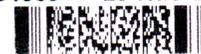


En lo principal, se tenga presente; **en el primer otrosí**, acredita personería; **en el segundo otrosí**, solicita copia.

CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA
OFICINA GENERAL DE PARTES
REFERENCIA

Señor Contralor General de la República

204569 28 AGO 2017



11320170828204569

María Paz Canales, abogada, en representación de la organización no gubernamental Derechos Digitales (en adelante, Derechos Digitales), ambos domiciliados para estos efectos en Diagonal Paraguay 458 piso 2, comuna de Santiago, al señor Contralor General de la República respetuosamente digo:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N°14 de la Constitución Política de la República dispone que “[l]a Constitución asegura a todas las personas: (...) **El derecho de presentar peticiones a la autoridad**, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”, y en la representación que invisto, vengo a hacer presente observaciones de legalidad en el procedimiento administrativo de toma de razón del Decreto N° 866, de 13 de junio de 2017, que *Establece reglamento sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, y de conservación de datos comunicacionales* (en adelante “el Decreto”) (desconozco número de referencia), que paso a exponer:

I. INTERÉS DE DERECHOS DIGITALES EN EL PROCEDIMIENTO

Derechos Digitales es una corporación de derecho privado sin fines de lucro que tiene como tarea institucional la defensa, la promoción y el desarrollo de los derechos humanos en el entorno digital.¹ Conforme se consigna el artículo 4° de los estatutos de la Corporación, aprobados por Decreto del Ministerio de Justicia N° 13.718 de fecha 13 de junio de 2005, la corporación puede desarrollar su finalidad u objeto, entre otros, a través de: “*i) proponer a la autoridad competente la dictación y modificación de disposiciones legales y reglamentarias que propendan al desarrollo social, en el ámbito propio de la competencia de la Corporación*”. Esta labor se extiende, entre otros, a la protección de la privacidad y la información de los usuarios de tecnologías de comunicación.

¹ La visión y misión de nuestra organización se encuentra disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/quienes-somos/derechos-digitales/>

² Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/gobierno-busca-modificar-decreto-que-regula-intercepcion-de-telefonos/2017-06-28/210633.html>

³ Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/gobierno-y-telecos-acuerdan-proyecto-de-intercepcion-y-conservacion-de/2017-08-14/211929.html>

Derechos Digitales ostenta un innegable interés en la toma de razón del Decreto en cuestión, cuya aprobación puede tener efectos significativos en el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la población, en particular en lo que respecta al derecho a la intimidad y la inviolabilidad de sus comunicaciones cuya ilegalidad corresponde ser observada por parte de la Contraloría General de la República en el presente procedimiento de toma de razón.

En consecuencia, la organización a la que represento reclama en este acto respetuosamente hace presente en este procedimiento administrativo de toma de razón antecedentes como manifestación del derecho constitucional de petición. En concreto, nos referimos a la incompatibilidad las disposiciones del Decreto con las garantías constitucionales y legales que reguardan la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las telecomunicaciones.

II. ANTECEDENTES

El Decreto, cuya toma de razón se encuentra conociendo esta Contraloría General, se pronuncia sobre la necesidad de introducir mejoras al actual procedimiento de interceptación de telecomunicaciones, establecido en el Decreto Supremo N° 142 del año 2005, estableciendo un procedimiento común para todos los servicios de telecomunicaciones y sus deberes en lo que concierne a la interceptación y grabación de distintas formas de comunicación, así como la forma en que estos servicios deben dar cumplimiento a la obligación de retener “datos comunicacionales”.

La primera mención pública al proceso de actualización del Decreto en cuestión apareció en el Diario Financiero el día 29 de junio del año 2017,² en donde se da cuenta del interés del gobierno por actualizar el Decreto Supremo N° 142 y de la existencia de una mesa de trabajo con empresas de telecomunicaciones en esta materia.

Posteriormente, el 16 de agosto recién pasado, el diario La Tercera reportó que el Decreto en tramitación extendería la obligación de las empresas de telecomunicaciones de retener los datos de comunicación de sus usuarios a un período de dos años³ 4. El mismo día, el Diario Financiero reportó que el Decreto ya

²Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/gobierno-busca-modificar-decreto-que-regula-intercepcion-de-telefonos/2017-06-28/210633.html>

³Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/gobierno-y-telecos-acuerdan-proyecto-de-intercepcion-y-conservacion-de/2017-08-14/211929.html>

contaba con “luz verde”, y que solamente estaba a la espera de la firma de la Presidenta de la República⁵. El mismo medio confirmó que esta obligación de retención de “datos comunicacionales” no solamente se extendía a dos años, sino que también se ampliaría a *“todos los datos de las comunicaciones: desde llamadas realizadas, datos del suscriptor, direcciones IP, destino de comunicaciones (teléfono al que se llamó), hasta links que se visitan y los equipos terminales intervinientes y la ubicación georeferenciada de todos los clientes de actualmente tienen las empresas de telecomunicaciones. Esto incluye sistemas de mensajería, tráfico de datos y voz de las comunicaciones, así como datos derivados de aplicaciones como Whatsapp”*.

