

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Escuela de Derecho**



**Protección de la intimidad**  
**frente a los avances informáticos**

**Profesor Patrocinante:**

**Sr. ALFONSO BANDA VERGARA**

**Postulante:**

**ROSALIA MANSILLA QUIROZ**

**Valdivia Chile 2002**

Valdivia, 6 de Junio de 2002

Señor Profesor  
Dr. Juan Ornar Cofre Lagos  
Director Instituto Ciencias Jurídicas  
Universidad Austral de Chile.

Ref: Informa sobre Memoria de Prueba de ROSALÍA EDITH MANSILLA QUIROZ.

Señor Director:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba presentada por doña Rosalía Edith Mansilla Quiroz titulada "***Protección de la intimidad frente a los avances informáticos***".

En primer término me referiré a la tesis desde el aspecto formal, y en tal sentido, puedo manifestar que la tesista ha utilizado en la redacción un estilo sencillo y adecuado a la realidad actual del tema, con un vocabulario tanto jurídico como técnico muy acorde con especialidad misma de la temática abordada. En suma, desde este punto de vista podemos estimar que la Memoria de Rosalía Mansilla refleja una gran preocupación en lograr darle a la redacción la necesaria especialización técnica que el tema exige y, al mismo tiempo, concretar esta completísima investigación en un documento ameno y de fácil lectura. En cuanto a la utilización de material bibliográfico el suscrito no puede menos que expresar que éste, además de ser abundante, ha sido muy convenientemente utilizado por la memorista para alcanzar, con notorio éxito, los propósitos investigativos que se propuso. En este mismo sentido las citas del material de investigación utilizado son correctas, oportunas y adecuadas.

La autora de la presente Memoria de Prueba ha abordado un tema jurídico-constitucional de gran actualidad y muy interesante como es el de analizar y fijar los deslindes de dos derechos fundamentales que frecuentemente entran en colisión en su ejercicio, como lo son el derecho a la vida privada o intimidad de la persona y el derecho a la libertad de expresión o derecho de la información como algunos lo denominan. Sin duda que el problema abordado es complejo y muy sensible, pues como es fácil percibir, implica el reconocimiento y ejercicio de dos derechos fundamentales - privacidad e intimidad por una parte e información, por la otra - de similar magnitud y trascendencia para toda sociedad.

A continuación analizaremos los diversos temas abordados en la tesis, con el propósito de efectuar una adecuada evaluación de ésta, habida consideración a que el tema central reviste cierta complejidad derivada principalmente de la circunstancia de ser la informática una disciplina de vertiginoso avance y, al mismo tiempo, por la gran importancia que alcanza la regulación jurídica de ésta nueva tecnología en lo que atañe,

en este caso, a los derechos fundamentales involucrados o que pueden verse afectados con su aplicación. Con este propósito revisaremos sucintamente los diversos capítulos de la tesis.

El capítulo I, está completamente referido al derecho a la intimidad, y comienza refiriéndose a cuestiones generales sobre el origen histórico-doctrinario que le fueron otorgando el carácter de derecho y determinando su sentido, hasta ser considerado un derecho fundamental del ser humano. Luego se refiere a la evolución que el concepto de este derecho ha experimentado, distinguiendo una noción tradicional y una "informatizada", revisando diversos planteamientos doctrinales a este respecto. Se destaca, asimismo la dificultad que presenta la fijación de un concepto, los motivos del cambio, adhiriendo, en definitiva a la posición doctrinaria de la amplitud del concepto, de forma que ambas nociones no son excluyentes, sino complementarias; y a la influencia de esa evolución en la fundamentación del derecho. Sostiene la autodeterminación informativa -concepto relacionado con la nueva noción- como un principio, más que un derecho- concreto. Respecto a la denominación del derecho, revisa el alcance de diferentes términos utilizados por la doctrina, y el efecto jurídico-práctico que debe otorgárseles para brindar una protección suficiente. En cuanto a sus titulares, alude al cambio de contenido y concepto que él experimenta respecto de las personas con actividad pública, y se muestra partidaria de no comprender como sujeto activo a las personas jurídicas. Analiza la relación del derecho a la intimidad con otros derechos, comúnmente confundibles, los caracteres que los distinguen, y el tratamiento que se les otorga en nuestro ordenamiento constitucional, la protección jurídica que se brinda y - sintéticamente - la forma en que él es reconocido.

El capítulo II, trata de la libertad de opinión y de información. Se refiere a la importancia y fundamentación, determina su contenido, conceptualiza y distingue los derechos-libertades que se comprenden bajo el rótulo libertad de información. En especial, acerca de la diferencia en el contenido de la libertad de opinión y la de información, juicios de valor y hechos, respectivamente, y de ello deduce un límite particular para la última. Además, al tratar los límites de dichas libertades, recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial lo referente a que ellos sean necesarios en una sociedad democrática, y que la vigencia de este régimen de gobierno, permite y/o exige limitar su ejercicio; al referirse a algunas normas de nuestra Constitución, sostiene que el inciso 2º del art. 19 N°8 no tendría aplicación respecto de la libertad de expresión. En relación a los conflictos con la intimidad, se alude a los principales fundamentos que entregan los autores para otorgar prevalencia a uno u otro derecho fundamental, en los casos excepcionales en que efectivamente estemos frente a un conflicto. Luego, se refiere a los caracteres de los distintos medios de comunicación, por los cuales puede ejercerse la libertad de expresión, y las diferencias que la red Internet presenta respecto de los medios más tradicionales.

En el capítulo III, luego de fijar la noción de informática -y teleinformática-, se refiere a sus relaciones con la ciencia jurídica. Respecto de lo que denomina "derecho informático", se revisan algunos conceptos y opiniones doctrinales en torno a su eventual autonomía como rama del derecho, señalando su apreciación personal; entre otros aspectos.

En el capítulo IV se aborda, por la tesista el examen de la noción actual del derecho a la intimidad en la sociedad informatizada. Recuerda que éste comprende hoy tanto una libertad negativa como una positiva, esta última manifestada en facultades de control sobre los datos personales; alude al concepto de tales datos y su clasificación doctrinaria, y se refiere concretamente a las facultades controladoras, como forma en que se hace efectivo jurídicamente el principio de la autodeterminación informativa, y señala cuales son la más comunes. Posteriormente, se refiere a la "libertad informática", expresión que es utilizada de modo diverso por los autores, y que en su opinión debe ser entendida como una expresión que alude a la libertad de expresión o información actualizada, y, consecuentemente, como un concepto opuesto al principio señalado anteriormente; y de un modo breve se refiere al denominado "hábeas data".

En relación a las técnicas informáticas con incidencia en la intimidad, analiza las que estima más relevantes, las conceptualiza y señala los riesgos que crea su utilización y los efectos que pueden provocar para este derecho su mal uso. En el mismo apartado se refiere a las conductas que doctrinalmente pueden ser catalogadas como delitos informáticos (no es técnica), los conceptualiza y distingue, y determina aquellas que pueden vulnerar el derecho en estudio.

Luego al referirse a la normativa jurídica específica, efectúa un análisis personal de las normas constitucionales de diversos países, criticando algunos aspectos; alude a la Directiva de la Unión Europea, por representar el mínimo de protección que los Estados miembros de ella deberán otorgar a las personas físicas en cuanto al manejo de sus datos personales; finalmente, de modo más extenso analiza comparativamente la legislación civil y penal chilena y española. En relación a las limitaciones que puede enfrentar el derecho en su faceta positiva, recoge en su análisis las exigencias que derivan de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán. Finalmente, formula algunos principios que debieran orientar la normativa.

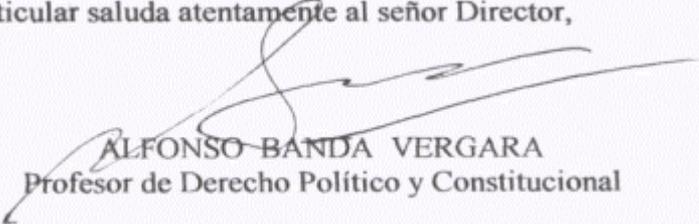
Por último, se refiere a la red Internet destacando, entre otras materias, los riesgos que en su utilización enfrentan los usuarios, muchas veces desconocidos, analizando algunos en particular y los casos concretos en que puede verse vulnerado el derecho a la intimidad; señala los motivos que originan que los riesgos y lesiones a él sean mayores por medio de la red; alude a distintos intentos en el derecho comparado por sancionar conductas cometidas en ella, y la ineficacia que han tenido, para concluir que la única forma adecuada de regulación son los tratados internacionales, en que, a lo menos, se acuerde armonizar las legislaciones nacionales.

El sólo examen detallado de los temas abordados en la tesis por la postulante al grado de licenciado, doña Rosalía Mansilla, nos demuestra el evidente valor que representa la investigación acometida y el aporte innegable y a la vez novedoso de un estudio de esta naturaleza ante situaciones creadas por los avances tecnológicos. El suscrito estima - frente al planteamiento de la memorista - que no podemos desconocer que para los derechos en cuestión - intimidad e información - es incuestionable la enorme incidencia que para ellos ha significado el avance tecnológico de las comunicaciones, pero tales transformaciones deben encausarse de tal forma que los adelantos alcanzados no terminen siendo nefastos para la humanidad y terminen por destruir al ser humano.

En suma, este informante estima que la presente tesis se ha avocado a un estudio del más alto interés respecto de un tema de muchísima actualidad alcanzando un notable resultado. Además, el suscrito deja constancia que la extensión de la memoria en informe se justifica plenamente pues la temática tratada requiere de un desarrollo adecuado para su debida interpretación.

De conformidad con lo anterior, este informante estima que la tesis de doña Rosalía Mansilla Quiroz, se hace acreedora a una calificación con nota 6.8 (seis punto ocho) para todos los efectos reglamentarios.

Sin otro particular saluda atentamente al señor Director,



ALFONSO BANDA VERGARA  
Profesor de Derecho Político y Constitucional

# I N D I C E

- INTRODUCCIÓN.	1
Capítulo I: EL DERECHO A LA INTIMIDAD.	
1.1. Noción. Fundamento y Concepto y su evolución	4
1.1.1. Noción de la palabra "intimidad".	4
1.1.2. Surgimiento del "derecho" a la intimidad	5
1.1.3. Fundamento del derecho a la intimidad.	8
1.1.4. Concepto del derecho a la intimidad, vida privada o privacy. Su evolución a través de la historia	9
1.1.4.1. Concepto. Generalidades	9
1.1.4.2. Concepto de intimidad o vida privada en la teoría tradiciona	10
1.1.4.3. Noción y concepto actual en la sociedad informatizada Nuevos problemas y conceptos	13
1.1.4.3.1. Noción y concepto actual.	13
1.1.4.3.2. El principio de la autodeterminación informativa	16
1.1.4.4. Denominación del derecho.	19
1.1.5. Contenido del derecho a la intimidad. Supuestos atentarios o de vulneración del derecho a la intimidad.	21
1.1.5.1. Contenido del derecho a la intimidad.	21
1.1.5.2. Supuestos atentatorios del derecho a la intimidad.	23
1.1.6. Titulares del derecho a la intimidad.	24
1.1.6.1. Intimidad de las personas públicas.	24
1.1.6.2. ¿Intimidad de las personas jurídicas?.	26
1.2. Distinción con otros derechos con los que se le confunde.	28
1.2.1. Relación con el derecho a la honra.	29
1.2.2. Relación con el derecho a la propia imagen.	33
1.2.3. Relación con el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas en nuestro ordenamiento constitucional.	37
1.3. Limitaciones al derecho a la intimidad.	40

1.4. Tutela constitucional de la intimidad a nivel comparado.	43
1.5. Tutela del derecho a la intimidad en Chile.	47
1.5.1. Tutela a nivel constitucional.	47
1.5.2. Tutela legal.	53

## Capítulo II: LIBERTAD DE OPINION Y DE INFORMACION.

2.1. Generalidades. Fundamento. Concepto y evolución del mismo.	56
2.1.1. Generalidades.	56
2.1.2. Fundamento de la libertad de expresión.	58
2.1.3. Concepto de las libertades de opinión y de información, y su evolución.	60
2.2. Límites a la libertad de expresión. Ambito de ejercicio.	66
2.2.1. Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico chileno.	70
2.3. Hipótesis de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad	71
2.4. Evolución en su forma y medios de ejercicio. Internet.	74
2.5. Libertad informática.	76

## Capítulo III: INFORMATICA Y DERECHO.

3.1. Nociones generales sobre la informática.	77
3.1.1. La teleinformática.	78
3.2. Relaciones entre informática y derecho.	79
3.2.1. Informática jurídica.	79
3.2.2. Derecho informático	81
3.2.2.1. Su necesario nacimiento	83
3.2.2.2. Contenido del derecho informático.	87
3.2.2.3. Características.	88
3.2.2.4. Estado actual.	89

## Capítulo IV: INTIMIDAD, LIBERTAD INFORMÁTICA, INTERNET.

4.1. Generalidades.	92
4.2. La intimidad en la sociedad informatizada. Conceptos.	95
4.2.1. Autodeterminación informativa y datos personales.	95

4.2.2. Facultades de control sobre los datos personales.	99
4.2.3. La libertad informática como concepto distinto y opuesto a la autodeterminación informativa.	101
4.2.4. Libertad informática en colisión con la autodeterminación informativa.	103
4.2.5. El hábeas data: acción de amparo de los derechos sobre los datos personales	105
4.3. Técnicas informáticas con incidencia en la intimidad.	106
4.3.1. Técnicas informáticas concretas con incidencia en la intimidad.	107
4.3.1.1. Banco de datos con información personal.	108
4.3.1.2. Fusión de datos personales.	116
4.3.1.3. Redes de comunicación informáticas: tecnología telemática o teleinformática. (Transmisión de informaciones).	119
4.3.1.4. Contratos informáticos y contratación electrónica, en cuanto inciden en la intimidad	122
4.3.1.4.1. Contratos de distribución de bases de datos.	125
4.3.1.4.2. Contratos de suministro de información.	126
4.3.1.5. Delitos informáticos.	128
4.4. Revisión de normativa jurídica específica referida a los problemas que enfrenta la intimidad frente a la informática. Principios que la inspiran.	138
4.4.1. Protección de la intimidad frente a la informática en el Derecho Comparado.	139
4.4.1.1. En el ámbito constitucional.	139
4.4.1.2. En el ámbito legal.	145
4.4.1.3. Normativa supranacional específica.	147
4.4.1.3.1. La Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.	148
4.4.2. Protección de la intimidad frente a la informática en Chile.	152
4.4.2.1. Análisis comparativo de la legislación civil de protección de datos personales, chilena y española.	152
4.4.2.1.1. Observación general sobre la ley 19.628.	170
4.4.2.1.2. Dicom en Chile.	172
4.4.2.2. Legislación penal chilena y española. Figuras que protegen la intimidad frente a la tecnología informática.	174

4.4.3. Limitaciones a la intimidad que pudieren derivarse del avance informático.	177
4.4.4. Principios que debieran orientar la legislación.	179
4.5. La internet como medio de comunicación del siglo XXI y sus efectos en el derecho a la intimidad.	181
4.5.1. Generalidades.	181
4.5.2. Características de la internet.	183
4.5.3. Riesgos que entraña Internet para nuestra intimidad.	184
4.5.3.1. Utilización de "cookies".	185
4.5.3.2. La tecnología WAP (Wireless Application Protocol).	192
4.5.3.3. Riesgos en el correo electrónico o e-mail.	193
4.5.3.4. Acción de los piratas informáticos: los "hackers".	204
4.5.4. Aumento de los peligros y lesiones al derecho a la intimidad con la Internet.	204
4.5.5. Situación actual: desregulación.	207
4.5.6. Necesidad de regulación de internet. Lo que se está haciendo al respecto.	210
4.5.7. Forma de regulación: Tratados internacionales	213
CONCLUSIONES.	217
BIBLIOGRAFÍA.	221

## INTRODUCCION

El vertiginoso avance en el desarrollo de la tecnología en los más diversos campos es un hecho que caracteriza los últimos años. Cada día conocemos nuevos aparatos radiofónicos, los viajes al espacio son más continuos, la telefonía móvil, la televisión por cable y la satelital son muestra de ello. Otra creación humana importante en la vida actual es la informática, invento que ha hecho variar de forma significativa las diferentes actividades humanas, en todos los niveles, estamentos y sectores de la sociedad, revolucionando por completo la situación existente con anterioridad a su aparición, y que día a día y con una gran rapidez ha ido encontrando nuevas aplicaciones y mejorando sus técnicas originarias, contándose como uno de los hitos más relevantes en su evolución, su relación con la tecnología de las comunicaciones, de lo cual surge la denominada "telemática", que ha dado origen a las redes de comunicación informáticas, las cuales crean un sinnúmero de posibilidades de uso y mejoran la eficiencia en el campo de los negocios, y comunicabilidad interpersonal. La red telemática más conocida y de mayor alcance a no dudar es la red Internet, la cual ha abierto enormes posibilidades para acceder al conocimiento en todas las áreas del saber, y, de modo más reciente también se ha convertido en una puerta para efectuar negocios.

