

J. Carlos Lara, Carolina Pincheira & Francisco Vera

La privacidad en el sistema legal chileno

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Constanza Figueroa

Corrección: Vladimir Garay

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra, hacer obras derivadas y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra y, en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 833005I.

+56 2 2702 7108

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

La privacidad en el sistema legal chileno

Policy paper
ONG Derechos Digitales

Resumen ejecutivo

El presente informe constituye el resultado del examen de las disposiciones legales vigentes en Chile vinculadas a un conjunto de intereses relacionados, a saber: la vida privada, la intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la protección de los datos personales.

Para efectos de nuestro estudio, estos intereses pueden reunirse dentro del concepto más genérico de “privacidad”, mayormente ausente en la legislación chilena; no obstante hacer presente desde ya las diferencias que existen entre este concepto y el “right to privacy” del common law, como se explicará más adelante.

Por cierto, los contornos de sus elementos, aparte de ser poco consistentes en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, tienen todavía como dificultad la mutación de su significado, como consecuencia de cambios en prácticas sociales y medios tecnológicos sobre la comunicación y el almacenamiento de información de cada persona.

La protección constitucional sobre intereses vinculados con la privacidad se encuentra en el artículo 19 N° 4 y N° 5 de la Constitución, con respecto al derecho al “respeto y la protección a la vida privada” y a la “inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”. No hay protección constitucional explícita de los datos personales, situación que Chile comparte con un solo país en Latinoamérica (El Salvador), no obstante la jurisprudencia le ha brindado amparo a través de la acción de protección. Existen asimismo normas penales de protección a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones y una ley especial de protección de datos personales.

La Ley 19.628 de datos personales regula en general la protección de información concerniente a personas naturales, que se consideran titulares de datos. A su favor se establecen los derechos de acceso o información (sobre qué datos se mantienen, para qué se usan y quién es responsable), el de modificación o rectificación de datos, el de cancelación o eliminación y el de oposición o bloqueo. La ley materializa en su articulado principios como el de la finalidad y calidad de la información, y establece una regla general de consentimiento expreso de un titular para el tratamiento de

sus datos; no obstante, establece una serie de excepciones que permiten ese tratamiento. Como contraparte regula al responsable del banco de datos y del registro, la persona natural o jurídica a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal y quien responde frente al titular de la información. No existe en Chile una autoridad pública de control del tratamiento de datos personales, ni sanciones penales para infracciones serias a la normativa. La ley es hoy objeto de varias iniciativas legales de reforma.

El informe dedica distintos capítulos a la revisión de las normas que, de manera disgregada en el sistema jurídico chileno, abordan tanto la protección de la vida privada como de las comunicaciones privadas y los datos personales.

La administración de justicia constituye una de las instancias de interacción entre el individuo y el Estado en que se vuelve más relevante la entrega de información, a fin de que el juez llegue a resolver un conflicto. La legislación en Chile consagra el principio de publicidad de los actos de la administración de justicia como norma general. Excepcionalmente se contemplan casos en que la información tiene carácter privado; por ejemplo, al sancionar penalmente la revelación de secretos de un juicio por un funcionario o el secreto en aquellos procedimientos de justicia de familia cuando pueda afectarse la privacidad de las partes. Con más detalle, el Código Procesal Penal establece el principio de juicio oral y público como regla general, y la necesidad de acudir al Juez de Garantía para la adopción de medidas o la realización de trámites de investigación que afecten garantías fundamentales, incluida la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones. En este último caso, se establecen requisitos especiales para las escuchas telefónicas por órganos de investigación. A propósito de la investigación por órganos de inteligencia estatal existen reglas similares, pero con mayor nivel de reserva frente al público y con órganos más especializados.

Otros ámbitos de la acción del Estado donde existen intereses comprometidos vinculados a la privacidad están mediados por el principio general de transparencia administrativa, contemplado en la Constitución. Así, como excepción a la transparencia pública, la Ley 20.285 contempla causales de información reservada, que incluyen la seguridad nacional y los derechos de las personas, entre otros. Esto ha derivado en sentencias judiciales contradictorias en materia de correos electrónicos de funcionarios públicos. También vinculado a la administración se encuentra el caso de registros públicos administrados por el Estado. En particular, los padrones electorales previos a cada elección periódica, que conforme a la ley electoral deben hacerse públicos vía web.

En cuanto al funcionamiento de las telecomunicaciones, los operadores en Chile son privados y regidos por la Ley 18.168. Junto con la garantía general de inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la obligación de preservar la privacidad de los

usuarios, se sanciona la interceptación o captación maliciosa o grave de cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público, además de su difusión. Por otra parte, existe un mandato de retención de datos sobre los proveedores de Internet, que obliga a guardar información de conexión y números IP por hasta un año para facilitar una eventual investigación criminal. Es relevante mencionar en este punto el Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y Otras Formas de Telecomunicación del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones del año 2005, que establece directrices generales sobre interceptación de telecomunicaciones, tendientes a resguardar la privacidad y, al mismo tiempo, a facilitar el trabajo de las policías en la investigación criminal.

Otros ámbitos donde existe normativa y jurisprudencia de forma dispersa aparecen a propósito de conflictos por vigilancia en el espacio laboral, por la regulación de los secretos profesionales, por el manejo de datos de salud de las personas y por el manejo de datos por parte de compañías comerciales de transporte de personas. A cada una de estas materias el informe dedica un capítulo.

A partir de los hallazgos y del análisis de la legislación y la jurisprudencia, concluye el informe que Chile no solamente destaca por la pobre protección brindada por la Ley 19.628 sobre datos personales, que ha sido objeto de fuertes críticas por largo tiempo, sino que esa ley constituye un elemento aislado en medio de un sistema de desprotección general, tanto de ámbitos de la vida privada como de los mismos datos personales. Esto, por cuanto existe una dispersión normativa que obedece a estándares y principios distintos de protección.

El nivel de dispersión se hace más fuerte ante el análisis de jurisprudencia de distintos órganos que han decidido en sentidos diversos sobre cuestiones similares que involucran tanto datos como comunicaciones privadas. En ese escenario, concluye el informe en la necesidad de fijar no solamente reglas específicas de protección conforme a estándares más altos, sino incluso la de revisar los fundamentos constitucionales que han de guiar la dictación de legislación que alcance de alguna forma el núcleo de los intereses que entendemos como constitutivos del derecho a la privacidad.

Índice

| | |
|---|-----------|
| Resumen ejecutivo | 3 |
| Introducción | 10 |
| I. La protección de la vida privada | 11 |
| I.1. Ámbitos de protección de la vida privada | 11 |
| I.1.1. Lineamientos generales | 11 |
| I.1.2. Clases de privacidad | 13 |
| I.1.3. Vida privada como objeto de protección jurídica | 14 |
| I.1.4. La violación de la vida privada | 15 |
| I.1.5. Situación de las personas jurídicas | 20 |
| I.1.6. La privacidad de las personas fallecidas | 20 |
| I.2. Regulación de la privacidad | 22 |
| I.2.1. Consagración constitucional | 22 |
| I.2.2. Tratados internacionales | 23 |
| I.2.3. Consagración legal | 23 |
| I.2.4. Jurisprudencia | 26 |
| I.2.5. Derecho comparado e internacional | 28 |
| I.3. La protección de los datos personales y su relación con la privacidad | 29 |
| I.3.1. Lineamientos generales de la Ley 19.628 | 29 |
| I.3.2. Contenido de la Ley 19.628 | 29 |
| I.3.3. Categorías de datos en la ley | 33 |
| I.3.4. Sujetos en el tratamiento de datos personales | 33 |
| I.3.5. Tratamiento de datos | 34 |
| I.3.6. Derechos asociados a la protección de datos personales | 35 |
| I.3.7. Jurisprudencia relevante en materia de datos personales | 36 |
| 2. Privacidad en la administración de justicia | 39 |
| 2.1. El principio de publicidad en la administración de justicia | 39 |
| 2.2. Aspectos legales | 40 |
| 2.2.1. Regulación en general | 40 |
| 2.2.2. Regulaciones específicas | 42 |
| 2.3. Casos | 45 |
| 3. Privacidad en la persecución penal | 47 |
| 3.1. El principio de publicidad en materia penal y sus excepciones | 47 |
| 3.2. Aspectos legales | 48 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 3.2.1. | Ley 19.696: el proceso penal actual | 48 |
| 3.2.2. | Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad. | 50 |
| 3.2.3. | Tráfico de estupefacientes | 50 |
| 3.2.4. | Procesos por delitos económicos: el Decreto Ley N° 211 | 51 |
| 3.3. | Casos | 52 |
| 3.3.1. | Antecedentes del Ministerio Público | 52 |
| 3.3.2. | Declaración de un testigo de identidad reservada | 52 |
| 3.3.3. | La revictimización | 53 |
| 4. | Privacidad y administración pública | 54 |
| 4.1. | El acceso a la información pública | 54 |
| 4.2. | Aspectos legales | 54 |
| 4.2.1. | Constitución Política de la República | 54 |
| 4.2.2. | Ley 20.285 | 55 |
| 4.3. | Casos | 55 |
| 4.3.1. | Datos sensibles de un funcionario público | 55 |
| 4.3.2. | Información pública y comunicaciones privadas | 56 |
| 4.3.3. | El número de RUT como dato sensible | 56 |
| 5. | Privacidad y datos electorales | 58 |
| 5.1. | El sistema de inscripción automática y las bases de datos | 58 |
| 5.2. | Aspectos legales | 58 |
| 5.2.1. | Constitución Política de la República | 58 |
| 5.2.2. | Ley 18.556 | 59 |
| 5.3. | Casos | 60 |
| 5.3.1. | Copia del padrón alfabético computacional de inscripciones electorales vigentes | 60 |
| 5.3.2. | Publicación de padrón electoral por Servel | 61 |
| 6. | Privacidad y actividades de inteligencia | 63 |
| 6.1. | Regulación de la inteligencia de Estado | 63 |
| 6.2. | Aspectos legales | 64 |
| 6.2.1. | Constitución Política de la República | 64 |
| 6.2.2. | Ley 19.974: Sobre el sistema de inteligencia de Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia | 64 |
| 6.3. | Casos | 67 |
| 7. | Privacidad en las telecomunicaciones | 70 |
| 7.1. | Amplitud del concepto telecomunicaciones | 70 |

| | | |
|-------------|--|-----------|
| 7.2. | Aspectos legales | 70 |
| 7.2.1. | Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones | 70 |
| 7.2.2. | Ley 19.496: el spam en la regulación sobre derechos del consumidor | 71 |
| 7.2.3. | Interceptación telefónica | 71 |
| 7.2.4. | Interceptación de otras formas de telecomunicación: Internet | 72 |
| 7.3. | Casos | 73 |
| | | |
| 8. | Privacidad en el ámbito laboral | 74 |
| | | |
| 8.1. | La intimidad del trabajador frente a las facultades del empleador | 74 |
| 8.2. | Aspectos legales | 74 |
| 8.3. | El Decreto Supremo 14 del Ministerio de Economía | 76 |
| 8.4. | Casos | 76 |
| | | |
| 9. | Privacidad y secreto profesional | 78 |
| | | |
| 9.1. | El secreto como garantía para el profesional | 78 |
| 9.2. | Aspectos legales | 79 |
| 9.2.1. | Código de Procedimiento Civil | 79 |
| 9.2.2. | El Código de Ética del Colegio de Abogados | 79 |
| 9.2.3. | La Ley de Prensa y el Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile | 80 |
| 9.2.4. | Medicina: Código de Ética del Colegio Médico | 80 |
| 9.3. | Casos | 81 |
| | | |
| 10. | Privacidad y datos médicos | 82 |
| | | |
| 10.1. | El secreto y los datos médicos | 82 |
| 10.2. | Aspectos legales | 82 |
| 10.2.1. | El Código de Ética | 82 |
| 10.2.2. | Código de Procedimiento Civil | 83 |
| 10.2.3. | Los datos sensibles de la Ley 19.628 | 83 |
| 10.2.4. | Ley 19.779, que establece normas con respecto al Virus de Inmuno Deficiencia Humana. | 83 |
| 10.2.5. | Artículo 175 Código Procesal Penal: obligación de denunciar | 84 |
| 10.2.6. | Ley 20.584 y los derechos de los pacientes | 84 |
| 10.2.7. | La ley 19.628 y el Código Sanitario | 85 |
| 10.3. | Casos | 86 |
| 10.3.1. | El aborto y la obligación de denunciar del médico | 86 |

| | | |
|------------|---------------------------------------|-----------|
| II. | Privacidad y datos financieros | 90 |
| II.1. | Datos financieros | 90 |
| II.2. | Aspectos legales | 90 |
| II.2.1. | Ley 19.628 | 90 |
| II.2.2. | Ley General de Bancos | 91 |
| II.2.3. | Proyecto de ley de datos financieros | 91 |
| | Conclusiones | 92 |

Introducción

El libre desarrollo de la personalidad pareciera exigir que ciertos ámbitos de la vida personal estén libres de influencias ajenas. Con esa falta de injerencia externa se identifica el derecho a la privacidad. Su contenido y sus contornos han tenido una evolución significativa, de forma paralela al avance de las tecnologías y formas de comunicación.

No es fácil, sin embargo, ver un correlato entre la evolución de las posibles vías de afectación y los resguardos legalmente adoptados para evitarlas. Las causas son múltiples: el arrollador progreso de las tecnologías de comunicación y de servicios, las complejidades de los procesos legislativos, la búsqueda de uniformidad con regulaciones internacionales, los intentos por cubrir las necesidades del comercio y la presión de las industrias relacionadas, entre otras. Dicho de otro modo, nacen con más rapidez formas de posible afectación de la vida privada que mecanismos operativos para impedirlos, más allá de la consagración de derechos meramente declarativos.

En las páginas siguientes intentaremos ver cómo enfrenta la legislación chilena un conjunto de situaciones relacionadas con la vida privada. En una primera parte expondremos brevemente el estado de la doctrina en relación con el reconocimiento y la protección legal de la privacidad en Chile y su relación con un área del derecho creciente en importancia: la protección de los datos de carácter personal. Con posterioridad revisaremos algunas situaciones habituales de manejo de privacidad e información personal, en el ámbito de la interacción entre el individuo y el Estado. Posteriormente, cubriremos someramente importantes áreas de posible afectación de la intimidad en la relación entre el individuo y la sociedad en general. Finalmente intentaremos trazar algunas ideas a modo de conclusión.

No es el propósito de este informe servir como un análisis omnicomprensivo ni demasiado profundo; por el contrario, nuestro objetivo es recoger inquietudes legales desde la perspectiva de la práctica, agregando a cada análisis temático el planteamiento de problemas o situaciones, reales o hipotéticas, donde la privacidad pudiera estar afectada más allá de lo necesario o aceptable en un estado democrático de derecho. De este modo, buscamos generar cierta información que dé lugar a una discusión, a fin de concretar a nivel operativo un ambiente regulatorio apropiado para la salvaguarda de uno de los derechos fundamentales más frecuentemente afectados.

I. La protección de la vida privada

I.I. Ámbitos de protección de la vida privada

I.I.I. Lineamientos generales

Sin adentrarnos en la vasta literatura existente sobre privacidad, reconocemos la existencia de un interés jurídicamente protegido a la no intromisión en la vida propia, sea a nivel corporal como también familiar y espacial, y del mismo modo sobre la información relativa a una persona. Los contornos de tal interés han variado significativamente a través del tiempo.¹

En sentido estricto, no existe reconocimiento directo en Chile de un derecho a la “privacidad” en su concepción original como right to privacy.² Sin embargo, varias de sus consecuencias son verificables en la legislación chilena, con el expreso reconocimiento de la protección de la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas. El right to privacy goza además de un vasto desarrollo a nivel jurisprudencial, que lo lleva a amparar conceptualmente a una gran cantidad de bienes jurídicos que exceden a aquellos mencionados en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución (vida privada, honra, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada). Por lo tanto, para efectos de este estudio, en lo sucesivo se utilizará el concepto genérico de “privacidad”, mayormente ausente en la legislación chilena,³ como comprensivo

- 1 Seguimos en este punto a CERDA SILVA, Alberto. “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”. Revista Chilena de Derecho Informático, N° 3 (2003). Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile.
- 2 Atendido el propósito de este trabajo, y sin pretender desconocer las diferencias conceptuales existentes, utilizaremos el anglicismo “privacidad” para referirnos a un mismo interés jurídicamente relevante, como parcialmente análogo del derecho a la vida privada e incluso de la protección a la intimidad y a la información personal. Para parte de la doctrina, la diferenciación parece carecer de efectos jurídicos conforme a la legislación chilena; véase JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p.37.
- 3 Es posible encontrar la nomenclatura de “privacidad” en leyes tales como la Ley 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, la Ley 19.968 sobre juzgados de familia (desde su modificación por la Ley 20.286), la Ley 20.453 sobre neutralidad de la red y la Ley 20.961 que crea la Intendencia de Seguridad y Salud en el trabajo (en referencia a la “privacidad de los datos personales y sensibles”). En ellas no existe un intento de definición, sino que se asume como

de aquellos derechos y extensivo a la protección de datos personales.

A fines del siglo XIX se definió el “derecho a la privacidad” (right to privacy), como un derecho a estar y permanecer solo,⁴ en oposición a someterse al escrutinio público. Surgió como una forma de hacer frente al hostigamiento por los medios de comunicación de la época, para guardar reserva respecto de aquel aspecto de la vida personal que legítimamente podía ser excluido de la injerencia de la prensa. Este primer concepto de privacidad fue recogido y desarrollado gradualmente en las décadas posteriores, especialmente en Estados Unidos.

La idea de vida privada, en tanto, concitó especial interés a partir del desarrollo de la informática a mediados del siglo XX. El potencial de las herramientas informáticas para recolectar, procesar y analizar información parecía poner en riesgo la vida privada de los individuos, lo que impulsó las demandas por normas específicas que regularan la recolección y el manejo de información personal. El avance tecnológico dejó en evidencia que no era suficiente el derecho a la privacidad entendido como el derecho a excluir la injerencia de terceros, sino que se hacía necesario ampliar su protección, incorporando una dimensión positiva que permitiera al titular controlar la información personal que le compete.

Se amplió así la concepción de información privada, desde un espacio libre de intromisión ajena a uno donde los titulares de la información pudieran tomar parte en su control de forma activa; con privacidad ya no se aludía a una figura de “espacio reservado” fuera de intromisiones de terceros, sino que a la capacidad del titular de los datos de decidir el destino de los mismos. Esta aspiración de reconocimiento jurídico del control sobre la información personal dio lugar al desarrollo del concepto de datos personales y a la regulación de su tratamiento de manera separada y, mayormente independiente, del concepto de la vida privada y de la protección de las comunicaciones privadas.

En suma, la privacidad se vincula a una manifestación jurídica del respeto y protección que se debe a cada persona, protegiendo la dignidad y libertad humana, por medio del reconocimiento a su titular de un poder de control sobre aquel ámbito del que no participan otras personas. Más allá de la terminología legal, los amplios contornos del concepto de privacidad son suficientes, operativamente, para referirnos a aquellos derechos, constitucionales y legales, relacionados con

.....
un interés o un derecho digno de protección en el contexto de las materias reguladas en cada uno de tales cuerpos normativos.

4 WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS, “The right to privacy”, en Harvard Law Review, Vol. IV, núm. 5, 1890. Trad. “El derecho a la vida privada”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 25.

ese poder de control: la vida privada, la inviolabilidad de las comunicaciones y la protección de los datos personales. De entre ellos, el interés de más difusos contornos, desde el punto de vista dogmático, es el de la vida privada.

I.1.2. Clases de privacidad

Resulta evidente que el concepto de privacidad no es unívoco, sino que responde más bien a un fenómeno difuso, con diversas dimensiones o acepciones. Resulta asimismo evidente que se trata de una terminología que no es de fácil asimilación al contexto normativo chileno, donde vida privada, datos personales e inviolabilidad de las comunicaciones tienen suficiente diferenciación conceptual y normativa.

