

**APRUEBA DICTAMEN INTERPRETATIVO
SOBRE USO DE FOTOGRAFÍAS Y
GRABACIONES DE AUDIO O VIDEO COMO
MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIAS DE
CONSUMIDOR QUE RESUELVE SOLICITUD N°
24.526.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 880

SANTIAGO, 18 DE NOVIEMBRE 2021

VISTO: Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; el DFL N° 3 de 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 90 de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que nombra a don Lucas Del Villar Montt en el cargo de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor; y la Resolución N° 7 de 2019 de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

1. Que, la Constitución Política de la República prescribe que el Estado está al servicio de las personas y que su finalidad es promover el bien común. Asimismo, garantiza a todas las personas el derecho a presentar peticiones a la autoridad sobre asuntos de interés público y privado.

2. Que, la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de Consumidores, entrega la potestad al SERNAC de interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar.

3. Que, en virtud de lo considerado previamente, el SERNAC, cuando hubieren motivos fundados como en la especie, puede ejercer su potestad interpretativa en casos singulares, como manifestación específica de lo prescrito en la letra b) del inciso segundo del artículo 58 de la Ley N° 19.496.

4. La Solicitud de Interpretación Administrativa N° 24.526 de fecha 23 de abril de 2021.

5. Las facultades que le confiere la Ley al Director Nacional del SERNAC.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

RESUELVO:

1. APRUÉBASE el presente Dictamen denominado "Dictamen interpretativo sobre uso de fotografías y grabaciones de audio o video como medios de prueba en materias de consumidor que resuelve solicitud N° 24.526", que forma parte integrante de este acto administrativo y cuyo texto se transcribe a continuación.

DICTAMEN INTERPRETATIVO SOBRE USO DE FOTOGRAFÍAS Y GRABACIONES DE AUDIO O VIDEO COMO MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIAS DE CONSUMIDOR QUE RESUELVE SOLICITUD N°24.526

I. Antecedentes

El solicitante requiere la interpretación de los artículos 50 H inciso cuarto y 3 letra d) de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los consumidores (en adelante LPDC) en relación con lo dispuesto en el artículo 161-A del Código Penal.

En concreto, solicita a este Servicio pronunciarse sobre la posibilidad de que los consumidores puedan utilizar fotografías y grabaciones de audio o video como métodos de prueba que acrediten infracciones a la LPDC, cuando éstos han sido obtenidos dentro de establecimientos comerciales, como grandes tiendas o supermercados, sin el consentimiento de la empresa, y no tener consecuencias legales -penales- por ello.

Como contexto, refiere que el artículo 50 H de la LPDC, no especificaría, más allá del examen de testigos qué otras pruebas serían posibles de utilizar. Agrega que uno de los métodos de prueba comúnmente usados por los consumidores en establecimientos comerciales, y que logra evidenciar, por ejemplo, una publicidad publicada solamente dentro de la tienda y que por razones arbitrarias la empresa se niega a respetar, es fotografiar el producto o precio en cuestión.

En definitiva, solicita que este Servicio interprete si es posible utilizar este tipo de medios de prueba, sin incurrir en el tipo penal establecido en el artículo 161-A del Código Penal.

II. Interpretación Jurídica

Para efectuar la interpretación requerida, en primer lugar, es necesario analizar algunos aspectos propios del derecho penal, en tanto el solicitante consulta expresamente sobre la aplicabilidad del artículo 161-A.

El referido artículo 161-A del Código Penal establece lo siguiente:

"Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 UTM al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 UTM.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”.

En primera instancia es relevante resaltar que el derecho penal, es un derecho de intervención mínima, y por tanto de interpretación restrictiva. En ese sentido, para poder ser castigado penalmente -máximo castigo que nuestro ordenamiento jurídico contempla, para aquellas conductas que considera más gravosas- se debe cumplir con lo establecido en el tipo penal, sin posibilidad de interpretaciones analógicas o extensivas¹.