No obstante, todos estos beneficios se acompañan de situaciones y posibilidades que representan nuevos riesgos para los derechos más preciados del ser humano, sobre todo de su derecho a la intimidad, a la igualdad y de libertad personal, y, con efecto consecencial sobre su dignidad. Hoy, se habla de protección de los datos personales como una manifestación del derecho a la intimidad, cuyo importancia se ha visto acrecentada de modo considerable por los avances experimentados en el campo informático y telemático.

Por otro lado, la libertad de expresión, es un derecho que constantemente se ve confrontado con el derecho a la intimidad, existiendo posiciones divergentes que postulan la prevalencia de uno u otro. Situación que tradicionalmente se presentaba con más frecuencia respecto de los personajes públicos, ya que los medios de comunicación en la búsqueda de "noticias" que vendan, tienden a informar sobre aspectos íntimos de estas personas. Sin embargo, la evolución y avance en el área informática, provoca que esta situación varíe, la colisión entre ambos derechos fundamentales se producirá ahora con más frecuencia también respecto de

personas particulares, y ello por cuanto el tratamiento de datos personales afecta a toda persona, sin distinción, y éste es el tema que hoy principalmente se discute al hablar del derecho a la intimidad.

La Internet, un fenómeno de alcance mundial enorme, es hoy el nuevo medio en el cual la libertad de expresión, en todos sus aspectos, puede ser ejercida plenamente, sin estar en general sometida a las reglas restrictivas de los ordenamientos jurídicos nacionales, de lo cual se derivan consecuentemente, nuevos riesgos para la intimidad de las personas. La expresión de opiniones, la divulgación de informaciones, es completamente libre en la red de redes, libertad que lamentablemente en ocasiones es ejercida vulnerando los derechos de terceros.

Existen una serie de cuestiones nuevas en torno al derecho a la intimidad, ha variado su concepto, su fundamento, y han aparecido nuevas conductas que amenazan vulnerarla gravemente, sin que estemos consciente de ello. Se han postulado nuevos principios, instituciones y derechos en relación a ella. En todo lo cual tiene significativa influencia los avances de la informática y la aparición y nuevos uso de la Internet. La doctrina ha dicho que la informática desde sus inicios se mostró como una nueva amenaza para los derechos personales, más sutil pero mucho más agresiva, afirmación con la cual coincidimos plenamente.

En este estudio, primeramente expondremos lo relativo a los derechos que entran en conflicto: el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, señalando sus fundamentos y alcances, así como su evolución, en términos generales, a objeto que ello nos permita entenderlas y determinar su legítimo ejercicio.

Luego, y como una cuestión accesoria pero necesaria de nuestro estudio, nos referiremos a las relaciones entre la tecnología o ciencia informática y el Derecho, principalmente por estimar que se hace imprescindible que exista una rama especial del derecho que estudie los distintos problemas derivados de los avances informáticos, de forma que las distintas normas jurídicas que se dicten se orienten por los mismos principios, y con especial preocupación por el resguardo del derecho a la intimidad en sus diferentes aspectos, por las connotaciones que una eventual lesión de este derecho puede tener para la vida del sujeto, y otros fundamentales derechos.

Finalmente, contemplamos un capítulo especialmente referido a los problemas concretos que se derivan para el derecho a la intimidad, en la denominada sociedad informatizada o de la

información, en la cual presenta especial interés el manejo de datos personales, los cuales hoy en día son objeto de comercio por las empresas, reuniéndolos y tratándolos de las formas más diversas, sin que ello sea conocido o preocupe mayormente a la generalidad de la población. Dedicamos igualmente, un acápite especial a los problemas que se presentan con el uso de la Internet, la cual es un nuevo medio para la recopilación de tales datos de las formas más diversas, y que además permite que terceros inescrupulosos invadan nuestra intimidad a través de distintas acciones.

Lo que nos motivó a efectuar este trabajo, es evidenciar las diferentes conductas que hoy se efectúan para invadir nuestra intimidad, y principalmente porque éstas en general son desconocidas para las personas, y algunos que los conocen no le han tomado el peso suficiente a la trascendencia o efectos que pueden llegar a tener para su vida social, tanto en la época actual como en el futuro si llegara a cambiar el régimen político del país.

La tecnología informática y las redes de comunicación computarizadas son de gran ayuda para la realización de nuestras actividades diarias, nos permiten divertirnos y relacionarnos con diferentes personas, y constituyen un valioso instrumento de desarrollo para los países. Sin embargo, es preciso que su uso sea regulado adecuadamente, de forma que a través de ellas no se vulneren los derechos de las personas, y hablamos de derechos en general porque a través de las violación de la intimidad se pueden afectar consecuentemente diversos derechos fundamentales del hombre. Revisaremos cual es la situación actual de la protección que el ordenamiento jurídico chileno contempla para estos problemas, y cual es la orientación que se sigue a nivel comparado; determinando, en definitiva, si nuestro país está a la altura de lo que las circunstancias actuales y evolutivas de la tecnología exigen.

## 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

### 1.1. Noción. Fundamento y Concepto y su evolución.

"*My home is my castle*". Con esta máxima inglesa, se pone de manifiesto la fuerza del derecho a la intimidad, en épocas pasadas, la cual no ha perdido vigencia con la evolución de la sociedad ni con los diversos avances tecnológicos, pero su significado ha ido variando, ampliándose su contenido, porque los cambios sociales lo han hecho necesario.

La doctrina y los ordenamientos jurídicos extranjeros desde hace ya bastante tiempo, han comenzado a preocuparse de la influencia que los avances tecnológicos tienen para la intimidad de las personas, postulando nuevos principios y conceptos, y dictando normas que protejan efectivamente este importante derecho en la sociedad actual.

Nuestra Constitución lo reconoce en su art. 19, numeral 4º, a través de la fórmula siguiente: "Se asegura a todas las personas... 4º. El respeto y protección a la vida privada...", con lo cual se limita a declarar el derecho, sin determinar ni acotar el alcance, fórmula que a nuestro parecer es lo correcto. A objeto de determinar el alcance de este derecho fundamental, en este capítulo nos referiremos a su origen, fundamento, y a diversos conceptos que la doctrina entrega sobre él; además, y como una cuestión necesaria para acotar el alcance del derecho, dedicamos un apartado a diferenciarlos de otros derechos estrechamente vinculados, pero claramente distintos. Por último, nos referiremos a la evolución que ha ido experimentando doctrinariamente el concepto y contenido del derecho a la intimidad, por cuanto de ello se derivan consecuencias significativas.

#### 1.1.1. Noción de la palabra "intimidad".

¿Quién no ha utilizado la expresión intimidad, vida privada o privacidad?. Todos la hemos empleado alguna vez, y no dudo que siempre, en términos generales, en su sentido correcto. Como dice MIGUEL URABAYEN, para saber y conocer el sentido de esta palabra, no es necesario recurrir a su etimología;<sup>1</sup> hasta un niño, sabe que esa expresión alude a lo interior, a lo más secreto de la vida del hombre, a aspectos personales que no son de conocimiento público ni se desea que lo sean. Lo íntimo o privado 'se opone a lo público, a lo proclamado a todos'.

---

<sup>1</sup> Urabayen, Miguel. *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Editorial Eunsa, España, 1977; citado por Barroso Asenjo, Porfirio. *Límites constitucionales al derecho de la información*. Editorial Mitre, España. 1984. p. 50.

El concepto "intimidad" históricamente surge vinculado a la aparición de la burguesía, clase social que nace con la Revolución Industrial. Las nuevas condiciones económicas, sociales y laborales que ella impone, provocan que la intimidad, concebida como posibilidad de aislamiento o de soledad, se convierta en una aspiración de la nueva clase social, de la cual antes sólo gozaban pequeños sectores de la sociedad como las altas clases sociales, y los monjes. Tal aspiración de la burguesía se ve potenciada, como señala el profesor PEREZ LUÑO, porque en esta época se distingue claramente el lugar de trabajo del lugar en que se vive.

De esta vinculación, la intimidad deriva sus caracteres originarios. Así, es concebida como un privilegio de la burguesía, "está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que... exista una inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población",<sup>2</sup> los obreros están excluidos de tal disfrute, siendo la propiedad en ese entonces una condición para acceder a la intimidad. Se caracteriza también por un marcado matiz individualista, es un privilegio del individuo que se concreta en la facultad de reservar para sí un espacio exclusivo y excluyente.

En todo caso, en un principio, esto se posee y ejerce como un privilegio de hecho, del cual se llega a gozar principalmente por ser propietario de un lugar o espacio físico.

#### 1.1.2. Surgimiento del "derecho" a la intimidad.

Paralelamente, a ese goce de hecho del privilegio de la intimidad, la doctrina comienza a estudiar este fenómeno, y lo postula con carácter de un derecho, que debe ser respetado por las demás personas.

El origen o raíz teórica del derecho a la intimidad, se encontraría en los estudios y postulados de Thomasio y Kant. Estos autores la conciben como aquel fuero interno situado al margen de la injerencia estatal y de las relaciones sociales comunitarias. La intimidad o vida privada es visto "como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento".<sup>3</sup>

Pero en todo caso, a pesar que "el nacimiento de la intimidad, que cronológicamente coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre, no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase", por el contrario este derecho no es considerado una "exigencia natural de todos los hombres", sino que el sujeto activo de él es un sector de la sociedad: el hombre

---

<sup>2</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 1ª edición 1984 (5ª edición, 1995). Editorial Tecnos S.A., Madrid, España. p. 321 ss.

<sup>3</sup> Ibid.

burgués 'encastillado en su aislamiento'. Sin duda es reflejo elocuente de esta situación la máxima inglesa *my home is my castle*, tal era la fuerza otorgada a este derecho que llega a decirse que ni siquiera el rey de Inglaterra podía ingresar a ese castillo sin ser invitado.<sup>4</sup>

Entre los juristas anglosajones, en tanto, el nuevo derecho a la intimidad o *privacy*, tuvo como presupuesto teórico la idea de libertad como autonomía individual, defendida por John Stuart Mill. En concepto de este autor en aquellos aspectos que sólo conciernen al individuo, y que no consistan en conductas que afecten a los demás, aquél tiene absoluta independencia y soberanía, no generándole deberes ni responsabilidades. De allí que los aspectos concernientes a su *privacy*, sólo le conciernen a él.<sup>5</sup>

En Estados Unidos, en 1890, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis fijaron en su monografía *The right to privacy* las bases técnico-jurídicas de la noción de *privacy*, configurándola como un derecho a la soledad, como la facultad "*to be let alone*",<sup>6</sup> esto es, como la garantía del individuo a la protección de su persona y a su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica ("*the sacred precincts of private and domestic life*"), en la cual no podía ser molestado por los periodistas. Posteriormente, en 1928, Louis D. Brandeis, siendo juez de la Suprema Corte estadounidense, emitió una "*disseminating opinion*" en el caso *Olmstead vs. United States*, en la cual sostuvo que la *privacy* era un derecho reconocido por la Constitución de Estados Unidos en su IV Enmienda. Brandeis, señaló que los autores de esta Carta Fundamental al "proclamar el derecho a la búsqueda de la felicidad por parte de los ciudadanos, desearon proteger sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sensaciones", de lo cual se derivaba que habrían reconocido "también frente al gobierno el derecho a la soledad, el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados";<sup>7</sup> y que, por tanto, la protección de este derecho sería una exigencia de la IV Enmienda, la cual "garantiza a los ciudadanos la seguridad de sus personas, de sus domicilios y

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> De ahí a que sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano ("Over himself, over his own body and mind the individual is sovereign"). J.S.Mill, *On Liberty*, ed. a cargo de B. Wishy, Beacon Press, Boston, 1959, p. 251; citado por Pérez Luño, ob. cit. p. 323.

<sup>6</sup> Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, "The right to privacy", en HLR, 1890, n.4, p. 193; citado por Pérez Luño, ob.cit., p.323.

<sup>7</sup> *'They conferred, as against the government, the right to be let alone -the most comprehensive of right most valued by civilized men'*, citado por Pérez Luño, ob.cit. p. 321 y ss.

de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida", frente a cualquier intromisión del gobierno cualquiera fueran los medios empleados.<sup>8</sup>

Desde este momento, el derecho a la intimidad comienza así a ser concebido como un derecho de todos los hombres, el cual progresivamente es reconocido por los diferentes ordenamientos jurídicos.

En un primer momento el derecho a la intimidad es concebido como un derecho de la personalidad, esto es, como un derecho que permite a la persona desarrollar su individualidad, y determinar sus aptitudes, y conocerse a sí misma, y además que la protege en estos aspectos. Luego, pasa a ser considerado un derecho fundamental, siendo reconocido en los textos constitucionales de los diversos países y aún en textos internacionales sobre derechos humanos. Según señala el profesor PEREZ LUÑO, de tal variación se derivan importantes cambios respecto a este derecho.<sup>9</sup> Principalmente, implica modificar el planteamiento privatista y estrictamente individual, que caracteriza a este derecho en su origen, por un enfoque en que deja de aparecer como una facultad del individuo aislado, pasando a ser considerado como un derecho de la coexistencia. En este sentido, RUIZ-GIMENEZ, en 1969, señalaba: 'Si la intimidad es un valor fundamental del ser hombre, uno de sus bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento jurídico debe proteger...'.<sup>10</sup> Lo relevante de esta consideración, es que implica que la intimidad no es un derecho que sólo importe al individuo, por el contrario ella tiene un contenido social, es en la vida en sociedad donde se observa su existencia y cobra relevancia, siendo importante su protección a tal extremo que es vista como una condición de la existencia colectiva. De lo cual resulta, que la regulación de su ejercicio debe tener en consideración su dimensión social, esto es, la importancia que tiene para la existencia colectiva.

Otro cambio, que deriva de esa consagración constitucional como derecho fundamental, es que la intimidad es reconocida como un principio y a través de cláusulas generales, lo cual implica que la norma que la consagra "no es susceptible de una interpretación literal y rígida que

---

<sup>8</sup> Mr. Justice L.D.Brandeis Dissenting Opinion en el proceso *Olmstead v. United States* (1928), recogida en el vol. a cargo de J.H.F.Shattuck, *Rights of Privacy*, National Textbook Co. & American Civil Liberties Union, Skokie (Ill), New York, 1977, p. 11; citado por Pérez Luño, ob. cit., p.323.

<sup>9</sup> Pérez Luño, Antonio, ob.cit., p. 325.

<sup>10</sup> Ruiz-Giménez, Joaquín. *El derecho a la intimidad, en Cuadernos para el Diálogo*. 1969, n. 66, p. 10; citado por Pérez Luño, ob.cit., p. 324.

impida la posibilidad de intervenir sobre nuevas manifestaciones del derecho impensables en el momento de la promulgación de la norma constitucional".<sup>11</sup>

Por otra parte, siendo un derecho fundamental, la intimidad es oponible *erga omnes*, es decir, respecto de toda persona, institución o grupo, no limitada a las relaciones entre el individuo y el Estado, sino también vigente en las relaciones entre particulares, y así lo postula la tesis alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*.<sup>12</sup>

Estos son los caracteres generales de la intimidad, vida privada o *privacy*, derecho fundamental de todos los seres humanos sin distinción, y que encuentra su fundamento, como veremos en seguida, en la misma naturaleza del hombre, y está estrechamente ligado a su dignidad.

### 1.1.3. Fundamento del derecho a la intimidad.

LOPEZ JACOISTE ha señalado que el derecho del ser humano "a que se respete su vida privada es dimensión de la personalidad inherente y consustancial; lo cual se centra en torno a la dignidad humana...".<sup>13</sup>

Ciertamente en ello coinciden los diferentes autores, el derecho a la intimidad, así como los demás derechos fundamentales del ser humano, encuentra su fundamento en la idea de la dignidad del hombre, cualidad que es predicable sólo respecto del ser humano y derivada de su "carácter de ser consciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad".<sup>14</sup>

La dignidad es inherente y exclusiva del ser humano, la tiene por el sólo hecho de ser tal, y es conceptualizada como aquella cualidad en virtud de la cual toda persona merece respeto por el sólo hecho de ser tal, de forma que no debe ser objeto de coacción física o mental, ni ser discriminada.<sup>15</sup> La dignidad, hace acreedora a toda persona, sin distinción, de un trato respetuoso.<sup>16</sup>

De esta forma, la dignidad como fundamento de los derechos humanos, exige que tales derechos sean respetados. Atentar contra cualquiera de esos derechos es atentar contra la

---

<sup>11</sup> Pérez Luño, Antonio, ob.cit., p. 325, cita, a su vez, a S. Rodota. *Elaboratori elettronici e controllo sociales*, cit., pp. 91 ss y 145 ss.

<sup>12</sup> Pérez Luño, ob.cit., p. 325.

<sup>13</sup> Citado por O'Callaghan Muñoz, Xavier. Comunicación "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia, 1992 . p. 574.

<sup>14</sup> Verdugo M., Mario. Pfeffer U., Emilio. Nogueira A., Humberto. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 1994. p. 110.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Cea Egaña, José Luis. Apuntes no publicados sobre los derechos fundamentales. p.5

dignidad humana. Ciertamente, no todos los derechos fundamentales tienen o están a la misma distancia de esa dignidad, hay algunos que están más estrechamente vinculados a ella, tales son por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, el derecho a la honra y, por supuesto, el derecho a la intimidad o vida privada. Estos derechos más cercanos a la dignidad salvaguardan más directamente el desarrollo de la personalidad del individuo, y tal cercanía implica que el quebrantamiento de esos derechos constituyen un atentado a esa cualidad fundamental.