Con fines meramente prácticos, utilizaremos una clasificación que distingue entre distintas actividades humanas vinculadas al interés fundamental en la privacidad:

- **Privacidad corporal**, que apunta a la protección física de las personas ante procedimientos invasivos, tales como pruebas sanguíneas. Desde el punto de vista de su vulneración, se vincula a la intimidad y a la integridad física. Se asocia esta privacidad también a datos personales de carácter biométrico o de salud, siendo especialmente relevante la distinción caso por caso.
- **Privacidad territorial**, que se refiere a la fijación de límites a la intromisión en los espacios o medios domésticos y otros tales como el centro laboral o, incluso, el espacio público. En este contexto, las nuevas tecnologías tienen un gran impacto a través de los medios de registro de información que, debido al nivel de miniaturización, conectividad y ubicuidad existente, son capaces de inmiscuirse en la esfera privada de las personas, considerando su domicilio, sus conductas en lugares públicos y en su lugar de trabajo, sin filtro ni límites. Se vincula a la vida privada y a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas.
- **Privacidad comunicacional**, la cual se refiere a la seguridad y privacidad del correo (físico o electrónico), el teléfono u otras formas de comunicación privada. Internet sirve de soporte a numerosas formas y medios de comunicación, que operan tanto en tiempo real (sistemas de conferencia de voz, vídeo, chat, texto, VNC, etc), como asincrónicamente (foros, correo electrónico, etc). Esas plataformas son susceptibles de interceptación, lo que hace esencial la creación de controles legales y judiciales a esa intervención por agentes públicos, y de reglas que impidan a quienes tienen acceso a esos datos a usarlos, entregarlos de forma indebida o abusar de su capacidad técnica en perjuicio de las personas a quienes concierne esa información.
- **Privacidad de la información**, también conocida como “protección

de datos personales” y desarrollada en algunas latitudes dentro de una garantía legal de autodeterminación informativa (tanto sobre datos públicos como sobre información sensible). Su relación viene dada por la susceptibilidad de la afectación de otros intereses (como la igualdad, la libertad o la intimidad) por medio de la vulneración de las normas sobre procesamiento de datos personales. Actualmente, gran parte de las informaciones que circulan, se almacenan y procesan por la comunidad - especialmente en Internet - revisten la calidad de datos personales, al estar relacionados con personas determinadas. Cualquier sitio o servicio que almacene, procese, indexe o transmita esos datos hace tratamiento de datos personales; conviene entonces analizar si esas conductas afectan o no los derechos fundamentales de los titulares de dicha información y en qué medida lo hacen.

I.1.3. Vida privada como objeto de protección jurídica⁵

La vida privada, como concepto, es relevante para determinar su ámbito de protección, en cuanto se cumplan requisitos sistematizados por parte de la doctrina,⁶ a saber:

- a. La sustracción del ámbito público de ciertas conductas o manifestaciones de la persona, ya sea por su propia voluntad, por la ley o por la costumbre.
- b. Que exista un daño inminente y conocido, producido por la divulgación, atendidas las características de la persona en particular.

La vida privada, en tanto objeto de protección, se constituye así por “aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento de estos puede turbarla, normalmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”,⁷ estableciendo

5 La vinculación y relación con la discusión normativa serán desarrollados en el apartado 2 sobre regulación de la privacidad.

6 En este sentido: NOVOA MONREAL, Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información: Un conflicto de derechos. Santiago, Siglo XXI, 1979; CORRAL TALCIANI, Hernán. “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación”. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 27, (2000) N° 2, pp. 331-355.

7 NOVOA MONREAL, obra citada.

como elementos fundamentales para la constitución de la definición el carácter desconocido de los hechos, la turbación moral al sujeto en caso de ser conocidos por extraños y la relevancia de la voluntad o consentimiento del sujeto.

Un concepto de privacidad menos abstracto, desde la perspectiva del sujeto facultado para hacer exigible su protección y resguardo, la define como aquella “prerrogativa del individuo para sustraer de toda injerencia extraña a un círculo de asuntos, hechos o actuaciones que no desea que sean conocidos por terceros, a menos que el titular del derecho así lo permita”.⁸

Por otra parte, también se ha propuesto una definición basada en la dignidad del sujeto y sus relaciones, como “la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones y difusiones cognoscitivas 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 valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”.⁹

En la justificación de esa definición se entiende como violación de privacidad a la simple intromisión y toma de conocimiento de hechos personales reservados y, en un sentido amplio, la difusión de este contenido a terceros. Esta concepción excluye del ámbito de aplicación de privacidad la utilización o distorsión de la apariencia ajena o la adopción de ciertas decisiones personales en base a la información privada disponible, sin perjuicio de que ello signifique eventualmente la lesión de otros intereses jurídicos.

I.1.4. La violación de la vida privada

Desde el punto de vista de su relevancia jurídica, la privacidad se entienda vulnerada, y se hace aplicable la normativa protectora de esta garantía, una vez que se cumplan los siguientes supuestos:¹⁰

- a. Un conjunto de relaciones jurídicas cuyos sujetos son el titular o

.....

8 BANDA VERGARA, Alfonso. “Doctrina, estudios notas y comentarios la vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura”. Gaceta Jurídica n° 246. Santiago, Chile. Diciembre 2000.

9 CORRAL TALCIANI, obra citada.

10 Utilizaremos el término “información” en sentido amplio, es decir, comprende a los titulares tanto de documentos como de comunicaciones que revistan el carácter privado,

- titulares de información y terceros ajenos a ella.
- b. La información reviste el carácter de secreto o reservado perteneciente al titular.
- c. La simple toma de conocimiento o divulgación de la información por el tercero.
- d. Ausencia de consentimiento del titular de la información para su sustracción del ámbito privado.
- e. Daño producido por la intromisión y/o divulgación de la información.

a. Un conjunto de relaciones jurídicas cuyos sujetos son el titular o titulares de información y terceros ajenos a ella

Los sujetos participantes en el ámbito de la información que reviste el carácter de privada pueden ser clasificados en dos grupos.

El primero de los sujetos relevantes en esta relación es el titular, definido como aquella persona a quien pertenece la información con carácter de secreto, ya sea porque la ha creado o porque la conoce a raíz de sus actividades cotidianas o profesionales. Algunos autores¹¹ distinguen entre dos tipos de situaciones: la primera es la intimidad propiamente tal, que corresponde al “núcleo de la personalidad”, es decir el ámbito personalísimo del titular. Una segunda situación es la de aquella información que tiene un titular exclusivo, pero se desarrolla en el contexto de la vida familiar o las relaciones íntimas.

El sujeto descrito no se restringe necesariamente a una persona, sino que incluye al círculo familiar e íntimo de la persona. Esto no exige tener un conocimiento acabado de todos los aspectos privados del titular, sino que en ciertas circunstancias, como aquellas ocurridas dentro del hogar, podrán excluirse de formar parte de la categoría de “terceros extraños”.¹²

El segundo grupo de participantes en las comunicaciones privadas incorpora a los terceros ajenos a esta información. Se subclasifican en aquellos terceros que han concretado la intromisión, sea accediendo al contenido o divulgando lo que ha sido objeto de registro, y aquellos terceros que han tomado conocimiento de los hechos, sea por circunstancias previamente acordadas o fortuitas. Estos

11 DESANTES, José María. “El derecho fundamental a la intimidad”. Seminario “El derecho a la intimidad y a la vida privada y los medios de comunicación social”. 28 de agosto de 1991. Santiago, Chile. Centro de Estudios Públicos.

12 Es ilustrativo el artículo 146 del Código Penal chileno, que excluye de responsabilidad penal a los cónyuges en la violación de correspondencia personal.

terceros son necesariamente distintos del titular y se caracterizan por carecer de la facultad de acceder a la información en cuestión; es decir, cualquier persona que no sea el titular, ni forme parte de su círculo familiar o íntimo en algunas circunstancias y determinadas relaciones, que tome conocimiento o divulgue la información obtenida.

Para delimitar el ámbito de aplicación de la información con carácter privado, es necesario precisar conceptualmente lo público y lo privado en su sentido más amplio. Así, lo público es definido como el conjunto de aspectos de la persona cuyo conocimiento y disposición por terceros no requiere autorización especial del titular, mientras que lo privado supone la exclusión de ciertas materias pertenecientes al ámbito familiar o íntimo, delimitadas por el titular de la información o la ley, protegidas constitucionalmente mediante leyes especiales.

b. Información de carácter privado perteneciente al titular

No existe en la ley una enumeración sobre lo que reviste el carácter de información privada, siendo conceptualizada en términos amplios como todas aquellas circunstancias de la vida de una persona que han sido excluidas del conocimiento y escrutinio público por su propia voluntad o por determinación de la ley.

Aun sin una caracterización taxativa, existen normas cuyo fin es la protección de la vida íntima de la persona, situación en la que encontramos tres grandes grupos en las que se subsumen normas sectoriales: la inviolabilidad del hogar, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la protección de datos personales.

Es preciso señalar que, fuera de estas categorías, existe información que sin revestir el carácter de reservado o secreto goza de esta misma protección. Este punto será desarrollado posteriormente.

c. Simple toma de conocimiento o divulgación de la información por el tercero.

El derecho a la privacidad es objeto de vulneración por un tercero extraño a la información desde el momento en que ha accedido y tomado conocimiento de la información con carácter privado de forma premeditada o casual.¹³ Es

.....

13 En este sentido, existen opiniones doctrinales y jurisprudenciales convergentes, principalmente para su aplicación en el proceso penal, donde el hallazgo casual o descubrimiento inevitable constituye la “convicción de que el resultado, la evidencia, habría podido obtenerse de haberse obrado lícitamente, lo que permite excepcionar la regla de exclusión. Los límites son la prohibición de ac-

relevante señalar que el ámbito de aplicación de la responsabilidad para quien simplemente toma conocimiento de un hecho va a estar necesariamente relacionado con el uso que realiza de tal información, siendo relevante para estos efectos la divulgación de la información.

La divulgación se entiende como toda aquella comunicación de la información obtenida de forma ilícita, por revestir de carácter reservado, que es compartida por el tercero a otras personas ajenas a la titularidad de la información, maliciosamente o no. Considerada de forma autónoma, constituye una circunstancia agravante en los niveles de sanciones determinados para la violación de la privacidad.

El Código Penal determina una diferenciación de penas en algunas de sus normas. Por ejemplo, el artículo 146, que en el contexto de los “Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución”, respecto de la intromisión en la correspondencia o papeles de otro sin su voluntad, diferencia entre la simple apertura o registro y la divulgación, castigando la primera con reclusión menor en su grado mínimo (restricción o privación de libertad, cuya duración varía desde los 61 días hasta los 540 días) y la segunda con reclusión menor en su grado medio (desde los 541 a los 3 años).

d. Ausencia de consentimiento del titular de la información para su sustracción del ámbito privado

Parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional¹⁴ sitúa al consentimiento

tuaciones dolosas, atajos que tendieren a anticipar la obtención de la evidencia, aprovechando la estrategia de actuar por vías más rápidas y seguras, aún ilícitas, desdeñando intencionadamente el empleo de los cauces legales ortodoxos; y en segundo lugar, la línea de actuación investigadora previa a la transgresión del derecho que hubiere llevado al mismo resultado, evitando así que las transgresiones de derechos se conviertan en el punto de arranque de la labor investigadora, invirtiendo el fundamento mismo de la cláusula de excepción”. Corte de Apelaciones de San Miguel. “Ministerio Público con Contreras Gatica Nelson Abelino”. Rol: 334-2013. 02/04/2013.

14 La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado a propósito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. La gestión en que incide el presente requerimiento consiste en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012. Considerando 14, parte final: “Si lo protegido es la comunicación mientras ésta

de la persona capaz, expreso o tácito, en un lugar preponderante en la protección al titular del derecho a la intimidad, conceptualizándolo como una facultad de determinación de los datos que se desea mantener con carácter privado y aquellas que considera pertenecen al ámbito público.¹⁵ Sin embargo, este principio no es absoluto, ya que requiere como antecedentes copulativos el carácter no conocido de los hechos y la turbación moral al sujeto que produce su sustracción del ámbito privado, con las correspondientes excepciones, tales como las situaciones o acontecimientos ocurridos dentro del hogar, aunque estos no tengan carácter privado ni produzcan un daño, adhiriendo su protección a la inviolabilidad del hogar.

e. Daño producido por la intromisión y/o divulgación de la información

La intromisión a la vida de una persona se concreta al momento de acceder a la comunicación y el daño se produce cuando la revelación de esa información a otros tiene como consecuencia un perjuicio o menoscabo verificable para el titular. Ello será valorado en atención al carácter de la comunicación, a las características propias de la persona, la situación concreta y el daño correlativo a estos elementos.

La caracterización del daño en materia civil¹⁶ se basa en la lesión de un interés legítimo, no necesariamente expresado por ley, y que produce un perjuicio significativo, más allá de simples incomodidades y molestias.¹⁷ En el caso de la

se desarrolla su garantía se perfecciona hasta el mismo momento en que ésta concluye. Así, por ejemplo, lo comunicado entre dos personas satisface en plenitud el ejercicio de la inviolabilidad de las comunicaciones, pero si una de ellas manifiesta a terceros su contenido deberá verificarse el derecho fundamental nuevo transgredido. Si difunde un secreto personalísimo, será el derecho al respeto a la vida privada, o si lo difundido es una creación o innovación tecnológica, podrá ser el artículo 19 N° 25 de la Constitución el que se estime vulnerado. Por tanto, es clave identificar un nuevo derecho que se abre a partir de la difusión no consentida de una comunicación". Considerando 17º: "En segundo lugar, si existe consentimiento de los titulares de la comunicación hacia terceros en la difusión de lo comunicado, no puede estimarse vulnerado ningún derecho".

15 NOVOA MONREAL, E., obra citada.

16 BARROS, Enrique. Responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 220 y ss..

17 La clasificación tradicional del daño distingue daño patrimonial de daño no patrimonial o moral, donde en el primer caso existe un detrimento del activo ("daño emer-

responsabilidad por vulneración a la privacidad, para los efectos de conceptualización e indemnización, reviste diversas formas que serán relevantes al examinar los casos particulares.

I.1.5. Situación de las personas jurídicas

Las personas jurídicas no tienen protección constitucional o legal en materia de privacidad, por el carácter personalísimo atribuible únicamente a las personas naturales. Tampoco la Ley 19.628 les reconoce una titularidad de los datos. Sin perjuicio de esto, otros intereses reconocidos en la normativa nacional sí son objeto de titularidad por parte de las personas jurídicas, como la confidencialidad de cierta información, el secreto industrial, el secreto comercial e incluso la honra.¹⁸

I.1.6. La privacidad de las personas fallecidas

En Chile no existe regulación expresa para los derechos personalísimos después de la muerte de sus titulares, entendiéndose por la doctrina y la jurisprudencia que ellos terminan al momento del fallecimiento, por ser imposible su ejercicio con posterioridad. El responsable del cumplimiento de estos derechos es el propio titular en vida, quien puede organizar de forma premeditada la disposición de sus bienes; luego, los deudos, quienes deben procurar el respeto a la honra y la eventual activación de procedimientos de responsabilidad frente al Estado para aquellos que provoquen un detrimento a este derecho; y, finalmente y de forma difusa, son garantes el Estado, las asociaciones religiosas y la sociedad toda.

En Chile no existe avance significativo en la regulación sobre la materia en relación con la privacidad, sin perjuicio de un aislado desarrollo en tribunales. Es

gente”) o una imposibilidad de incremento de este (“lucro cesante); en el segundo caso se entiende de forma amplia, en oposición a aquellos perjuicios económicos, incluyendo el honor, la privacidad, el dolor físico y psicológico, entre otros.

18 En relación a la protección de la honra de las personas jurídicas, ver a modo de ejemplo el fallo de la Corte Suprema en la causa Rol N° 1736-2008 de 4 de junio de 2008, que indica en su considerando 8°: “Que, en definitiva, si bien el honor o la honra es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o el buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de aquellas, de modo que este atributo, en su significado amplio, es predicable también de las personas jurídicas que, para el cumplimiento de sus fines específicos, dentro de la autonomía que la Carta dispensa a los grupos intermedios, necesitan de su buen nombre y prestigio, que no podrían quedar debidamente cautelados si se las marginara de la titularidad de dicha garantía”.

más, ese mismo ejercicio jurisprudencial se ha producido a partir de un interés no reconocido constitucionalmente, pero vinculado a la garantía constitucional sobre la honra y la vida privada, esto es, sobre el derecho a la imagen.¹⁹ Se reconoce que ese interés existe y que merece reconocimiento, pudiendo hacerse valer por los deudos del muerto.

Sobre el derecho al nombre, tampoco hay norma expresa que permita su trascendencia después de la muerte,²⁰ pero sí contempla sanción penal para la usurpación del nombre, cuyo requisito es que la persona exista actualmente y no sea únicamente un nombre supuesto.

Respecto de la privacidad después de la muerte (incluyendo aquí a los datos personales), es significativa la situación de los “restos” digitales de las personas fallecidas. Por ejemplo, el perfil personal en alguna red social podría recoger parte de los datos personales (la información) y de la vida privada (la comunicación) de las personas y, por lo tanto, merecería trato como objeto de protección, aun tras el fallecimiento de su titular. Algunos autores²¹ sostienen que el usuario ha regulado sus relaciones y los contenidos que comparte con determinadas personas, situación que debe ser considerada como preferencias de intimidad en vida. Sin perjuicio de esto, es posible notar que los perfiles de los usuarios después de la muerte se han transformado en lugares de conmemoración, asimilables a las tumbas o memoriales, razón por la que se forma una analogía entre estas dos situaciones: si históricamente los familiares o deudos no han podido negar

19 La imagen, caracterizada como una faceta externa del derecho a la privacidad, es constitutiva de todos aquellos rasgos físicos que permiten identificar una persona como tal. Su uso no tiene regulación expresa, lo que no obsta a la existencia de algunas normas aisladas que permiten constatar su existencia. NOGUEIRA, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. En: *Ius et Praxis* v. 13 n. 2. Talca, Universidad de Talca, 2007.

20 La Ley 19.039 sobre propiedad industrial, en su artículo 20, prohíbe el registro de marcas de nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieran transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor.

21 KASKET, Elaine. Access to the Digital Self in Life and Death: Privacy in the Context of Posthumously Persistent Facebook Profiles. Disponible en: <http://script-ed.org/wp-content/uploads/2013/04/kasket.pdf>

el acceso a los lugares tradicionales de conmemoración física (cementeros), no tendrán facultades suficientes de restricción a los de conmemoración digital.

I.2. Regulación de la privacidad

I.2.1. Consagración constitucional

El artículo 19 N° 4 de la Constitución de 1980 asegura “el respeto y la protección a la vida privada” de la persona y de su familia. A continuación, en el artículo 19 N° 5, se refiere a la “inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”, dando nociones de intimidad en un sentido espacial.

La garantía del artículo 19 N° 4 utiliza el concepto de “vida privada” y no el de “privacidad”, puesto que el concepto de vida privada, según los integrantes de la comisión encargada de su redacción, se encontraba más desarrollado en el lenguaje común, había un reconocimiento por parte de la colectividad de que lo que se respeta es la vida privada y que “privacidad” era un término menos conocido, extraño a nuestro lenguaje.²²

A raíz de lo anterior, parece existir una protección desglosada de la intimidad, con distintas consecuencias. A partir de la garantía de protección de la vida privada se ha esbozado la protección de las personas frente al tratamiento de sus datos personales, como veremos más adelante; sin embargo, hasta antes²³ de la promulgación de la Ley 19.628, el tratamiento ilícito de los mismos era solamente impugnado mediante la acción constitucional (o “recurso”) de protección.

Si bien la Constitución recoge la idea de “vida privada” como bien jurídico digno de protección, no existe una definición en la regla constitucional ni en la ley de lo que debe entenderse por “vida privada”, dejando como tarea de su delimitación a la jurisprudencia, como se verá más adelante. Respecto de la protección de los datos personales, permanece sin consagración directa como derecho fundamental de forma independiente y tampoco entre los derechos vinculados a la vida privada. Lo anterior sin perjuicio de los intentos de reforma constitucional tendientes a disponer desde la carta fundamental resguardo a los datos personales.²⁴

22 Acta Oficial Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 129ª, 1975.

23 Con la vigencia de la Ley 19.628, se contempla en el artículo 16 el llamado “Habeas Data”, el cual tiene como objetivo asegurar el ejercicio de derechos de los titulares de datos e impedir acciones u omisiones de terceros tendientes a vulnerarlos.

24 Boletín N° 6495-07. “En materia de protección de datos personales” de 30 de abril de 2009; Boletín N° 5883-07, “Modifica el artículo 19 N° 4, de la Carta Fun-

La jurisprudencia relevante es analizada más adelante.

I.2.2. Tratados internacionales

Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales suscritos y ratificados por Chile deben ser respetados y promovidos por el Estado en tanto se encuentren vigentes, conforme al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución. Entre ellos se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíben cualquier injerencia arbitraria a la vida privada, con respeto a la dignidad de las personas, incluyendo su vida familiar, domicilio y correspondencia, además de la honra y reputación, en el mismo sentido que lo han acogido las constituciones latinoamericanas.

I.2.3. Consagración legal

La protección a nivel legal de la vida privada y los derechos asociados se materializa fundamentalmente en la sanción de conductas atentatorias contra ámbitos de intimidad o relacionados con el desenvolvimiento de la vida privada, de manera fragmentaria.²⁵ Donde sí existe tratamiento pormenorizado es a propósito del tratamiento de datos de carácter personal.

