del teléfono, debiendo proceder a su devolución y eliminación de los registros de la investigación.

POR TANTO, en conformidad a todo lo expuesto, y a lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 4 y 5 y artículo 20 de la Constitución Política de la República, atendiendo lo dispuesto en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Fundamentales, encontrándome dentro de plazo, y existiendo una acción ilegal y arbitraria, de vulneración a los derechos fundamentales.

RUEGO A S.S. ILTMA., se sirva tener por deducido recurso de protección, admitirlo a tramitación y en definitiva, acogerlo en todas sus partes, disponiendo en concreto que se restablezca el imperio del derecho, y que se declare que ordena al CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO SE INHIBA DE SOLICITAR AL MINISTERIO PÚBLICO LAS CONVERSACIONES DE WHATSAPP que tengo con el señor Luis Hermosilla Osorio, y al MINISTERIO PÚBLICO QUE SE INHIBA DE REALIZAR ENTREGA A CUALQUIER TERCERO, con expresa condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo de recursos de protección, a SS. ltma. pido solicitar informe a las recurridas y decretar las siguientes diligencias:

1.- Se oficie al 4º juzgado de garantía de Santiago con el objeto que remita las resoluciones y constancias dictadas en causa [REDACTED] de fecha 14 de noviembre de 2023 y 15 de noviembre de 2023, relativas a la orden verbal de entrada y registro e incautación de especies determinadas.

2.- Se requiera al Ministerio Público la resolución que instruye la apertura de investigación de oficio de la causa [REDACTED]

3.- Se requiera a la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente para que informe a esta Ilustrísima Corte de Apelaciones respecto de quienes han tenido y tienen acceso a las comunicaciones extraídas de la plataforma digital WhatsApp registradas en el teléfono iPhone 14 modelo Pro Max, asociado el número telefónico [REDACTED] con indicación precisa de quien es la persona responsable de la custodia de las mismas.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a S.S. ILTMA., se sirva conceder orden de no innovar en el presente recurso, de manera tal que, mientras se ventila la presente acción constitucional, se ordene a las recurridas abstenerse de realizar cualquier operación relativa a la entrega de las comunicaciones contenidas en el Informe referido al vaciado de las comunicaciones del teléfono celular iPhone 14 modelo Pro Max, asociado el número telefónico [REDACTED] incautado en la causa [REDACTED] de la Fiscalía Regional Oriente.

TERCER OTROSÍ: Sírvase SS. ILTMA. tener por acompañada entrevista realizada al Presidente del Consejo de Defensa del Estado, con fecha 27 de marzo de 2024, por el medio de comunicación CNN CHILE, la cual consta en el siguiente enlace virtual: https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/pdte-del-cde-confirmando-evaluacion-de-acciones-contra-daniel-jadue-hemos-percibido-conductas-ilicidas_20240327/

CUARTO OTROSÍ: Sírvase SS. ILTMA. tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente el patrocinio y poder en el presente recurso, indicando para todos los efectos legales el correo electrónico [REDACTED]