Tal fundamentación es de carácter *iusnaturalista*, e implica que el ser humano posee esos derechos desde el momento de nacer, incluso algunos señalan que desde el momento de la concepción, independiente de su reconocimiento positivo.

Por otra parte, y como veremos más adelante -pues es necesario revisar previamente otras cuestiones-, los cambios que ha experimentado la sociedad con los avances tecnológicos, han repercutido en la fundamentación de la intimidad, encontrándose hoy en día vinculado también con el valor de la libertad y de la igualdad.

#### 1.1.4. Concepto del derecho a la Intimidad, vida privada o privacy. Su evolución a través de la historia.

Desde su aparición el derecho a la intimidad ha sido objeto de numerosos y constantes estudios por la doctrina, tanto nacional como extranjera, la que ha dado diversos conceptos, como ellos nos permiten conocer y comprender su significado y alcance, en este apartado revisaremos algunos.

A su vez, y como ya hemos adelantado, producto de los cambios en la sociedad este derechos ha ido variando, las razones concretas de ello, el nuevo significado y su importancia, así como los nuevos conceptos que se plantean, serán también materia de análisis en este punto.

##### 1.1.4.1. Concepto. Generalidades.

Si bien todos tenemos una noción de lo que es la intimidad, y en consecuencia lo que implica el derecho, el fijar un concepto presenta diversas dificultades.

La doctrina ha señalado que tales dificultades arrancan en primer término del hecho que al elaborar un concepto de intimidad, o de cualquier otra expresión, debemos limitarlo,<sup>17</sup> definir

---

<sup>17</sup> Otero Parga, Milagros. Comunicación "Consideraciones en torno al derecho a la intimidad". Cuarta Conferencia. XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y Libertades públicas. Tomo I. 1992. p. 693 y ss.

su alcance. Además, la conceptualización no es fácil porque intimidad y vida privada, en palabras del profesor PEREZ LUÑO, son nociones "...que llevan consigo una carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas, y dificulta la precisión de su significado...";<sup>18</sup> MIGUEL DE URABAYEN ha señalado que la intimidad es una noción amplia y confusa, que 'tiene un fuerte contenido emocional compuesto en muchos casos de sentimientos, creencias o modos de conducta personal',<sup>19</sup> y que, además, la evolución histórica a través del tiempo, hace variar la noción de intimidad, pues está gobernada en parte considerable por las modas y costumbres de la sociedad de que se forme parte.<sup>20</sup>

#### 1.1.4.2. Concepto de intimidad o vida privada en la teoría tradicional.

La doctrina ha utilizado distintos términos o expresiones para referirse a este derecho, entre ellos intimidad, vida privada, privacidad o *privacy*. Las diferencias entre los autores se centran principalmente en el significado que atribuyen a los dos primeros, pero los utilizan indistintamente.

La fórmula utilizada para definir o conceptualizar el derecho no es siempre la misma, algunos optan derechamente por entregar un concepto, otros en cambio "se limitan a tipificar, con mayor o menor flexibilidad, los supuestos atentatorios o a establecer la existencia de conductas y amplitud de las circunstancias que ... pueden afectar al ejercicio de este derecho".<sup>21</sup>

Por otra parte, hay autores, como el profesor RENATO JIJENA, que plantean la conveniencia de no definir el derecho a la privacidad, señalando que debe bastar su reconocimiento.<sup>22</sup> La generalidad de la doctrina, en todo caso, opta por dar un concepto de este derecho, sea utilizando la voz intimidad u otra.

Otros autores, como FARIÑAS,<sup>23</sup> al constatar la dificultad de fijar el concepto de intimidad, por la amplitud y ambigüedad del término, sostienen que es preferible hacer una enumeración de contenidos posibles, señalando, a su vez, que esos contenidos necesariamente variarán con el espacio y con el tiempo.

---

<sup>18</sup> Pérez Luño. Ob.cit., p. 327.

<sup>19</sup> Urabayen, Miguel; citado por Barroso, ob.cit., p. 52.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Pérez Luño. Ob.cit., p. 327.

<sup>22</sup> Jijena, Renato. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición, 1992. p. 42.

<sup>23</sup> Fariñas Mantoni. *El derecho a la intimidad*. Madrid, España, 1983, p. 357; citado por O'callaghan Muñoz, Xavier. Ob.cit., p. 573.

Coincidimos con XAVIER O'CALLAGHAN, en que tal planteamiento es inaceptable: "es preferible dar un concepto doctrinal, concorde con la ley y seguido por la jurisprudencia" que pese a no tener claridad absoluta, al menos servirá para adecuar el concepto al tiempo y lugar que interese,<sup>24</sup> aunque las expresiones que se utilicen al conceptualizarla no sean del todo claras.

Veamos ahora, algunos conceptos doctrinarios.

El concepto de intimidad, data del año 1873, cuando el juez COOLEY<sup>25</sup> lo definió como "*the right to be let alone*", es decir, como el derecho a ser dejado en paz, o solo y tranquilo.<sup>26</sup> En 1939, se alude a ella como el interés que una persona tiene 'en que sus asuntos no sean conocidos por los demás o en que su imagen no sea expuesta al público...'.<sup>27</sup>

Para ALBADEJO, la intimidad es "un poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado";<sup>28</sup> y, en general, señala MUÑOZ NAVARRO, los autores la han definido como '...el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos'.<sup>29</sup>

Otros autores, en cambio, se refieren a este derecho utilizando la voz "vida privada". Así, se la ha conceptualizado como 'el derecho del individuo de decidir por sí mismo en qué medida compartirá con otros sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida privada. En realidad, lo que es privado varía según los días y las circunstancias'.<sup>30</sup> WILLIAM F. SWINDLE, por su parte, señala que ella consiste en '...el derecho de vivir su propia vida en la soledad, sin estar sometido a una publicidad que no se ha provocado ni deseado...'.<sup>31</sup> LUCIEN MARTIN, en

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Cuervo Alvarez, José. "*Los delitos informáticos: protección penal de la intimidad*". Revista electrónica de derecho (en adelante, la designaremos como R.E.D.I.). N°6, enero de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107068](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107068)

La Revista electrónica de derecho (<http://www.derecho.org/redi>), cambió, recientemente, su dirección electrónica general, y la dirección específica de los artículos que en ella se habían publicado, por lo que indicamos la ubicación actual de los textos que citaremos.

<sup>26</sup> Urabayen, Miguel, ob.cit.; citado por Barroso, ob.cit., p. 52.

<sup>27</sup> The Restatement of the law of Torts, p. 867, 1939, citado por Barroso, ob. cit., p. 52.

<sup>28</sup> Albadalejo. *Derecho Civil*. T. I, vol. 2º, 9ª edición, Barcelona, 1985, p. 65; citado por O'callaghan, Xavier, ob.cit., p. 573.

<sup>29</sup> Muñoz Navarro, Eduardo; citado por Jijena, Renato. Ob.cit. p. 37.

<sup>30</sup> Definición dada por la Office of Science and Technology of the Executive Office of the President, en el Congreso de Juristas Nórdicos sobre el derecho a la intimidad, Conclusiones, Primera parte, punto 2. Celebrado los días 22 y 23 de mayo de 1967 en Estocolmo, organizado por la sección sueca de la Comisión Internacional de Juristas. Conclusiones publicadas por el Gazette de Palais, 26 de julio de 1967, París; citada por Barroso, Porfirio, ob.cit., p. 53.

<sup>31</sup> W.F.Swindle, "Problems of law in journalism, p. 24, 1955, citado por Barroso, ob.cit. p. 52.

tanto, la define diciendo que es 'la vida familiar, personal del hombre, su vida privada espiritual, la que se lleva cuando vive detrás de su puerta cerrada'.<sup>32</sup>

Esta noción tradicional de la intimidad, es representada por la llamada Teoría de las Esferas. Esta teoría admitía tres grados de intimidad representados por círculos concéntricos que iban de mayor a menor: la esfera privada, la esfera de intimidad confidencial y la del secreto.

1) 'La más amplia, que llaman esfera privada (*Privatsphäre*), comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Aquí entra la imagen física de la persona y su comportamiento aún fuera del domicilio, que no deben ser conocidos sino por los que se hallan en contacto con él.

2) Le sigue la denominada esfera de intimidad confidencial (*Vertrauensphäre*), la cual abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc.

3) Y, finalmente, como círculo concéntrico cada vez con menor radio, aparece la esfera del secreto (*Geheimsphäre*), que corresponde "a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás".<sup>33</sup>

Esta teoría graduaba el conocimiento de la intimidad por parte del Estado, en cuanto que las esferas representaban círculos concéntricos, y se llegaba a un núcleo mínimo inatacable por parte del Estado, que pertenecía íntegramente al individuo y su familia;<sup>34</sup> y, de la misma forma, se explicaba la invulnerabilidad por parte de particulares, en los distintos grados.

Todas las definiciones citadas anteriormente, están orientadas en un mismo sentido, la intimidad o vida privada se conceptualiza como el derecho a ser dejado solo, tranquilo, a reservar un espacio para sí sin intromisiones no deseadas de terceros. Esta noción originaria, vigente casi cien años, denota que la intimidad constituye un valor o libertad negativa, pues se entiende que en virtud de este derecho su titular tiene la facultad de impedir que: terceros se inmiscuyan en el espacio que ha reservado para sí, se divulguen hechos concernientes a su esfera privada, se

---

<sup>32</sup> Martin, Lucien. "Le secret de la vie privée", Revue Trimestrielle de Droit Civil, p. 230, 1959, citado por Barroso, ob. cit., p. 53.

<sup>33</sup> Barroso, Porfirio. Ob.cit. p. 59 en pp.

<sup>34</sup> Sin embargo, se ha señalado que desde que las informaciones pueden combinarse entre sí, la teoría de las esferas no tiene sentido, y por ello ha sido desplazada, como veremos, por la llamada teoría de los mosaicos.

divulguen ciertos documentos, o a la obtención y uso de la información sobre ellos por parte de otras personas.

La noción originaria y "tradicional" de la intimidad o vida privada, ha cambiado y ha tenido que hacerlo precisamente por una característica anteriormente señalada, cual es que se trata de nociones que van variando con la evolución que experimenta la sociedad a través del tiempo. Así los avances de la tecnología, especialmente informática y telemática, han determinado que la concepción tradicional sea insuficiente.

#### 1.1.4.3. Noción y concepto actual en la sociedad informatizada. Nuevos problemas y conceptos.

##### 1.1.4.3.1. Noción y concepto actual.

Como vimos la noción tradicional de la intimidad la representaba como una libertad negativa, concebida como el derecho a ser dejado solo, sin intromisiones, y que facultaba a rechazar u oponerse al manejo de información sobre sí mismo por terceros. Esta noción, insuficiente en la sociedad actual, ha debido variar y así lo ha constatado la doctrina desde hace algunos años.

El cambio, se ha hecho necesario no sólo por la aparición de la tecnología informática, sino y fundamentalmente porque el hombre se desenvuelve, desarrolla sus diversas actividades inserto en un comunidad, y relacionándose constantemente con otras personas, tanto particulares como con el Estado. En esas relaciones o interacciones, constantemente se ve "forzado" a entregar información sobre sí mismo, ya sea al efectuar un negocio o para acceder a algún beneficio, de lo cual se deriva que existen muchas informaciones sobre él que circulan en la sociedad. Tales informaciones, aunque tal vez no directamente, forman parte su intimidad, o pueden tener influencia en ella. Es así, que la noción tradicional que postulaba el derecho a negar información sobre sí mismo, no resulta adecuada, hay informaciones personales, incluso algunas de carácter íntimo que están en poder de terceros. Por ello es que hoy se postula una nueva noción del derecho a la intimidad, que permite controlar el uso de nuestra información personal por terceros.

En el campo teórico se formula en reemplazo de la tradicional Teoría de las Esferas, la denominada Teoría del Mosaico, cuyo postulado fundamental, explica la relevancia que tiene la combinación de datos personales -uno de los principales riesgos que se producen con la

utilización de la informática-, en cuanto datos que aisladamente nada significan o no tienen mayor trascendencia respecto de la intimidad, pueden adquirir un valor muy importante.<sup>35</sup>

La nueva noción de la intimidad es reconocida por la doctrina. Así, VITTORIO FROSINI, define la privacy como la libertad que debe ser reconocida al individuo para controlar la veracidad y el uso que pueda hacerse de las informaciones que le conciernan. Definición en la cual, el profesor JIJENA señala que "subyace la idea de una libertad informática 'positiva', para conocer, corregir o eliminar datos personales, y para nada considera una idea 'negativa' de la misma...".<sup>36</sup>

LUSKY, por su parte, si bien utiliza una forma distinta, se refiere a la misma idea, al señalar que la privacy no es un mero concepto estático de defensa de la vida privada del conocimiento ajeno, sino que cumple una función dinámica que consiste en la posibilidad de controlar la circulación de informaciones relevante para cada sujeto.<sup>37</sup>

La definición planteada por MARIAN ALVARADO, expresa que "el derecho a la intimidad o vida privada comprendería todos aquellos hechos, actos o situaciones que el hombre realiza reservada, tranquila y libremente, en cuanto nadie tenga la facultad concedida por la ley para impedir o fiscalizar su realización, y cuyo conocimiento por otros o cuya divulgación acarree un daño";<sup>38</sup> si bien, en él expresamente no hay referencia a esta nueva noción, si se observa en los elementos que -en su concepto- tipifican y distinguen este derecho, señala los siguientes: 1) el secreto o reserva como pilar fundamental (secreto absoluto); 2) el derecho al control de la utilización y circulación de la información que sobre su persona ha sido confiada a un tercero (secreto relativo); 3) la tranquilidad o ausencia de perturbación física o psicológica, y 4) la autonomía. El segundo y el cuarto elemento claramente forman parte de la actual noción.

---

<sup>35</sup> 'La teoría del mosaico tiene como presupuesto el hecho de que lo privado y/o lo público son conceptos relativos, pero, y aquí radica el primer gran logro de esta teoría, relativos en función de quién sea el otro sujeto de la relación informativa. No es, pues, que haya informaciones o datos en sí privados o públicos, sino que ese carácter va a venir determinado por el carácter de la relación informativa que se establece entre dos sujetos. El segundo gran avance de esta teoría respecto a la de las esferas radica en que ha servido para poner de relieve que existen datos a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho de la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado'. Madrid Conesa, F. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, 1984, p. 45; citado por Balaguer Callejón, Francisco. *El derecho fundamental al honor*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1992, págs. 32-42.

<sup>36</sup> Frosini, Vittorio. "La protezione della riservatezza nella società informatica", en revista *Informatica e diritto* (Traducción por M.A.Leiva, enero-abril de 1981); citado por Jijena Leiva, Renato. Ob.cit. p. 37 ss.

<sup>37</sup> Lusky, "Invasion of privacy: a clarification of concepts" (app. de 1967), pp. 693 ss.; citado por Jijena, ob.cit., p. 37 ss.

<sup>38</sup> Alvarado, Marian. Memoria de Prueba "*La protección civil del derecho a la intimidad*". Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Valparaíso; citada por Renato Jijena, ob.cit., p.42

El profesor JIJENA, nos dice que frente a las tecnologías de la información y comunicación la regla es que este derecho a la intimidad no se define sino que se declara, pero que, en todo caso, "sea concibiéndola ampliamente, sea declarándola, lo importante es que debe ser reconocida y tutelada".<sup>39</sup>

Observamos así, que la nueva noción del derecho a la intimidad, implica entenderla como una libertad o valor positivo, que otorga a su titular un conjunto de "facultades de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad, sobre todo de los datos personales automatizados".<sup>40</sup>

Aunque, al parecer algunos autores entienden que la noción actual no considera el aspecto negativo tradicional, nosotros adherimos a la tesis doctrinaria que postula la ampliación del contenido del derecho, es decir, que comprende tanto el nuevo aspecto positivo como el aspecto negativo. Ello porque el derecho a la intimidad en la sociedad actual no sólo se manifiesta y puede ser vulnerado por el manejo de datos personales, existen otros aspectos cuyo ejercicio o realización está comprendido y amparado por este derecho; aún nos importa, realizar ciertos actos sin ser molestados por terceros, o que ciertos hechos familiares no sean divulgados. Además, podría estimarse que respecto de aquellos datos que la doctrina denomina "sensibles", se manifiesta ante todo y previamente el aspecto negativo de la intimidad, en cuanto, tales datos no pueden ser objeto de tratamiento -sin el consentimiento del titular-, pudiendo la persona negarse a entregarlos. En síntesis, ambos aspectos del derecho se complementan mutuamente, e implican un mayor resguardo de aquellos aspectos de la vida del hombre que éste no desea sean conocidos, o saber claramente quienes conocen de ellos.

Por otra parte, y como ya adelantamos, el cambio de noción del derecho a la intimidad, ha traído aparejado un cambio en su fundamentación. PEREZ LUÑO nos dice que la ampliación del contenido de la intimidad ha "ha repercutido en su significación axiológica y su fundamentación. Así, en nuestros días, junto a su conexión tradicional... con la dignidad; se identifica la intimidad con la propia noción de libertad... y con la igualdad de derechos".<sup>41</sup> Con la libertad, en cuanto "define las posibilidades reales de autonomía y de participación en la sociedad contemporánea";<sup>42</sup> y con la igualdad, porque "la facultad de control de las informaciones que

---

<sup>39</sup> Jijena, Renato, ob.cit., p. 40 ss.