Tanto para las garantías de la vida privada como respecto del tratamiento de datos de carácter personal, cabe mencionar como legislación relevante los cuerpos siguientes:

Ley de protección de la vida privada

La actual regulación en Chile sobre los datos de carácter personal fue promovida inicialmente como forma de protección de la privacidad de las personas. La Ley 19.628 del año 1999 es la encargada de regular la protección de datos de carácter personal. Su creación, según la moción del senador Eduardo Cantuarias, obedecía a la necesidad de “llenar un vacío manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico y cuyo propósito es dar una adecuada protección al derecho a la privacidad de las personas, en el ámbito del Derecho Civil, ante eventuales intromisiones ilegítimas”.²⁶ El proyecto original incluyó características propias de la protección

.....
damental, con el objeto de consagrar como garantía constitucional la protección de los datos personales y su resguardo legal”, de 3 de junio de 2008.

25 JIJENA LEIVA, R., obra citada.

26 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.628. Protección de la

de la privacidad, entendiéndola como inviolable, irrenunciable e imprescriptible como derecho, e inclusiva del “derecho a la propia imagen; a la intimidad personal y familiar; al anonimato y reserva; a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas”, además de contemplar un presunción de ilegitimidad de toda forma de intromisión a la vida privada. El proyecto se encarga de la protección de datos personales, de los casos específicos en que se considera intromisión ilegítima y de sus acciones, además del procedimiento aplicable.

El proyecto se mantuvo sin cambios sustanciales hasta el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, momento en que se propuso la dedicación exclusiva de la ley a la regulación del tratamiento de datos personales, con énfasis en la vía informática, por ser considerado como “uno de los más graves atentados contra la privacidad de los sujetos”, necesaria por sobre una ley extensa y sistemática sobre privacidad. El análisis de esta ley se encuentra contenido más adelante.

Código Penal

El Código se manifiesta sobre la vida privada principalmente en la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones, sancionando la violación de secretos y su divulgación, con énfasis en el conocimiento de datos en razón de su oficio y la clasificación de lugares desde donde es obtenida la información.

Son relevantes las sanciones que establece el artículo 146²⁷ para el que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, con referencia a las personas legalmente exceptuadas; y el artículo 161-A,²⁸ que castiga

.....
vida privada. 28 de Agosto de 1999. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19628/H19628.pdf>. [en línea]. Consulta: 26.04.2013

- 27 Código Penal, Artículo 146 “El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo.
Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.
Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena”.
- 28 Código Penal, Artículo 161-A. “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales

la indiscreción, la intromisión y la difusión a las personas en sus comunicaciones, actuaciones privadas y del material obtenido mediante estas acciones, en recintos particulares y lugares que no sean de libre acceso al público.

Código Procesal Penal

Las normas relevantes en materia procesal penal contienen reglas sobre la entrada y registro de lugares en la etapa de investigación; además figura en materia testimonial la facultad de abstenerse de declarar en los casos determinados por la ley.²⁹ Contienen, en general, la regulación de los procedimientos para la intervención en ámbitos de la vida privada en el contexto de la investigación criminal. Revisaremos con detalle sus normas más adelante.

.....

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 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 Unidades Tributarias Mensuales.

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”

29 Artículo 205. “Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia”.

Artículo 206. “Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden. La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito”.

Artículo 303. “Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto”

Código de Procedimiento Civil

En materia procesal civil son relevantes las exclusiones de dar testimonio en razón de los hechos de los que se tenga conocimiento por profesión u oficio o por su calidad específica dentro del juicio.³⁰

Otras disposiciones

Sin perjuicio de las la normativa anterior, existen otras leyes sectoriales que consagran en términos similares los presupuestos anteriores del derecho a la privacidad o bien protección de los datos de carácter personal. Entre otras encontramos la Ley de Mercado de Valores, al tratar la información continua y reservada; la Ley de Sociedades Anónimas, en relación al secreto y reserva de la información social y la Ley General de Telecomunicaciones. Otras normas tienen impacto sobre aspectos de información personal o vida privada, aun sin hacer referencia directa a ellos. Nos referiremos a esto en los capítulos posteriores.

1.2.4. Jurisprudencia

Como mencionamos, la protección de la vida privada en Chile se encuentra plasmada en la Constitución, a través del reconocimiento y la protección a la vida privada de la persona y su familia, además del derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Pero ha sido la jurisprudencia la que ha profundizado conceptualmente en aquello que en Chile se entiende como “vida privada”. Así, en la sentencia del caso Martorell,³¹ se la define sos-
.....

30 Artículo 360. “No serán obligados a declarar: 1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio; 2° Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358 ; y 3° Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas”

31 Caso surgido a partir de la publicación del libro llamado “Impunidad Diplomática”, que revelaba la conducta impúdica de personajes públicos chilenos. Algunos de los aludidos presentaron una acción constitucional de protección, acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmado en apelación, y prohibiéndose así la circulación del libro en Chile. El caso fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 23 de diciembre de 1993, la Comisión recibió la denuncia que interpusieron Human Rights Watch/Americas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) con relación a este caso, alegando que la prohibición de la entrada, distribución y circulación en Chile del

teniendo que “se viola la vida privada y origina las sanciones que establezca la ley, la intrusión indebida y maliciosa en asuntos, comunicaciones o recintos íntimos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento, se cause o no con tal motivo sufrimiento o daño al afectado”.³²

Es por esto que la privacidad ha sido desarrollada mayoritariamente a nivel jurisprudencial en materia de inviolabilidad de las comunicaciones privadas y del hogar, con énfasis a la discusión y determinación sobre qué comunicaciones revisten el carácter privado y cuales son públicas. Así, se ha establecido que las comunicaciones del trabajador con terceros desde su cuenta de correo electrónico proporcionada por la empresa reviste el carácter de privado, sin perjuicio de la regulación, condiciones y frecuencia del uso del empleador.³³ En este mismo sentido, existen pronunciamientos³⁴ que tratan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas frente a la Ley 20.285 (sobre transparencia y acceso a la información pública), donde son requeridos correos electrónicos intercambiados por autoridades públicas. Un fallo agrega que “la garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia se encuentra, al igual que las otras garantías constitucionales, constituida a favor de los ciudadanos para cautelar sus derechos individuales frente al poder del Estado y, precisamente, en la especie se pretendería emplear dicho poder en desmedro del derecho de algunas autoridades, que no por el hecho de ser tales carecerían de los derechos que les corresponden como ciudadanos individualmente considerados”.³⁵

.....

libro constituía una violación del Derecho de Libertad de Pensamiento y Expresión y dispone específicamente que: “el ejercicio del derecho . . . no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. Concluye la Corte recomendar al Estado de Chile que levante la censura con respecto al libro y que adopte las medidas para el ingreso, circulación y comercialización del libro.

32 Ver sentencia en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, año 1993, segunda parte, sección 5ª, págs. 164-174. Citado por BANDA VERGARA, A., obra citada.

33 Dirección del Trabajo. “Milena González Aída con Almiron Negral Luzmira” . Dictámen 260/19. Rol: T-417-2012; Juzgado del Trabajo. “Jorge Negrete Herrera con Gesfor Chile S.A”. 15/12/2011. Rol: T-385-2011.

34 Corte de Apelaciones de Santiago. “Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia”. 17/12/2012. Rol: 6704-2011

35 Corte de Apelaciones de Santiago. Reclamo de ilegalidad en contra de la decisión de amparo C406-II dictada por el Consejo para la Transparencia. Disponible en: <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20121220/asocfi->

Lo anterior determina los parámetros generales a aplicar en cualquier conflicto que suscite la colisión de derechos, donde el resguardo del ámbito de privacidad de la persona es imperativo, desplazando algunas características relevantes de la persona, tales como la subordinación en el ámbito laboral o la calidad de funcionario público. En este último caso no se suscita controversia al tratar el correo electrónico de forma análoga a la correspondencia, lo cual es aplicable a otras plataformas tecnológicas utilizadas como medio de comunicación, considerando en este sentido que sitios como Facebook requieren autorización del titular para la utilización de la información que contienen,³⁶ o la correspondiente habilitación legal. La misma situación ocurre en referencia a las conversaciones telefónicas, donde no existe mayor discusión sobre la posibilidad de intervenir comunicaciones sin autorización del titular, pero con autorización judicial.

1.2.5. Derecho comparado e internacional

Las constituciones latinoamericanas consagran el derecho a la privacidad de forma relativamente uniforme. Siendo así, es posible encontrar elementos comunes en ellas que permiten caracterizar la privacidad como una garantía limitada, referida principalmente a la inviolabilidad de las comunicaciones, documentos privados y el hogar, tratando eventualmente otros derechos asociados - como el Habeas Data, con amparo específico en Brasil - además de ser expresada en conjunto con otras garantías, como el honor, la imagen y la reputación, como es el caso de Bolivia, Brasil y Ecuador, entre otros.

En Europa, sin perjuicio de las normas sectoriales, son especialmente relevantes las directrices de la OCDE relativas a la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales,³⁷ donde, en términos generales, se recomienda a los países tener en cuenta la protección a la intimidad y las libertades individuales en la creación de legislación nacional, además de la búsqueda de acuerdos en materia de procedimientos de consulta y cooperación. De forma

le/20121220163731/fallo_a_favor_subsecretaria_interior___rol_6704_2011_correos_melipilla_.pdf

36 En este sentido. Corte Suprema. "Omar Alejandro Figueroa Silva con Carabineros de Chile". 30.08.2012. Rol: 5322-2012.

37 OCDE. "Directrices de la OCDE relativas a la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales", 23 de Septiembre de 1980. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdelInteres/OCDE-Directrices-sobre-protecci-oo-n-de-privacidad-Trad.pdf>

más relevante, rige en los países de la Unión Europea la “Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, o Directiva sobre Protección de Datos Personales. A partir de ella, se establecen estándares dentro de los cuales es permitido a países fuera de la Unión Europea hacer intercambio de datos personales con ellos.³⁸

I.3. La protección de los datos personales y su relación con la privacidad

I.3.1. Lineamientos generales de la Ley 19.628

En el contexto de la tramitación de la inicialmente llamada “Ley de protección de la vida privada”, durante el segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados determinó la especialización del contenido de la ley general sobre privacidad hacia una ley específica y dedicada a los datos personales, que respondiera a ciertos principios como la legitimidad de los medios para la recolección de datos personales, la finalidad como factor determinante de la licitud del tratamiento y el resguardo de antecedentes que constituyen “información sensible”.³⁹

Con lo anterior, la ley sobre privacidad y sus lineamientos generales se transforman en la Ley 19.628 del año 1999, sobre protección de datos personales, cuyo objetivo es su protección, principalmente en el ámbito del consentimiento para su tratamiento, la regulación de los datos especialmente protegidos, la calidad de los datos y su seguridad, el deber de secreto y la cesión de los datos.

I.3.2. Contenido de la Ley 19.628

En los cuadros siguientes veremos el contenido sustancial de esa iniciativa de ley y su evolución parlamentaria, hasta llegar a lo conocido hoy.

.....

38 Al respecto, véase CERDA SILVA, Alberto. “El ‘nivel adecuado de protección’ para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXX-VI, 1er Semestre 2011. Valparaíso, PUCV, pp. 327–356.

39 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, p. 142

Proyecto original: Proyecto de ley sobre protección civil de la vida privada (fecha: 5 de Enero de 1993)

Ley 19.628: protección de datos de carácter personal

No contempla título preliminar

Título preliminar: Disposiciones generales

El tratamiento de datos personales en registros o bancos de datos, sujeta a la ley, con excepción de las efectuadas en el ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar.

Define además conceptos rectores para el desarrollo de la ley, tales como almacenamiento, bloqueo, dato en sus distintas acepciones (caduco, estadístico, personal y sensible), fuentes accesibles al público, registro o banco de datos, responsable del registro, titular, entre otros.

Título I: Disposiciones generales

Trata la protección frente a cualquier intromisión ilegítima a la vida privada, constituida por la propia imagen, la intimidad personal y familiar, el anonimato y reserva, la vida tranquila y la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada.

Se refiere este título a la imposibilidad de fundar decisiones judiciales en intromisiones ilegítimas a la vida privada y el uso de estudios de mercado o sondeos para fines distintos para los que fueron requeridos.

Sobre las características de la vida privada, señala que esta es irrenunciable e imprescriptible, incluyendo de la memoria de la persona fallecida.

Contempla una presunción de ilegitimidad a toda intromisión a la vida privada de una persona.

Título I: De la utilización de datos personales

Es relevante la referencia a los siguientes aspectos como regla general:

El tratamiento de los datos personales solo puede realizarse con autorización del titular o la ley.

La posibilidad de establecer un procedimiento automatizado de transmisión.

La utilización de datos solo para los fines que hayan sido recolectados.

Los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento.

| | |
|---|---|
| <p>Título II: De la protección de datos</p> <p>Establece la informática como “las operaciones realizadas por medios automáticos, relativos a la recogida, registro, elaboración, modificación, conservación y destrucción de informaciones, así como las operaciones de la misma naturaleza referentes a la explotación de ficheros o bases de datos y a las interconexiones o cotejos, consultas o comunicaciones de informaciones”, sistema al servicio de las personas, realizada con el respeto a la vida privada, exigiendo el consentimiento del titular para el procesamiento de datos, regulando este último tema.</p> <p>Contempla la ley el derecho a la solicitud de rectificar, completar, aclarar o actualizar datos y la indemnización en el caso de sufrir perjuicio.</p> | <p>Título II: De los derechos de los titulares de datos</p> <p>En este capítulo se consagran los derechos de información, modificación, cancelación o bloqueo.</p> |
| <p>Título III: De las intromisiones ilegítimas a la vida privada</p> <p>Se determinan los casos en que una intromisión es ilegítima y aquellos en que no. Entre los primeros se consideran las escuchas, filmación u otro medio apto para reproducir la vida íntima o para el conocimiento de esta. La divulgación o revelación de información, utilización del nombre, el acoso reiterado e ilegítimo mediante llamadas, correspondencia y acecho del hogar y, en general, todo acto u omisión arbitrario que moleste, amenace o perturbe al titular; la imagen de una persona cuando sea manifiestamente accesoria a la información y los casos en que el titular hubiere otorgado su consentimiento.</p> | <p>Título III: De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial</p> <p>Los responsables de registros o bancos de datos solo podrán comunicar información de la que trata este título, cuando estas consten en letras de cambio y pagarés protestados, el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a legislación común, entre otras.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Se trata la difusión de hechos concernientes a la vida privada, lo cual no les quita este carácter, ni impide el ejercicio de las acciones civiles.</p> | |
| <p>Título IV: De las acciones a que dan lugar las intromisiones ilegítimas en la vida privada</p> <p>Protege la privacidad mediante la acción civil, regulando la indemnización de perjuicios.</p> | <p>Título IV: Del tratamiento de datos por los organismos públicos</p> <p>Por regla general, el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público solo podrá efectuarse respecto de materias de su competencia y con sujeción a las reglas establecidas en la ley.</p> |
| <p>Título V: Tribunal competente y del procedimiento</p> <p>Es competente el Juez de Letras del domicilio del demandante.</p> | <p>Título V: De la responsabilidad por las infracciones a esta ley</p> <p>El responsable del banco de datos, sea persona natural o jurídica, deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare el tratamiento indebido de datos personales, sin perjuicio de la obligación de eliminar, modificar o bloquear datos de acuerdo a lo requerido por el titular u ordenado por el titular, en procedimiento sumario.</p> |
| <p>No contempla título final</p> | <p>Título Final</p> <p>Se agrega al Código Sanitario la reserva de las recetas médicas y el análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud.</p> |

Esa variación de contenido adquiere sentido, tal como informara la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, como una materialización de aspiraciones más acotadas y concretas, pero también implica reconocer el relativo abandono de las materias no consideradas en aquella instancia legislativa.

1.3.3. Categorías de datos en la ley

En el ámbito general, la ley delimita en el artículo 2° conceptos claves para el desarrollo de los capítulos, entre los que se cuentan aquellos referidos a las categorías de datos:

- Los datos de carácter personal o datos personales son definidos como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, en los mismos términos en que es definida en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales que versan sobre la materia.
- Los datos sensibles, limitados a aquellos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Además de esto, presenta la caracterización de dato caduco y dato estadístico. El primero es aquel que ha perdido actualidad por disposición de la ley, cumplimiento de la condición o expiración del plazo señalado para su vigencia, cambio de los hechos o circunstancias que consigna si no hay norma expresa. Es dato estadístico aquel que no puede ser asociado a un titular identificado o identificable.

1.3.4. Sujetos en el tratamiento de datos personales

En el desarrollo de la ley son considerados el responsable del registro o banco de datos y el titular de los datos, conceptualizados en los siguientes términos:

- **Responsable del registro o banco de datos**, la persona natural, jurídica privada o el respectivo organismo público a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal y quien responde frente al titular de los datos.
- **Titular de los datos**, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.

La ley chilena no contempla expresamente la figura del “encargado” de datos personales (la persona que realiza el tratamiento de los datos y que responde frente al “responsable”), pero determina la figura del “mandatario” en el artículo

8°, análoga a la considerada en otras legislaciones, como la española, donde el encargado es caracterizado como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento” (artículo 3 letra g. de la ley 15/1999). Establece la ley en forma general que al mandatario se aplicarán las reglas generales del mandato, el cual deberá ser otorgado por escrito con expresa constancia de las condiciones, respetando las estipulaciones de su encargo.⁴⁰

La Ley 19.628, al referirse a datos personales, se avoca únicamente a los datos personales vinculados a personas naturales. No se hace cargo del tratamiento de la información de personas jurídicas, dejando dicha regulación a las normas generales sobre secreto, propiedad, propiedad industrial, entre otras.

1.3.5. Tratamiento de datos

El tratamiento de datos es el objeto de regulación de la ley. Se define al tratamiento como “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o 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”.

Son relevantes, en términos generales, los siguientes puntos:

- a. Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, de manera concordante con la ley y para los fines permitidos, con respeto a los derechos fundamentales.⁴¹
- b. El tratamiento solo puede efectuarse cuando la ley o el titular consienta expresamente en ello.

.....

40 La figura del “encargado”, caracterizado como aquel que realiza el tratamiento de datos personales por cuenta del “responsable” del banco de datos, es confundido en Chile con este último, definido en la letra n) del artículo 2 de la Ley 19.628.

41 En relación a este punto, es importante señalar que en Chile la Ley 19.628 establece la obligación de registro de bases de datos solo a los organismos públicos. Así, el artículo 22 de la ley prescribe que es el Servicio de Registro Civil e Identificación el encargado de dicho registro constando el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, tipos de datos almacenados y la descripción del universo de personas que comprende; quien debe proporcionar los antecedentes necesarios para la confección de los datos es el propio organismo público al iniciar las actividades del banco, comunicando cambio ocurrido dentro de los 15 días desde que se produzca.

- c. No requiere autorización el tratamiento de datos que provengan de fuentes accesibles al público.
- d. Existe obligación de guardar secreto sobre las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, cuando hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público.
- e. Los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento, salvo las excepciones legales.
- f. Los titulares de datos tienen derecho a exigir al responsable de datos: información, modificación, cancelación, bloqueo y eliminación de los datos que este tenga.
- g. Los organismos públicos podrán tratar datos en materias de su competencia sin consentimiento del titular, mientras estén sujetos a la ley.
- h. La responsabilidad recae en el responsable y supone la indemnización del daño patrimonial y moral por el tratamiento indebido de datos.

Es importante constar que en Chile, a diferencia de otras legislaciones, no existe una obligación legal de registro de las bases de datos personales, salvo en el caso de los organismos públicos.

I.3.6. Derechos asociados a la protección de datos personales

Para los derechos de acceso o información, modificación o rectificación, cancelación y bloqueo, existen reglas comunes aplicables a todos ellos, entre las que pueden ser consideradas la gratuidad de la información, modificación o eliminación de los datos; la imposibilidad de limitación de alguno de los derechos entregados por la ley por medio de ningún acto o convención; la posibilidad de negarse a la información si esta entorpece el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras o afecte la reserva o secreto en ley y cuando así lo exija la seguridad de la nación o el interés nacional; por último, sobre la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos establecidos en la ley, estas acciones no podrán pedirse.

a. Derecho de acceso o información

La historia de la Ley 19.628, en el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados,⁴² conceptualiza el derecho a la información como aquel que tiene cualquier persona para conocer que sus datos son objeto de tratamiento automatizado, la finalidad de los mismos y el responsable de la base; por su parte, el derecho de acceso es caracterizado como el que tiene el afectado para solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en las bases de datos.

.....

42 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada. Página 172.