El Decreto se presenta como una mejora al procedimiento de interceptación de comunicaciones contenido en el Decreto Supremo N° 142 de 2005. La finalidad declarada es la de introducir mejoras que detallen y especifiquen las tareas de los proveedores de servicios de telecomunicaciones que permitan ejecutar la interceptación de comunicaciones telefónicas y otras formas de telecomunicación en los casos y formas previstas en la ley. Sin embargo, lo que hace el texto del Decreto es ampliar el alcance de la regulación más allá de la autorización legal, en forma incompatible con el respeto a algunas garantías constitucionales, la información a la cual se debe proveer acceso por los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como imponer a éstos obligaciones de conservación de información que constituyen datos personales sensibles de sus suscriptores, por períodos que exceden ampliamente los mínimos establecidos por la ley.

El Decreto fue gestado por los Ministerios firmantes sin considerar la información ni participación de la ciudadanía. No obstante, durante la segunda parte del año 2016, se organizó una mesa de trabajo a la cual se invitó a los proveedores de servicios de telecomunicaciones sobre los cuales recaerían las obligaciones contenidas en el Decreto. De acuerdo a la información públicamente disponible, en dicha mesa las empresas aludidas manifestaron sus aprensiones respecto de las normas que formarían parte del Decreto en atención a su incompatibilidad con los estándares legales vigentes y las cuestiones de constitucionalidad que como consecuencia podrían generarse, con el consiguiente riesgo en la certeza jurídica en la operación de sus respectivos negocios. A pesar de esas aprensiones, los Ministerios firmantes perseveraron en la dictación del Decreto, cuyo texto final sometido ahora a toma de razón, muestra que se hizo caso omiso de las observaciones de legalidad y constitucionalidad planteadas en dicha oportunidad.

⁴ Actualmente este período de retención se encuentra establecido en el artículo 222 inciso cuarto del Código Procesal Penal, el que se limita a mantener un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados.

⁵ Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/gobierno-y-telecos-acuerdan-proyecto-de-intercepcion-y-conservacion-de/2017-08-14/211929.html>

El contexto anterior, y dada la misión de interés público de la organización que represento, cuyo trabajo abarca precisamente la defensa, la promoción y el desarrollo de los derechos humanos en el entorno digital, me veo en el deber de representar al Sr. Contralor de la República la ilegalidad e inconstitucionalidad que emana de las disposiciones del Decreto, las cuales paso a exponer a continuación.

III. AFECTACIÓN DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

El Decreto parte por el reconocimiento en sus considerandos de la garantía otorgada por la Constitución Política de la República de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, y que corresponde a la ley regular los casos y formas en que pueden interceptarse las comunicaciones privadas. Sin embargo, el Decreto no se hace cargo del reconocimiento de otros derechos individuales constitucionalmente garantizados que resultan afectados por su normativa.

(a) Afectación de las garantías contenidas en el Artículo 19 N°4 y 5

Además de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada contenida en el Artículo 19 N° 5 de la Constitución, el Decreto regula aspectos de la investigación en el marco de un procedimiento penal que inciden en la garantía constitucional de respeto y protección a la vida privada, contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. Por una parte, la interceptación de las comunicaciones es una forma relativamente clara de afectación de esas garantías tanto en su carácter de objeto especialmente protegido de ejercicio de libertades (en tanto comunicaciones, Artículo 19 N° 5) como en el carácter de tales comunicaciones de portadoras de aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas (su vida privada, Artículo 19 N° 4). Por otra parte, la información sobre esas comunicaciones (o datos comunicacionales, o metadatos), tiene el mismo carácter revelador tanto de la existencia y naturaleza de las comunicaciones mismas como de los hábitos y prácticas de las personas que las realizan. Es decir, la información sobre las comunicaciones de las personas constituye parte de su esfera de vida privada y de inviolabilidad de comunicaciones.

La garantía constitucional del Artículo 19 N° 4 se refiere en términos generales a la protección de la “vida privada”. Este derecho a la privacidad ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como *“la posición de una persona o entidad colectiva personal en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y*

*psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”*⁶. El registro de datos de las comunicaciones de las personas es lo contrario a esa ausencia, en tanto existe una formación cognoscitiva de información sobre las relaciones con otros. Si bien corresponde al legislador la regulación sobre la afectación que ese registro representa, la extensión del mandato establecido por el Decreto representa una obligación para los prestadores de servicios de comunicaciones de realizar actos contrarios a la Constitución.