<sup>40</sup> Jijena, Renato, ob.cit., p.37-40, cita a Morales Prats, Fermín. "Privacy y Reforma Penal: la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal", de 1983, en revista Documentación Jurídica enero-diciembre, 1983, 1, pp.575 ss.

<sup>41</sup> Pérez Luño. Ob.cit., p. 330.

<sup>42</sup> Ibid.

conciernen al individuo aparece como una condición para una convivencia política democrática, que se confunde con la defensa de la igualdad de derechos".<sup>43</sup>

En relación a esta nueva noción de la intimidad, y especialmente en su vinculación con la tecnología informática, el principal tema de discusión en la doctrina es el manejo y control de los datos personales, constituyendo uno de los problemas acuciantes el que a través de esos datos puedan crearse o determinarse perfiles acerca de la personalidad del sujeto, lo cual es relativamente fácil con la utilización de esta tecnología. Además, en torno a la nueva noción la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de conceptos, derechos, instituciones y/o principios, sea por estimar que fundamentan la nueva noción, sea como manifestaciones concretas de ella. Entre ellos los más comúnmente señalados son: la autodeterminación informativa, la libertad informática, el hábeas data, los derechos de rectificación, de actualización o de cancelación de datos.

En este capítulo sólo nos referiremos a la autodeterminación informativa, pues en nuestro concepto, debe ser considerado como el principio básico de todo reconocimiento, regulación y decisión que afecte al derecho a la intimidad en la sociedad actual.

#### 1.1.4.3.2. El principio de la autodeterminación informativa.

La autodeterminación informativa es catalogada por la doctrina como un principio o como un derecho, y la idea que envuelve, muy sintéticamente, es la autonomía que toda persona tendría para decidir sobre las informaciones que le conciernen.

La aparición o nacimiento de la doctrina de la autodeterminación informativa se atribuye a una sentencia<sup>44</sup> del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, dictada el 15 de diciembre de 1983, con motivo de la implantación del número de identificación nacional, que pretendía establecer la Ley del Censo de Población (*Volkszählungsgesetz*). El fallo consideró que en este punto la ley era contraria a la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) y, en consecuencia, declaró su inconstitucionalidad parcial.

Debemos tener presente que la Ley Fundamental de Bonn no contiene ninguna referencia literal y expresa que reconozca el derecho a la intimidad, por ello, la doctrina y la jurisprudencia alemana, especialmente del Tribunal Constitucional, han tendido a elaborar conceptualmente y

---

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Pérez Luño, Enrique. Comunicación "Aspectos de la tutela del derecho a la intimidad en la jurisprudencia" (en adelante, Comunicación). Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudios de los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Tomo I, 1992. Madrid, España. p. 717 y ss.

tutelar este derecho como un aspecto del derecho a la dignidad humana (*Würde des Menschen*) reconocido en el art. 1.1. de la *Grundgesetz*, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) que reconoce su art. 2.1.

El mérito e interés de esta sentencia, nos dice don ANTONIO PEREZ LUÑO, es haber "configurado el derecho a la intimidad como expresión de un derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)". El alto Tribunal estima y declara que el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental es "el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. De la dignidad y de la libertad, entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de 'decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida'. Por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación 'un orden social y un orden jurídico... en el que el ciudadano ya no pudiera saber quien, qué, cuándo y con que motivo sabe algo sobre él...'", por cuanto ello junto con menoscabar a la persona en las oportunidades de desarrollo de su personalidad individual, afectaría también el bien público, ya que la "...autodeterminación constituye una condición elemental del funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y cooperar de sus ciudadanos".<sup>45</sup>

El Tribunal en esa oportunidad destacó los nuevos riesgos "que la proliferación de centros de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos, producir 'una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva -un perfil de la personalidad-, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en 'hombre cristal' ".<sup>46</sup>

Con todo, el mismo Tribunal señaló que este derecho a la autodeterminación informativa no carece de límites. Al respecto dijo que "El ciudadano de un Estado social de Derecho no tiene un derecho sobre 'sus' datos, en el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada, sino que es una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la comunicación y la información resultan imprescindibles. De ahí que la información, aun aquella que se refiere a datos personales, ofrece una imagen de la realidad social que no puede ser patrimonio exclusivo del interesado. 'El individuo (...) tiene, pues, que aceptar determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad'.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Ibid, citando, en parte, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de la República de Alemania.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid.

Además, respecto de la consideración de ciertos datos como sensibles, dicho Tribunal señaló que ello no depende "tanto de su conexión inmediata con aspectos que afecten a la intimidad como de la posibilidad de que puedan utilizarse en procesos que afecten al ejercicio de derechos fundamentales y, en concreto, sólo cuando 'reine la claridad sobre la finalidad con la cual se reclaman los datos y qué posibilidades de interconexión y de utilización existen se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa'".<sup>48</sup>

JIJENA nos dice que este fallo "operó un cambio en la doctrina hasta ese momento imperante, al admitir el órgano constitucional que para recopilar datos sobre un ciudadano determinado había que contar con la autorización del mismo".<sup>49</sup>

De lo anterior, derivamos que el principio de la autodeterminación informativa supone básicamente dos cosas: la primera, que corresponde a la persona decidir por sí misma cuándo y dentro de qué límites revela hechos de su vida (privada o intimidad), y la segunda, que es necesario que la persona conozca quien, qué, cuándo y con qué fin sabe algo de ella (o posee información sobre ella), lo cual implica ejercer un control sobre el uso que terceros hagan de las informaciones personales, y que puede determinar la rectificación o anulación de ciertos datos de un registro. Además, y como una cuestión fundamental, la sentencia hace referencia a que las innovaciones informáticas, provocan que hoy en día no existan datos completamente inocuos, ya que la sensibilidad puede producirse por la relación entre datos aparentemente inofensivos.

La autodeterminación informativa es considerada como el fundamento de la consideración de la intimidad como una libertad positiva, por ello es que nosotros consideramos que más que un derecho debe ser entendido derechamente como un principio, que cumple las funciones propias de los principios jurídicos, estos es, servir de orientación a las regulaciones jurídicas, tanto a nivel legal como constitucional, que se dicten, y como elemento de interpretación de las normas; y, en el caso de ausencia de tal concreción normativa, sirva como elemento integrador del derecho y pueda ser invocado por los jueces en los casos conflictivos de que deban conocer y resolver.

---

<sup>48</sup> Id., p. 719.

<sup>49</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 37-39.

#### 1.1.4.4. Denominación del derecho.

Como hemos visto, se han utilizado diferentes expresiones para aludir al derecho a la intimidad, por ejemplo: intimidad, vida privada, privacidad, privacy, esfera íntima, esfera privada, etc. Entre los autores hay diversas posiciones, algunos utilizan indistintamente estas expresiones, considerándolas sinónimas; otros, en tanto, constatan e indican sus diferencias.

Entre los autores que no ven diferencias, se encuentre por ejemplo don RENATO JIJENA, quien estima sinónimas todas las expresiones indicadas.<sup>50</sup>

Del otro lado, entre aquellos que sostienen diferencias, podemos mencionar a MIGUEL DE URABAYEN, quien ha dicho que intimidad y vida privada 'no son términos sinónimos en su acepción exacta, porque lo íntimo es un núcleo más interno que lo meramente privado, es el corazón del corazón de cada persona...'.<sup>51</sup> En el mismo sentido, el comisionado JAIME GUZMAN, durante el estudio y elaboración de la nueva Constitución (de 1980), hizo presente la diferencia entre ambos términos, señalando que la noción de 'privacidad'<sup>52</sup> "envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa", en tanto, que la expresión "intimidad... es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión".<sup>53</sup> BARROSO, por su parte, acepta que existe una diferencia, al menos teórica, entre intimidad y vida privada.<sup>54</sup>

Con todo esta doctrina no niega la estrecha relación que existe entre ambos términos. Sostienen que entre ellos hay una relación de género a especie, la vida privada sería un concepto más amplio que contiene como su núcleo central a la intimidad.

Teniendo presente esta posición doctrinal, que establece diferencia entre los conceptos de vida privada e intimidad, atribuyéndole un menor alcance a la expresión "intimidad", cabe preguntarse si cuando una Constitución -por ejemplo, la española- o una ley, utiliza la expresión "intimidad" debemos entender que sólo se está protegiendo ese círculo más interno, más reducido y que, en general, no trasciende a la esfera del sujeto. Responder afirmativamente sería absurdo.

---

<sup>50</sup> Jijena Leiva, Renato. Ob.cit., p.37.

<sup>51</sup> Citado por Barroso, Porfirio. O.cit., p 54.

<sup>52</sup> Don Jaime Guzmán era partidario de utilizar en el texto constitucional la voz 'privacidad' en vez de la expresión "vida privada", porque la primera designa un valor, en tanto que la segunda sólo daría cuenta de una realidad de hecho.

<sup>53</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1986. p. 180.

<sup>54</sup> Barroso, Porfirio. Ob.Cit., p. 49 ss.

Al derecho como regulador de la conducta humana en sociedad, le importa precisamente aquello que trasciende al mundo de los hechos: la acciones, la conducta del sujeto. Por lo tanto, no podríamos entender que sólo está protegiendo la conciencia o fuero interno del sujeto, aquello que no expresa, pues la protección en tal caso sería muy limitada.

Así, la doctrina ha señalado que podemos dar un concepto de intimidad en sentido estricto y otro en sentido amplio. URABAYEN ha señalado que la intimidad, en sentido estricto, la entendemos como una preocupación por examinar y detectar 'los casos de ofensa a la natural reserva de las relaciones sexuales, o los atentados contra el pudor personal, o la revelación de manifestaciones sentimentales hacia otra persona... nuestras relaciones con Dios'.<sup>55</sup> M. ALVARADO, por su parte, sostiene que en este sentido la intimidad equivaldría a la conciencia, al fuero interno de una persona, que no trasciende a la acción del sujeto.<sup>56</sup> Definida de esta forma la intimidad ciertamente es algo más reducido que la vida privada.

Pero en sentido amplio o lato el término intimidad es 'equivalente a vida privada'.<sup>57</sup> "Este sentido abarca aspectos que no son literalmente íntimos ni secretos, sino meramente privados. Aspectos que por cualquier razón no nos gustaría ver públicamente divulgados, aunque si así sucediera no resultase ningún perjuicio para nosotros".<sup>58</sup> M. ALVARADO señala que en este sentido la intimidad es objeto de derecho, comprendiendo 'aquella esfera de la vida que trasciende al mundo de la conducta,' no obstante quedar reservada al conocimiento del propio sujeto o de un grupo reducido de personas.

Estas formas de elaborar un concepto, estricto o amplio, nos permite establecer que al utilizarse la voz "intimidad" cuando un ordenamiento jurídico consagra, reconoce o tutela este derecho, no sólo está brindando protección a esa esfera más reducida que es la intimidad en sentido estricto, sino que su tutela es y debe ser entendida de forma más amplia, en cuanto ampara también los aspectos de la vida privada. En este sentido URABAYEN ha señalado que 'a efectos prácticos, la ley protectora deberá extender el concepto de intimidad en todo lo privado defendible de ataques injustificados, o utilizar la expresión 'vida privada' o 'intimidad de la vida privada'.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Urabayen, Miguel, Ob.cit.; citado por Barroso, ob. cit., p. 49 ss.

<sup>56</sup> Alvarado, Marian. Ob.cit.; citada por Renato Jijena, ob.cit. p.37.

<sup>57</sup> Barroso, ob.cit. p. 51.

<sup>58</sup> Ibid, citando a Urabayen.

<sup>59</sup> Ibid.

En cuanto a la situación en nuestro ordenamiento jurídico, como sabemos el art. 19 N° 4 utiliza la expresión "vida privada", lo cual no plantea mayor problema, pues sabemos que la vida privada envuelve a la intimidad, toda vez que ésta es el núcleo central la primera. Así, M. ALVARADO señala que la Constitución de 1980 utiliza la expresión vida privada como sinónima de la noción de intimidad, y que la distinción entre ambos términos carecería de efectos prácticos, siendo mínima la importancia de la intimidad en sentido estricto por no trascender a la acción del sujeto.<sup>60</sup>

Por las consideraciones anteriores, es que en este trabajo utilizamos la expresión "derecho a la intimidad", como análogo a la voz "vida privada" que usa nuestra Constitución.

El derecho a la intimidad, comprende numerosas manifestaciones, y son variadas las formas en que él puede ser vulnerado, tales materias se estudian bajo el rótulo del contenido de la intimidad y supuestos atentatorios o de vulneración, lo cual pasamos a revisar.

#### 1.1.5. Contenido del derecho a la intimidad. Supuestos atentatorios o de vulneración del derecho a la intimidad.

##### 1.1.5.1. Contenido del derecho a la intimidad.

De las diferentes definiciones y conceptos que entrega la doctrina, y que hemos señalado anteriormente, se puede advertir que el derecho a la intimidad comprende múltiples hechos, es decir, tiene diversas y variadas manifestaciones. Un catálogo muy completo de tales manifestaciones nos entrega EDUARDO NOVOA M., quien ha señalado que pueden ser considerados como pertenecientes a la "vida privada" (o intimidad, en nuestro concepto), las siguientes actividades, hechos, situaciones:

- a) ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno; b) aspectos concernientes a la vida sexual y amorosa; c) aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; d) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles; e) comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejorara la apreciación

---

<sup>60</sup> Alvarado, Marian. Ob.cit., p.5; citada por Jijena, ob. cit., p. 37.

que éstos hacen de aquél; f) afecciones de la salud cuyo conocimiento formulan los demás acerca del sujeto; g) contenido de las comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; h) la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; i) orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la fijación y a los actos de estado civil; j) el cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción, y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables; k) momentos penosos o de extremo abatimiento; l) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado.<sup>61</sup>

Este conjunto de situaciones y hechos es muy completo, y aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso en la sociedad actual, por cuanto las informaciones o datos que se refieran a tales situaciones (o en general, los datos relativos a personas) serán consideradas manifestación de la intimidad.

La violación o vulneración del derecho a la intimidad, en consecuencia, se producirá cuando tales hechos o situaciones sean conocidos por terceros, y, eventualmente divulgadas u objeto de tratamiento, sin el permiso de la persona a quien se refieran, porque precisamente ello implicaría una intromisión en los aspectos que desea mantener en reserva, que no sean conocidos por terceros (libertad negativa) y, a su vez, sobre ellas se ejerce las facultades de control (libertad positiva).

Con todo debemos tener presente, que las facultades de control se ejercen respecto de todo los datos personales, es decir, relativos y atribuibles a una persona determinada. Y ello porque, como hemos señalado, con las innovaciones de la tecnología informativa todos los datos son relevantes, pues al combinarse pueden arrojar información sensible, principalmente en cuanto por medio de ellos se pueden determinar o crear perfiles acerca de la conducta o personalidad de las personas.

---

<sup>61</sup> Novoa Monrreal, Eduardo; citado por Barroso. Ob. cit., p. 58.

### 1.1.5.2. Supuestos atentatorios del derecho a la intimidad.

PROSSER<sup>62</sup> formuló cuatro supuestos atentatorios al derecho a la intimidad, los cuales son considerados por la doctrina como "clásicos". Estos son: 1) la intrusión o intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado; 2) la divulgación pública de hechos privados; 3) la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia; 4) la apropiación en beneficio propio, del nombre o imagen de otra persona. A los cuales haremos mención porque posteriormente nos serviremos de ellos para determinar el alcance de la intimidad o vida privada que nos asegura el art. 19 N° 4 de nuestra Constitución.

En concepto de este autor, esos supuestos incluyen respectivamente:

- 1) Intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado. Esta forma se caracteriza por tener un aspecto material. Implica la intromisión en el hogar del sujeto o en sus pertenencias; comprendiéndose también la instalación de artefactos para grabar conversaciones privadas o interceptar conversaciones telefónicas. Este supuesto, como veremos no es aplicable a nuestro derecho.
- 2) la divulgación pública de hechos privados. Es la forma típica de violar el derecho a la intimidad. El sentido se explica con lo dicho. Este supuesto presenta al derecho a la intimidad estrechamente vinculado con el derecho al honor, a lo cual nos referimos en el apartado 1.2. de este estudio.
- 3) la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia.- Consiste en divulgar hechos relativos a una persona, con una apariencia deformada o totalmente falsa. En el derecho norteamericano se conoce con la expresión "false light in public eye".
- 4) la apropiación en beneficio propio, del nombre o imagen de otra persona. Este supuesto dependerá de si el ordenamiento jurídico del país de que se trate, considera o no estos derechos en forma independiente del derecho a la intimidad. O'CALLAGHAN, señala que "Quizá, en este supuesto como atentado al derecho a la intimidad podrían incluirse los casos de suplantación del nombre y la imagen de una persona, por medio del "doble", persona de gran parecido físico, que, sin afirmar o negar nada expresamente, induce a confusión al público, en beneficio de quien lo utiliza; pero es más el atentado al derecho al nombre o a la imagen, que una intromisión al derecho a la intimidad".<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Prosser-Keaton, "The law of Torts", 5ª edición. St. Paul, 1984, citado por O'callaghan, Xavier, ob.cit., p. 557 ss.

<sup>63</sup> O'Callaghan, Xavier. Ob.Cit., p. 558 ss.