El derecho de acceso está definido en la Ley 19.628, en la letra i) del artículo 2, conceptualizando las fuentes accesibles al público como todos aquellos registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes. Por su parte, el artículo 14 establece que si los datos personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos, el titular puede requerir información a cualquiera de ellos; el artículo 16 señala el procedimiento.

b. Derecho de modificación o rectificación

El derecho de modificación de datos se encuentra definido en la letra j) del artículo 2 de la Ley 19.628 como todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos, conceptualizado en la historia de la ley como aquel que tiene por objeto obtener la corrección o integración de aquellos datos que figuren de manera inexacta o incompleta. Está llamado, asimismo, a posibilitar la actualización de la información que se haya visto desfasada. El artículo 6° establece la modificación cuando los datos sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

c. Derecho de cancelación

La historia de la Ley 19.628 conceptualiza el derecho de cancelación como aquel que requiere eliminar de la base de datos aquellos datos personales que ya no deban figurar en él, bien porque nunca debieron ser registrados, bien porque, habiendo sido recogidos legalmente, alguna causa exija su supresión. La ley define la eliminación o cancelación de datos en la letra h) del artículo 2, señalando que corresponde a la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello, contempla además en el artículo 6° la eliminación o cancelación cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.

d. Derecho de bloqueo

El derecho de bloqueo es definido en la letra b) número 2 de la Ley 19.628 como la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados. La historia de la ley consagra este derecho como todo aquel cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

1.3.7. Jurisprudencia relevante en materia de datos personales

La jurisprudencia ha tratado a la Ley 19.628 atendiendo distintos aspectos de ella. Sobre la responsabilidad por publicación de antecedentes sin fundamento

legal,⁴³ ha dado cuenta de la existencia de dos tipos de acciones consagradas en la ley, el Habeas Data y la acción de reparación de perjuicios, donde el primero constituye la facultad del afectado de obtener la modificación, eliminación o bloqueo de datos, sea por su requerimiento o por disposición judicial, mientras que el segundo contempla la reparación patrimonial y moral en el caso de inobservancia del deber de cuidado exigido en el tratamiento de datos, caracterizado por haber hecho público datos ilícitos, inexactos, erróneos equívocos, incompletos, caducos o que no correspondan con veracidad a la situación real del titular de los datos. Lo anterior determina qué conductas son causal de un tratamiento indebido, considerando dos elementos copulativos: negligencia e información o publicación de antecedentes erróneos o que no correspondan con la verdad.

En este sentido, y en relación al tratamiento de los datos de terceros y al derecho del titular de los datos a exigir la cancelación o el bloqueo, en concordancia con el derecho al olvido y a la honra de la persona,⁴⁴ se ha establecido que el titular de datos tiene este derecho fundado en determinadas circunstancias, como garantía en el I9 N° 4 y normas específicas de acuerdo al tema tratado. En el caso de las instituciones financieras que publican deudas impagas, se regirán por las respectivas normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, donde la regla rectora es que el estado de deudor solo subsiste mientras no se pague y en caso de no encontrarse extinguida la obligación, mientras exista título ejecutivo y hasta que se encuentren siguiendo las ejecuciones. Se establecen además los principios rectores del tratamiento de datos de terceros, basado en la autodeterminación, racionalidad, congruencia y veracidad. Sobre este último punto, es relevante el concepto de “verdad en el tiempo”, relacionado con el derecho al olvido, cuyo objetivo es evitar que la carga del pasado aplaste a la persona, haciéndole perder su libertad y le impida renovar o rehacer su personalidad, privilegiando la intimidad por sobre la información luego de transcurrido un determinado periodo de tiempo, sin perjuicio que esta sea verdadera.

Sobre los datos sensibles, es posible encontrar jurisprudencia técnica y cotidiana.⁴⁵ Sobre la primera, en relación a la Ley 19.223 relativa a delitos informáticos, el artículo 4 sanciona al que maliciosamente revele o difunda los datos conte-
.....

43 Banco Santander Banefe con Lobos Quijanos Angel. Rol: 6968-2010.

44 Rosa Hidalgo Aguirre con Banco BBVA. Rol: 1705-2012

45 Carlos Eltit Ortega con Presidente de la Directiva del Condominio Las Palmas II y otro. Rol: 9702-2012.

nidos en un sistema de información, considerando el empleo de procedimiento dolosos destinado a afectar el sistema de tratamiento y almacenamiento de datos, y la posterior difusión a terceras personas de la información obtenida por medios ilícitos, siendo el bien jurídico protegido precisamente los datos sensibles (“núcleo duro de la intimidad”⁴⁶); sobre los aspectos cotidianos, son considerados datos sensibles las visitas que una persona recibe y que son anotadas en “libro de novedades” de un condominio o edificio, ya que dan cuenta de sus rutinas, sus costumbres, preferencias, hábitos personales, etc., aspecto que claramente se encuentra dentro del marco establecido por la ley precitada. En razón de esto, su divulgación y tratamiento únicamente puede ser efectuado cuando el titular consienta en ello o la ley lo autorice.

Es relevante la situación en Costa Rica, país en el cual la circular N° 42 de marzo de 2013, sobre eliminación de los datos personales en la información generada a partir del 5 de marzo de 2013, en relación a la ley sobre protección de la persona frente al tratamiento de sus datos, permite la despersonalización de datos sensibles en las sentencias judiciales, entre los que se consideran el nombre, cédula de identidad y otros considerados como datos sensibles.

Un aspecto final en relación al uso de las bases de datos está vinculado con la flexibilidad en la materia, esto es, la facilidad en el traspaso de aquellos datos obtenidos para fines específicos, la cual puede ser obtenida de forma abierta y gratuita o a bajos precios. Lo anterior se refleja en la venta de bases de datos, que trataremos en los capítulos siguientes, principalmente en aquel referido a datos electorales.

.....
46 con Sergio Valenzuela Cruz y otro Rol: 3951-2012 .

2. Privacidad en la administración de justicia

2.1. El principio de publicidad en la administración de justicia

La administración de justicia constituye una de las instancias de interacción entre el individuo y el Estado en que más relevante se vuelve la entrega de información, a fin de que el tercero imparcial (el juez) llegue a la resolución del conflicto con la mayor cantidad posible de antecedentes

Conforme a la ley, los actos del poder judicial tienen carácter público o privado, atendiendo ciertas características propias del procedimiento y con especial consideración a la colisión de derechos fundamentales, como el derecho a la información, a la intimidad y al honor. Entre esas actuaciones se incluyen todas aquellas diligencias y resoluciones que forman parte del expediente, de la carpeta investigativa o de la universalidad correspondiente, aportadas por las partes, por el tribunal o por otros organismos destinados a tal efecto, en el contexto de un procedimiento judicial.

El principio de publicidad, como rector del actuar de los tribunales de justicia, es definido por la doctrina como “la facultad que la ley confiere a toda persona para imponerse de las actuaciones judiciales, aun cuando no sea litigante interesado en ello, a través de los medios que la misma ley le franquea”.⁴⁷ Sin perjuicio de la regla general de publicidad de las actuaciones judiciales, existen operaciones que representan la excepción, entre ellas: el acuerdo de los tribunales superiores de justicia, el pliego de posiciones (la lista de preguntas destinada a producir la confesión en un juicio), el libro de jueces donde se aplican medidas disciplinarias, el juicio de divorcio, nulidad y separación del matrimonio si procede y la etapa sumaria en el antiguo procedimiento penal, entre otras.

La publicidad de los procedimientos judiciales no es un requisito directamente establecido en la Constitución, sino que se considera como parte del debido proceso legal (artículo 19, número 3). Importa su consideración como garantía, por entenderse que “la única posibilidad efectiva de garantizar un adecuado comportamiento de los jueces, una defensa efectiva, de controlar la suficiencia de la prueba, entre otros aspectos, es por medio de la realización del juicio de manera pública, frente al conjunto de la ciudadanía”,⁴⁸ evitando así la violación

47 CORREA SELAME, Jorge, 2005. Curso de Derecho Procesal. Tomo I, Derecho Procesal Orgánico. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. P.104

48 RIEGO, Cristián. “El proceso penal chileno y los derechos humanos”. Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/

de derechos fundamentales provocados por la reserva de información.

En las páginas siguientes abordaremos aspectos generales de la garantía constitucional de protección a la vida privada en relación con el secreto de los actos de la administración de justicia y del resguardo de los datos de intervinientes del procedimiento. En un capítulo posterior nos avocaremos a la problemática de la intromisión en el contexto de una investigación criminal.

2.2. Aspectos legales

2.2.1. Regulación en general

Como hemos mencionado, en materia de actos de administración de justicia, la regla general es la publicidad, consagrada en la Constitución Política, en el Código Orgánico de Tribunales y en la Ley de Transparencia.⁴⁹

Las excepciones de las que habla la ley son determinadas sectorialmente en atención a las características de cada procedimiento, circunstancias y, en específico, de las personas que en él participan. Así, es posible considerar las siguientes normas relevantes:

Código Orgánico de Tribunales

El Código Orgánico de Tribunales habla de actividades reservadas relacionadas con la operación de los tribunales, más que con los derechos de las personas.

Art. 81 COT. “Las Cortes de Apelaciones celebrarán sus acuerdos privadamente; pero podrán llamar a ellos a los relatores u otros empleados cuando lo estimen necesario”.

.....

Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/especiales/CAJ_n04_Serie_Publicaciones_Especiales.pdf

49 Establece la Constitución en el inciso segundo del artículo 8° que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”; el Código Orgánico de Tribunales consagra en el artículo 9° la publicidad de los actos de los tribunales, salvo las excepciones legales; finalmente, la ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece en el artículo 7° criterios de transparencia activa aplicables a los órganos de la administración del Estado.

Art. 375 COT. “Se prohíbe a los relatores revelar las sentencias y acuerdos del tribunal antes de estar firmados y publicados”.

Código Penal

Determina en el artículo 224 la inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos, en el contexto del delito de prevaricación para aquel que revele secretos del juicio. Lógicamente, ello alcanza a la información reservada que concierna a las personas involucradas.

Código Procesal Penal

El artículo 1º del Código Procesal Penal establece como derecho de toda persona la existencia de un juicio previo, oral y público. En este sentido, los registros de actuaciones del juez son por regla general públicos (artículo 44) para los intervinientes y para los terceros, salvo las excepciones legales o la restricción del tribunal durante la investigación o tramitación para evitar la afectación de su normal substanciación o el principio de inocencia. Sin perjuicio de lo anterior, los registros son públicos luego de 5 años desde que comienza su tramitación.

En el contexto de protección a las víctimas por parte del Ministerio Público, el fiscal puede adoptar o solicitar medidas durante todo el juicio para la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados (artículo 44). En esta línea, los funcionarios policiales cuentan con prohibición de informar a los medios de comunicación acerca de la identidad de los detenidos, imputados, víctimas, testigos y otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible (artículo 92).

Las actuaciones de investigación por el Ministerio Público y por las policías (artículo 182) tienen el carácter de secreto para los terceros ajenos al procedimiento, sin perjuicio de que el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes cuando la eficacia de la investigación lo requiera, señalando claramente las piezas o actuaciones que permanecerán en secreto, siempre que no se refieran a la declaración de imputado o cualquier otra actuación que haya intervenido o tenido derecho a intervenir, por un plazo no superior a cuarenta días

Sobre la publicidad en la audiencia de juicio oral (artículo 289), el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, alguna medida necesaria para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto

protegido por la ley. Estas medidas tienen relación con el acceso o salida de las personas de la sala de audiencias, prohibición de realizar declaraciones frente a los medios de comunicación, entre otras de similares características.

Otras normas tratan la protección del domicilio del testigo (artículo 307), cuando exista temor de peligro para él u otra persona.

Código de Procedimiento Civil

El artículo 349, al referirse a los instrumentos (es decir, documentos) como medio de prueba en el juicio civil, establece sobre la exhibición de aquellos los limitantes de tener relación directa con la cuestión debatida y que no tengan el carácter de secretos o confidenciales. En otras palabras, no sirve como medio de prueba la solicitud de mostrar en juicio un documento cuyo carácter es secreto.

2.2.2. Regulaciones específicas

Procedimientos ante tribunales de familia

La Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, consagra la publicidad de todas las actuaciones y procedimientos administrativos del tribunal, con excepción de aquellas en que exista peligro de afectación del derecho a la privacidad de las partes, si así ha sido solicitado por alguna de ellas. Las medidas contempladas constituyen el impedimento del acceso o la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia, el impedimento del acceso del público en general o la orden de su salida para la práctica de diligencias específicas.

En el contexto de los procedimientos por violencia intrafamiliar se trata la privacidad de forma más específica, consagrándose la reserva de la identidad del denunciante (quien da cuenta del hecho delictivo) o demandante (quien junto con dar cuenta de un hecho delictivo, presenta peticiones al tribunal).

En el ámbito de la mediación (la búsqueda de solución, a veces obligatoria, en una etapa prejudicial), se conserva entre los principios rectores la confidencialidad de todo lo visto y escuchado por el mediador y la imposibilidad de invocarlo en juicio en el subsiguiente procedimiento judicial. Esta clase de confidencialidad se encuentra amparada por el secreto profesional del mediador.

En materia de matrimonio, separación, nulidad y divorcio, la Ley 19.947, sobre Matrimonio Civil, expresa en su artículo 86 que el proceso será reservado, a menos que el juez, fundadamente y a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario.

En materia de filiación, de acuerdo con la modificación del Código Civil introducida por la Ley 19.585, la investigación de la paternidad o maternidad a través de las “acciones de filiación”,⁵⁰ constituye un procedimiento de carácter secreto hasta que se dicte sentencia de término, es decir, durante la etapa de investigación, con la posibilidad de acceder a los antecedentes las partes y sus apoderados judiciales.

En materia de adopción de menores, conforme a la ley N° 19.620, el principio rector es el interés superior del niño, por lo que se establece una serie de normas para resguardar la identidad de las partes y los antecedentes recogidos dentro del procedimiento. Para lo anterior, el legislador enfatiza en la reserva del procedimiento respecto de terceros distintos de los solicitantes con ocasión del cuidado personal (artículo 19) y, en general, la reserva de todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción, sin perjuicio de la posibilidad de renuncia a esta reserva por expresa solicitud de las partes. El adoptado es protegido en su identidad anterior mediante la cancelación de la antigua inscripción de nacimiento y las medidas administrativas conducentes a este mismo fin (artículo 26, número 3).

Por último, también en materia de adopción, existen sanciones especiales para el funcionario público que revele o permita que otro revele los antecedentes reservados de que tenga conocimiento en razón de su cargo, sancionando con pena de suspensión del empleo, consistente en su grado mínimo de 61 días a un año, y en su grado medio de un año y un día a dos años, además de multa. En caso de reiteración, la pena será la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa, pena que se aplicará si en razón de la revelación se ocasionare daño al menor o a sus padres biológicos o adoptivos. Se establecen también multas para quien revele los antecedentes teniendo conocimiento de su carácter (artículo 39 y 40).

Por lo anterior, la publicidad no es propiamente la regla general en los tribunales de familia, en razón de la reserva que direcciona los procedimientos específicos. Ellos son caracterizados principalmente por la protección a la vida familiar desarrollada en el contexto de las relaciones íntimas, además de situaciones que comprometen el interés del menor o la honra de las personas. Lo anterior supone que los procedimientos en general tengan el carácter de reservados, impidiendo la simple toma de conocimiento por los terceros e impidiendo el acceso libre, tanto en forma presencial como a través del sistema informático, requiriéndose para este último un usuario y una clave secreta personal e

50 Con el término “acciones de filiación” nos referimos genéricamente a acción de reclamación de filiación, acción de impugnación de filiación, acción de desconocimiento de filiación y acción de nulidad del reconocimiento.

intransferible, que solo permite la consulta de aquellas causas en que figura como abogado habilitado o parte del proceso.

Delitos sexuales

Los delitos sexuales en Chile están regulados en el Código Penal, donde son relevantes las medidas necesarias que debe adoptar el tribunal para garantizar la reserva y asegurar la privacidad de las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima. Destacan entre estas medidas aquellas que tratan sobre las instituciones que realizan los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el cuerpo del delito (esto es, comprobar el hecho de haberse cometido un ilícito) y a identificar a los partícipes en su comisión, información que será constatada en un acta y custodiada bajo estricta reserva en la dirección del establecimiento de salud por un periodo no inferior a un año, para ser remitidos al tribunal, situación que consta en el artículo 182 del Código Procesal Penal.⁵¹

El cambio de sexo en materia civil

La identidad legal en Chile está vinculada al sexo en una distinción binaria, como masculino o femenino. Cuando no existe un correlato entre el sexo con el que se identifica socialmente una persona y aquel con el que es reconocido legalmente, es probable que exista intención de superar esa disonancia. Pero no existe un procedimiento legal especial para regular el cambio de sexo, por lo que debe recurrirse a los tribunales por medio del procedimiento civil ordinario, que por regla general es público y susceptible de revisión por terceros ajenos al procedimiento.

.....

51 Código Procesal Penal, Artículo 198. "Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal. Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes. Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público."

El procedimiento ordinario consiste en la presentación de una demanda ante un juzgado civil, acompañada de documentación relevante para el convencimiento del juez, entre la que se cuentan⁵² los diagnósticos de psiquiatra y psicólogo, y certificados que acrediten las operaciones quirúrgicas genitales y el tratamiento hormonal en transexuales. El o la demandante es sometido a evaluaciones solicitadas por los tribunales al Instituto Médico Legal. Junto con esto, el demandante debe presentar testigos que acrediten que se lleva una vida como persona del sexo opuesto al legal, que ha sido conocido y reconocido por su nombre de varón (o de mujer) por lo menos durante 5 años.

Lo anterior es relevante para este estudio, ya que se trata de datos sensibles protegidos por la Ley 19.628, que sin perjuicio de esto, se encuentran expuestos al escrutinio público. Situación avalada por la normativa al no establecer causales de reserva para este tipo de procedimiento, que por su naturaleza debería contar con regulación especial.

2.3. Casos

La jurisprudencia se ha referido a la reserva de la información en los procedimientos administrativos y en particular en los procedimientos de la administración de justicia, a través del conocimiento de las Cortes de Apelaciones de casos que han sido rechazados por resolución del Consejo para la Transparencia y que han sido objeto de reclamo de ilegalidad.⁵³ Así, se ha enfatizado en la publicidad como principio general que rige los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos de los órganos del Estado y la necesidad de una ley de quórum calificado para establecer reserva o secreto, procedente en los casos que afectare el cumplimiento de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

En amparo presentado al Consejo de Transparencia,⁵⁴ en el que se solicita se informe respecto de la identidad de la persona que presentó una denuncia

52 Informe sobre Chile –Violación a los DDHH de Personas Transexuales. Quinta Ronda del Examen Periódico Universal ONU (Organización de las Naciones Unidas). Disponible: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/03/EPU-OTD.pdf>

53 En este sentido: Corte de Apelaciones de San Miguel. . “Vásquez Tapia Luis Alberto con Consejo para la Transparencia” Rol: 1391-2012, 13/05/2013. Corte de Apelaciones de Santiago. “Universidad de Santiago con Consejo para la Transparencia”. Rol: 7855-2012. 27/03/2013.

54 Corte de Apelaciones de Punta Arenas. “Muñoz Barría Carolina Angélica con Consejo para la Transparencia”. Rol: 262-2012. 25/02/2013

en contra de local comercial, denunciante que se ha identificado con nombre falso, la Corte de Apelaciones determina, luego de reclamo de ilegalidad, que “el nombre del denunciante constituye un atributo de la personalidad y dato personal del cual él es titular y, como tal, está amparado por la Ley 20.628 y solo con su consentimiento se puede entregar o publicar dicho dato, a menos que se obtenga de una fuente accesible al público”.

3. Privacidad en la persecución penal

3.1 El principio de publicidad en materia penal y sus excepciones

La regla general en Chile caracteriza a los procesos como públicos, idea reforzada en el artículo 1° del Código Procesal Penal, como garantía de transparencia y de susceptibilidad de escrutinio. Sin perjuicio de ello, existen excepciones en algunas normas, en atención a las personas que participan y la naturaleza de los juicios, los cuales eventualmente podrán afectar garantías fundamentales, tales como el honor y la intimidad.

El carácter reservado de las actuaciones hechas conforme al Código Procesal Penal se presenta en la etapa de investigación para los terceros ajenos al procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de reserva cuyo fundamento sea la eficacia de la investigación, principalmente para la protección de las víctimas y testigos de algunos delitos. Así, las propias directrices otorgadas a los fiscales del Ministerio Público hace referencia directa a la “necesidad de conciliar el derecho a defensa del imputado con la necesidad de proteger a víctimas y a terceros que colaboren con la misma, quienes puedan verse expuestos a una condición objetiva de riesgo, como consecuencia del aporte que efectúan al esclarecimiento de hechos de relevancia criminal”.⁵⁵

.....
55 Oficio Fiscalía Nacional N° 246. Complementa instructivo N° 32 del año 2000. “La reserva de identidad como medida de protección de los testigos”. Santiago, Mayo 27 de 2004.

3.2. Aspectos legales

3.2.1. Ley 19.696: el proceso penal actual⁵⁶

En general, el sistema de protección propio del Código Procesal Penal tiende a un equilibrio de intereses entre la persecución penal y los derechos de los intervinientes. Sin embargo, los mecanismos de resguardo suponen un estricto apego a la ley para mantener su efectividad, debiendo existir orden judicial previa y específica antes de cualquiera medida capaz de atentar contra derechos fundamentales.