La garantía constitucional del Artículo 19 N° 5 se refiere a “toda forma de comunicación privada”, sin restricción alguna respecto de si tal protección es solamente sobre las tecnologías de comunicación, o sobre el contenido de la comunicación. Los datos sobre comunicaciones son también parte de esas comunicaciones privadas, y la garantía constitucional las alcanza. Por tanto, su afectación en el marco de una investigación criminal debe ser regulada por ley y está sujeta a la tutela de garantías constitucionales que forma parte del debido proceso. El uso de la potestad reglamentaria para la regulación de esa afectación, como veremos, es contrario a la Constitución.

Tampoco el Decreto manifiesta cómo sus normas se vinculan a las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, cuyo contenido resulta abiertamente incompatible con la normativa de rango reglamentario del Decreto. Los datos comunicacionales consisten de información relativa a las comunicaciones privadas desarrolladas por los usuarios de servicios de telecomunicaciones, que constituyen datos de carácter personal al encontrarse asociadas a una persona natural identificada o identificable en los términos del artículo 2 letra f) de la Ley N° 19.628. El artículo 10 del Decreto enumera la información que deben retener los proveedores de servicios de comunicaciones, excediendo latamente lo dispuesto en el artículo 222 del Código Procesal Penal, pues extiende el deber a datos no contenidos en la norma de rango legal.

En suma, el Decreto abarca materias que afectan el ejercicio de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República, estableciendo obligaciones que vulneran dichas garantías.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-10-INA, citando a Corral Talciani, H., “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N°2 (2000), p. 347.

(b) Afectación de la garantía contenida en el Artículo 19 N° 3

Conforme al Artículo 19 N° 3, inciso sexto, *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. De este modo, la Constitución fija un marco de regulación reservado al legislador, como se explicará más adelante. El Código Procesal Penal, en su artículo 9, materializa como principio general la garantía de garantías, estableciendo que 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. La autorización judicial previa constituye así el método por antonomasia de resguardo de los derechos de las personas sujetas a investigación por un hecho punible.

La autorización judicial previa está expresamente regulada a propósito de la interceptación de comunicaciones telefónicas. Sin embargo, para el caso de los datos de comunicación a cuya retención se obliga a los prestadores de servicios de telecomunicaciones mediante el Decreto, la redacción amplia del artículo 1 del Decreto da a entender que el acceso a esos datos no está condicionado a la existencia de una orden judicial. De este modo, no será solamente el Ministerio Público quien podrá solicitar estos datos a las empresas de telecomunicaciones, sino que toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlos.

Esta interpretación consta en declaraciones públicas del Ministerio del Interior. El 25 de agosto de 2017⁷ un personero de tal Ministerio señaló que “El Código Procesal Penal establece que la Fiscalía puede requerir a sus organismos auxiliares la obtención de los registros en el marco de un proceso, y sus organismos auxiliares son Carabineros y la PDI”. El Subsecretario del Interior, a su vez, ha señalado en carta de 22 de agosto de 2017 que se busca que esa información personal “sea puesta oportunamente a disposición de la justicia, cuando la Fiscalía lo requiera en el contexto de una investigación penal que cuenta con el resguardo del Juez de Garantía”, sin ofrecer el Decreto una concreción de esa garantía especificando que, en tanto medida de investigación potencialmente lesiva de derechos fundamentales, requiere de una orden judicial previa.

De este modo, el Decreto busca dar una interpretación para una medida de investigación penal que admita su materialización sin el mismo nivel de resguardo de derechos fundamentales que son explícitos en la ley respecto de otras medidas

⁷ Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/08/25/gobierno-firma-decreto-para-guardar-datos-de-tus-llamadas-internet-y-mensajes-por-2-anos.shtml>

que afectan de manera similar los mismos u otros derechos fundamentales. A fin de lograr el objetivo de facilitar los procesos investigativos, el Decreto busca convertirse en fuente autoritativa para prescindir de la tutela de garantías fundamentales, afectando con ello el debido proceso de las personas cuyos datos sean requeridos por la autoridad.

En suma, el Decreto busca crear una especie de habilitación legal implícita para que autoridades distintas del Ministerio Público puedan acceder a datos de comunicaciones sin autorización judicial previa.

IV. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

IV.1. El principio de reserva legal

La reserva legal se refiere al conjunto de materias que la Constitución Política de la República entrega al ámbito del legislador, excluyendo de su esfera a otros poderes del Estado, y obligándole a ser él quien regule el núcleo básico de determinadas materias, remitiendo al reglamento sólo las disposiciones tendientes a la ejecución de los preceptos de la ley⁸.

La Constitución deja reservada a la ley tres grandes materias: **(i)** aquellas que su artículo 63 enumera taxativamente; **(ii)** aquellas que la propia Constitución encomienda a la ley a través de reservas específicas y **(iii)** aquellas regulaciones que son esenciales del ordenamiento jurídico, por mandato del contenido y redacción del N° 20 del mismo artículo 63.