Estas conductas pueden ser consideradas como las formas en que tradicionalmente se estimó podía atentarse contra la intimidad. Por lo tanto, debemos complementarlos con otras conductas que en la sociedad informática se pueden estimar lesivas de este derecho.

Entre las nuevas conductas se pueden mencionar: la recogida de información personal sin autorización o consentimiento de la persona a quien se refiere; la divulgación de esa información bajo el mismo supuesto; la utilización de tales informaciones, recogida con conocimiento de la persona, para fines distintos de los autorizados; su combinación con otra información de la misma persona contenida en registros parciales sin comunicarlo al sujeto; la transmisión de las informaciones entre distintas empresas, en igual supuesto; la formación de registros de datos en contravención o sin autorización de la ley. Todas las conductas anteriores implicarían un tratamiento ilícito de la información. Además, se puede vulnerar por el ingreso de una persona no autorizada a un banco o registro de datos automatizado -formado con conocimiento de la persona y de acuerdo a la ley-, violando la seguridad del mismo; el uso de la información obtenida por ese tercero, o su divulgación.

Pero, ¿quienes son titulares o sujetos activos del derecho en estudio?. A continuación, brevemente, revisamos esta materia.

#### 1.1.6. Titulares del derecho a intimidad.

En principio, son titulares de los derechos fundamentales todas las personas, tanto físicas como jurídicas, y el derecho es igual para todas ellas, sin distinción de clases ni orígenes raciales; y, en consecuencia, el derecho a la intimidad reviste los mismos caracteres.

Sin embargo, existen algunas cuestiones en torno al derecho a la intimidad, en que esos principios y/o caracteres parecen no presentarse, siendo objeto de discusión en la doctrina. Tal situación se presenta, por ejemplo, respecto de la intimidad de las personas públicas o con actividades públicas, y en relación a las personas jurídicas. Los cuales ha continuación pasamos a analizar.

##### 1.1.6.1. Intimidad de las personas públicas.

"Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Así comienza el texto de nuestra Constitución. Por lo tanto, todas las personas, sin distinción, tienen los mismos derechos y con idéntico contenido, sin importar la actividad que realice.

Sin embargo, parece evidente que respecto de las personas públicas o con actividad pública, el derecho a la intimidad tiene un contenido distinto.

La intimidad como derecho subjetivo es igual para todas las personas, sin que varíe respecto de los distintos sujetos, lo que la varía en ciertos casos, v.gr. respecto de las personas públicas en razón de su actividad o cargo público, no es el derecho en sí, sino el concepto del mismo, su contenido. La actividad de una persona la entenderemos como actividad pública si ella ha de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos.<sup>64</sup> En el caso de estas personas, los ciudadanos tienen derecho a conocer datos de su círculo íntimo en cuanto ellos sean verdaderos, pues la intimidad de estas personas se diluye en beneficio de los ciudadanos a quienes su actividad puede afectar. La intimidad de las personas públicas no queda eliminada sino simplemente se ve disminuida, en cuanto ciertos actos o hechos de ese círculo puedan afectar el ejercicio de su actividad pública. Lo relevante aquí es que los datos que se divulguen deben ser verdaderos, si los hechos divulgados fueren falsos la persona tendrá la protección derivada de su derecho al honor.

En consecuencia, el derecho a la intimidad de las personas públicas es el mismo que para las personas privadas, sólo que hay aspectos que naturalmente de tratarse de un particular serían privados o íntimos, no tienen tal carácter respecto de aquéllas.

LUCAS OSORIO, respecto del derecho al honor de personas públicas ha señalado que si bien "en una sociedad libre los ciudadanos han de estar informados sobre sus personajes públicos y en especial de los políticos como gobernantes y líderes del país",<sup>65</sup> estas personas también tienen derecho al honor, por lo cual "la exactitud de un hecho tampoco justifica su divulgación si ello puede ir en descrédito del honor, porque no se trata de la veracidad o no del objeto del ataque (de la información), sino de proteger la dignidad y fama del individuo que pueden verse afectadas por hechos, que no por ser ciertos dejan de menoscabar su prestigio".

Como veremos más adelante, para entender afectado la honra, en general, se exige que los hechos sean falsos. OSORIO, aparentemente, tendría una opinión distinta.<sup>66</sup>

Creemos que este autor, con tal afirmación, se estaría refiriendo más bien a la situación en que se da a conocer un hecho perteneciente a la esfera privada del sujeto público. No

---

<sup>64</sup> O'Callaghan, Xavier, ob.cit., p. 577.

<sup>65</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. Comunicación "El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión y de información". Cuarta Conferencia. XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y Libertades Públicas. Ministerio de Justicia. 1992. Madrid, España, p. 664-665.

<sup>66</sup> A menos, que se esté refiriendo a los casos de injurias, pues en ellos no se importa la veracidad de la afirmación.

podríamos entender que se atenta contra la honra de una persona si los hechos divulgados son públicos y verdaderos, aunque sean deshonrosos, sin duda serán informados y no se divisa razón para dejar de divulgarlos o mantenerlos en reserva para el público, por ejemplo sería el caso en que un funcionario público es despedido por sustraer indebidamente fondos de las arcas fiscales; en cambio, la afirmación de OSORIO si parece ser acertada en cuanto los hechos que pretendan informarse al público pertenezcan a la esfera privada, sean verdaderos y no tengan trascendencia para el ejercicio de su función pública, y su divulgación provoque un descrédito o menoscabo en el prestigio o fama de esa persona, por ejemplo se informe sobre la homosexualidad de un político. Habría un atentado a la intimidad de la persona pública, y, también podría haberlo de la honra si se ha hecho con ánimo de menospreciar o desacreditar a la persona, constituyendo un caso de injuria, el cual no exige, como veremos, la falsedad del hecho.

#### 1.1.6.2. ¿Intimidad de las personas jurídicas?

Nuestra Constitución enuncia en el artículo 19, que los derechos que consagra, los reconoce y asegura a "...todas las personas", con lo cual no hace distinción, en caso alguno, entre las personas físicas o naturales y las personas jurídicas, ni exceptúa de modo expreso a estas últimas del goce de alguno de los derechos fundamentales a que se refiere.

Así, en la doctrina nacional, el profesor JOSE LUIS CEA, señala que el derecho a la intimidad se reconoce también a las personas jurídicas; expresando al estudiar el numeral 4 del art.19, que "Los derechos subjetivos mencionados se reconocen tanto a las personas naturales como a las jurídicas y también a los entes o instituciones morales como la familia".<sup>67</sup>

En el mismo sentido, pero en relación a la Constitución española, MILAGROS OTERO al referirse a los titulares del derecho a la intimidad, expresa "En principio la respuesta parece que debe ser que son los individuos, las personas físicas y jurídicas...".<sup>68</sup>

Sin embargo, existe otra posición que niega a estas personas tal atributo, así OSORIO alude a una sentencia por la cual el Tribunal Constitucional español declara que 'el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución por su propio contenido se refiere a la vida de las personas individuales... y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo'.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Cea Egaña, José Luis. Apuntes no publicados sobre los derechos fundamentales (en adelante "Apuntes"), Capítulo V."El derecho a la intimidad y a la honra".p. 80.

<sup>68</sup> Otero, Milagros. Ob.Cit., p. 699

<sup>69</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 664.

En nuestro concepto, las personas jurídicas no son titulares del derecho a la intimidad, a pesar de que nuestro texto fundamental no las excluya expresamente. Ello por cuanto, si bien los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas, sin distinción, y respecto de todos esos derechos se postula como fundamento la dignidad humana, hay algunos de estos derechos que tienen como característica adicional el tratarse de derechos de la personalidad, esto es, que permiten al sujeto desenvolverse y desarrollar su forma de ser y su individualidad personal, y que a su vez protegen tal personalidad. Entre estos derechos está el de la intimidad, así como también el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, por nombrar algunos. Estos derechos de la personalidad no son predicables respecto de las personas jurídicas, éstas no son titulares del derecho a la vida que reconoce el numeral primero del art. 19 de nuestra Constitución, como así tampoco del derecho a la intimidad. La falta de una norma expresa que los excluya no obsta a esta afirmación, pues ello deriva del significado de los derechos, y la exclusión se produce por la propia naturaleza de los sujetos.

Aquellos aspectos, hechos o situaciones que conciernan a una persona jurídica, y que de tratarse de una persona natural formarían parte de su derecho a la intimidad, respecto de aquéllas se presentan más bien como aspectos de su patrimonio (material) y, a nuestro entender, encuentran protección principalmente a través del derecho de propiedad que consagra el numeral 24 del art. 19, y, eventualmente, en el derecho a la libertad de desarrollar actividades económicas que reconoce el numeral 21 del mismo artículo; pero en caso alguno en el derecho a la intimidad.

Por otra parte, el derecho a la intimidad constantemente es confundido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia con otros derechos, que aunque están relacionados con él, constituyen derechos con caracteres distintos. El referirnos a esta confusión y a la forma de distinguirlos, nos permitirá determinar, complementariamente, y aclarar el contenido de este derecho fundamental.

## 1.2. Distinción con otros derechos con los que se le confunde.

El derecho a la intimidad o vida privada, se encuentra estrechamente relacionado con otros derechos, como el derecho a la honra, el derecho a la imagen y con el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, y en ocasiones estos derechos se confunden por la doctrina, por los legisladores o, incluso, en decisiones jurisprudenciales. Tal confusión se manifiesta en la atribución de caracteres que no son propios del derecho en cuestión sino de otro, o exigiendo requisitos para entender vulnerado un determinado derecho, en circunstancia que ellos son exigibles respecto de otro.

La norma constitucional que en nuestro derecho reconoce el derecho a la intimidad ya nos evidencia una relación más cercana de éste con el derecho a la honra, ya que se consagran en la misma disposición.

Por otro lado, el derecho a la propia imagen no está reconocido expresamente en nuestra Constitución, pero, sin embargo, tendría protección por ella porque formaría parte de otro de otro derecho constitucional.

Además, el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas es considerado a veces por la doctrina (y las legislaciones) como un aspecto comprendido en el derecho a la intimidad, de tal forma que se si se abre, por ejemplo, de una carta personal es considerado una violación a la intimidad; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se consagran como derechos distintos en disposiciones distintas: el derecho a la intimidad en el art. 19 N°4 y la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas en el art. 19 N° 5.

Los derechos señalados anteriormente están relacionados, tienen similitudes pero también diferencias. En este apartado pretendemos dejar claramente establecidos cual es el significado y el alcance de cada uno, de forma de distinguirlos unos de otros y, especialmente de la intimidad, y que ello nos ayude a determinar si un acto es atentatorio de la intimidad o constituye violación de alguno de los otros derechos relacionados. Para tal tarea nos apoyaremos en lo dicho por la doctrina comparada y nacional, determinando en definitiva cual es el alcance de la expresión "vida privada" que utiliza nuestra Constitución.

### 1.2.1. Relación con el derecho a la honra.

Se estima que la honra es uno de los bienes máspreciado del hombre, estrechamente ligado a su integridad psicológica y a su dignidad.

LUCAS OSORIO,<sup>70</sup> ha dicho que el honor "es el derecho a la propia dignidad personal, a la consideración de los demás a través de la fama", y DE CUPIS,<sup>71</sup> lo considera "el último valor moral del hombre, la estima de terceros...", que protege la dignidad individual, propia e intransferible. Se trata de un valor integrante de nuestra propia personalidad. Para ESTRADA ALONSO, el honor es 'un derecho de la personalidad fundamentado en la dignidad humana, entendida como el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás'.<sup>72</sup>

En estricto sentido honra y honor son conceptos distintos aunque relacionados. La doctrina señala que el honor es un concepto genérico que tiene dos aspectos uno subjetivo y otro objetivo, ambos señalados en concepto de Estrada. Así, el honor en sentido subjetivo alude al "orgullo que se tiene de sí mismo";<sup>73</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA señalan que "corresponde al sentimiento de nuestra propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos";<sup>74</sup> y el sentido objetivo del término corresponde a la honra, la cual es entendida como "...la buena fama, el crédito o reputación de que una persona goza ante el prójimo";<sup>75</sup> está constituido por la "apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social".<sup>76</sup>

En consecuencia, la diferencia entre ambos conceptos está dada porque el honor subjetivo es el sentimiento de orgullo que una persona siente por sí misma sin consideración de la opinión de terceros; en tanto, que la honra u honor objetivo está constituido precisamente por la opinión que los terceros tengan respecto de esa persona, es la fama de que goza una persona frente a los demás, la valoración de una persona por la sociedad.

No obstante, es común en la doctrina y en la legislación la utilización de la expresión honor aun cuando se refieran al sentido objetivo del término. Cualquiera sea la expresión

---

<sup>70</sup> Osorio, Lucas. Ob.Cit. p. 664.

<sup>71</sup> De Cupis; citado por Osorio, Lucas. Ob.cit., p. 664.

<sup>72</sup> Estrada Alonso; citado por Balaguer C., Francisco. Ob.cit, p. 32-42.

<sup>73</sup> Cea Egaña, José Luis. "Apuntes", p. 81.

<sup>74</sup> Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Ob.cit, p. 244-247.

<sup>75</sup> Cea Egaña, José Luis. "Apuntes". p. 81-82.

<sup>76</sup> Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Ob.cit., p. 244-247.

utilizada lo importante es que la honra sea adecuadamente entendida y protegida; y que si se utiliza la expresión "honor" para referirse a este derecho, debe entenderse en su sentido objetivo.

Como se dijo en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante, CENC), toda persona por el sólo hecho de ser tal tiene derecho a su honra, en un grado que deriva de su calidad de ser humano, y ese no se lo puede quitar nadie; sin embargo, la honra no tiene el mismo grado o extensión respecto de las distintas personas, pues ésta se va aumentando por el ejercicio que cada uno haga de su honra, por las acciones que ejecute. Tienen derecho a la honra tanto los particulares como las personas públicas, siendo, en todo caso, un derecho único, no correspondiendo hablar de un honor u honra pública y otro honor u honra privada.<sup>77</sup>

Siguiendo a LUCAS OSORIO, el honor u honra no puede verse afectado ni siquiera por un pretendido interés social del derecho; de tal forma que no es lícito recurrir al "subterfugio del interés social" para que se conozca una verdad deshonrosa.<sup>78</sup>

El contenido esencial del derecho a la honra, está constituido por el respeto de la persona que merece, tanto por el sólo hecho de ser tal, como por la conducta que ha mantenido en su vida y sus acciones.

Este derecho se vulnera cuando se dice algo de una persona que no es cierto lo cual afecta su reputación, la desmerece o desacredita frente a otros, o se ejecuta un acto o pronuncian expresiones que causen un daño injustificado.

En tanto que, como hemos señalado, la intimidad en sentido lato y como objeto de derecho equivale a vida privada, y entendida así se le define por la doctrina como es el derecho a no ser molestado y a guardar reserva, que faculta a impedir las intromisiones en nuestra vida privada, en los aspectos de nuestra vida que por cualquier razón deseamos mantener en reserva alejado del conocimiento de terceros, y a controlar el uso de las informaciones personales, por parte de terceros. Consecuentemente, se ha dicho por la doctrina que "el contenido esencial del derecho a la intimidad es el derecho a no ser molestado, a que nadie invada la esfera de la intimidad de otra persona",<sup>79</sup> es decir, que no se hayan intromisiones por terceros en nuestra área privada, que no se divulguen hechos privados, y más actualmente, también el tratamiento lícito de datos personales.

---

<sup>77</sup> Osorio, Lucas. Ob.cit., p. 664-665.

<sup>78</sup> Ibid., cita a Molinero, César.

<sup>79</sup> Balaguer Callejón. Ob.Cit., p, 32-42.

Por lo tanto, para entender vulnerada la intimidad no es preciso que el ataque provoque un daño a la reputación de la persona, que se viole el respeto que merece, sino que bastará una intrusión, por ejemplo en nuestros documentos, la divulgación de un hecho familiar, o una recopilación o uso no autorizado de nuestros datos personales. No es preciso que tal intrusión o divulgación ocasione un daño a nuestra fama o prestigio frente a los demás, tal exigencia vulneraría el contenido esencial de la intimidad.<sup>80</sup>

En cuanto al concepto de honor y de intimidad, BALAGUER ha dicho que "no se superponen ni coinciden. Simplemente se relacionan, y lo hacen de manera que no siempre la violación de la intimidad supone descrédito o minusvaloración del honor, ni el honor ha de afectar a esferas de la intimidad necesariamente, sino que cabe una relación contraria. A menudo, sin embargo, el descrédito se lleva a cabo mediante una lesión al derecho a la intimidad".<sup>81</sup>

Aun a riesgo que se considere innecesaria una interpretación de la afirmación de Balaguer, por parecer obvia, entendemos sus palabras del modo siguiente: "no se superponen", es decir, uno de los derechos no obtiene superioridad respecto del otro, no prevalece; "ni coinciden", no son lo mismo; "simplemente se relacionan...de manera que no siempre...", la violación de uno de estos derechos en ocasiones puede implicar la violación de otro (p.ej. se viola el honor al inmiscuirse en la intimidad cuando se divulga que una persona padece una enfermedad como el S.I.D.A., lo cual es cierto, tal divulgación afectaría su reputación); pero puede violarse uno sin atentar contra el otro: se viola el derecho a la intimidad sin afectar el honor al divulgarse por ejemplo que una joven está enamorada de un joven de su curso, o que tiene una cicatriz, lo cual ella no quería que se supiera; y se viola el derecho al honor sin afectar la intimidad cuando se divulga un hecho falso no referido a la esfera privada del sujeto.