Contempla una serie de medidas intrusivas regladas y armonizadas con los principios de legalidad y proporcionalidad como fundamento de la procedencia de las actuaciones, sin perjuicio de contener en sus procedimientos elementos que atentan contra la vida privada y honra de la persona. Estas diligencias contemplan exámenes corporales y médicos, entrada y registro en lugar cerrado, retención e incautación de correspondencia, interceptación de comunicaciones, incautación de objetos y documentos.

.....

56 Es importante mencionar sobre el modelo de enjuiciamiento o procedimiento penal “antiguo” en Chile, que estuvo vigente desde 1906. Permanece operativo solamente respecto de las causas ya abiertas o bien para delitos no prescritos cometidos durante su vigencia, la aplicación de un modelo inquisitivo en dos etapas. La primera, de investigación o “sumario”, en que un juez hacía las veces de conductor de la investigación, para posteriormente acusar al procesado o reo. Con la acusación partía la etapa de “plenario”, en que se presentaban las pruebas a favor y en contra, para culminar con la sentencia.

El artículo 78 otorga el carácter secreto a las actuaciones de la etapa de sumario por regla general, las cuales están formadas a partir de la investigación de los hechos que constituyan el crimen o simple delito, para determinar el o los responsables y las circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad, es decir, las diligencias dirigidas a preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos y asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria, como es establecido en el artículo 76.

Otras diligencias con carácter reservado dentro de esta ley están constituidas por el resguardo a la identidad de la víctima en los delitos de pena aflictiva (esto es, delitos especialmente graves, sancionados con pena privativa de libertad por período superior a tres años), al acordar la libertad provisional; en referencia a incesto y al acceso carnal a un menor de 18 años del mismo sexo sin que medien las circunstancias de violación ni de estupro establecidas en el Código Penal; la reserva a la identidad del testigo respecto de terceros si así lo requiere; y la reserva de los datos y conclusiones de los peritos, entre otras.

Como hemos mencionado, dicho procedimiento está en proceso de abandono y cierre, habiéndose implementado en todo el territorio nacional el actual proceso penal.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, el Código Procesal Penal establece normas relevantes para ello. El artículo 19, en su inciso segundo señala, sobre los requerimientos de información con carácter secreto que solicite el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal a otros órganos del Estado, que “se atenderá observando las prescripciones de la ley respectiva, si las hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguraren que la información no será divulgada”; luego, el inciso cuarto entrega la decisión a la Corte Suprema si la autoridad establece que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional.

Sobre el secreto de las actuaciones de investigación, el artículo 182 establece que ellas serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento; solamente el imputado y los demás intervinientes en el proceso están facultados para examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación, con excepción de aquellas piezas o actuaciones precisamente identificadas que el fiscal determine que deben ser mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes cuando sea requerido para la eficacia de la investigación y cuyo plazo no exceda los cuarenta días.

En este sentido, no es posible la declaración de secreto respecto de las actuaciones en que ha intervenido o ha tenido derecho a intervenir el imputado, las actuaciones en que participare el tribunal ni los informes de peritos respecto del imputado o su defensor.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación o que tengan conocimiento de las actuaciones tienen la obligación de guardar secreto; en caso contrario se constituye el delito de violación de secretos del Código Penal. La posibilidad de abstenerse de declarar en ciertos casos por razón de secreto procede para aquellas personas que por su estado, profesión o función legal tuvieren el deber de guardar secreto que les hubiere confiado en los aspectos relativos a dicho secreto.⁵⁷

En materia de reserva, el artículo 236, inciso segundo, trata la autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado, después de la formalización. El juez podrá autorizar tales diligencias “cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”.

El artículo 246 establece la reserva sobre el registro en que el Ministerio Público deja constancia de los casos en que se decretare suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado.

.....

57 Al respecto, véase el capítulo referido al secreto profesional.

En lo referido a la identidad, recae sobre la policía la prohibición de informar del artículo 92, que impide entregar a los medios de comunicación la identidad de los “detenidos, imputado, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible”; en materia de testimonial, el artículo 307 permite el resguardo de la identidad del testigo, previa solicitud y decreto de la prohibición.

El artículo 78 letra b), sobre protección e información a víctimas, dispone que podrá ordenar el tribunal o solicitar las víctimas por sí mismas las medidas destinadas a su protección y la de su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados. En este sentido, el artículo 308, en su inciso segundo, establece que el Ministerio Público, por sí mismo o a petición de parte, debe adoptar las medidas procedentes para proteger a la víctima o al testigo antes o después de prestadas sus declaraciones.

3.2.2. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad

La ley sobre conductas terroristas permite, por petición del Ministerio Público al Juez de Garantía, la interceptación, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica, de todas aquellas conductas que califiquen como terroristas por la ley, cuando los hechos se cometan con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie.

3.2.3. Tráfico de estupefacientes

La ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, establece entre los medios de restricción y otros medios técnicos de investigación, la retención o incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, bastando la consignación de circunstancias que individualicen al sujeto o lo determinaren, sin necesidad de indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida.

La investigación puede ser secreta para los intervinientes cuando lo disponga el Ministerio Público por un plazo máximo de 120 días, renovables sucesivamente por plazos máximos de 60 días; no aplica la posibilidad de control judicial anterior a la formalización establecida en el Código Procesal Penal, mediante la cual cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente podrá pedir al juez que le ordena al fiscal que informe sobre los hechos objeto de la investigación o fije un plazo para la misma. Finalmente, sanciona con la pena de presidio menor en su grado

medio a máximo a quien informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación en curso o amparada por el secreto.

3.2.4. Procesos por delitos económicos: el Decreto Ley N° 211

La Fiscalía Nacional Económica es el órgano público encargado de investigar y perseguir los atentados contra la libre competencia ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esto supone un mecanismo de persecución distinto en esta clase de delitos. El DL 211, que regula su funcionamiento, trata la reserva a propósito de la prueba instrumental sobre fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, sin perjuicio de la posibilidad de ordenar en cualquier etapa del procedimiento la preparación de una versión pública del instrumento, para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo.

El Fiscal Nacional Económico puede autorizar a la policía a entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos; autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones a que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella en casos graves y calificados.⁵⁸

En Auto Acordado n° 11/2008 sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos⁵⁹ se establecen como fundamento de los resguardos: el perjuicio grave a las personas o la sociedad en general y la importancia de la información estratégica. Es en relación a esos fines que se mantiene el resguardo de información personal, tal como se explica en el párrafo anterior.

.....

58 Esto es admisible para acreditar los acuerdos expresos o tácitos entre competidores o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación, que son objeto de la competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

59 Auto Acordado N° 15/2012, fija el texto refundido del Auto Acordado N° 11/2008 de 26 de noviembre de 2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2011%20Refundido.pdf>

3.3. Casos

3.3.1. Antecedentes del Ministerio Público

Según ha reconocido la Corte de Apelaciones de Santiago,⁶⁰ todo aquello que forma parte de los antecedentes e informaciones penales que llevan a cabo los fiscales del Ministerio Público tiene carácter secreto, aunque por sí solos no se encuentren protegidos por norma expresa. Así, el 182 del Código Procesal Penal y el artículo 21 de la Ley 20.285 son amplios en fuente de reserva, razón por la cual los datos que forman parte del sistema de apoyo a fiscales (SAF)⁶¹ se encuentran protegidos, a pesar de no existir norma expresa.

3.3.2. Declaración de un testigo de identidad reservada

Sobre el juicio oral y público, ha establecido la Corte Suprema que es posible la declaración de un testigo cuya identidad no sea revelada⁶² sin vulnerar garantías del procedimiento, ya que esta circunstancia es distinta a la declaración anónima de un testigo. Mientras en el primer caso la reserva constituye una medida especial para su protección, siendo su identidad perfectamente comprobable para el tribunal, en el segundo la identidad es desconocida para el imputado, la defensa, el tribunal y los demás intervinientes.

Un oficio emitido por el Fiscal Nacional a los fiscales regionales y adjuntos del país,⁶³ dispone los casos en que la ley contempla expresamente la facultad de

60 Corte de Apelaciones de Santiago. "Ministerio Público con Larredonda Alcayaga Pablo". Rol: 3470-2012. 18/01/2013.

61 El SAF es una base de datos para la cuantificación de variables estadísticas contenidas en los boletines del Ministerio Público, cuyos elementos son la identificación de los intervinientes en una investigación, la calidad que ostentan, el número identificador de rol único de causa (RUC), el número de identificador interno del tribunal (RIT), el fiscal asignado, actuaciones y diligencias de investigación realizadas, casillas de correos electrónicos de cada uno de los fiscales adjuntos que tienen asignados tales casos.

62 Corte Suprema. "Eric Montoya Montoya y otros". Rol: 1179-2013. 22/04/2013

63 Oficio Fiscalía Nacional N° 246. Complementa instructivo N° 32 del año 2000. La reserva de identidad como medida de protección de los testigos. Santiago, Mayo 27 de 2004.

decretar la reserva de identidad, entre los que se cuentan los delitos terroristas, el tráfico ilícito de drogas y el lavado de activos. Señala además que los casos en que no hay norma expresa, como ocurre con homicidios, delitos sexuales y otros en que está comprometida la seguridad de las personas, se aplican las normas generales. El propósito de dicha reserva es resguardar la integridad de las personas frente a posibles atentados o represalias.

3.3.3. La revictimización

Un aspecto relevante en la afectación de la vida privada está constituido por la revictimización o victimización secundaria. Ella consiste en el sufrimiento padecido por quien, tras haber sido víctima de alguna situación traumática, vuelve a encontrarse con ella por el hecho de prestar declaración o testimonio sobre la misma. En el contexto del proceso penal, ello puede ocurrir toda vez que se exija el relato de algún hecho delictual o criminal por parte de la víctima para fines de la investigación o del momento mismo de enjuiciamiento.

Atendido el carácter público del juicio penal, la situación antes descrita es capaz de atentar contra el derecho a la intimidad, pues implica revelar el sufrimiento de situaciones vejatorias o especialmente dañinas en cumplimiento de un deber legal frente a terceros como el juez, los funcionarios de la administración de justicia e incluso el público general. Es decir, se revela ante la sociedad entera el haber sido partícipe, como víctima, de las situaciones de delito.

No existen en Chile disposiciones expresas tendientes a prevenir la revictimización en general. Sin embargo, existen normas de protección de menores en el juicio penal⁶⁴ y en los juicios de familia,⁶⁵ que a fin de atenuar los efectos negativos de la declaración de menores de edad en la integridad física y psicológica de estos, alteran las normas probatorias generales.

.....

64 Código Procesal Penal. Artículo 191 bis, inciso I: “Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”.

65 Ley de Tribunales de Familia. Artículo 41: “Testigos niños, niñas o adolescentes. El testigo niño, niña o adolescente solo será interrogado por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente, cuando por su grado de madurez se estime que ello no afectará su persona”.

4. Privacidad y administración pública

4.1. El acceso a la información pública

El manejo de información en la administración pública se rige por la Ley 20.285, vigente desde abril de 2009, sobre acceso a la información pública, la cual se encuentra íntimamente relacionada con el artículo 8° de la Constitución, que consagra los principios de probidad y transparencia administrativa. Los principios que rigen el ordenamiento se encuentran determinados en el artículo 1° de la ley y regulan “el principio de transparencia en la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”.

4.2. Aspectos legales

4.2.1. Constitución Política de la República

El actual artículo 8° de la Constitución fue incorporado por la reforma constitucional de la Ley 20.050 del año 2005. En virtud del mismo, los actos estatales son públicos, como también sus fundamentos y los procedimientos para llegar a ellos. Al mismo tiempo, se establece que por ley de quórum calificado es posible establecer reserva o secreto sobre tales actos o resoluciones “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional”.

Al momento de modificación del artículo 8° de la Constitución,⁶⁶ se distinguen como principios rectores del Estado los de publicidad y transparencia, donde la primera se corresponde a la obligación del órgano que desarrolla la función de difundir los temas que son de relevancia pública, mientras que la segunda implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática.⁶⁷

.....

66 Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia del artículo 8 la ley 20.050”. Disponible en: http://www.bcn.cl/ley-transparencia/histley/lfs/HLartConstitucion/Art8_probidad.pdf

67 El Tribunal Constitucional, en sentencia 2153-II, entiende que existiendo colisión entre el respeto a la vida privada del 19 n° 4 (y conjuntamente, la inviolabilidad de las comunicaciones del artículo 19 n° 5) y el acceso a la información pública emanado del artículo 8 de la Constitución, debe entenderse que esta última actúa como límite permitido del derecho fundamental en cuestión. Lo anterior,

4.2.2. Ley 20.285

El artículo 3° de la Ley de Transparencia consagra la función pública como aquella que “se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

Señala el inciso segundo del artículo 4° que el principio de transparencia de la función pública consiste en “respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que para tal efecto establezca la ley”.

La ley distingue entre la transparencia activa y la transparencia pasiva. La primera consiste en mantener a disposición permanente del público ciertos antecedentes determinados en el artículo 7°, enfatizándolos en la letra i); y la segunda, al derecho a requerir y solicitar información de cualquier órgano de la administración del Estado contemplados en el título IV.

Las causales de información reservada están contenidas en el artículo 21 y corresponden, en general, a aquellas en que su publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional o bien cuando una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos los documentos, datos o informaciones de acuerdo a las causales del artículo 8° de la Constitución. Dentro de estas causales destaca la de “derechos de las personas”, suponiendo que allí donde los deberes de publicidad y transparencia del Estado impliquen afectar la vida privada de los individuos, debiera existir reserva o secreto.

4.3. Casos

4.3.1. Datos sensibles de un funcionario público

Sobre la publicación de datos sensibles de un funcionario, entendiendo en un caso particular⁶⁸ que esto incluye el nombre completo y monto de pensión, la jurisprudencia ha recogido criterios de la Contraloría en la aplicación de normas a ese respecto. Así, ha determinado que en el caso particular, la publicación de

siempre que se trate de información pública. El fallo completo se encuentra en:
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>

68 Tribunal Constitucional. “Jerónimo Alvear Castillo c. Sin identificar”. Rol: 2409-2013. 09/04/2013.

datos contenidos en un dictamen de la Contraloría en el respectivo sitio web, debe obedecer a los siguientes criterios:

- a. Los pronunciamientos de la Contraloría, así como los antecedentes que les sirven de fundamento a su dictación, son públicos, en tanto no incidan en materias secretas ni reservadas en virtud de alguna ley de quórum calificado y de acuerdo a las causales establecidas en la carta fundamental.
- b. Los datos personales caracterizados como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Establece que el tratamiento de estos datos por parte de un organismo público solo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes que señala y en esas condiciones no necesitará el consentimiento de su titular.

Según este criterio jurisprudencial, se autoriza que los organismos públicos traten datos personales, aun cuando no medie el consentimiento del titular, en la medida que actúen en el ámbito de las materias propias de su competencia.

4.3.2. Información pública y comunicaciones privadas

La Corte Suprema, siguiendo la interpretación de la Corte de Apelaciones, ha entendido que la entrega de la información contenida en correos electrónicos por parte de las autoridades afecta la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.⁶⁹ Señala que si bien la ciudadanía y demás autoridades no tendrán derecho al acceso a la información pública relevante, estando impedida de conocer los actos y resoluciones de los órganos del Estado cuando estén contenidos en correos electrónicos, prima la garantía del I9 N° 5 de la Constitución, que ampara toda forma de comunicación privada, incluyente y extensiva a la información pública.

4.3.3. El número de RUT como dato sensible

En Chile, la identidad viene asociada a un número único, que equivale al código para efectos de la gestión tributaria. El número del rol único tributario o RUT se asigna tanto a personas naturales como a personas jurídicas que se registran ante el Servicio de Impuestos Internos (es decir, informan de su funcionamiento para fines de pago de tributos). De forma más precisa que el nombre, identifica unívocamente a una persona

.....

69 Tribunal Constitucional. "Alcalde de la I. Municipalidad de Melipilla con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago". 22/05/2013. Rol: 9563-2012; Corte de Apelaciones. "Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia". Rol: 6704-2011. 17/12/2012.

- a. Mediante solicitud de acceso a la información, son requeridas al Ministerio de Vivienda y Urbanismo las calificaciones de todo el personal y funcionarios desde 2003 a 2008, considerando entre otras variables el rol único tributario (RUT), requerimiento respondido con la consideración de concurrir causales de reserva de la Ley 20.285.
- b. En amparo A10-09, el Consejo para la Transparencia distingue la información solicitada por el requirente, estableciendo sobre el RUT que debe considerarse como un dato personal cuyo objetivo es su tratamiento dentro del servicio público y no para su cesión a terceros. Lo anterior sin perjuicio de los deberes de transparencia activa que levantan la reserva del RUT, la cual a criterio del Consejo requiere la notificación de sus titulares conforme al artículo 20 de la Ley de Transparencia, por tratarse de información que no ha sido divulgada y que, en caso de hacerlo, podría significar una afectación a los derechos de los funcionarios.
- c. En este mismo sentido, fueron solicitadas las calificaciones del periodo 2003 a 2008 de todo el personal de FONASA, en amparo A126-09,⁷⁰ pronunciándose en Consejo para la Transparencia con la negativa en la entrega del RUT de los funcionarios, al requerirse como requisito habilitante el consentimiento por escrito de estos, por no encontrarse en una base de datos como fuente accesible al público.

.....

70 Consejo para la Transparencia. Amparo A126-09. "Fondo Nacional de Salud con Miguel Rojas Zúñiga". 29.06.2009. http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A126-09/A126-09_decision_web.pdf

5. Privacidad y datos electorales

5.1. El sistema de inscripción automática y las bases de datos

Dentro de la gestión de datos personales por parte del Estado, tiene especial relevancia el manejo que se hace de los datos de las personas inscritas y habilitadas para votar. Esto viene especialmente marcado por la evolución del sistema electoral en Chile, que incluye, entre otras características, la existencia hasta tiempos recientes de un registro electoral al que las personas debían acudir para inscribirse. Si bien la falta de registro no significaba la ausencia de un derecho a voto, se entendía que solamente ese registro daba fe del cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para votar; en consecuencia, la tramitación burocrática era el único mecanismo para la participación de un derecho universal.

Desde el año 2012,⁷¹ la inscripción en los registros electorales en Chile es automática para los mayores de edad que no se hubieran inscrito con anterioridad. La información contenida en los registros de datos electorales del Servel corresponde a 13.404.084 personas.⁷² En el caso de aquellas personas voluntariamente inscritas, ellas no han prestado su consentimiento para el uso de sus datos para fines distintos que el acto electoral. En el caso de las personas automáticamente inscritas, la falta de consentimiento es más evidente: sus datos son obtenidos desde las bases de datos del Servicio de Registro Civil e Identificación, el registro de extranjeros avecindados del Departamento de Extranjería, la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional.

5.2. Aspectos legales

5.2.1. Constitución Política de la República

Conforme al artículo 13 de la Constitución Política, la calidad de ciudadano otorga derechos de participación política, incluyendo el voto. De acuerdo con el artículo 15, el voto es “personal, igualitario, secreto y voluntario”. El secreto del voto ha sido tradicionalmente entendido como garantía de libertad al momento de votar, puesto que no se controla la preferencia política de una persona en su ejercicio más directo.

.....
71 Ley 20.568 sobre inscripción automática y voto voluntario.

72 Servel. Padrón definitivo 2012. Cantidades de inscripciones electorales por sexo y región y sus porcentajes en el total del país. Disponible: http://sitio.servel.cl/controls/neochannels/neo_ch30/appinstances/media516/Informe_Inscripciones_Vigentes_por_Region.pdf

El artículo 18 de la Constitución contempla la creación de un sistema electoral público. Entrega a una ley orgánica constitucional la regulación de su organización y funcionamiento, la forma de realizar los procesos electorales y plebiscitarios, el sistema de financiamiento, la transparencia, el límite y control de gasto electoral y el sistema de registro electoral.

5.2.2. Ley 18.556

La Ley 18.556 sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral es la concreción del mandato constitucional. Esta ley crea un registro electoral que contiene la nómina de “todos los chilenos comprendidos en los números 1° y 3° del artículo 10 de la Constitución Política de la República, mayores de 18 años” y los demás chilenos y extranjeros mayores de 18 años que cumplan con los requisitos del artículo 13 y 14 de la Constitución⁷³ por el solo ministerio de la ley, utilizado como base para conformar los padrones electorales de cada plebiscito o elección.

El registro electoral contiene a todas aquellas personas que cumplen con los requisitos para sufragar, sirviendo de base para la confección del padrón electoral a utilizar en cada plebiscito o elección. El padrón electoral considera a las personas que, cumpliendo los requisitos generales para ejercer el derecho a sufragio, se encuentran habilitadas para la correspondiente elección; esto es, el padrón se elabora listando a los integrantes del registro para determinada votación excluyendo a los inhabilitados.