La ejecución de la ley exige la colaboración del reglamento⁹, toda vez que en virtud de las características propias de la ley no resulta posible de abordar todos los aspectos técnicos con la debida eficacia, oportunidad y dinamismo que los regímenes regulatorios requieren, lo que razonablemente justifica una mayor participación de la potestad reglamentaria en el desarrollo del régimen normativo¹⁰. Pero dicha regulación no puede exceder la ejecución de las limitaciones a las garantías constitucionales que excepcionalmente se autorizan a través de la ley. Sólo la ley es aquella autorizada para restringir el ejercicio de los

⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*, Iustel, 2006, p. 876; CORDERO QUINZACARA, Eduardo, y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Estudios sobre el Sistema de Fuentes en el Derecho Chileno*, Legal Publishing Chile, 2013, p. 240; CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, par. 89.

⁹ STC Rol N°480-06; considerando 20°; STC Rol N° 771-07, considerando 11°; y STC Rol N°2264-14, considerando 23°.

¹⁰ GUILLOFF TITIUN, Matías. "Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal". en *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia*, 2012, XXV (1), pp. 127 – 147. Así lo ha entendido, por lo demás, el propio Tribunal Constitucional, en STC Rol N°370-03, considerando 36°.

derechos fundamentales conforme al principio de reserva establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.

La sujeción del reglamento a los contenidos fijados en la ley para efectuar el desarrollo de la misma es especialmente relevante tratándose de supuestos de intervención de la potestad reglamentaria de ejecución en la regulación legal de los derechos fundamentales y las restricciones a los mismos.

Así, tal como lo ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional, tratándose del desarrollo de los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico, si bien la intervención de la potestad reglamentaria subordinada de ejecución – pormenorizando y particularizando la norma para hacer así posible el mandato legal– no está proscrita, su procedencia exige la concurrencia de ciertas condiciones, dentro de las cuales se encuentran los requisitos de *determinación* y *especificidad*. En virtud del primero, se exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; por su parte, el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad.¹¹

Así, precisamente a propósito de la garantía fundamental de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, el Excmo. Tribunal Constitucional ha sentenciado que es la ley la que debe definir tanto los casos en que procede la autorización que restrinja la precitada garantía –lo que implica que la ley debe establecer o listar situaciones al efecto–, como *las formas* en que la autorización se puede dar –lo que apunta a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse y las formalidades que debe adoptar la autorización en virtud de la cual se restringe la garantía a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada¹².

Únicamente el ejercicio democrático inserto en el proceso legislativo puede imponer límites a las garantías establecidas para la protección de las libertades fundamentales. A continuación exponemos en detalle, cómo las normas contenidas en el Decreto, exceden una mera ejecución de la ley, para imponer una regulación que violenta el ejercicio de garantías constitucionales.

¹¹ STC Rol N°465-03, considerando 25°; STC Rol N°325-01, considerando 40°.

¹² STC Rol N°2.153-12, considerando 38°; STC Rol N°2.246, considerado 54°.

IV.2. Infracciones concretas del Decreto del principio de reserva legal

(a) Tiempo de conservación de los datos comunicacionales amplía la obligación legal de los proveedores de servicios de telecomunicaciones

El artículo 8 del Decreto exige el almacenamiento de los datos comunicacionales por los proveedores de servicios de telecomunicaciones por un período de **2 años**, excediendo largamente la única exigencia temporal que contempla el artículo 222 del Código Procesal Penal de mantener un registro de los números IP de sus abonados que no sea inferior a **un año**. La extensión en el plazo de retención de datos comunicacionales contenida en el Decreto ignora completamente los criterios de proporcionalidad y necesidad que fueron atendidos en la discusión legislativa de la norma del Código Procesal Penal.

A este respecto resulta relevante atender a la historia legislativa del artículo 222 y siguientes del Código Procesal Penal por cuanto no es casualidad que se haya definido un rango temporalmente acotado para la obligación de conservación de información. En la tramitación de la Ley N° 19.696, que estableció el Código Procesal Penal, durante la discusión que culminó en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, se consideró que estas normas eran contrarias a la vida privada y la intimidad de las personas, por lo que en primera instancia se suprimieron, teniendo en consideración lo siguiente:

“La interceptación sólo debe ser una medida muy excepcional, que debe otorgarse para la investigación de ciertos delitos específicos, como los de terrorismo, de narcotráfico o en contra de la seguridad del Estado, en las respectivas leyes que los consagren.

Algunos señores Diputados dijeron no entender que la razón para invadir la vida privada de las personas sea la de imponer justicia. (...)

A mayor abundamiento, se hizo presente que las personas que realizan la interceptación no pueden actuar selectivamente y, al no hacerlo, no sólo pueden terminar buscando aquello que motiva la sospecha del delito investigado, sino que todo un conjunto de circunstancias anexas que hacen que no sólo se pierda la intimidad relacionada directamente con la investigación, sino toda ella en su conjunto. **Lo anterior es más grave aun si se considera que los servicios policiales y de inteligencia no tienen control alguno.** Ellos obtienen información “marginal”, montando archivos completos, ajenos al motivo mismo de la investigación, creando con ello una situación de inseguridad.