Anteriormente, al hacer referencia a las formas de atentar contra la intimidad señalamos que el segundo supuesto formulado por PROSSER: la divulgación pública de hechos privados, muestra estrechamente vinculada la intimidad al honor u honra. Lo dicho por este autor, citado por O'CALLAGHAN,<sup>82</sup> nos servirá para entender y diferenciar adecuadamente estos dos derechos.

Podemos al efecto distinguir las siguientes situaciones:

a) Si se divulgan hechos que difaman a una persona, pero son ciertos, no habría atentado contra el honor por cuanto "no hay honor que proteger pues lo que se dice es cierto; técnicamente... le falta

---

<sup>80</sup> La ley española de protección civil de la intimidad, del honor y de la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, señala en su art. 7.7. que "tienen la consideración de intromisiones (i)legítimas la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena", con lo cual exigía que se se produjera un daño o perjuicio a la reputación para entender vulnerada la intimidad, lo cual ha sido considerado por la doctrina española como una incomprensible limitación, pues basta con que se invada la intimidad para que este derecho se entienda infringido. Dicha ley vulneraría el contenido esencial de la intimidad, por lo cual según la doctrina sería "claramente inconstitucional". Balaguer Callejón, ob.cit. p. 32 y ss.

<sup>81</sup> Balaguer Callejón, Ob.cit., p. 25 y 26.

<sup>82</sup> O'Callaghan, Xavier. Ob cit., p.580

el elemento negativo de falta de veracidad",<sup>83</sup> pero podría haber una violación del derecho a la intimidad si tales hechos no eran conocidos con anterioridad y pertenecen a esa esfera.<sup>84</sup>

De esta forma la falsedad sería un requisito general para entender vulnerado el derecho a la honra, aunque ello no siempre es así, pues puede afectarse también divulgando un hecho que es cierto, si la forma en que se expresa, no era necesaria para darlo a conocer, es el caso de las injurias verbales.

b) por el contrario, si los hechos difamatorios que se divulgan son falsos, ello constituye un atentado contra la honra, pues al no ser verídicos y al ser difundidos violan el respeto que la persona merece.

c) si se divulgan hechos que no son deshonrosos pero que pertenecen al círculo íntimo de la persona, y aunque sean ciertos y con mayor razón si son inciertos o falsos, se produce un atentado contra la intimidad, pues para entender vulnerado este derecho no es preciso provocar un daño o perjuicio a la honra.

d) si lo que se divulga son hechos verdaderos y públicos, es decir, no pertenecientes a la esfera íntima o privada del sujeto, pero que por distintas causas como, por ejemplo, el paso del tiempo o el cambio de residencia, habían dejado de ser conocidos, se dice que tal divulgación atentaría contra el derecho a la intimidad, en razón de que la intimidad comprende un "derecho al olvido".<sup>85</sup> No hay ataque a la honra porque los hechos son ciertos.

Sería también un ejemplo de esta situación la divulgación de datos contenidos en archivos o procesos públicos, como una sentencia condenatoria de hace ya muchos años, o se divulga en el lugar donde se halla el sujeto, muy distante de aquél en el que ocurrió.

Se ha señalado, sin embargo, que este derecho al olvido encuentra una excepción cuando el sujeto al que se refiere el hecho divulgado tiene una actividad de proyección pública (por ejemplo, se presenta para alcalde o pretende ser administrador de una persona jurídica, un sujeto que ha sido condenado por malversación de caudales públicos o por estafa), la divulgación de tales hechos no constituirá intromisión a su intimidad, precisamente por el carácter del sujeto, y en consecuencia, no hay violación de ninguno de los derechos en análisis. No lo hay de la

---

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Debemos aquí tener en consideración lo dicho por Osorio, Lucas, citado en el punto 1.1.5.2.

<sup>85</sup> Ejemplo de esta situación es el caso Melvin v. Reid en la jurisprudencia estadounidense. La película "El kimono rojo" narró -con nombres reales y advirtiendo que se trataba de un caso auténtico- la historia de una prostituta, la cual había cambiado de vida. Esta mujer fue reconocida por la película por todo su círculo social y obtuvo en juicio, una fuerte indemnización en base al "derecho al olvido".

intimidad porque no pertenecían a la esfera íntima, ni están amparados por el derecho al olvido; y tampoco vulnera el derecho a la honra porque los hechos son ciertos.

### 1.2.2. Relación con el derecho a la propia imagen.

Entendemos por "imagen" al referirnos a ella como derecho a la figura humana visible y reconocible, es "la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción",<sup>86</sup> es 'la reproducción de los rasgos físicos de una persona sobre un soporte material cualquiera'.<sup>87</sup>

Por lo tanto, no se trata de la imagen pública que tenga una persona en el sentido de gozar de un prestigio o crédito por su actividad, lo cual más bien se relaciona con el derecho a la honra o la "vida pública" a la que alude nuestra Constitución.

El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, esto es, tiene como titular a la persona física, individualmente considerada; y se diferencia de los demás derechos de este carácter, porque él se refiere a la *representación gráfica de la figura de una persona*.<sup>88</sup>

ESTRADA define el derecho a la propia imagen como "la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quien y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisionómicos reconocibles".<sup>89</sup>

Este derecho presenta dos facetas o aspectos: uno positivo, que otorga la facultad de reproducir y publicar la propia imagen; y otro negativo, que faculta a impedir a terceros no autorizados el obtener, reproducir o publicar la propia imagen.<sup>90</sup>

En la doctrina hay diferentes posiciones respecto a este derecho.

Algunos sostienen que la imagen es una faceta del derecho al honor. En este sentido O'CALLAGHAN observa que "autores, en la doctrina extranjera reconocen el derecho a la propia imagen como una faceta del más amplio derecho al honor que la engloba",<sup>91</sup> y lo entenderían así porque en el derecho a la imagen estaría la vertiente difamatoria del crédito o prestigio de una persona (p.ej. se presenta una fotografía trucada que ofenda a la persona);

<sup>86</sup> O'Callaghan, Xavier. Ob.cit. p. 591.

<sup>87</sup> Barroso, Porfirio. Ob.cit. p. 78, citando al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<sup>88</sup> O'Callaghan. Ob.cit. p. 591.

<sup>89</sup> Estrada Alonso; citado por O'Callaghan, ob.cit., p. 593.

<sup>90</sup> O'Callaghan. Ob.cit., p. 592.

<sup>91</sup> Id., p. 606-608.

OSORIO nos señala que CASTAN adhiere a esta doctrina, pues "mantiene que la imagen no es protegida por sí misma, sino como una derivación de la protección del honor".<sup>92</sup>

Otra doctrina, fundamentalmente de origen anglosajón,<sup>93</sup> considera a la imagen como un aspecto, elemento o apéndice del derecho a la intimidad. Recordemos que PROSSER consideraba la apropiación de la imagen de otro como un supuesto atentatorio de su intimidad (cuarto supuesto). Considerada la imagen de esta forma, es decir, como un aspecto del derecho a la intimidad, habría "una violación de esta última cuando alguien hace un uso indebido de ella"<sup>94</sup> (de la imagen); según OSORIO, para esta doctrina "cualquier publicidad de una imagen que signifique intromisión en la esfera de la intimidad será suficiente para considerar lesionada la propia imagen". Las palabras utilizadas por este autor, sin embargo, no parecen lo suficientemente claras, pues llaman a confusión en el sentido presentar que esta doctrina aparentemente se limitaría a proteger la imagen cuando esta correspondiere a un momento privado o íntimo.

Por último, encontramos que hay autores que sostienen que este derecho es distinto e independiente del honor y de la intimidad, aunque ciertamente se relaciona con ellos.

RAVANAS<sup>95</sup> diferenciándolo de la intimidad, nos dice que no se debe identificar el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, siendo derechos distintos, pero tampoco se debe efectuar una separación rígida entre ambos derechos, porque están relacionados. Propone una *doctrina jurídica doble* del derecho a la imagen que explica su relación con la intimidad. Así, señala que 'El derecho de la persona sobre su imagen parece presentar una doctrina jurídica dualista: la protección de un titular contra la desnaturalización de su personalidad, en particular de su personalidad social, es distinta del derecho al respeto de la vida privada; al proteger a su titular contra la investigación y la revelación por la imagen de esta parte de su vida -privada- que el público no tiene interés legítimo en conocer, se enlaza, en cambio, con el derecho al respeto a la vida privada'.<sup>96</sup> La relación de la imagen con la intimidad se produciría cuando la imagen de que se trata se refiere a su vida privada, a su intimidad, y es en tal caso en el que se puede violar la intimidad, "de otro modo no se puede lesionar... por medio de la utilización y publicación indebida de su imagen". De acuerdo a esta doctrina, el derecho a la

---

<sup>92</sup> Osorio, Lucas. Ob.cit., p. 664-665.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Barroso, Porfirio. Ob.cit., p. 73.

<sup>95</sup> Ravanás, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Ed. Librairie Genérle de Droit et Jurisprudence, París, 1978, pag. 546, núm. 492; citado por Barroso, Porfirio. Ob.cit., p. 73-74.

<sup>96</sup> Ibid.

propia imagen no pretende proteger solamente la intimidad, sino que protege también y más ampliamente "la individualidad de las personas ... contra toda injerencia arbitraria que explote publicitariamente su personalidad",<sup>97</sup> por lo cual, "la publicación de la imagen de una persona puede ser la causa dualista: por un lado, de una desnaturalización de su personalidad, por otro, puede ser un medio peligroso para revelar su vida privada".<sup>98</sup>

Además, este derecho a la propia imagen se distingue del derecho a la honra. La jurisprudencia española ha dicho el contenido propio y genuino del derecho a la propia imagen no es el bien jurídico del honor "... pues la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar al honor de la persona (re)producida".<sup>99</sup> No obstante, en el derecho a la imagen está la vertiente difamatoria que se relaciona con la eventual lesión de la reputación del afectado, pues "la violación del derecho a la honra puede tener lugar por medio de la reproducción de la imagen personal del ofendido, mediante la imagen auténtica de una persona o mediante el trucaje, fusión o superposición de fotografías o mediante la colocación de un pie de foto difamatorio".<sup>100</sup> Observamos así, que la relación entre la imagen y la honra puede ser explicada de la misma forma que RAVANAS explica su relación con la intimidad: la imagen puede ser utilizada para lesionar el honor de la persona, pero no será siempre así, pues puede no vulnerarse la honra al utilizarse la imagen.

En el mismo sentido, IGLESIAS CUBRÍA sostiene que 'la difusión (no la mera obtención) de la imagen sin el consentimiento de la persona, es violación de un derecho de la personalidad, aunque no una violación del honor -injurias, calumnias, etc-, ni de la intimidad,'<sup>101</sup> adhiriendo también NOVOA a esta tesis.

Podríamos así, estimar que existiría una doctrina triple<sup>102</sup> respecto de este derecho, pues por medio de una imagen, al obtenerla o divulgarla, pueden verse vulnerados: el derecho a la intimidad, el derecho a la honra si se difama, calumnia o injuria a la persona, o simplemente el derecho a la propia imagen considerado como un derecho distinto por la simple captación, uso o divulgación de la imagen, sin que ello suponga una violación de los anteriores derechos. En

---

<sup>97</sup> Barroso nos dice que "A tenor de la doctrina de Ravanas, el derecho a la propia imagen tiene dos facultades generales: por respeto a la individualidad de las personas protegiéndolas contra toda injerencia arbitraria que explote publicitariamente su personalidad; por respeto a la intimidad y vida privada prohibiendo la toma y publicación de la propia imagen." Ob.cit., p. 73

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> O'Callaghan, Xavier. Ob.cit., p. 606-608.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Iglesias Cubria, "El derecho a la intimidad", Universidad de Oviedo, 1970, p. 33; citado por Barroso. Ob.cit., p. 75, y también por Lucas Osorio, ob.cit., p. 664-665.

<sup>102</sup> En terminología de Ravanas, que nosotros ampliamos de doble a triple.

estricto sentido, la imagen es un derecho distinto a la intimidad y a la honra, aunque relacionados, lo cual provoca que en ocasiones sean confundidos por la jurisprudencia, en todo caso, ello dependerá, en última instancia, de cada ordenamiento jurídico.

BALAGUER sostiene que el mejor criterio para diferenciar estos derechos es el contenido esencial de los mismos, pues ese contenido los hace reconocibles. Y, al respecto nos dice "el honor se diferencia de la intimidad en que ésta supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar. Esto último, la privacidad como derecho excluyente, es el contenido esencial del derecho a la intimidad. La imagen, como derecho fundamental, significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo, el de la figura humana",<sup>103</sup> el honor, en tanto, consiste en el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

Estos criterios doctrinales diferentes, se manifiestan en la regulación jurídica del derecho a la propia imagen. Y, es así, como aunque estrictamente es un derecho distinto, no siempre es reconocido autónomamente, y es allí donde cobran relevancia las consideraciones respecto a las relaciones que tiene con otros derechos de las personas.

El texto constitucional chileno, no contiene ninguna referencia expresa a la propia imagen, por lo cual para entender que tiene protección constitucional debemos determinar si él puede ser considerado como integrante de algunos de los derechos fundamentales que la Constitución asegura

En la C.E.N.C., don ENRIQUE ORTUZAR, extendiendo el sentido y proyección de la disposición que asegura la vida privada (art. 19 N° 4), señaló "que la garantía del respeto a la vida privada de la persona cubriría también la posibilidad de captación de imágenes...".<sup>104</sup> Por tanto, la imagen constituiría un aspecto de la vida privada o intimidad, gozando de las mismas garantías que este derecho (Recurso de Protección).

Sin embargo, podemos preguntarnos si el señor ORTUZAR se estaba refiriendo a la captación de imagen en y de la esfera privada o en un sentido más amplio, p.ej. la captación y divulgación de una imagen en un acto público utilizada luego para un comercial publicitario, o su publicación en un diario o revista o en Internet, o incluso la captación de la imagen en la vía pública sin que aparentemente se divulgue.

En todo caso, y por lo que hemos dicho anteriormente, si a través de la imagen se desacredita o provoca un daño al prestigio de una persona habrá violación de la honra.

---

<sup>103</sup> Balaguer, Francisco. Ob.cit., p. 32-42.

<sup>104</sup> Actas Oficiales de la C.E.N.C., citadas por Evans de la Cuadra, Enrique, ob.cit. p. 199.

En nuestro concepto el texto constitucional chileno, otorga protección al derecho a la propia imagen, además de los casos señalados, en un sentido amplio. Es decir, que aunque la imagen reproducida no correspondiere a un aspecto de la esfera íntima, ni a través de ella se viole la honra de la persona; y ello porque si tenemos derechos sobre nuestros datos, aunque no necesariamente sean privados, con mayor razón lo tenemos sobre nuestra imagen, la cual no podría ser captada ni menos publicada sin nuestro consentimiento.

Conviene señalar que la doctrina, al parecer general, considera que la vulneración del derecho a la imagen puede producirse indistintamente por la captación, por la obtención, por la reproducción o por la publicación. Es decir, no es necesario que la imagen llegue a publicarse para que se viole el derecho. Sin embargo, IGLESIAS CUBRÍA, tiene una opinión en contrario, como ya vimos, sería la difusión, sin el consentimiento de la persona, lo que viola el derecho a la propia imagen, no bastando la mera obtención. Nosotros nos inclinamos por la primera tesis.

### 1.2.3. Relación con el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas en nuestro ordenamiento constitucional.

Del estudio de la doctrina se puede constatar que el derecho a la intimidad está estrechamente vinculado a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones. Es más, originariamente, de acuerdo a lo señalado anteriormente en este trabajo, el poseer un hogar propio era condición para gozar de intimidad.

Es común que los autores al tratar el tema de la intimidad, manifestaciones y conductas atentatorias en su contra, aludan a hechos a la violación o intrusión en el hogar o de las comunicaciones, por ejemplo, la intrusión en recintos privados, la interceptación de conversaciones telefónicas, la incorporación de aparatos de escucha en una casa habitación, etc. Considerándose que la intimidad en sentido amplio, comprende estos aspectos.

Nuestra Carta Fundamental reconoce el Derecho a la intimidad en el numeral 4 del art. 19, y en el N° 5 del mismo artículo, asegura la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, incluidos los documentos.

Esta protección ya existía en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1925, aunque con una redacción distinta;<sup>105</sup> sin que haya existido antes de 1980 la protección de la intimidad considerada como un derecho particular.