Sobre los datos electorales contenidos en el registro, se encuentran comprendidos en ellos, de forma no taxativa:

- a. Nombres y apellidos de los inscritos.
- b. Rol Único Nacional.
- c. Fecha y lugar de Nacimiento.
- d. Nacionalidad.
- e. Sexo.
- f. Profesión.
- g. Domicilio electoral.
- h. Circunscripción electoral (identificación de la región, provincia y

73 Art. 13. Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran.

Art. 14. Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley.

comuna a que pertenezca, el número de la mesa receptora de sufragios en que corresponda votar y el cumplimiento del requisito de avecindamiento, si procede).

El registro deberá contener los antecedentes necesarios para determinar si la persona inscrita ha perdido la ciudadanía, el derecho a sufragio o si se encuentra suspendido este derecho.

El acceso a los datos electorales de forma directa y permanente pertenece al Servicio Electoral (Servel). El Servel determinará el padrón electoral con carácter de auditado y la Nómina Auditada de Inhabilitados; listados que deben ser publicados por el Servicio Electoral en su sitio web con setenta días de antelación a la fecha que deba verificarse una elección o plebiscito (artículo 32 inciso cuarto de la Ley 18.556).

El artículo 4° establece que los datos del padrón no podrán ser usados para fines comerciales, determinando la sanción de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a tres unidades tributarias mensuales para quien lo haga, y la pena de presidio menor en su grado medio, multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales y la inhabilitación absoluta y perpetua para el desempeño de cargos y oficios públicos para quien comercialice dichos datos, con expresa mención a que deberá dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 19.628.

5.3. Casos

5.3.1. Copia del padrón alfabético computacional de inscripciones electorales vigentes

El 1 de Octubre de 2009, mediante solicitud de acceso a información pública dirigida al Servel, es requerida una copia del padrón alfabético computacional de las inscripciones electorales vigentes, varones y mujeres, cuya respuesta por parte de la institución mediante Of. Ord. N° 10.305 informa la posibilidad de adquirir el padrón por cualquier persona, previo pago del valor determinado en resolución exenta N° 1076/2009, ascendiendo a la suma total de \$21.698.799 (aproximadamente USD 40.000 a la fecha).

El amparo formulado contra la medida⁷⁴ fue fundamentado en la contradicción entre el carácter público de los datos y el alto valor que se cobra por ellos, en

74 Consejo Para la Transparencia. Decisión amparo rol N° C407-09. "Servel con Sebastián Rivas Vargas". 27.10.2009. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100528/asocfile/20100528122803/c407_09_decision.pdf

atención a que el formato requerido es correo electrónico y, supletoriamente en caso de no contar con factibilidad técnica, en disco compacto, cuyo valor aproximado es \$200 (USD 0.40, aproximadamente), basado en el artículo 18 de la ley, la cual señala que solo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley autorice expresamente a cobrar.

Agrega el requirente la necesidad de pronunciamiento sobre el domicilio, RUT y condición de discapacidad dentro del padrón electoral, en relación con la consideración como dato sensible y la inexistencia de consentimiento por el solo hecho del registro.

El Consejo para la Transparencia acoge el amparo, considerando que si bien el Servel fundamenta la procedencia del cobro en la legislación vigente,⁷⁵ debe prevalecer la Ley de Transparencia, por tener el carácter de norma posterior al oficio que requería el pago, configurándose los cobros como una denegación fáctica de información pública, aplicando el artículo 18 antes mencionado como solución.

Sobre la entrega de datos entendidos como sensibles por el requirente, el Consejo estima que deben ser entregados con fundamento en la publicidad establecida en la Ley 18.556 y como forma de asegurar el control social, en referencia a inscripciones duplicadas, siendo labor de los órganos colegisladores resolver si es preciso modificar esta circunstancia.

5.3.2. Publicación de padrón electoral por Servel

En abril del año 2012, el buscador en línea del Servicio Electoral, en el contexto de la implementación de la Ley 20.568, permitía a cualquier persona acceder a la información contenida en el registro, incluyendo el sexo y el domicilio electoral de todo aquel que estuviera inscrito. Esta información venía asociada al número de RUT o al nombre completo de cada votante, además de estar dividida por oficina electoral, con lo que bastaba conocer el nombre de una persona o su número de RUT para acceder a su información domiciliaria y su lugar de votación.

Los datos publicados no necesariamente contaban como información sensible, pues el nombre, datos electorales, habilitaciones y funciones electorales son de carácter público. Sin embargo, existió alarma por la facilidad para obtener esa información, tanto por su volumen y nivel de accesibilidad como por su sistematización, frente al nivel de transparencia exigido del Servicio Electoral. En principio, el Servicio Electoral defendió su acción, argumentando fallos y dictámenes del Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y

.....

75 Artículo 83 de la Ley 18.768 de 1988 que establece normas complementarias de administración financiera, de incidencia presupuestaria y de personal

el Consejo Para la Transparencia, de disponer de estos datos de forma pública,⁷⁶ pero tras la polémica, el Servel dispuso como medida inmediata la suspensión temporal de la página⁷⁷ y, como medida permanente, restringir la entrega de información al ingreso de número de RUT.⁷⁸

En junio de 2012, un proyecto de ley fue presentado por un grupo de diputados oficialistas⁷⁹ a fin de derogar la disposición que obliga al Servicio Electoral de publicar el padrón y la nómina auditada de inhabilitados para participar en el proceso electoral. El proyecto está hoy en tramitación en el Senado.

.....

76 Terra Chile, 26 de abril de 2013: “Servel corregirá publicación de datos privados de electores”. Disponible en: <http://noticias.terra.cl/nacional/servel-corregira-publicacion-de-datos-privados-de-electores,f342847a600f6310VgnVC-MI0000098cceb0aRCRD.html>

77 Biobío Chile, 27 de abril de 2013: “Gobierno confirmó que sitio web del Servel no está disponible por polémica filtración de datos”. Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/2012/04/27/gobierno-confirmando-que-sitio-web-del-servel-no-esta-disponible-por-polemica-filtracion-de-datos.shtml>

78 Accesible en: <http://consulta.servel.cl/>

79 Boletín N° 8345-06, ingresado el miércoles 6 de junio de 2012.

6. Privacidad y actividades de inteligencia

6.1. Regulación de la inteligencia de Estado

Con “actividades de inteligencia” nos referimos a todos aquellos medios utilizados para la obtención de información relevante para la seguridad o defensa del Estado, su territorio o la nación que lo habita, y que usualmente son mantenidos con carácter secreto o reservado respecto del público en general, con el objeto de resguardar los objetivos de seguridad externa e interna, extremadas por situaciones como el terrorismo internacional y la contingencia nacional e internacional. En Chile, además, el sistema de inteligencia actualmente vigente se extiende al combate a las actividades de crimen organizado y narcotráfico, ampliando así la protección del Estado y de la sociedad a otras amenazas internas complejas, aun cuando ellas son comúnmente materia de competencia de los órganos habituales de investigación y persecución penal.

El mensaje del Ejecutivo,⁸⁰ antecedente de la Ley 19.974 sobre el Sistema de Inteligencia del Estado, conceptualiza como inteligencia el “conocimiento útil, resultado del procesamiento de información, desarrollado por un organismo profesional, para asesorar en sus decisiones a los niveles superiores del Estado, con el objetivo de prevenir e informar los riesgos a los intereses nacionales y el logro de los objetivos del país, la seguridad y la defensa”.

Las razones para que proceda la realización de “actividades de inteligencia”, por sobre el principio de publicidad de la actuación del Estado, han sido sistematizadas en los siguientes puntos:⁸¹

- a. Pluralidad de Estados que tienen la necesidad de defenderse para mantener la seguridad, el orden y la paz.
- b. La protección del Estado se ejerce ad extra, pero también ad intra.

La Agencia Nacional de Inteligencia encabeza los servicios de inteligencia en Chile. Sin embargo, el sistema de inteligencia está formado también por los servicios de inteligencia de las distintas ramas de las fuerzas armadas y de orden, incluyendo a la Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional las Direcciones de Inteligencia de cada una de las Fuerzas Armadas y las Direcciones o Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

80 Historia de la Ley 19.974. mensaje n° 52-35 de 6 de Noviembre de 2001, cuenta en sesión 14, legislatura 345. <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3784/1/HLI9974.pdf>

81 ABA CATOIRA, Ana María. “El secreto de Estado y los Servicios de inteligencia”. Cuadernos Const. De la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número 38/39. Valencia, 2002.

6.2. Aspectos legales

6.2.1. Constitución Política de la República

La regla general es que todos los actos, fundamentos y procedimientos de los órganos del Estado sean públicos. No obstante, la Constitución, en su artículo 8º, reserva a una ley de quórum calificado la determinación de casos en que procede la reserva o secreto, cuando la publicidad afectare el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Es decir, la reserva legal requiere una aprobación parlamentaria alta en la forma, además de objetivos específicos en el fondo, para autorizar que se lleven a cabo actuaciones estatales de forma reservada o secreta. A ese estándar de aprobación se sujeta cualquier reforma a las actividades de inteligencia autorizadas en reserva, incluyendo aquellas cubiertas por la Ley 19.974.

6.2.2. Ley 19.974: Sobre el sistema de inteligencia de Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia

Chile establece y regula el año 2004 el actual Sistema de Inteligencia de Estado, a través de la creación de la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI),⁸² distinguiendo en primer término la inteligencia y la contrainteligencia, considerando la primera como “el proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones” y la segunda como “aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o por sus

82 Antecesores de la ANI en materia de inteligencia de Estado chileno han sido la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), creada por el Decreto Ley N° 521 en el año 1974, con el propósito de producir la inteligencia requerida para la formulación de políticas, planificación y para la adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país; y, la Central Nacional de Informaciones (CNI) creada en 1977 por el DL N° 1.878 con las facultades de reunir y procesar información a nivel nacional, provenientes de los diferentes campos de acción, requeridos por el gobierno para la formulación de políticas, planes y programas y la adopción de medidas necesarias para el resguardo de la seguridad nacional y el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y la institucionalidad. En ambos casos, dichas agencias recolectaban información relevante para objetivos de seguridad del Estado que en los hechos se confundían con objetivos políticos del régimen dictatorial entonces vigente. Su existencia se asocia a la violación sistemática de derechos humanos por motivos políticos.

agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional”.

La Agencia Nacional de Inteligencia realiza funciones de recolección y procesamiento de información a nivel nacional e internacional; elabora informes periódicos, de carácter secreto, para ser presentados al Presidente de la República; propone normas y procedimientos de protección de los sistemas de información; hace requerimientos de información a los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, entre otros; dispone la aplicación de medidas de inteligencia con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales; y dispone actividades de contrainteligencia.

6.2.2.1. Procedimientos secretos establecidos en la ley

La ley contempla algunos procedimientos con expreso carácter secreto, entre ellos:

- a. El informe y las sesiones sobre la labor realizada y el funcionamiento de la ANI, presentado a una Comisión Especial de la Cámara de Diputados una vez al año.
- b. Los antecedentes, informaciones y registros que obren organismos que conforman el Sistema o su personal, y todos aquellos antecedentes de los que se tome conocimiento en el ejercicio de sus funciones.
- c. Los estudios e informes que elaboren los organismos de inteligencia.
- d. La información con carácter secreto aplica incluso para aquellas personas que sin ser funcionarios tomen conocimiento en ejecución de procedimientos especiales de obtención de información.

6.2.2.2. Procedimientos calificados como especiales

En aquellos casos en que la información requerida sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas, se podrán utilizar estos procedimientos con el objetivo de resguardar la seguridad y protección nacional de amenazas del terrorismo, crimen organizado y del narcotráfico.

Estas medidas contemplan procedimientos de intervención telefónica, informática y radial; intervención de sistemas y redes informáticas; escuchas y grabaciones electrónicas; intervención de cualquier otro sistema tecnológico destinado a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de las comunicaciones electrónicas. Las circunstancias anteriores requerirán autorización judicial si la ley lo determina.

6.2.2.3. Aspectos relevantes de la ley

Requisitos para la obtención de información

Existen dos formas de obtener información por parte de la ANI: según las reglas generales o según los procedimientos especiales.

La primera forma contempla la actuación dentro de las facultades legales del artículo 8º, entre las que se cuentan de forma general la recolección y procesamiento de información en todos los ámbitos, los informes, las propuestas, los requerimientos a otros órganos y la aplicación de medidas.

Una segunda forma de proceder supone la imposibilidad de obtener la información por medio de fuentes abiertas, siendo esta estrictamente indispensable para el cumplimiento de la seguridad nacional y la protección de Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico. Contemplan los procedimientos de intervención de las comunicaciones detalladas en el punto anterior.

La ley autoriza al uso de agentes secretos con la facultad de infiltrarse (artículo 31) y de informantes (artículo 32), sin necesidad de autorización judicial.

Criterios para la entrega de autorización judicial

Para la concreción de procedimientos especiales contemplados en la ley es requerida autorización judicial, que debe ser solicitada por los directores o jefes de los organismos de inteligencia, con el único objetivo de resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, crimen organizado y narcotráfico.

Los directores o los jefes de los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas podrán presentar las solicitudes directamente al Ministro de Corte de Apelaciones del territorio donde se realiza la diligencia o donde se inicia la misma, o a través del juez institucional que corresponda, de acuerdo con lo establecido en el Título II del Libro Primero del Código de Justicia Militar, quienes serán los llamados a otorgar esa autorización. Así, la autorización no será vista por un Juez de Garantía como en el sistema común de recolección de información, sino por un ministro de corte o bien por un juez castrense.

Usos posibles de la información obtenida por la ANI por otros órganos del Estado

El artículo 42 de la ley establece que la información que recopilen, elaboren o intercambien los organismos que conformen el Sistema deberá utilizarse exclu-

sivamente para el cumplimiento de sus respectivos cometidos. En tal sentido, el objetivo central de los organismos de inteligencia es la asesoría del Presidente de la República, a quien, en cumplimiento de las labores de inteligencia, efectuarán apreciaciones globales y sectoriales, realizarán informes periódicos, propondrán normas y procedimientos de protección, y dispondrán la aplicación de medidas de inteligencia contrainteligencia, entre otras funciones señaladas en el artículo 8°.

Por regla general, los organismos del Estado no tendrán acceso a la información obtenida por la Agencia de Inteligencia, por presentar carácter secreto y de circulación restringida. Excepcionalmente podrán entregarse datos solicitados por la Cámara de Diputados, el Senado, los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República por intermedio de los Ministros de Interior, de Defensa Nacional y el Director de la Agencia, sin perjuicio que las autoridades y los funcionarios que hubieran tomado conocimiento de los antecedentes a que se refiere el inciso anterior estarán obligados a mantener el carácter secreto de su existencia y contenido aún después del término de sus funciones en los respectivos servicios.

6.3. Casos

No existe información pública sobre la actividad de los organismos de inteligencia, ni de las medidas intrusivas que adoptan con fundamento en la seguridad nacional, defensa y cumplimiento de objetivos estatales. Solamente es conocida su acción en determinados hechos y conflictos, como lo fue la investigación por uso de artefactos explosivos conocida como el “caso Bombas”,⁸³ y la participación en el conflicto en el sur de Chile en relación con hechos de violencia vinculados con demandas del pueblo mapuche, que diversos órganos del Estado han calificado como terroristas. Sobre esto último, la Comisión de Defensa del Senado convocó a sesión (secreta) al director de la ANI a principios de 2013,⁸⁴ sin mayor información sobre sus procedimientos en la zona.

Respecto del caso Bombas, no se logró la condena a título de delitos terroristas

.....

83 La Tercera. “Cronología del caso Bombas”. 06/05/2011. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/05/680-363827-9-cronologia-del-caso-bombas.shtml> [consulta: 30.01.2014]

84 Senado de la República, Departamento de Prensa. “Director de la ANI expuso en sesión secreta sobre situación de La Araucanía”. Disponible en: http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130115/pags/20130115184922.html

pese a esfuerzos del Ministerio Público, la Policía de Investigaciones y la ANI.⁸⁵ No obstante, se acusó por medios de prensa a los órganos de persecución por llevar una investigación poco transparente y lesiva de garantías constitucionales, incluyendo la realización de escuchas telefónicas e interceptación de correos electrónicos sin autorización judicial previa. El director de la ANI fue citado más de una vez ante la comisión respectiva de la Cámara de Diputados para dar cuenta de tales hechos, en sesión secreta.⁸⁶

No obstante, puesto que no existe información pública sobre la actividad de la ANI, las actividades de inteligencia que han sido conocidas como vulneradoras de la privacidad han sido fundamentalmente de gobiernos extranjeros, por medio de filtraciones de información a la prensa o bien por información pública no detallada.

Entre estas actividades de gobiernos extranjeros encontramos el uso de dispositivos voladores no tripulados (drones) por Estados Unidos para la captación de imágenes en “casos y necesidades particulares” de forma ocasional y sin las correspondientes normas de privacidad,⁸⁷ según ha confirmado el Director de la Oficina Nacional de Inteligencia (FBI) Robert Mueller; y la recolección de información en línea mediante el programa PRISM de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA), caracterizado como un programa de vigilancia con carácter de alto secreto. Según las filtraciones del año 2013⁸⁸ publicadas por el periódico

85 En esta investigación se realizó el levantamiento de la cuenta bancaria del imputado Omar Hermosilla, considerado como recaudador de fondos de la asociación ilícita por parte de la ANI. La prueba señalada es desestimada por el tribunal con fundamento en no haberse obtenido mediante la modalidad de la Ley 19.974, pese a que esta institución señala que la ley antedicha autoriza la actuación y contempla las facultades en cuestión. La prueba habría sido trascendental en el desarrollo del juicio. Para mayor detalle ver: Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia “Caso Bombas”. a R.I.T. N° 138-2011, R.U.C. N° 0700277303-6.

86 Cámara de Diputados, Departamento de Prensa: “Comisión Caso Bombas citará nuevamente a director de la ANI por escuchas ilegales telefónicas e interceptación de correos electrónicos”. Disponible en: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=50105

87 En Chile, los “drones” han sido tratados a propósito de la vigilancia en la región de la Araucanía. Sobre este tema: <http://www.derechosdigitales.org/6796/es-un-pajaro-es-un-superman-es-un-drone-vigilancia-y-nuevas-tecnologias-en-la-araucania/>

88 ABA CATOIRA, Ana. “El secreto de Estado y los servicios de inteligencia”. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830972.pdf>

inglés “The Guardian”, la NSA cuenta con acceso directo, unilateral o irrestricto a algunos sistemas como Google, Facebook, Apple, entre otros, que le permiten la vigilancia de ciudadanos en tiempo real, mediante la obtención de datos y metadatos en vías de información tales como correos electrónicos, conversaciones, historiales de visitas de páginas web, entre otros.

7. Privacidad en las telecomunicaciones

7.1. Amplitud del concepto telecomunicaciones

Por telecomunicaciones entendemos todas aquellas formas de comunicación entre personas donde existe distancia geográfica, por medios radiofónicos, electrónicos o telemáticos. Las telecomunicaciones son conceptualmente incluyentes de ramas diversas, como la telefonía y las redes digitales como Internet. Su utilización converge en la aplicación de garantías fundamentales como el derecho de propiedad y el de intimidad como aspectos rectores de su contenido: allí donde existe una comunicación a distancia entre personas, las reglas de la privacidad de ambas son tan aplicables como respecto del transporte de información privada por vía física. Es más, la existencia de prestadores de servicios de telecomunicaciones pone sobre ellos un deber de reserva sobre tales comunicaciones.

En este sentido, las telecomunicaciones regulan principalmente el uso de la radio, la telefonía, la televisión y el Internet, servicios caracterizados por la interacción a distancia y la relevancia en las sociedades de información.

7.2. Aspectos legales

7.2.1. Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones

En Chile, la Ley General de Telecomunicaciones rige toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, contemplando normas sobre interceptación, difusión y protección de usuarios. Apunta a regular las telecomunicaciones como servicio y a la relación entre los distintos operadores de ese sistema.

En materia de privacidad, y junto con la garantía general de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la ley establece que las concesionarias de servicios de telecomunicaciones mantienen de forma principal la obligación de preservar la privacidad de los usuarios.

La ley sanciona la interceptación o captación maliciosa o grave, sin la debida autorización, de cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público, con penas restrictivas o privativas de libertad y multa; las penas aumentan si existe difusión pública o privada del contenido de esas señales.

7.2.2. Ley 19.496: el spam en la regulación sobre derechos del consumidor

El uso del spam o correo no solicitado en Chile es regulado en las normas sobre protección al consumidor, con fundamento en el respeto a la voluntad de estos y, en términos generales, en relación a la garantía del derecho a la intimidad. Sin perjuicio de esto, otros países como Perú, Estados Unidos y Canadá han desarrollado legislación específica,⁸⁹ situación que no ha prosperado en Chile, pese a iniciativas parlamentarias referidas a la materia,⁹⁰ que han buscado el fortalecimiento de las sanciones, la exigencia de consentimiento previo, la responsabilidad de los proveedores de servicios, entre otros.