Se calificó de paradójal, por último, que este proyecto, proclamado como garantístico, **rompa algo tan íntimo como el derecho a la personalidad, a la vida privada**¹³.

Sin embargo, como consta en el Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado, con posterioridad se optó por reponer estos artículos, aunque con claras limitaciones:

“La Comisión estimó necesario reponer las normas sobre interceptación telefónica que consultaba el Mensaje y que fueron suprimidas por la H. Cámara de Diputados.

Compartió la inquietud respecto de que determinados delitos, por su complejidad o gravedad, pueden ver seriamente dificultada su investigación al no contar con la posibilidad de adoptar esta medida.

Fue de opinión de que la lógica de la interceptación telefónica no difiere en lo sustancial de la retención e incautación de correspondencia que regula el artículo 290 y que, por lo demás, el artículo 19, N°5, de la Constitución Política, que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, permite que la ley determine la forma en que pueden interceptarse, abrirse o registrarse.

Estimó, sin embargo, excesivo permitir la interceptación en cualquier delito que mereciere pena aflictiva, según lo disponía el Mensaje, por lo que elevó la exigencia a que el delito investigado mereciere pena de crimen, con lo cual se asegura su procedencia sólo respecto de los delitos de mayor gravedad¹⁴.

Las preocupaciones expresadas por la Comisión fueron recogidas en el debate en Sala del proyecto:

“A la Comisión le pareció mayoritariamente que establecer como regla general la interceptación telefónica o de las comunicaciones privadas era desde luego una exageración y, además, pertinente que dicho procedimiento estuviera más bien contenido en leyes especiales vigentes en el país. Me refiero a las leyes de conductas terroristas y del narcotráfico, cuyo

¹³ HL N°19.696, Primer Informe Comisión de Constitución, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, pp.351 y 352. Versión completa disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>.

¹⁴ HL N°19.696, Segundo Informe Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, pp.1408-1409.

procedimiento respecto de las interceptaciones telefónicas hoy existe y se podría pensar que está mal regulado o que debería tener una mejor regulación.

De manera que para la historia fidedigna del establecimiento de la ley, es pertinente señalar que la Comisión no compartió establecer el tema de las interceptaciones en el nuevo proceso penal, como criterio general para cualquier delito, y prefiere -esperamos que se pueda concretar con prontitud que ese tema se establezca -reitero- en las leyes especiales a las cuales he hecho referencia e, incluso, poder extenderlo al delito de secuestro, **de manera de fortalecer su carácter excepcional y de ser un buen instrumento para combatir el crimen o la delincuencia organizada y no común**¹⁵.

Por último, la Ley N° 20.526, que Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil, se encargó de aumentar de seis meses a un año el tiempo durante el cual las empresas telefónicas y de comunicaciones deben mantener el registro de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. En dicha oportunidad el Diputado señor Ceroni se mostró contrario a esta proposición atendido que:

“[A] su juicio, **pondría un cerco a la libertad de las personas como consecuencia del actuar de la delincuencia, afectaría la privacidad y debería analizarse otra forma de facilitar la investigación.** Dijo creer que esta exigencia terminaría con el negocio de los ‘ciber café’, comúnmente frecuentados por estudiantes y de cierta importancia en regiones y en pueblos chicos.

Le pareció una medida odiosa toda vez que ella significaba poner en duda la honestidad u honradez de una persona”¹⁶.

La preocupación del señor Ceroni fue compartida también por el Diputado señor Burgos, quien junto con formular una observación formal a la construcción gramatical de la proposición,

[A]nunció su abstención **por las dudas que le merecía la proposición desde el punto de vista de la libertad personal.** No dudaba de la importancia de la idea que la inspiraba, pero le preocupaba que ello afectara

¹⁵ HL N°19.696, Discusión en Sala, intervención del Diputado Sr. Cornejo, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, pp.672-673.

¹⁶ HL N°20.560, Informe de Comisión de Constitución, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Versión expandida disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4581/>

a gran cantidad de personas que no tendrían la más mínima mala intención. Asimismo, veía en ella cierta discriminación, toda vez que, por ejemplo, no se exigía también la identificación a quienes concurrieran a las bibliotecas, como también le preocupaba que la redacción de la norma no se refiriera solamente a los “ciber café” o establecimientos semejantes, sino que a cualquier lugar en que se prestara el servicio como podría ser un hotel”¹⁷.