---

<sup>105</sup> La Constitución Política de Chile de 1925, en su art. 10 referido a los derechos fundamentales se refería al tema por separado, asegurando a todos los habitantes de la República: n°12 "La inviolabilidad del hogar. La casa de toda

En la C.E.N.C., respecto de la relación entre ambos derechos el señor OVALLE señaló que se trataba de dos garantías distintas y ambas dignas de protección. La inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, que es de orden material y que significa que nadie puede inmiscuirse en el hogar y en la correspondencia, salvo que esté expresamente autorizado por la ley. Se trata de conceptos que se materializan en cosas tangibles, como es la casa o el hogar, como es la correspondencia, tienen características semejantes. El numeral 4° del art. 19, en tanto, protegería "valores de orden espiritual, que dicen relación con la manera en que el hombre vive, en algo mucho más etéreo y menos objetivo que el hogar o la correspondencia, pero más valioso, que es su intimidad como persona, ... que es la tranquilidad de su familia, que son conceptos en sí abstractos, pero sí muy claros y específicos... La protección de la intimidad de la vida privada, continúa, es una protección a algo que tiene cierta calidad de abstracto, que es la forma como cada uno mira sus propias relaciones con las personas queridas, con su familia, ... En cambio, la protección del hogar y la correspondencia es protección de cosas concretas, que se expresan de diversas maneras y que se traducen en hechos materiales".<sup>106</sup> De esta forma justificó que estos derechos debían ser contemplados en dos disposiciones distintas.

Sin embargo, parece que la diferenciación en la práctica no fuere tan simple, pues el hogar, las comunicaciones y documentos privados, quedan comprendidos en la noción de intimidad, es decir, espacios, hechos, situaciones e informaciones que deseamos mantener al margen de intromisiones de terceros.

El art. 19 N°5 protege específicamente "el hogar", "toda forma de comunicación privada", "los documentos privados". Dentro de la noción "hogar" no sólo se incluye la casa habitación de la cual somos propietarios, sino también otros lugares como una casa arrendada, una habitación, una oficina, y cualquier otro espacio físico en el cual desarrollemos nuestras actividades y no deseemos ser molestados. Por otra parte, tutela "las comunicaciones privadas", comprendiéndose en ella no sólo la correspondencia epistolar (cartas), sino "toda forma" de comunicación privada, con lo cual se comprenden la comunicación vía telefónica, por fax, y cualquiera otra que en el futuro llegue a inventarse en el futuro (comprendiéndose en consecuencia actualmente la comunicación vía correo electrónico). Por último, la disposición constitucional se refiere a "los

---

persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente", y en su N°13 "La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse, ni interceptarse ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley".

<sup>106</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, ob.cit. p. 178.

documentos privados", es decir, a cualquier tipo de escrito que contenga información que no es de conocimiento público, p.ej. cartas guardadas, documentos financieros de una empresa, cotizaciones comerciales.

A pesar de la explicación que se dio en la C.E.N.C., en una situación concreta parece no tan fácil distinguir cuál es el derecho constitucional que específicamente es vulnerado. Entendemos la íntima relación existente entre ambos derechos, pero son derechos distintos en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo cual debemos determinar cual es el alcance de cada uno, pues en un caso puede no verse vulnerado alguno de ellos.

La diferencia debemos encontrarla en el texto expreso de nuestra Constitución. Esta, respecto de la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones y documentos privados, se refiere a situaciones concretas: allanamiento, interceptación, apertura o registro. Por lo tanto, si el acto violatorio consiste en alguno de los hechos señalados, la protección la brinda esta disposición; en tanto, que si el contenido de tales comunicaciones o documentos, es decir, la información transmitida o contenida en ellas, o los hechos privados o íntimos de los cuales se tome conocimiento con motivo de la intrusión en el hogar, fueren divulgados o se utilizaren de algún otro modo, ello constituiría una violación o intromisión en la intimidad de la persona.

Ahora, ¿qué importancia tiene tal distinción?. Como sabemos el recurso o acción de protección procede respecto de ambos derechos; pero sí tiene importancia la diferencia anotada por lo dispuesto en el art. 41 N° 1 de nuestra Constitución, el cual faculta para que durante el estado de asamblea, se pueda "imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones". Entendemos que la censura puede consistir en prohibir o limitar la mantención de correspondencia o de comunicación, e incluso puede leerse el contenido o conocerse lo comunicado. Ahora, la diferencia anotada, implica que por muy amplia que sea la censura que se imponga en caso alguno ella faculta para divulgar el contenido de lo comunicado, ni menos valerse de él -usarlo- para fines distintos de los relacionados con el estado de excepción constitucional que habilitó la imposición de la censura.

Las consideraciones anteriores debemos entenderlas referidas al ordenamiento jurídico nacional, y a aquellos que consagren este derecho en disposiciones constitucionales distintas a la intimidad o vida privada y en términos similares a nuestro texto fundamental. En caso de que un ordenamiento jurídico no contenga una referencia expresa en cuanto a la inviolabilidad del hogar,

las comunicaciones y documentos privados, ellos serán aspectos de la intimidad y por tanto, gozarán de la protección que a ella se brinde.

Por otra parte, hay ordenamientos jurídicos que no consagran el derecho a la intimidad en forma expresa, sino sólo se reconocen la protección o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones privadas y documentos. Tal protección parece ser más restringida, pues habrá protección a la intimidad siempre y cuando ella se manifieste en alguno de estos lugares o medios. Sin embargo, ello puede ser ampliado por la doctrina y jurisprudencia, en consideración a que los derechos fundamentales son cláusulas abiertas que admiten una interpretación amplia más protectora de las personas.

Es común escuchar la expresión de que los derechos humanos no son absolutos, es decir, que ellos no pueden ejercerse en todo momento sin restricción alguna. Como se dijo en la Comisión de Estudios sería un contrasentido otorgar derechos absolutos a un ser que no lo es (el hombre). Aparentemente, el único derecho que hoy gozaría de tal carácter, es el derecho a la vida, por la tendencia de los ordenamientos jurídicos -occidentales- de derogar la pena de muerte. El derecho a la intimidad, como la generalidad de los derechos fundamentales no es un derecho absoluto, por el contrario, es un derecho relativo, que encuentra restricciones o limitaciones que determinan su ejercicio. Tal es el tema que revisamos a continuación.

### 1.3. Limitaciones al derecho a la intimidad.

Las limitaciones a un derecho son entendidas por la doctrina como la medida de su ejercicio, es decir, los límites marcan el área donde cada derecho es ejercido legítimamente. La limitación general, básicamente, consiste en ejercer un derecho sin afectar los derechos de terceros.

MILAGROS OTERO señala que los límites a la intimidad son aquellas situaciones en que el derecho "debe ceder su puesto de privilegio en favor de ciertos intereses...".<sup>107</sup> Por su parte, M. ALVARADO califica a las limitaciones como menoscabos al contenido regular del derecho.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Otero P., Milagros. Ob.cit. p. 709-704.

<sup>108</sup> Alvarado, Marian, ob.cit.; citada por Jijena, ob.cit., p. 43

CARRETERO señala que los límites a un derecho pueden consistir ya en una prohibición total y absoluta en determinados casos (puesto que ya que de hacerlo en todos los casos lo que habrá es una negación del derecho), ya en el sometimiento del ejercicio de un derecho a la previa autorización.<sup>109</sup>

En términos generales los derechos fundamentales, y, por tanto, la intimidad, reconocen dos tipos o clases: las limitaciones ordinarias, que son aquellas que están presente en el ejercicio normal de un derecho, que derivan del propio texto constitucional, sea que haga referencia expresa a ellas, sea porque derivan del juego de relaciones entre los distintos derechos, y que rigen durante la vigencia normal del orden institucional de un Estado, o bien, aquellos que el texto constitucional autoriza a establecer por la ley; y las limitaciones extraordinarias, que son aquellas que pueden ser impuestas durante un estado de excepción constitucional y que sólo pueden referirse a los derechos que la Constitución autoriza expresamente.

Además, debemos considerar que "el derecho a la intimidad queda delimitado por el propio ámbito del círculo íntimo: lo que va más allá no queda dentro de su concepto";<sup>110</sup> y, también, queda delimitado cuando se da un concepto, porque con él pueden quedar situaciones fuera de su protección. Esto parece obvio, pero sin duda es importante considerarlo al momento de elaborar un concepto sobre un derecho, para evitar, precisamente, que la protección pueda llegar a ser insuficiente.

En cuanto a limitaciones denominadas "ordinarias", nuestro texto constitucional no establece ninguna expresamente al reconocer el derecho a la "vida privada". Sin embargo, ellas resultan de otros preceptos.

Entre tales limitaciones encontramos aquellas que resultan o derivan del "choque del ejercicio de los derechos",<sup>111</sup> es decir, aquellos que se producen por la interrelación de las personas y del ejercicio de los diferentes derechos de que son titulares. Entre estos límites podemos mencionar los que imponen la protección de la vida y la integridad física y psíquica de la personas, así no se puede invocar la intimidad cuando ocurre un hecho de violencia dentro de una casa y ello se informa a la policía por un vecino; por la libertad personal y seguridad individual, en caso que alguien mantenga recluida contra su voluntad a una persona en su hogar;

---

<sup>109</sup> Carretero Pérez, Adolfo. Comunicación "La formación de la noticia y la información veraz". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1992. p. 854-855.

<sup>110</sup> O'Callaghan, Xavier. Ob.cit., p. 586-589.

<sup>111</sup> Expresión que utiliza Carretero, Adolfo. Ob.cit.p. 854.

por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, si alguien en su casa efectúa actos contaminantes, por mencionar algunos. Además, está la situación de colisión o choque con la libertad de expresión: ¿puede ésta constituir un límite al derecho a la intimidad, o la situación es a la inversa?. Este tema lo trataremos en el capítulo siguiente, pues debemos primero determinar el alcance y sentido de esa libertad.

En cuanto a los límites o restricciones que la Constitución autoriza a imponer, que también entendemos como limitaciones ordinarias, haremos algunas observaciones. El art. 19 N° 26 de nuestra Constitución asegura que "... los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o *que las limiten en los casos en que ella lo autoriza*, no podrán afectar los derechos en su esencia...". De forma que sólo serán preceptos legales los que pueden regular los derechos fundamentales, y sólo podrán establecer limitaciones cuando ello es autorizado por la Carta Fundamental, con la condición de que, al hacerlo no se afecte su esencia o se impida su libre ejercicio.<sup>112</sup>

La única disposición constitucional, en este sentido es el art. 19 N°8, que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el cual en su inciso 2° faculta para imponer "límites o restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente". De tal forma, que la ley puede limitar el ejercicio de la intimidad por este motivo. No existiendo ninguna otra norma expresa que autorice otras limitaciones. ¿Significa esto que la ley no puede en otros casos establecer limitaciones a este derecho?. Aparentemente así es, por lo dispuesto en el art. 19 N°26. Sin embargo, debemos considerar que también están autorizadas las limitaciones que derivan del juego e interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, de forma que para proteger y asegurar el ejercicio de otros derechos la ley puede establecer límites a la intimidad, en la medida que ésta se resguarde adecuadamente. La doctrina ha señalado que existen razones superiores que autorizan a limitar los derechos, y que son iguales para todas las personas, entre ellas se mencionan la seguridad nacional, la salud pública, y el ejercicio legítimo de derechos de terceros.<sup>113</sup>

Respecto a las limitaciones de carácter extraordinario, como sabemos en nuestro derecho éstas pueden consistir en restricciones o suspensiones al ejercicio de ciertos derechos, y que pueden referirse sólo a los mencionados en el art. 41 de la Constitución. Este artículo no contiene

---

<sup>112</sup> Textualmente, señala "... no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

<sup>113</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 43.

una autorización en tal sentido respecto del derecho a la intimidad. Lo más cercano a este derecho es lo dispuesto en su numeral 1º cuando señala que durante el Estado de Asamblea es posible "imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones". El punto pasa por determinar en que consiste la censura, algunos sostienen que una de sus formas es establecer que algo sea autorizado previamente por una autoridad, luego de haber sido revisado, leído o escuchado, lo cual supone una previa apertura de la correspondencia, o una interceptación de las comunicaciones; pudiendo comprenderse también la prohibición de mantener correspondencia. En todo caso, si ello sucediera respecto de la correspondencia y las comunicaciones, el derecho afectado sería el consagrado en el numeral 5 del art.19.

#### 1.4. Tutela constitucional de la intimidad a nivel comparado.

A nivel de derecho comparado encontramos diversos textos constitucionales, tanto latinoamericanos como europeos,<sup>114</sup> que consagran el derecho a la intimidad como un derecho fundamental de las personas. Sin embargo, el profesor RENATO JIJENA sostiene que "lo normal en el panorama constitucional comparado sigue siendo que es necesario deducir este derecho de preceptos constitucionales que no lo reconocen expresamente".<sup>115</sup>

En cuanto a la fórmula utilizada al reconocer este derecho, se observa en general que es similar entre varios países, con leves diferencias en cuanto a la expresión o término utilizado: vida privada o intimidad; en otros casos, sin embargo, las expresiones y frases utilizadas no parecen ser las más adecuadas, pues pueden llevar a deducir una protección restringida.

Por otra parte, y demostrando la importancia que ha alcanzado el proteger a la intimidad en la sociedad actual, inundada por los avances tecnológico-informáticos, en algunos textos constitucionales existen normas expresas que tutelan este derecho frente al tratamiento de información personal por terceras personas.

Revisemos algunos textos fundamentales extranjeros.

En el campo latinoamericano,<sup>116</sup> el derecho a la intimidad es reconocido constitucionalmente por la mayoría de los países.

---

<sup>114</sup> Desconocemos la situación en países asiáticos y africanos, por no haber encontrado textos que se refieran a ellos, salvo aquellos que menciona Jijena, Renato, y que veremos más adelante.

<sup>115</sup> Jijena, Renato, ob.cit., p. 57 ss.

<sup>116</sup> Los textos de las Constituciones latinoamericanas los hemos extraído de: Palazzi, Pablo A. *Protección de datos personales, privacidad y habeas data en América Latina*. Http: //www.ulpiano.com/recursos\_privacy\_latinamerica.htm.

Argentina y Paraguay lo consagran de una manera similar que a su vez se distingue de los demás países. La Constitución Nacional argentina, en su art. 19, expresa "*Las acciones* privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y *exentas de* la autoridad de los magistrados..."; en tanto, el art. 33 de la Constitución paraguaya reconoce "El derecho a la intimidad" y, agrega, "... la intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. *La conducta* de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, *está exenta* de la autoridad pública...".

La expresión "acciones privadas" que utiliza la Constitución argentina nos parece demasiado restringida, y a su respecto ciertamente es mejor la regulación que efectúa la Carta paraguaya pues reconoce "la intimidad personal y familiar", expresión que sin duda es de mayor amplitud. Por otro lado, ambos textos establecen una exención de la autoridad en cuanto las "acciones" o "conductas" cumplan los supuestos o requisitos que esas normas señalan; lo cual podría ser interpretado estrictamente y sostener que la protección del derecho sólo opera frente a actos de la autoridad, sin embargo ello lo descartamos básicamente por lo siguiente: la regulación de los derechos fundamentales, así como todo un texto constitucional no puede ser interpretado literalmente sino como cláusulas abiertas, que admiten un sentido amplio, aunque no hubiera estado en la mente de los constituyentes al elaborar la norma. En cuanto a la exención de la autoridad, a que aluden, no puede entenderse que el derecho sólo tienen vigencia respecto de las autoridades públicas, pues los derechos fundamentales tienen eficacia *erga omnes*, tanto respecto del Estado como de particulares.

Otros textos constitucionales consagran el derecho de forma distinta. Así la Constitución colombiana, en su art. 15, declara "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar..., y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar..."; la de Perú, en su art. 2 numeral 7, reconoce el derecho "... a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias..."; la de Nicaragua, por su parte, reconoce, en su art. 26 numeral 1, el derecho de toda persona "a su vida privada y la de su familia". La importancia de esta forma de regulación consiste en que el derecho se declara y reconoce en términos amplios, lo que permite comprender en ella las distintas situaciones, hechos y conductas que forman parte de la intimidad de una persona, y a su vez, ello conlleva que la regulación de la ley ha de respetar tales aspectos por estar protegidos sin lugar a dudas por la Carta Fundamental. En cuanto a la obligación que

impone la Constitución de Colombia al Estado, sabemos que en nuestro ordenamiento jurídico ella está establecida en términos generales respecto de todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el art. 5 inciso 2° de nuestra Constitución.

Otros textos constitucionales, sin embargo, no reconocen expresamente un derecho a la intimidad, él puede no obstante ser considerado en el derecho a la inviolabilidad del hogar o del domicilio y de las comunicaciones y documentos privados. En este sentido, podemos mencionar a Costa Rica, cuya Constitución, en su art. 23, declara "El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables..."; la de República Dominicana declara "la inviolabilidad del domicilio...", en su art. 9; la Carta cubana, en el mismo orden, reconoce, en su art. 56, que "el domicilio es inviolable. Nadie puede penetrar en el ajeno contra la voluntad del morador, salvo..."; y la de Panamá cuyo art. 26 señala que "el domicilio o residencia son inviolables...". De todos estos textos constitucionales el único más amplio es el de Costa Rica por la expresión "todo otro recinto privado"; sin embargo, aun con tal frase no podemos eximirla de la crítica que estimamos merecen estas normas. Al referirse al domicilio, residencia o recinto, restringen la protección a los lugares o espacios físicos, y con ello a pesar de que podamos incluir la intimidad en estas normas, esa inclusión y, por ende la protección constitucional de la intimidad, podría entenderse limitada únicamente a estos lugares, no pudiendo ser incluidas por ejemplo la imagen y los datos personales en su uso por terceros. A pesar, de que ello puede ser superado por una interpretación amplia y lo que es más importante por la jurisprudencia, conviene recordar lo dicho por el comisionado JAIME GUZMÁN a propósito de la consagración del derecho a la intimidad en Chile, en el sentido de que el hecho que ciertos valores aunque hallan estado implícitos en el texto constitucional, por no haberse explicitado habían sido atropellados en forma más que frecuente.<sup>117</sup> En definitiva, siempre es mejor el reconocimiento expreso de los derechos y valores.