La Ley 19.946, sobre protección a los derechos del consumidor, trata la materia en los siguientes términos:

- Existe el derecho a la libre elección del bien o servicio como principio rector de la legislación.
- El spam, caracterizado como toda comunicación promocional o publicitaria, deberá indicar la materia o el asunto sobre el que versa, identidad del remitente, dirección válida para que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos, con indicación de forma expedita para la solicitud.

Esta regulación, en definitiva, significa que el spam es plenamente legal en Chile. La molestia sobre el ámbito privado de los usuarios aparece como una cuestión secundaria, siendo favorecida la comunicación comercial.

7.2.3. Interceptación telefónica

En términos generales, el Código Penal autoriza la interceptación o grabación de telecomunicaciones cuando existieren sospechas fundadas sobre una persona o una organización delictiva de que hubiere cometido o preparado la comisión de algún delito contemplado por la norma, entre los que se encuentran la producción de material pornográfico y la promoción o facilitación de este material, siendo subsidiariamente regulada en el Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal, en los artículos 222 a 226, regula la interceptación de comunicaciones telefónicas. Para su procedencia se requiere autorización previa del Juez de Garantía competente, ante solicitud del Ministerio Público, cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una

89 Perú: ley 28.493; Senate Bill S-235; Estados Unidos: CAN-SPAM 2003; Canadá: Senate Bill S-235

90 Boletín 6136-03. Regula el envío de correos electrónicos y de llamadas o spam telefónicos, de carácter comercial o publicitario. Archivado.

persona hubiere cometido o participado en la comisión de algún hecho punible que mereciere pena de crimen y la investigación lo hiciere imprescindible. Es tratado además el registro de la interceptación mediante grabación magnetofónica u otros medios análogos, la notificación al afectado con posterioridad a su realización y la prohibición de utilización como medio de prueba cuando tenga lugar fuera de los supuestos previstos por la ley.

La interceptación telefónica está autorizada en supuestos de investigación y persecución criminal ya vistos, por lo que nos remitimos a lo mencionado.

Complementario a esta norma es el Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de Otras Formas de Telecomunicación del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones del año 2005. El mismo establece directrices generales sobre interceptación de telecomunicaciones, tendientes a resguardar la privacidad y, al mismo tiempo, a facilitar el trabajo de las policías en la investigación criminal.

7.2.4. Interceptación de otras formas de telecomunicación: Internet

La creciente importancia de Internet como medio de comunicación, además de su complejidad técnica, ha hecho necesario regular también la interceptación de estas comunicaciones. Con tal fin, el Reglamento sobre Interceptación establece en su artículo 6º las obligaciones de los prestadores de servicios de Internet de mantener información sobre las comunicaciones de sus usuarios.

En consecuencia, los proveedores de acceso a Internet deben mantener:

- a. Un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP.
- b. Un registro de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados, por un tiempo no inferior a un año.

El Reglamento obliga a mantener esa información en carácter reservado, pero “a disposición del Ministerio Público y de toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo”, obviando así la autorización judicial.

El Reglamento no contempla una norma para la eliminación de esos datos. Si tomamos al número de dirección IP como una serie o conjunto numérico que identifica a un dispositivo en Internet que ha sido reconocido por la jurisprudencia extranjera como dato personal,⁹¹ deberán aplicarse las reglas generales en materia de protección de datos, establecidas en la Ley 19.628, incluyendo su posibilidad de eliminación.

.....

91 <http://www.delitosinformaticos.com/01/2008/proteccion-de-datos/la-ue-considera-las-direcciones-ip-como-datos-de-caracter-personal#.UeAe3TuQW8A>

Con respecto a las interceptaciones y grabaciones decretadas, dispone en reglamento que los prestadores de servicios de telecomunicaciones darán cumplimiento a ellas en el plazo y la forma establecida en el oficio respectivo por el tribunal que conozca de la causa.

7.3. Casos

En abril de 2012 fue formalizado (es decir, informado formalmente de la investigación penal en su contra) el Mayor en retiro de Carabineros, Gonzalo Alveal Antonucci. Según la investigación, entre los meses de mayo y julio del año 2010, el entonces jefe de asuntos internos de la Dirección de Inteligencia de Carabineros, Dipolcar, habría ordenado la interceptación telefónica de dos números celulares de funcionarios de la misma institución, sin mediar orden judicial y en el contexto de una investigación policial.⁹² Según lo entendió el Ministerio Público, esa información era utilizada para fines ajenos a la investigación en curso, por lo que el mayor fue formalizado por los delitos de obstrucción a la investigación y grabación de comunicaciones privadas sin autorización judicial. La investigación llegó a término sin sentencia

.....
92 “La Tercera”, 29 de abril de 2013.

8. Privacidad en el ámbito laboral

8.1. La intimidad del trabajador frente a las facultades del empleador

El lugar de trabajo es uno de los ámbitos donde se desenvuelve de forma más abierta una persona en sociedad. Sin embargo, el hecho de encontrarse desarrollando labores productivas no implica una situación de disminución de derechos fundamentales. En tal sentido, es factible hallar situaciones de lesión de garantías constitucionales que, junto con el perjuicio que causan por sí solas, adquieren dimensiones de abuso para el trabajador. Esto es aún más susceptible de ocurrir allí donde el trabajador realiza actos comunicativos dignos de protección en el ámbito laboral, sea o no con ocasión de sus labores, sea o no a través de medios facilitados para el empleador. En principio, la plena vigencia de los derechos fundamentales no tendría excepción en la relación entre empleador y trabajador; sin embargo, la práctica ha demostrado situaciones cuestionables.

Los conflictos recurrentes en materia de intimidad del trabajador en el ejercicio de sus funciones no presenta mayores conflictos para la resolución por la Dirección del Trabajo y por la jurisprudencia en general, ya que se ha entendido que la intimidad del trabajador, como bien jurídico protegido, es superior al poder del empleador, incluso en el contexto de las relaciones laborales y las facultades inherentes al empleador, como son la supervisión de procesos de trabajo y la recolección de información para fines determinados, como verificación de antecedentes y cumplimiento de obligaciones tributarias.

8.2. Aspectos legales

Concordante con la Constitución, el Código del Trabajo contempla entre sus normas la intimidad del trabajador como un aspecto fundamental y de gran importancia en la relación laboral. De esta forma, el artículo 5° establece que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos”. En este mismo sentido, trata la reserva por parte del empleador de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral, a propósito de la confección del reglamento interno y del contrato de servicios transitorios.

En el contexto de la reforma procesal laboral⁹³ del año 2009, el procedimiento de tutela laboral es desarrollado en profundidad para todos aquellos conflic-

93 Ley 20.087. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo

tos que se desarrollen en la relación laboral, con énfasis en la vulneración de derechos fundamentales, donde se señala expresamente la aplicación en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Es relevante en este procedimiento la reducción de la carga de la prueba impuesta al titular de derechos, en atención a las circunstancias de desigualdad propias de la relación laboral. Se entrega un gran aporte a aquellos antecedentes considerados “indicios suficientes”, donde tras ser entregados por el denunciante, el denunciado deberá explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, como se desprende del artículo 493.

Conflictos entre el derecho a la intimidad del trabajador y las facultades del empleador

El derecho a la intimidad en la relación laboral reviste mayor complejidad que en otros procedimientos, en atención a la relación dispar entre el empleador y el trabajador. Por esta razón, es necesario determinar sobre qué aspectos el empleador tiene atribuciones de conocimiento, intromisión y divulgación de la información conocida con ocasión de su actividad frente al empleado, tanto en las actividades cotidianas como en las comunicaciones.

La situación del correo electrónico laboral

En relación con el ámbito laboral en específico, no existen normas expresas sobre el tratamiento de las comunicaciones ni del correo electrónico en particular. Ello no obsta a la existencia de criterios y la agrupación de los mismos en la correcta aplicación por la Dirección del Trabajo o por el juez de la normativa existente frente a casos particulares.⁹⁴

El empleador, quien presenta como características inherentes la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa, está limitado expresamente por la ley en el respeto a las garantías constitucionales del trabajador. En tal sentido, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en múltiples dictá-

.....

94 Además de los criterios de la Dirección del Trabajo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 2153-II, determina en considerando cuadragésimocuarto los criterios de la Contraloría General de la República, la cual entiende que no resulta procedente calificar la utilización de computadores institucionales como un uso indebido de bienes públicos, dado que el acceso a casillas de correo electrónico privadas, desde un terminal o equipo computacional institucional, no se encuentra prohibido (Dictamen 074351/2011). También ha establecido que pueden utilizarse casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la autoridad lo prohíba (Dictamen 038224/2009).

menes,⁹⁵ ha expresado la inviolabilidad del correo electrónico laboral, determinando como consideraciones relevantes la imposibilidad de limitar el ejercicio de esta garantía como acuerdo entre las partes o como objeto de regulación por parte del reglamento interno de la empresa, sin perjuicio de la regulación de uso de los correos electrónicos al ser un suministro de la empresa puesto a disposición por el empleador.

8.3. El Decreto Supremo I4 del Ministerio de Economía⁹⁶

Con fecha 27 de febrero de 2014, es derogado, entre otros, el decreto supremo N° 77 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba la norma técnica sobre la eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre órganos de la administración del Estado y entre estos y los ciudadanos, que en lo relevante permite a funcionarios públicos borrar correos electrónicos institucionales de forma inmediata, sin esperar los 6 años que por norma se establecen.

Con los antecedentes anteriores, la Fiscalía Regional Centro Norte ofició al Gobierno ordenando no borrar los correos electrónicos, particularmente en aquellos casos en que se encuentran en desarrollo investigaciones penales. Sin perjuicio de esto, la norma continúa vigente.

8.4. Casos

En materia de privacidad del trabajador, dos casos son importantes de analizar: las cámaras de seguridad y el correo electrónico institucional. Nos ocuparemos en este apartado de la primera situación.

La jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos: Se ha entendido que sin perjuicio del derecho del empleador para proveerse de todo tipo de elementos que permitan el resguardo, protección de la privacidad y seguridad de los trabajadores, el límite expresado en el artículo 5° del Código del Trabajo son las garantías fundamentales del trabajador, con expresa mención de la afectación a su vida privada, intimidad y honra. Por lo anterior, deben cumplirse ciertos requisitos, los cuales contemplan:

- Debe estar estipulado en el reglamento interno de orden, higiene y

95 De forma elocuentemente ejemplar, véase: Dirección del Trabajo, Ord N° 260/19. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-63171.html>

96 Decreto Supremo I4 del Ministerio de Economía. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059778&idParte=9409404&idVersion=2014-02-27>

seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley.

- Su operación no debe significar la vigilancia exclusiva de un trabajador, sino de la empresa en su conjunto o de una unidad o sección dentro de ella.
- Se deben respetar las garantías de los trabajadores, en especial las referidas a la intimidad de los mismos, no pudiendo el sistema de televisión cerrado ser instalado en los vestuarios o lugares destinados al cambio de ropa de los trabajadores, baños, ni en las puertas de acceso o salida a los lugares recién señalados.

Otro caso relevante se presentó ante la Corte de Apelaciones de Temuco, por el sindicato de trabajadores de una compañía de transportes contra su empleador.⁹⁷ El sindicato presentó una acción de protección contra la empresa por la instalación de cámaras de vigilancia con audio, situación que no contaba con la autorización del sindicato de trabajadores, configurándose como un acto arbitrario e ilegal, ya que se ha transgredido el derecho a la intimidad, honra y vida privada del artículo 19 n° 4, situación que provoca un estado de tensión o presión inexorable con la vida humana y sin posibilidad de ser atribuido a robos, ya que estos son mínimos.

La Corte considera que el uso de cámaras de vigilancia es lícito solo en dos casos: cuando tiene por única finalidad fiscalizar al conductor y cuando es necesario su uso por razones de seguridad. Por otra parte, se justifica la instalación por la vulnerabilidad de la actividad de transportes en materia de asaltos, se acredita la incorporación al reglamento interno y la orientación en plano panorámico, razones por las cuales se rechaza el recurso.

.....
97 Corte de Apelaciones de Temuco. Sindicato de trabajadores de la compañía JAC Transportes Limitada contra Compañía JAC transportes limitada. Rol 1292-2009. 13/10/2009.

9. Privacidad y secreto profesional

9.1. El secreto como garantía para el profesional

El secreto profesional, caracterizado como “la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinada profesión o actividad”,⁹⁸ constituye una doble garantía. Por una parte protege al profesional en el desempeño autónomo de sus funciones y los antecedentes obtenidos en razón de su cargo, que eventualmente pudieran acarrear responsabilidades penales, tales como el delito de encubrimiento; y por otra, protege al titular de los antecedentes con carácter secreto que recurren al profesional por la necesidad de auxilio técnico.

En cuanto a los abogados, la razón más simple de este derecho/deber supone que la relación con su cliente podrá desarrollarse con naturalidad si existe la garantía de que la información proporcionada no podrá ser revelada en tribunales, cuyo fundamento responde al derecho a la privacidad, honra y el “buen nombre” de aquel que confía un secreto. El trabajo profesional mismo se desarrolla de mejor forma cuando existe pleno conocimiento de las circunstancias del cliente o paciente, sin que exista temor a que terceros extraños tengan acceso a detalles de su vida.

Por regla general, es posible encontrar normas rectoras en el ordenamiento jurídico con respecto a este tema, incluyendo normas directas de reserva o bien de no obligación de divulgación. Lo cierto es que el desarrollo en extenso se encuentra en los códigos de ética de distintas profesiones.

Las características principales de este secreto son:

- a. Es un aspecto esencial de las profesiones que tratan aspectos personalísimos de los clientes o pacientes.
- b. Es inviolable, ya que el profesional como regla general está obligado a mantenerlo, salvo excepciones en que debe resguardarse.
- c. Es oponible a terceros, razón por la cual produce efectos fuera de la relación entre el profesional y el titular de los antecedentes objeto de secreto.
- d. Varía respecto de las distintas profesiones, aunque encuentra su tronco común en el Código de Procedimiento Civil.

Es relevante hacer mención a los Códigos de Ética como importante fuente

98 Corte Constitucional de Costa Rica, Sentencia C-301/12. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-301-12.htm>

normativa para sustentar el secreto profesional y regular sus contornos. Pero debe hacerse la salvedad de que en Chile la afiliación a los colegios profesionales (y con ello, la obligación de sujeción a esos códigos) es voluntaria, razón por la cual las sanciones aplicables varían para aquellos que se encuentran afiliados respecto a quienes no lo están. Así, los primeros responden en principio por la vulneración a las normas éticas ante la respectiva asociación, mientras que los no afiliados responderán por sus actos ante los tribunales ordinarios.

9.2. Aspectos legales

9.2.1. Código de Procedimiento Civil

El artículo 360 del Código señala que no serán obligados a declarar los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio.

9.2.2. El Código de Ética del Colegio de Abogados

El Código de Ética del Colegio de Abogados regula el secreto profesional en base a la obligación de estricta confidencialidad a su cliente, exigiendo el reconocimiento al secreto profesional extendido a todos aquellos asuntos que han sido conocidos en el ejercicio de su profesión. En este sentido, si un abogado es requerido por el organismo competente para declarar sobre materias amparadas bajo el secreto profesional, podrá excusarse en este, en relación a lo determinado en el Código de Procedimiento Civil.

Las reglas que debe seguir el abogado en su relación con el cliente están determinadas por el Código de Ética y se encuentran constituidas, entre otras, por la interpretación de la ley favorable a la confidencialidad, la abstención de fundamentar las razones del secreto si estas lo comprometen, la obligación de impugnar aquellas actuaciones de la autoridad que ordenen la declaración sobre materias objeto de secreto profesional y licitud ética de la negativa a declarar o informar sobre materias sujetas a confidencialidad.

Dentro de los principios establecidos para el abogado, está contemplada la autorización ética para declarar en caso de tener razones fundadas para considerar que el servicio profesional prestado fue utilizado para realizar un hecho que se le imputa a un cliente como crimen, simple delito u otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; y si la revelación de información correspondiente a un cliente fallecido puede evitar que un imputado formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

El secreto profesional se extiende a todos aquellos soportes que tengan información confidencial, a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos o electrónicos sujetos a confidencialidad, y a la información producida por el abogado con carácter confidencial.

9.2.3. La Ley de Prensa y el Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile

El artículo 8° del Código de Ética del Colegio de Periodistas de Chile determina que el periodista debe citar sus fuentes con fundamento en el derecho del receptor a conocerlas, con excepción de aquellas cuyo silencio ha sido solicitado por la fuente, previa confirmación de su idoneidad y confidencialidad, respetando los antecedentes reservados.

La Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, establece en los artículos 7° y 8° el derecho a la reserva sobre la fuente informativa para los directores, editores de medios de comunicación social y corresponsales, entre otros actores relacionados. Esta protección de fuentes se entiende como necesaria para el ejercicio del periodismo: es más alta la probabilidad de la obtención de información significativa siempre y cuando las fuentes de esa información entiendan que no sufrirán consecuencias por develarla. Se señala además que el periodista no podrá ser obligado a actuar en contravención a las normas éticas generalmente aceptadas para el ejercicio de su profesión.

Son aquí relevantes los pronunciamientos del Consejo Nacional de Televisión, organismo autónomo que ha sancionado a diversos entes televisivos por violación a la intimidad de las personas.⁹⁹

9.2.4. Medicina: Código de Ética del Colegio Médico

El secreto profesional del médico se funda en el respeto a la intimidad del paciente, quien deleva información personal útil para el tratamiento de su enfermedad, extensivo a todos aquellos documentos en que se registren datos clínicos, diagnósticos, terapéuticos y pronósticos. Esa información representa un ámbito de intimidad extremo: el del propio cuerpo del paciente.

Las excepciones están constituidas en primer término por aquella información

99 En este sentido, INFORME DE CASO A-00-12-1750-MEGA aplica sanción a Red Televisiva Megavisión S.A por infringir el artículo I de la ley 18.838 mediante la exhibición del programa Meganoticias Central, el día 29 de Diciembre de 2012 por violar la intimidad de los menores involucrados.

autorizada de forma escrita por el paciente, con la precisión de qué se autoriza a develar y quiénes pueden acceder a ella; y en segundo término, se podrá develar información, entre otros casos, cuando se trate de información de declaración obligatoria, cuando lo ordenen los tribunales de justicia y cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros.

Sobre los bancos de datos sanitarios, ningún médico podrá participar en su constitución si la reserva no esté garantizada.¹⁰⁰

9.3. Casos

Se ha establecido por la jurisprudencia¹⁰¹ que al estar en pugna la entrega de información pública a particulares (protegida por la Ley de Transparencia) y el secreto profesional de los abogados que trabajan para una institución pública, y en concreto para el Consejo de Defensa del Estado (protegido por el DFL I de 1993 del Ministerio de Hacienda), prevalece esta última hipótesis de resguardo, en función de los motivos siguientes:

- El artículo 8 de la Constitución, que consagra el principio de publicidad de los actos y resoluciones de Estado, admite como excepción que una ley de quórum calificado disponga la reserva o secreto.
- El Código de Ética del Colegio de Abogados consagra el secreto profesional como deber al cliente que se extiende a todo hecho, circunstancia, dato, entre otros, del que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.
- Procede la aplicación del artículo 6I de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado referida al secreto profesional.

.....

100 Respecto de la privacidad de los datos médicos, véase el capítulo respectivo del presente informe.

101 Corte de Apelaciones de Santiago. 13/03/2012 "Presidente del Consejo de Defensa del Estado con Santiago Urzúa Millán" Rol: 5746-2011.

10. Privacidad y datos médicos

10.1. El secreto y los datos médicos

Es relevante formular la distinción conceptual entre el secreto profesional del médico y los datos médicos.

El secreto profesional del médico es una característica inherente a la relación médico-paciente, fundada en el respeto a la intimidad de este último, cuyo alcance se extiende a documentos, diagnósticos, pronósticos, entre otros, cuyo deber de custodia recae en el médico que ha tenido acceso a la información. Es decir, el secreto médico constituye una consecuencia de la relación de confianza entre dos personas, donde una de ellas (el paciente) entrega información relativa a circunstancias físicas y morales pertenecientes al ámbito de su vida privada, y la otra (el médico), se obliga a guardar secreto en razón de su cargo.

Los datos médicos son considerados dentro de la categoría de datos sensibles, por formar parte de los presupuestos de la Ley 19.628, que suponen características físicas y morales de las personas, hechos y circunstancias de su vida privada o íntima, tales como hábitos personales, origen étnico, ideología, opiniones políticas o religiosas, estado de salud física y psíquica, etcétera. Es decir, son el objeto mismo de la relación médico-paciente constituida y contenida en el secreto profesional.