El debate legislativo aquí extractado da cuenta de que la voluntad democrática expresada en el Congreso Nacional manifestó una opinión clara respecto de la excepcionalidad de la autorización legal para admitir la interferencia con la inviolabilidad de las comunicaciones y el respeto a la vida privada de los ciudadanos. Las disposiciones del artículo 222 del Código Procesal Penal es reflejo de los resguardos que los legisladores estimaron pertinentes para resguardar los derechos fundamentales señalados, con lo cual, una norma de rango reglamentario no puede imponer estándares que excedan los allí señalados, so pretexto de actualizar la aplicación de la norma. Ello es de competencia exclusiva del legislador.

En suma, si bien cualquier marco temporal para la retención de datos comunicacionales resulta de por sí arbitrario, al tratarse de una obligación que afecta el ejercicio de derechos fundamentales como son el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, en atención al principio de legalidad, la definición del marco temporal solo puede quedar entregada al órgano legislativo encargado de generar el consenso democrático, y no a la simple arbitrariedad del ejecutivo por vía reglamentaria.

(b) Los datos cuya conservación se exige a los proveedores de servicios de telecomunicaciones exceden aquellos autorizados legalmente

La enumeración de información a conservarse por los prestadores de servicios en el artículo 10 del Decreto excede el contenido de la obligación de conservación establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal que abarca solamente la conservación de información de parte de los proveedores de telecomunicaciones, en carácter reservado y para ponerla a disposición del Ministerio Público, de **“un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados”**.

¹⁷ Ibid.

El artículo 10 del Decreto exige la conservación por los prestadores de servicios de telecomunicaciones de:

- a) Los **antecedentes del suscriptor y/o usuario que permitan conocer los datos administrativos y financieros de los mismos**, sea la forma y medio de pago que utiliza, el período de habilitación y tipo de servicio, entre otros.
- b) Los antecedentes necesarios para identificar el origen de la comunicación, tales como número de teléfono, nombre y datos del suscriptor, direcciones IP, entre otros.
- c) Los antecedentes necesarios para identificar el **destino de la comunicación**.
- d) Los **antecedentes para determinar la fecha, hora y duración de la comunicación**.
- e) Los antecedentes para determinar la clase o tipo de comunicación.
- f) Los antecedentes para determinar los equipos terminales intervinientes en la comunicación y su **ubicación geográfica**, con las indicaciones y requisitos que exija la norma técnica respectiva.
- g) **Cualquier otra información requerida por la Norma Técnica respectiva y que sirva para complementar los antecedentes requeridos en las letras anteriores**.

La enumeración del artículo 10 del Decreto excede lo dispuesto en el artículo 222 del Código procesal Penal. Además, es información relativa a las comunicaciones privadas desarrolladas por los usuarios de servicios de telecomunicaciones, que por tanto, constituyen datos de carácter personal al encontrarse asociadas a una persona natural identificada o identificable en los términos del artículo 2 letra f) de la Ley N° 19.628.

Más aún, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 letra g) de la misma ley, **la información relativa a las comunicaciones privadas de un usuario de servicios de telecomunicaciones pueden ser consideradas un dato sensible**, por cuanto de ellas es posible deducir hábitos personales de los usuarios concretos.¹⁸ El artículo 10 de la Ley N° 19.628 exige una autorización legal para el procesamiento de los datos personales sensibles, entendiéndose conforme al artículo 2 literal o) que el procesamiento de datos abarca: *“cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o*

¹⁸ “Telephone metadata alone reveals a lot about us. The timing, length, and frequency of our conversations reveal our relationships with others: our intimate friends, business associates, and everyone in-between. Phone metadata reveals what and who we’re interested in and what’s important to us, no matter how private. It provides a window into our personalities. It yields a detailed summary of what’s happening to us at any point in time. Schneier, Bruce. *Data and Goliath*, W.W. Norton and Company, Nueva York, 2015, pp. 21-22.

*no, que permitan **recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma***”.

Así las cosas, la imposición por parte del Decreto de una obligación de conservación de datos que exceden aquellos indicados en el artículo 222 del Código Procesal Penal, vulnera las disposiciones de la Ley N° 19.628 que debe primar dado su rango legal y la garantía constitucional que ella se encuentra llamada a cautelar.

Por último, particularmente llamativa resulta la exigencia de conservación de información sobre la **ubicación geográfica de los terminales intervinientes en la comunicación** excede abiertamente la habilitación legal contenida en los cuerpos normativos que regulan la medida intrusiva de interceptación de telecomunicaciones, que recae sobre *comunicaciones* telefónicas u otras formas de telecomunicación, pero no en la identificación de la localización de los usuarios a la hora de comunicarse, cuestión que cómo hemos señalado constituye un dato personal.

En suma, no puede imponerse por una norma reglamentaria una obligación de generar y administrar una base de datos con las características exigidas por el borrador de Reglamento. No existe habilitación legal para ello en el artículo 222 del Código Procesal Penal, y la imposición de tal obligación vulneraría las disposiciones de la Ley N° 19.628, por tratarse de la conservación de datos personales de los usuarios.