Así, cabe hacer presente que según la doctrina, el tipo penal del artículo 161-A protege el bien jurídico “vida privada” o “intimidad”, sancionando la intromisión en la esfera privada de un individuo mediante formas clandestinas. Es decir, lo que resulta penalmente relevante, en relación a la tipicidad de la conducta, es la vulneración a la privacidad de una persona, sea interlocutor, destinatario o tercero ajeno a la esfera de intimidad, sin su autorización, mediante una forma subrepticia de obtención de la información.²

Dado lo anterior, su límite se encuentra en la necesidad de evitar daño a los demás y en la protección de intereses primordiales de la comunidad, de esta manera, se ve restringido por otros derechos e intereses que pueden entrar en conflicto, dentro de los cuales se destacan el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de información y la seguridad nacional. Cuál de ellos prevalecerá en caso de conflicto es una cuestión que se determina caso a caso a través de un juicio de ponderación³.

Ahora bien, respecto a la exigencia de ejercer las acciones comprendidas en el tipo penal en un “recinto particular” o “lugares que no sean de libre acceso al público”, cabe señalar que se entiende por *recinto particular*, aquel en el que no se aceptan intromisiones o injerencias sin autorización. Por su parte, *los lugares que no sean de libre acceso al público* son aquellos que, si bien no corresponden a la definición de lugar privado, hacen una discriminación respecto de las personas que pueden ingresar o acceder a él, en la mayoría de los casos se requiere de algún tipo de autorización o bien, solo pueden tener acceso a ellos personas calificadas. El común denominador entre ambos lugares es la facultad para excluir a terceros⁴. Así, en términos generales⁵, los

¹ CURY URZÚA, ENRIQUE (2005), Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 37 y ss.

² DÍAZ TOLOSA, REGINA INGRID. (2007). Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno. *Ius et Praxis*, 13(1), 291-314.

³ Ídem.

⁴ MATURANA POZO, BERNARDITA JESÚS. (2014) Protección penal de la privacidad Artículos 161-A y 161-B del Código Penal, *Revista Actualidad Jurídica* N° 29 - Enero 2014. 567-577.

⁵ Distinto será si por ejemplo el consumidor pretende tomar fotografías o grabaciones de audio o video en lugares “en que se pueden excluir a terceros” como podrían ser las oficinas del personal que se encuentren situadas dentro de un establecimiento comercial.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

establecimientos comerciales no compartirán tales características exigidas por el tipo penal por lo que no sería aplicable el referido artículo 161-A a las fotografías o grabaciones, de audio o video que los consumidores puedan realizar en ellos, los que, según lo ya señalado, no deben realizarse de manera oculta o subrepticia.

Despejada la arista penal, nos corresponde exponer el tipo de régimen probatorio aplicable a los casos en materia de derecho del consumidor.

Los sistemas de la prueba se clasifican, según la reglamentación de los medios probatorios en; *Legal*, cuando la ley los señala expresamente, variando si son *numerus clausus* o *numerus apertus* y *Libre*, al hacer el legislador una referencia general, sin mencionarlos expresamente o hacerlo a título referencial. Por otra parte los sistemas probatorios se clasifican, según la valoración de los medios de prueba en; *Prueba legal tasada* y *de libre valoración*, diferenciándose según a quien corresponde determinar el apoyo o grado de confirmación de los distintos medios de prueba. En los primeros el legislador atribuye valor a los distintos medios probatorios de forma predeterminada. En los segundos, es al juez a quien le corresponde determinar el valor o grado de colaboración que de cada medio de prueba introducido al proceso aporta a la hipótesis que se pretende verificar. Estos últimos se subclasifican en sistema de *íntima convicción* o de sana crítica, dependiendo respectivamente si el juez atribuye valor a los medios de prueba rendidos en el proceso en forma discrecional o de acuerdo a criterios de razonabilidad general⁶.

Al efecto la Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 14 expresa: "El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", agregando a continuación: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

Por su parte el artículo 50 H en su inciso cuarto, en lo que nos interesa señala: *En su comparecencia, las partes podrán realizar todas las gestiones procesales destinadas a acreditar la infracción y probar su derecho, incluidas la presentación y el examen de testigos, cuya lista podrá presentarse hasta el inicio de la audiencia de contestación, conciliación y prueba.*

Lo anterior implica que no existe una limitación a los medios de prueba que las partes pueden utilizar, los que serán analizados en su mérito por el juez, aplicando las reglas de la sana crítica.

Si bien nuestro ordenamiento constitucional reconoce lo que en doctrina se ha denominado "el derecho a la prueba", el Estado de Derecho impone la aplicación proporcional y armónica de los diversos derechos fundamentales que la Constitución asegura a las personas, por lo que en caso de conflicto entre la obtención de la verdad y el respeto de los derechos fundamentales en el

⁶ MATURANA BAEZA, JAVIER.(2014) Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba. Legal Publishing, p. 70-71.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

tránsito de la actividad probatoria, deberá darse preeminencia a estos últimos y restarle todo valor a las fuentes obtenidas con infracción de los mismos⁷.