10.2. Aspectos legales

10.2.1. El Código de Ética

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile establece el secreto profesional en los artículos 29 y siguientes, conceptualizándolo como “un deber inherente al ejercicio de la profesión médica y que se funda en el respeto a la intimidad del paciente, quien devala información personal, en la medida que esta es útil para el tratamiento de su enfermedad”. Determina así la confidencialidad de todos los documentos en que se registren datos clínicos obtenidos de exámenes o intervenciones y la comunicación verbal, incluido el nombre del paciente, como indispensable en la relación, extensiva incluso terminados los servicios o una vez fallecido el paciente, adoptando todas las medidas necesarias para cautelar la información. La reserva es renunciable para el paciente.

Sobre la constitución de bancos de datos sanitarios, se establece que el médico no podrá colaborar en ella si la reserva a la confidencialidad del paciente no está garantizada.

La excepción a la reserva está entregada a la deliberación del médico en los

casos en que se trate de una enfermedad de declaración obligatoria;¹⁰² cuando así lo ordenen los tribunales de justicia; cuando sea necesario para las certificaciones de nacimiento o defunciones; cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros y cuando la revelación de datos confidenciales sea necesaria para su defensa ante tribunales ordinarios, administrativos o gremiales, en juicios provocados por el paciente.

10.2.2. Código de Procedimiento Civil

Dispone el artículo 360 número I que no serán obligados a declarar los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio. De forma lógica, los datos médicos forman parte de aquellos datos sobre los que no pesa obligación de declarar en juicio.

10.2.3. Los datos sensibles de la Ley 19.628

La Ley 19.628, sobre datos personales, conceptualiza a los datos sensibles como todas aquellas características físicas y morales de las personas, hechos y circunstancias de su vida privada o íntima, tales como hábitos personales, origen étnico, ideología, opiniones políticas o religiosas, estado de salud física y psíquica, etcétera; no pudiendo ellos ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. En atención a las características de los datos médicos, pueden ser incluidos dentro de esta categoría, ya que suponen una intromisión o conocimiento de características físicas y morales de la persona, específicamente del estado de salud física y psíquica.

10.2.4. Ley 19.779, que establece normas con respecto al Virus de Inmuno Deficiencia Humana

El principio de confidencialidad de la Ley 19.779 se encuentra fundamentado en la necesidad para la prevención y control del SIDA, según consta en la historia de la ley. Una de las motivaciones declarada indicaba que “el temor al aislamiento y la estigmatización solo harían más clandestina la enfermedad y reducirían el acceso a quienes más necesitan del apoyo y la educación a las acciones de prevención e información, en atención a esto, se entiende que la estigmatización y discriminación solo multiplicarán la propagación de la enfermedad sin

.....
102 Se trata de enfermedades específicas, como la poliomielitis, el sarampión o la rabia humana, establecidas en el Decreto Supremo N° 158/04, Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria.

posibilidad de control, por cuanto las personas afectadas o cuya condición los pone en mayor peligro preferirán sufrir su enfermedad en clandestinidad, dificultando así sus cambios de conducta, el tratamiento de prevención y el control epidemiológico”.¹⁰³

La ley determina que el examen para detectar el virus de inmunodeficiencia humana es siempre confidencial y voluntario, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o su representante legal, previa información sobre las características de la enfermedad. Lo anterior es ampliado por el Decreto 182 del examen para detección de la inmunodeficiencia humana.

En caso de la vulneración de la confidencialidad establecida en la Ley 19.779, el mismo cuerpo estatutario contempla la sanción con multa a beneficio fiscal de 3 a 10 UTM, sin perjuicio de la obligación de responder por los daños patrimoniales y morales causados al afectado, los que serán apreciados prudencialmente por el juez. En caso de haberse cometido la infracción por dos o más personas, podrá condenárselas a responder solidariamente de la multa y la indemnización.

10.2.5. Artículo 175 del Código Procesal Penal: obligación de denunciar

El artículo 175 del Código Procesal Penal establece a ciertas personas la obligación de denunciar la existencia de hechos delictivos. Ello es aplicable a los “jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, a los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito”. Dicha situación se contrapone abiertamente al secreto médico, desde sus aspectos más sustanciales al dar comunicación a terceros de una situación conocida en el ejercicio de sus funciones. Es decir, no se trata de una mera excepción a la reserva, sino una obligación de romperla.

Las sanciones para quien no denuncie corresponden a las del 494 del Código Penal, consistentes en multa de 1 a 4 UTM o las de disposiciones especiales si existe.

10.2.6. Ley 20.584 y los derechos de los pacientes

La Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en

103 Biblioteca del Congreso Nacional. “Historia de la Ley 19.779. Establece normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y crea Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas”. 14 de diciembre, 2001. Página 8. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19779/HLI9779.pdf>

relación con acciones vinculadas a su atención en salud, establece en el párrafo 5° la reserva de la información contenida en la ficha clínica.

La ficha clínica consiste en el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Así, tanto la ficha clínica como los documentos que registren procedimientos y tratamientos de las personas serán considerados como dato sensible. La ficha permanece por un periodo mínimo de quince años en poder del prestador, responsable de la reserva de su contenido frente a terceros y funcionarios que no estén directamente vinculados a la atención de la persona. Excepción de esa reserva se produce ante solicitud hecha por alguna de las siguientes personas:

- a. El titular de la ficha clínica, su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, sus herederos.
- b. Un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario.
- c. Los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- d. Los fiscales del Ministerio Público y los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.

Esas instituciones y personas deben adoptar las medidas necesarias para asegurar la reserva de la identidad del titular de las fichas clínicas a las que accedan, de los datos médicos, genéticos u otros de carácter sensible contenidos en ellas y para que toda esta información sea utilizada exclusivamente con los fines para los cuales fue requerida.

10.2.7. La Ley 19.628 y el Código Sanitario

El artículo 24 de la Ley 19.628 agrega al Código Sanitario disposiciones relativas a la reserva de las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios de salud, estableciendo que solo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito.

Señala el artículo que esto no obsta a que las farmacias puedan dar a conocer, para fines estadísticos, las ventas de productos farmacéuticos, incluyendo la denominación y cantidad de ellos, sin consignar nombre ni datos que permitan identificar al paciente o al médico.

10.3. Casos

10.3.1. El aborto y la obligación de denunciar del médico

El artículo 175 del Código Procesal Penal, sobre la obligación de denunciar, se contrapone con la del artículo 360 del Código de Procedimiento Civil y las normas establecidas en el Código de Ética respectivo sobre secreto profesional, incluyente de la intimidad de la paciente y del derecho a la salud, delimitado por la necesidad de un tratamiento oportuno frente a la urgencia que en los casos tratados supone el aborto.

En Chile, estas normas son absolutas, ya que no procede el aborto en ningún caso, argumentando la preminencia de la vida del feto frente al de la madre sin importar la situación, salvo la del aborto como consecuencia no buscada en procedimiento para intentar salvar la vida de la madre; en caso de haber aborto, existe pena para la mujer embarazada como para quien lo causa, salvo que se trate de un facultativo que interviene “abusando de su oficio”, caso en que recibe la misma pena de la mujer.¹⁰⁴ Aun en casos menos extremos en que el feto no es viable, situación característica para la procedencia del aborto terapéutico en el derecho comparado, debe ser denunciada la mujer en cuestión y aplicable la sanción por la ley.¹⁰⁵ Como hemos mencionado, esto pone en evidencia pública a mujeres dentro de cuya esfera de privacidad corporal más estrecha realizaron procedimientos que la ley en Chile criminaliza.¹⁰⁶

Se han conocido numerosos casos de mujeres que, tras complicaciones derivadas de procedimientos irregulares de aborto, han llegado a centros hospitalarios, donde los profesionales asignados a la atención han realizado las denuncias legalmente exigidas, provocando naturalmente la investigación por aborto en contra de las mujeres bajo cuidado médico. No obstante, una resolución del

104 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”. Revista de Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 10, 2004, pp. 143-181.

105 En este sentido, es relevante el siguiente caso: <http://ciperchile.cl/2008/04/04/mujer-presa-por-aborto-del-hospital-me-trajeron-a-la-carcel/>

106 Huelga mencionar que esto contrasta dramáticamente con las consideraciones sobre un ámbito de privacidad (privacy) digno de protección, que es más intenso en los primeros meses de embarazo, que justifica al aborto como una decisión de la mujer que no debe ser penada, como ha sido reconocido en el derecho comparado. Véase *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Ministerio de Salud aclaró parte de esos deberes, morigerando sus posibles efectos: el Ord. AI5/I675 del 24 de Abril de 2009, enviado a los directores de servicios de salud, en que se indica:

“Aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constituye un tipo penal en la legislación chilena (Art. 342 del Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° ya citado, de la ‘Convención Contra la Tortura’, así como el derecho esencial de la protección de la salud, asegurado tanto en el artículo 19, número 9 de nuestra Constitución Política, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, N°1 y 2, letra d). Con ello también se afecta la garantía constitucional de un justo y racional proceso (art. 19, N°3).”

No obstante lo anterior, organizaciones de promoción de los derechos de la mujer han seguido manifestando su descontento por la continua denuncia por parte de médicos de las mujeres que llegan a su cuidado con complicaciones derivadas de aborto.¹⁰⁷

A este respecto, son varios los países que han cuestionado la obligación de denunciar y la penalidad del aborto, por entenderse como una violación a la intimidad de la mujer. En México,¹⁰⁸ existe un Código de Ética enfocado en la relación médico-paciente con bases en la confidencialidad y discreción de la información entregada y, en paralelo, un reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica con la obligación de notificar al Ministerio Público, además del eventual delito de encubrimiento sancionado penalmente. Sin perjuicio de esto, podrían eventualmente ser utilizados como resquicios legales la revelación de secretos del Código Penal y la revelación de información confidencial contemplada en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública gubernamental.

.....

107 Soyvalparaiso.cl, 15 de noviembre de 2012: “Organizaciones feministas protestaron frente al Hospital Fricke por denuncia de aborto”, disponible en: <http://www.soychile.cl/Valparaiso/Sociedad/2012/11/15/134250/Organizaciones-feministas-protestaron-frente-al-Hospital-Fricke-por-denuncia-de-aborto.aspx>.
Resumen.cl, 22 de febrero de 2013: “Mujeres solidarizan con mujer criminalizada por abortar”, disponible en: http://www.resumen.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=6901

108 Grupo de información en reproducción elegida A.C. “Aborto y secreto profesional del personal de salud”. Disponible en: http://www.gire.org.mx/publica2/aborto-SecretoProfesional_nov2010.pdf

En Argentina, el Código Procesal Penal, en el artículo 177 número 2, establece la obligación de denunciar “para los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”. En base a esta norma, la jurisprudencia ha entendido que no existe actualmente la obligación de denunciar por parte del médico que conoce el aborto bajo secreto profesional, sin distinción entre el funcionario público y el funcionario privado.¹⁰⁹

En materia internacional¹¹⁰ la contraposición entre el deber de denunciar el secreto médico y el derecho a la intimidad ha sido entendido en favor de estos últimos, resolviendo que lo contrario significaría una vulneración al principio

109 Entre otros, por los siguientes motivos dignos de lectura: “La persecución del delito que se pueda desprender de la comunicación del médico que tomó noticia de las maniobras abortivas en ejercicio de la profesión no podrá prosperar, ya que la averiguación de la verdad deberá verse desplazada ante la posible afectación de los derechos de raigambre constitucional que protegían a S., al poner en conocimiento de un médico la situación por la que atravesaba (C.N.C.C., Sala VI, S., A. E., rta. 23/10/2007); El médico de un hospital público a quien su paciente le informa, en el contexto de la relación que los une, que se ha practicado un aborto, no está obligado a efectuar la denuncia. Hacerlo sería desconocer el derecho al secreto médico y violatorio del artículo 156 CP (Sala I, NN s/ aborto, rta. 28/11/2006); Resulta inaceptable diferenciar la situación del médico consultado en su clínica privada de aquél que desempeña sus tareas en un hospital público. Ni el imperativo del digesto procesal, ni la simultánea condición de funcionario, ni las circunstancias concretas de este proceso configuran justa causa de revelación desincriminante. Por otra parte, la tesis opuesta conduce a la irrazonable discriminación entre aquellos pacientes con medios económicos suficientes para acudir a la atención médica particular, de quienes padecen la indigencia y estarían sometidos a escoger entre su vida -necesitada del auxilio sanitario o su procesamiento y condena por el delito que afectara su salud; El artículo 177, inciso 1º, CPP regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inciso 2º, en el cual, en realidad, dejó en claro que el deber de denunciar tenía como límite la supremacía del secreto profesional”.

110 En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia expedida en 2004 en un proceso contra Perú, Observación General 28, emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el contexto del Artículo 3 del “PIDCP”.

de legalidad; no es propia de los médicos la actuación como fiscal, ya que no le corresponde la persecución de delitos, ni aun a modo de “auxiliar del fiscal”, su función es proteger la salud y vida de las personas; se vulnera la vida privada de la mujer, en relación con sus funciones reproductivas.

El Comité de la ONU, en 1999, emite observaciones finales a Chile^{III} en las que establece sobre el aborto que:

“La penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas. El deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así en peligro sus vidas. El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo. En este sentido: El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”.

.....

III Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
“Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977- 2004). [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf)

II. Privacidad y datos financieros

II.1. Datos financieros

Los datos financieros son aquellos que contienen información de una persona determinada en relación a sus obligaciones contraídas con bancos o instituciones financieras, entre los que se cuentan los activos, los instrumentos de inversión y los créditos contratados, entre otros similares.

La relevancia de tratar estos datos de forma separada tiene un fundamento cuantitativo, en atención a la cantidad de datos de clientes manejados por las instituciones financieras, y un fundamento legal, por las carencias regulatorias evidentes en lo que respecta a este tipo de información, además de la inexistencia de los controles y mecanismos específicos para la protección de datos y el reforzamiento de los derechos de los usuarios. Del mismo modo, la existencia y circulación de datos financieros puede significar no solamente eventuales hostigamientos a las personas que sean vistas como potenciales clientes, sino también la negativa a acceder al mercado financiero en atención a los antecedentes de una persona, posiblemente empeorando su situación.

II.2. Aspectos legales

II.2.1. Ley 19.628

La ley sobre datos personales se refiere de forma general el tratamiento de los datos financieros en algunas de sus normas, en los mismos términos que los económicos, bancarios y comerciales.

Señala el artículo 4° que no se requiere autorización para el tratamiento de datos que provengan de fuentes accesibles al público cuando sean de carácter financiero y “se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa, comercialización o venta directa de bienes o servicios”. En consecuencia, en la medida que los datos sean de fuentes accesibles al público (condición amplísima conforme a la ley chilena), es posible elaborar una nueva base de datos sin consentimiento de las personas a quienes concierne.

Luego, el título III desarrolla especialmente “la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial”, desarrollando la información que pueden comunicar los encargados del tratamiento de datos. La excepción más general se encuentra contenida en el artículo 18, que establece que “en ningún caso pueden comunicarse los datos que se relacionen

con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal. Con todo, se comunicará a los Tribunales de Justicia la información que requieran con motivo de juicios pendientes”.

II.2.2. Ley General de Bancos

La Ley General de Bancos distingue la información sujeta a secreto de la información reservada. En el primero caso se cuentan los “depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos”, instituciones que no podrán proporcionar antecedentes relativos a dichas operaciones, sino al titular o a aquel expresamente autorizado por él o su representante legal, considerando para su infracción la pena de reclusión menor, en sus grados mínimo a medio.

Los antecedentes reservados están constituidos por todas aquellas operaciones que no procedan en la causal de secreto, pudiendo ser conocidas por quien demuestre interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente.

Es relevante la posibilidad de la justicia ordinaria, militar y los fiscales del Ministerio Público con previa autorización del juez de garantía para tener acceso a los antecedentes anteriores, ordenando la remisión de antecedentes específicos que tengan relación directa con el proceso u ordenar su examen.

II.2.3. Proyecto de ley de datos financieros

El 30 de Agosto de 2011 ingresa a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que regula el tratamiento de la información sobre obligaciones de carácter financiero o crediticio.¹¹² Entre otros aspectos, la iniciativa busca ampliar la información relevante disponible sobre comportamiento negativo y positivo de pago de las personas y su situación crediticia (su “capital reputacional”) que permita acceder a mejores condiciones en el mercado crediticio y la evaluación más acertada de los riesgos. Además, pretende regular el sistema de información comercial y crear un sistema de centralización de información financiera, a cargo directa o indirectamente de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. El proyecto es extenso y se mantiene en discusión, pero no incluye reformas igualmente sustantivas en la regulación de los datos personales en general, salvo en cuanto extiende el grueso de las normas de la Ley 19.628 a las personas jurídicas.

.....
112 Boletín 7886-03. Regula el tratamiento de la información sobre obligaciones de carácter financiero o crediticio. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8280&prmBL=7886-03.

Conclusiones

Desde una somera visión de la doctrina en torno al artículo 19 de la Constitución Política de la República en sus números 4 y 5, pasando por una relación con la Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal, a partir de la historia de su dictación, hemos examinado las bases sobre las que se plasmó la intención original del legislador en materia de vida privada y de datos personales. Dando cuenta que, si bien existe un sistema de protección fragmentaria e incompleta, es también cierto que las intenciones legislativas incluían un sistema de protección civil de la vida privada, de una amplitud mucho mayor que el que actualmente conocemos, pero que sufre en el trámite parlamentario una reducción considerable de sus garantías. Sin perjuicio de esto, la constante propuesta y creación de leyes especiales en la materia hace claro que la intención original del legislador sigue vigente como principio, aunque sin suficiente concreción normativa.

La situación de dispersión anterior ha potenciado la existencia de carencias regulatorias importantes, que en situaciones concretas ha desencadenado dos consecuencias relevantes: la primera, una remisión inmediata a las garantías constitucionales señaladas, que sin perjuicio de su importancia, solo establecen lineamientos generales, amplios pero incompletos; y en segundo lugar, la creación de múltiples reglas sectoriales, que no aseguran una interpretación uniforme con respecto a la intención del legislador.

Por ejemplo, en lo que respecta a la interceptación de comunicaciones privadas, se considera a estas como altamente intrusivas aun en el ámbito de la investigación criminal y que solo deben utilizarse en circunstancias limitadas por el legislador, evitando así la vulneración injustificada de derechos. Sin embargo, en Chile son amplias las posibilidades de intervención en materia penal, más específicamente en lo referido a las comunicaciones telefónicas. Esto significa que al existir sospechas fundadas sobre una persona o una organización delictiva que hubiere cometido o preparado la comisión de algún delito establecido en la ley, se concreta un antecedente suficiente para que se autorice judicialmente a acceder a información con carácter privado. Esta situación es capaz de producir un alto número de autorizaciones sin un examen cierto sobre su fundamento y procedencia, lo cual atenta contra los principios básicos perseguidos en materia de privacidad.

Sobre el tratamiento de datos personales, es relevante la carencia regulatoria en materia de creación y tráfico de bases de datos. La situación facilita la presencia de información personal, inclusive aquella con carácter sensible o íntimo, disponible en Internet de forma gratuita o a bajos precios, atentando abiertamente contra el espíritu de la legislación y los acuerdos internacionales, los que precisamente instan por una protección efectiva para el titular de datos

y la búsqueda de responsabilidades. En este mismo sentido, las falencias se manifiestan en la inexistencia de una autoridad pública de control de protección de datos, la falta de soluciones efectivas para los usos ilegítimos de datos y la correcta identificación de los responsables con el objetivo de obtener una condena, faltando también sanciones penales ante infracciones de la ley. En materia sancionatoria contra infracciones, la Ley 19.628 contempla indemnización por el daño patrimonial y moral que causare el tratamiento indebido de datos, anexo a la eliminación, modificación y bloqueo de datos como forma de reparación, derechos y sanciones que no se encuentran correctamente socializadas y, en general, no actúan como disuasivo de las conductas tipificadas.

La enorme dispersión en disposiciones y en las normas que de ellas se coligen; la falta de claridad en la normativa aplicable; la imposibilidad real de utilizar criterios de analogía entre leyes sectoriales para llenar vacíos, y la inexistencia de leyes que posibiliten un control efectivo sobre datos propios, permiten espacios para la vulnerabilidad de la privacidad en general y, en específico, una inexistente determinación autónoma del procesamiento de los datos personales de los que se es titular, como forma más visible y recurrente de vulneración.

Como se señaló alguna vez al intentar regular estas materias, si bien es efectiva la necesidad de una amplia y especial protección de los datos personales, no es suficiente motivo para obviar la necesidad de regular la privacidad en forma general y particular, cuyas normas permitan sentar bases generales para la aplicación y uniformidad del sistema legal chileno, subsanando así las falencias en la protección de la garantía fundamental del derecho a la vida privada y ampliando su concepción hacia una privacidad y una autodeterminación informativa como garantías propias de la dignidad humana y operativas en el contexto mundial actual.