(c) El Decreto no es taxativo en la exigencia de una orden judicial para el acceso a los datos comunicacionales

El artículo 1 del Decreto infringe el principio de reserva legal en cuanto establece que las empresas prestadoras de servicio deben conservar y mantener los datos comunicacionales, y ponerlos a disposición del Ministerio Público y de toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlos.

El Código Procesal Penal, en su artículo 9, establece que 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.

El Decreto, en la práctica, ordena la creación por los prestadores de servicios de telecomunicaciones de una base de datos con el historial de comunicaciones

telefónicas y de navegación de todos los chilenos. Dicha información se podría utilizar para construir patrones de comportamiento, crear perfiles detallados de los hábitos y rutinas del usuario y predecir comportamiento futuro. Se trata, por tanto, de información que tiene el potencial de ser igual o más intrusiva y sensible que la obtenida a través de un procedimiento de interceptación de una llamada telefónica.

Para el caso de la implementación de la interceptación de una llamada telefónica conforme al artículo 9 del Código Procesal Penal es claro que la medida requiere de una autorización judicial previa por el Juez de Garantía. Sin embargo, para el caso de los datos a cuya retención se obliga a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, la redacción amplia del artículo 1 da a entender que no será solamente el Ministerio Público, mediando una autorización judicial, quien podrá solicitar estos datos a las empresas de telecomunicaciones, sino que **toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlos**. El Decreto pretende crear una habilitación a instituciones innominadas que no consta en ningún cuerpo jurídico de rango legal y que vulnera el marco legal definido por el Código Procesal Penal para esta materia.

Esta interpretación consta en distintas entrevistas dadas por el Ministerio del Interior a medios sociales de comunicación. Así, por ejemplo, el 25 de agosto de 2017¹⁹ un personero del Ministerio del Interior respondió al cuestionamiento relacionado con quienes tendrían acceso a estos datos comunicacionales señalando que: *“El Código Procesal Penal establece que la Fiscalía puede requerir a sus organismos auxiliares la obtención de los registros en el marco de un proceso, y sus organismos auxiliares son Carabineros y la PDI”*.

En suma, el Decreto busca crear una especie de habilitación legal implícita para que autoridades distintas del Ministerio Público, y sin necesariamente una orden judicial previa, puedan acceder a los datos comunicacionales de los suscriptores conservados por las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones. Esta habilitación, como hemos mencionado anteriormente, le corresponde exclusivamente al legislador y no a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

(d) El Decreto extiende el deber de retención de datos comunicacionales a cualquier persona individualizable

El artículo 12 del Decreto pretende crear una obligación que no se encuentra contenida en ningún cuerpo legal de nuestro ordenamiento jurídico. Busca

¹⁹ Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/08/25/gobierno-firma-decreto-para-guardar-datos-de-tus-llamadas-internet-y-mensajes-por-2-anos.shtml>

extender la obligación establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal sobre las empresas de telecomunicaciones **a cualquier persona debidamente individualizada** y exigir que esta conserve y tenga a disposición de cualquier institución que se encuentre facultada para requerirlos todo tipo de datos comunicacionales que se encuentre en su poder o bajo su control.

El artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República admite dos hipótesis en las cuales el Presidente de la República puede hacer uso de su potestad reglamentaria: en aquellas materias que no sean propias del dominio legal, y cuando su dictación sea necesaria para la ejecución de las leyes. Pretender extender una obligación contenida en una ley a personas distintas que las establecidas por la misma a través de un reglamento no cumple con ninguna de estas hipótesis, con lo cual el artículo 12 del Decreto infringe el principio de reserva legal.

En efecto, el artículo 222 del Código Procesal Penal establece la obligación de conservar, por un período de un año, los números de las conexiones IP de sus abonados **sólo respecto de los proveedores de servicios de telecomunicaciones**. Esta regulación se realizó a nivel legal, puesto que constituye una obligación que restringe, bajo ciertas circunstancias, los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones y la protección de la vida privada de las personas. De esta forma, el actual artículo 222 del Código Procesal Penal satisface el mandato establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, en cuanto a que la ley es la única autorizada para restringir el ejercicio de los derechos fundamentales. El artículo 12 del Decreto corresponde una extensión -en infracción del principio de reserva legal- de la obligación contenida en el artículo 222 del Código Procesal Penal.

Incluso más, el artículo 12 del Decreto pretende imponer una carga jurídica y pecuniaria considerable a cualquier persona, natural o jurídica, que a diferencia de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, puede no necesariamente estar capacitada técnicamente a cumplir con dicha carga -como el dueño de una cafetería que provee acceso inalámbrico a internet-, o incluso puede llevar a situaciones en las que su cumplimiento puede significar el quebrantamiento del secreto profesional.