Ahora bien, ni en materia de policía local, ni de procedimiento civil existen normas que reconozcan explícitamente la prueba de fuente ilícita, a diferencia del proceso penal⁸, ello no autoriza en modo alguno a obviar todo el catálogo fundamental y garantista que la Constitución Política consagra y asegura, al momento de obtener la fuente de prueba⁹.

Sumado a lo anterior, tanto en aplicación de la sana crítica como del resguardo de los derechos fundamentales, el juez podrá no contemplar aquella prueba que haya sido obtenida de manera oculta, subrepticia o con vulneración de derechos fundamentales.

Finalmente, es relevante destacar que mediante la Ley N° 21.081 se incorporó la denominada "carga dinámica de la prueba" en el artículo 50 H inciso quinto, que permite al tribunal distribuir la labor probatoria conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio.

III. Conclusión

En virtud de lo anteriormente analizado, se concluye que la realización de fotografías o grabaciones de audio o video en establecimientos comerciales, por regla general, no cumplirán con los elementos del tipo penal del artículo 161-A del Código Penal. Ello siempre que; i) no se realicen de manera oculta o subrepticia por parte de los consumidores y ii) el lugar donde se realizan -establecimientos comerciales- no sea, en términos generales, uno que permita excluir a terceros (por ejemplo no se trate de oficinas de trabajadores de la empresa).

Asimismo, y a propósito del sistema de tasación de la prueba utilizado en los juzgados de policía local, tribunales donde se tramita gran parte de las causas de derecho de consumo, este tipo de medios de prueba estarían -por regla general- permitidos, por cuanto la prueba es valorada según las reglas de la sana crítica, en virtud de la cual el juez puede considerar todo tipo de prueba, pero también dejar fuera prueba que haya sido obtenida de manera oculta, subrepticia o con vulneración de derechos fundamentales. Además cabe destacar la posibilidad que tiene el juez de asignar qué parte puede probar que hecho, en virtud de la denominada "carga dinámica de la prueba" lo que pretende distribuir de mejor manera el deber de probanza de los hechos entre las partes.

2. ACCESIBILIDAD. El texto original del "Dictamen interpretativo sobre uso de fotografías y grabaciones de audio o video como medios de prueba en materias de consumidor que resuelve solicitud N° 24.526" será archivado en la Oficina de Partes del Servicio Nacional del Consumidor y estará disponible al público en su página web.

⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO. (2007). La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil: Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. Revista chilena de derecho, 34(3), 457-494.

⁸ Idem. "Es en el proceso penal en donde la prueba ilícita adquiere toda su significación, pues en la tarea de búsqueda de la verdad material y de existencia del delito por los órganos de instrucción -y en último término por el Estado- pueden fácilmente violentarse derechos esenciales del acusado".

⁹ Idem.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

3. ENTRADA EN VIGENCIA. La presente resolución exenta entrará en vigencia desde la publicación de este acto administrativo, en la página web del SERNAC.

4. REVOCACIÓN. De conformidad a lo previsto en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 y en consideración a las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia expuestos en este acto administrativo, déjase sin efecto, a partir de la entrada en vigencia de este acto, cualquier guía anterior sobre la misma materia.

ANÓTESE, PUBLÍQUESE EN LA PÁGINA WEB DEL SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR Y ARCHÍVESE.

Lucas
Ignacio Del
Villar Montt

Firmado digitalmente
por Lucas Ignacio Del
Villar Montt
Fecha: 2021.11.17
17:30:46 -03'00'

LUCAS DEL VILLAR MONTT
DIRECTOR NACIONAL
SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR

CDN/AGC/GGP/XST

Distribución:

- Subdirección Nacional.
- Gabinete
- Subdirección Jurídica e Interpretación Administrativa.
- Subdirección de Consumo Financiero.
- Subdirección de Fiscalización.
- Subdirección de Procedimientos Voluntarios Colectivos.
- Subdirección de Estudios Económicos y Educación.
- Fiscalía Administrativa.
- Comunicaciones Estratégicas y Relacionamento Institucional
- Oficina de partes.