En efecto, la implementación de esta obligación puede significar que en el futuro se obligue a un medio de comunicación a conservar los datos comunicacionales que obran en su poder respecto de sus fuente, con las cuales tiene un deber de reserva, o que un abogado conserve los datos comunicacionales con su cliente, con el que también tiene un deber de secreto. Por otro lado, da pie a situaciones desproporcionadas, como obligar a una Universidad a retener los datos

comunicacionales de todos sus estudiantes. Ninguna de estas situaciones vulneratorias de derechos fundamentales ha sido debidamente sopesada por el legislador, y no se encuentran amparadas por el artículo 222 del Código Procesal Penal, por tanto, no corresponde que se pretenda implementar a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Tampoco resulta efectivo que la extensión de esta obligación resulte necesaria para la ejecución de la ley. En efecto, la potestad reglamentaria tiene como objetivo la ejecución pormenorizando de los aspectos instrumentales de la norma. En cambio, el artículo 12 del Decreto busca **crear** una obligación jurídica autónoma e independiente, no contenida en el cuerpo legal que el reglamento busca ejecutar.

En suma, el artículo 12 del Decreto excede la competencia reglamentaria del Presidente de la República, infringiendo de esta forma el principio de reserva legal.

(e) El Decreto contiene una limitación de uso de tecnología de cifrado que resulta inconstitucional, además de incompatible con la Ley General de Telecomunicaciones

El artículo 3 letra i del Decreto también infringe el principio de reserva legal, toda vez que establece que las empresas: *“No podrán, bajo ningún respecto, mantener o incorporar en sus redes **tecnología ni equipamiento que dificulte o impida**, de manera alguna, el cumplimiento de las órdenes emanadas de autoridad competente que tengan por objeto la interceptación y la grabación de las comunicaciones, conforme a los procedimientos legalmente establecidos”* (Énfasis es nuestro).

La disposición anterior entra en contradicción con aquello dispuesto por el artículo 24 H letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones que exige a los proveedores de servicios adoptar medidas para proteger la seguridad de la red y la privacidad de las comunicaciones.²⁰

Si bien el artículo 3 del Decreto reproduce el artículo 5 del Decreto Supremo N° 142 hoy vigente –y que se deroga por el Decreto- debe tenerse en consideración que la norma de la Ley General de Telecomunicaciones fue incorporada en el año 2010, esto es con posterioridad a la dictación del Decreto Supremo N° 142, que data del año 2005, por lo cual por rango legal y temporalidad la norma, la Ley General de Telecomunicaciones debe primar sobre la disposición en comento.

²⁰ Artículo 24 H. a) “(...) Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en Internet.”

En suma, la restricción de incorporar cualquier tecnología o equipamiento que eventualmente resulte en una dificultad en la implementación de una orden de interceptación que satisfaga los requisitos del artículo 222 del Código Procesal Penal, en la práctica puede llegar a alcanzar la restricción del uso de tecnología de cifrado de las comunicaciones u otras, cuyo uso por los ciudadanos se encuentra amparado directamente por garantía constitucional de protección de la vida privada, y cuya implementación por los prestadores de servicios es propiciada por la Ley General de Telecomunicaciones.

En conclusión, el Decreto en examen infringe las garantías constitucionales de respeto a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, así como las normas legales que regulan y limitan en su caso el ejercicio de las mismas contenidas en el artículo 222 del Código Procesal Penal, la Ley N° 19.628 y la Ley General de Telecomunicaciones, por lo cual no corresponde que se de curso a su toma de razón.

Conforme a la jerarquía normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico, dicha contradicción sólo puede resolverse a favor de la ley. Cualquier obligación adicional a los prestadores de servicios de telecomunicaciones en materia de conservación y entrega de información sobre las comunicaciones de sus usuarios sólo puede ser determinada por ley, luego del debate democrático pertinente acerca de la procedencia de tales restricciones.

PORTANTO,

Al señor Contralor General de la República respetuosamente solicito: tener presente las observaciones aquí formuladas sobre la ilegalidad del Decreto sujeto al procedimiento de toma de razón, y conforme a ello, y las demás que estime pertinentes, no de curso a la toma de razón del Decreto respectivo.

PRIMER OTROSÍ: Mi personería para actuar en representación de Derechos Digitales consta en acta protocolizada en la Notaría de don Sergio Jara Catalán, con fecha 15 de mayo de 2017, copia autorizada de la cual se acompaña en este acto.

PORTANTO,

Al señor Contralor General de la República respetuosamente solicito: tener por acreditada la personería y por acompañado el documento que se indica.

SEGUNDO OTROSÍ: En virtud de lo dispuesto en el artículo 17, letra d), de la Ley N° 19.880, y en la calidad de interesada de la organización que represento en el presente procedimiento de toma de razón, solicito copia, a mi costa, del expediente del procedimiento de toma de razón del Decreto referido en este escrito, así como la identificación de su número de referencia.

PORTANTO,

Al señor Contralor General de la República respetuosamente solicito: Se sirva otorgar copia del expediente del procedimiento de toma de razón, así como la entrega de información relacionada con su número de referencia.