La Constitución de México, con un forma distinta, declara que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, ...". Si bien este texto no utiliza la expresión intimidad o vida privada, al señalar que "nadie puede ser molestado" está reconociendo el derecho a la intimidad al referirse precisamente a la idea y sentido originario y básico del derecho, declarado en 1873, que lo entendió como el "the right to be let alone", es decir, el derecho a ser dejado solo y tranquilo, a no ser molestado.

---

<sup>117</sup> Citado por Evans de la Cuadra, Enrique. Ob.cit., p. 180.

Pasando a otro punto, como ya adelantamos, algunos países latinoamericanos consagran en sus textos constitucionales una protección específica frente al uso de informaciones personales por otras personas. Entre ellos se encuentran: Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Nicaragua, Paraguay y Ecuador. El análisis de estas normas, lo reservamos para el Capítulo IV.

En cuanto a la regulación de forma del derecho a la intimidad, aparte de la distinta terminología empleada, se observa que algunos textos constitucionales regulan este derecho en un mismo artículo junto con el derecho a la honra u honor, con el derecho a la imagen (cuando es contemplado expresamente) y, también, el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio, comunicaciones y documentos privados, aunque en ocasiones se efectúa en apartados distintos; lo cual no es sino una muestra de la relación entre estos derechos, y que lleva a su continua confusión.

Revisemos ahora, la protección que se brinda al derecho a la intimidad en otros textos fundamentales.

En Estados Unidos, como ya hemos apuntado, el derecho a la intimidad no se consagra particular, específica y expresamente en la Constitución. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, ya desde 1890-1928, han entendido que la *privacy* es una exigencia de la IV Enmienda de su Constitución, siendo deducido de lo que preceptúa; y siendo obligatorio el precedente judicial ha de entenderse que es un derecho reconocido por la Constitución "americana"; en Italia, el derecho ha sido deducido de lo dispuesto en su art. 2 que "dentro de sus principios fundamentales reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, individual y socialmente hablando"<sup>118</sup> (donde desarrolla su personalidad). En la misma situación está Alemania, como ya señalamos, la LFB, no consagra expresa y particularmente el derecho a la intimidad, pero él ha sido deducido por la jurisprudencia y doctrina derivándolo de la dignidad y de la libertad de las personas, valores que reconoce esta Constitución.

En España, el art. 18 de su Constitución dispone "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen....", y, además señala que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

La Constitución portuguesa, que data de 1976, fue el primer texto fundamental de Europa en reconocer el derecho a la intimidad, y contiene una norma referente a la utilización de la

---

<sup>118</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 57 ss.

informática, muy elogiada por todos los autores, no sólo por ser la pionera sino por su contenido. Aunque lo analizaremos en el capítulo IV, nos parece acertado señalar su contenido. Su art. 35, sobre la utilización de la informática, establece: en su inciso 1º, que se reconoce a los ciudadanos el derecho al acceso a todas las informaciones que con ellos se relacionen y estén contenidas en registros (bases y bancos de datos), de conocer el uso al que ellas son destinadas y poder exigir su rectificación y puesta al día; el inciso 2º, consigna que la informática no debe servir para el proceso de datos relativos a las convicciones políticas, a las creencias religiosas o a la vida privada, salvo lo que se refiera al tratamiento con fines estadísticos de datos no atribuibles a una persona determinada; y, el inciso 3º, prohíbe la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.<sup>119</sup>

Además, reconocerían el derecho a la intimidad, las Constituciones de Turquía, de Ecuador, de Egipto, y la "soviética".<sup>120</sup>

## 1.5. Tutela del derecho a la intimidad en Chile.

### 1.5.1. Tutela a nivel constitucional.

El reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico es reciente. Sólo fue incorporado como un derecho fundamental en la Constitución de 1980.

Ante su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales, el comisionado JAIME GUZMÁN destacó la relevancia del hecho, señalando: "que el tema que se está discutiendo tiene la más alta importancia, porque se trata de incorporar en la Constitución valores que si bien pueden haber estado implícitos en el espíritu del constituyente, por no haberse explicitados, han sido de hecho atropellados en forma más que frecuente en los últimos tiempos...".<sup>121</sup>

El derecho a la intimidad se consagra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, el cual asegura a todas las personas:

El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

---

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Cita de Enrique Evans de la Cuadra, ob.cit., p.180

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan.

La doctrina nacional ha señalado que este precepto constitucional reconoce cuatro valores jurídicos, el respeto y protección de: la vida privada, de la vida pública, la honra personal y la honra familiar.<sup>122</sup>

La honra y la honra familiar, aunque relacionados son claramente derechos distintos a la intimidad, como ya hemos establecido en el apartado 1.2.1. de este trabajo. Sólo falta por señalar, que el valor "honra familiar" está referido a la honra de las personas fallecidas para eventos que después de su muerte importen un atentado contra la honra de esas personas, y cuya protección alegarán sus familiares.

Otro derecho o "valor" reconocido es el de la "vida pública", el cual nos suscita dudas en su sentido y alcance. Don ENRIQUE EVANS señala que prácticamente no hay antecedentes de este punto del precepto, pero sostiene que "debemos entender que el constituyente decidió cautelar el respeto de todos por las actuaciones de las personas que, por su naturaleza, deban o puedan ser conocidas por la sociedad. En todo caso, la norma parece dirigida, especialmente a los medios de comunicación social, los que al informar de esas actuaciones, deben hacerlo *con respeto al ser humano*, aunque empleen el juicio más acerbo al ejercer el derecho a la disidencia, a la crítica o a la fiscalización...".<sup>123</sup> Lo que los medios señalados y los particulares no pueden hacer es incurrir en las conductas que señala el inciso segundo del N°4 del art. 19.<sup>124</sup>

Por tanto, este derecho parece proteger las actuaciones públicas de los hombres públicos. El profesor CEA EGAÑA ha definido la vida pública como "aquella referente a las personas de

---

<sup>122</sup> Cea Egaña, José Luis. "Apuntes", citados.

<sup>123</sup> Evans, Enrique, ob.cit., p. 173.

<sup>124</sup> Ibid.

notoriedad pública, sean o no autoridades o funcionarios públicos";<sup>125</sup> en tanto, la jurisprudencia chilena ha señalado que es "...aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sea de real trascendencia."<sup>126</sup> Por lo tanto, este derecho no estaría refiriéndose a la vida privada de los hombres públicos, es decir, al hecho que la intimidad de los hombres públicos se ve restringida en su alcance por el cargo que tienen o actividad que realizan, pues ello es propiamente vida privada, y lo que es privado no es público. Lo que protege es la actividad pública que se realiza, en el sentido que esta no se vea afectada por cuestionamientos infundados, imputando actos falsos a la persona o injurias contra la persona. Por lo cual, este valor reconocido por el texto constitucional está clara y estrechamente vinculado con la honra de la persona.

Pero nos llama a confusión el sentido de la "vida pública". Si algo es literalmente vida pública ello es de conocimiento público, es decir, se conoce y puede conocerse y divulgarse; por otro lado, tomando en cuenta lo dicho por Evans de la Cuadra y por la jurisprudencia, esto es, que los medios al informar de las actuaciones públicas y al criticarlas deben hacerlo con el respeto que merece el ser humano, sin injuriar ni calumniar a la persona, vinculándose así con la noción de honra, cuesta diferenciar ambos valores incluso más que de la intimidad. Pues el respeto que merece el ser humano a que se alude no es otra cosa que la honra de una persona.<sup>127</sup>

La intimidad, es reconocida empleando la voz "vida privada", expresión que si bien estrictamente es distinta a "intimidad", jurídicamente tienen un mismo sentido y alcance, como anteriormente hemos explicado.

En la historia fidedigna del precepto podemos encontrar una discusión en torno a cual término utilizar para consagrar este derecho a la intimidad. Don JAIME GUZMÁN era partidario de utilizar la expresión "privacidad" por ser más adecuada y completa, porque a su juicio, ella "envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa",<sup>128</sup> y la intimidad, en tanto, era un concepto de menor alcance. Se inclinaba por la voz privacidad y no por la expresión "vida privada" porque esta sólo designa una "realidad de hecho", en tanto que la primera, designa un valor "la persona tiene

<sup>125</sup> Cea Egaña, José Luis. "Apuntes", p. 81.

<sup>126</sup> Considerando 7º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el día 31 de mayo de 1993, rol nº 983-93, p. 132, citada por el profesor Cea, José Luis. "Apuntes", p. 85.

<sup>127</sup> Sería demasiado restringido entender la expresión "respeto que merece el ser humano" como aludiendo sólo a aquella honra en el grado mínimo a que se refirió el comisionado Guzmán en la C.E.N.C, sin considerar el respeto que la persona ha alcanzado por "el ejercicio de su honra", por las conductas y actuaciones que lo han hecho destacarse y gozar de un prestigio o crédito mayor que el de sus semejantes.

<sup>128</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. Ob.cit., p. 185.

derecho a la vida privada, pero también tiene derecho a que esa vida privada permanezca como tal. Y ése es el valor que se ha llamado 'privacidad', el cual va más allá del hecho material de la vida privada".<sup>129</sup> Sin embargo, aunque se acogió su opinión para descartar el empleo de la expresión "intimidad", se acuerda por los comisionados en definitiva utilizar la expresión "vida privada", rechazándose el uso de la voz "privacidad", argumentándose que ella era poco usada en el lenguaje cotidiano nacional y que conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española tal palabra no existía, y que era un anglicismo.<sup>130</sup>

Además, los comisionados que estudiaron la nueva Constitución, hicieron algunas apreciaciones relativas al alcance del derecho a la intimidad, del valor que se consagraban. Señalaron que la protección no sólo existía frente a los medios de comunicación social, sino que ampara frente a la acción de cualquier persona o institución, privada o pública; por su parte, don E. ORTUZAR indicó que cubría también la posibilidad de la captación de imágenes; expresamente se hizo alusión a la situación de recopilación y exigencia de diversos de datos personales por instituciones públicas y privadas; declarando, en definitiva, que era inevitable que el alcance del derecho lo fijaran los tribunales pues la Constitución no podía ser demasiado extensa ni precisa al respecto.

La terminología que emplearon nuestros constituyentes al consagrar el derecho a la intimidad y la historia fidedigna del precepto, no demuestra la amplitud con que ella fue concebida y, en consecuencia, la amplitud de la protección que brinda nuestro texto constitucional a este derecho. Además, es destacable y preferible, en nuestra opinión, que en la Constitución sólo sea declarado para evitar que las explicaciones puedan llevar a interpretaciones restrictivas, pues las notas de los autores de un texto constitucional contendrán al menos el sentido de su consagración y nos orientarán en su alcance.

Sin embargo, frente a la recopilación y uso de informaciones personales por terceros, principal tema de discusión en la noción actual del derecho a la intimidad, a pesar que los constituyentes tuvieron presente el tema, la protección que brinda nuestro texto fundamental, parece insuficiente aunque podamos entender incluido el tema interpretando ampliamente la consagración del derecho. Siempre es mejor y más eficaz el reconocimiento en forma expresa, para evitar posibles vulneraciones tanto de los particulares como por las instituciones estatales, en especial en cuanto a la regulación que pueda efectuar el legislador. Especial importancia

---

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Id., p. 185-186.

debiera otorgarse a los denominados datos sensibles. Con todo, es un tema que analizaremos en el capítulo IV.

Respecto del inciso segundo de la disposición constitucional, sabemos que el tiene aplicación cuando la vulneración de los derechos consagrados en el inciso primero, tuviere lugar "a través" de un medio de comunicación, lo cual no importa restringir su aplicación a la infracción sólo "por" un medio de comunicación social, como tampoco que sólo se pueda vulnerar tales derechos de esa forma, lo único que él señala es que si se efectúa a través de tales medios, la conducta será constitutiva de delito.

Ahora bien, las conductas a las que hace referencia dicho inciso segundo son "la imputación de un hecho o acto falso", y una imputación que "cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia". Tales conductas son conocidas como calumnia y difamación, en el primer caso; y como injurias, en el segundo. Ellas, como sabemos, son conductas que directamente se vinculan y representan una violación del derecho a la honra de la persona. Pero pueden tener incidencia respecto del derecho a la intimidad, pues como señalamos, una conducta puede violar simultáneamente ambos derechos, tal sería el caso en que el hecho o acto que se imputa o atribuye a una persona corresponda a su "esfera" privada o íntima en sentido amplio.

En un sentido más amplio e interpretando sistemáticamente la Constitución, la protección de la intimidad está en relación con otras normas constitucionales. Así, debemos tener presente ante todo y básicamente las Bases de la Institucionalidad que ella contempla, en tal sentido se debe tener en cuenta el inciso primero del art. 1 que declara que las personas "nacen libres e iguales en dignidad y derechos". De este artículo se deriva que la intimidad, como los demás derechos humanos, tienen su fundamento en la dignidad del ser humano; por otra parte, esta norma declara que los derechos son iguales para todas las personas, y en tal sentido debemos relacionarla con los numerales 2 y 3 del art. 19 de nuestro texto fundamental, que, respectivamente, reconocen la igualdad ante el legislador y las autoridades en general, y frente a las autoridades que ejerzan jurisdicción para la protección en el ejercicio de sus derechos. Por otra parte, el art. 5 en su inciso 2º establece un límite al ejercicio de la soberanía y que consiste en el respeto que ha de brindarse a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, a no dudar el respeto de la intimidad es un límite al ejercicio de la soberanía. Además, el deber "fundamental" que se establece para los órganos del Estado en el mismo artículo, de un modo

general respecto de todos los derechos esenciales, tiene una gran importancia y es un mandato que debe tenerse en cuenta en todas las actuaciones de los órganos, instituciones y personas que forman el aparato estatal, no sólo por el Estado administrador; tal deber consiste en "respetar y promover" los derechos esenciales de las personas, y que doctrinariamente se considera que tiene un aspecto negativo (respetar) que consiste en el deber de no vulnerar o atentar contra tales derechos y, un aspecto positivo (promover), que obliga a hacer respetar esos derechos y efectuar las gestiones necesarias para que ellos sean conocidos y respetados por los particulares.

Nuestra Constitución, además, consagra separadamente dos derechos muy relacionados con la intimidad, estos son: la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada y de los documentos privados (art. 19 N°5), como ya hemos señalado; y la libertad de conciencia (19 N° 6). Estos otros derechos, como hemos podido constatar doctrinariamente son considerados como aspectos integrantes de un concepto amplio de la intimidad. No obstante, nuestra Carta Fundamental los consagra como derechos autónomos.

Se establece, además, a favor de ciertos derechos y entre ellos de la intimidad, y estos otros derechos relacionados, una garantía de nivel constitucional a través de Acción de Protección contemplada en el art. 20. Acción que procede frente a cualquier acción u omisión, ilegal o arbitraria que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de alguno de los derechos que en él se indican. Esta protección es de enorme importancia, la norma es tan amplia que procede respecto de cualquier vulneración o peligro de ella, sea de una autoridad o de un particular, y la Corte está facultada para tomar "todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho".

### 1.5.2. Tutela Legal.

Podemos señalar entre la normativa legal que protege el derecho a la intimidad la siguiente:

a) El art. 2314 del Código Civil que dispone "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito." Esta norma de carácter general está formulada en términos tan amplios que permite comprender en ella el daño que se cause a una persona a consecuencia de la intromisión de un tercero en el ámbito de su vida privada, sea divulgando datos íntimos, la simple violación de su espacio privado, u otra forma.

Sabemos que la indemnización a que se refiere la norma señalada no está limitada a la indemnización pecuniaria, aunque ella será la más frecuente.

b) La actual Ley de Prensa N° 19.733, de 04 de junio de 2001, que vino a reemplazar la anterior Ley de Abusos de Publicidad No. 16.643, de 1967. En esta nueva ley se contienen algunas normas relativas al derecho a la intimidad en su Título V, "De las infracciones, de los delitos, de la responsabilidad y del procedimiento", párrafo 3° "De los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social". Este párrafo contiene normas sobre los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de un medio de comunicación social. Su artículo 30 señala que "al inculpado de haber causado injurias", por esa vía, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones "sino cuando hubiere imputado hechos determinados" y concurriere alguna circunstancia que la ley señala. Tales circunstancias son: a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real; o b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio. Y, señala que hechos se considerarán como "de interés público de una persona", entre los cuales contempla: los referentes al desempeño de funciones públicas; los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y los consistentes en la comisión de delitos o

participación culpable en los mismos. Con lo cual marca, en definitiva, lo que legalmente no está amparado o no es considerado como intimidad o vida privada de una persona, y, puede, en consecuencia, ser informado o difundido.

Queremos destacar la referencia que efectúa a la captación o difusión de actuaciones de una persona, en cuanto es preciso que ello cuente con el "consentimiento" de la misma; y la referencia a los hechos que consten en registros o archivos públicos. Cuestiones que tienen gran relevancia en la sociedad actual, y sobre todo respecto de las personas que no tienen una actividad pública.

Por otra parte, el inciso final del mismo artículo 30, establece que "Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito". Aspectos que, por tanto, no podrán ser objeto de información ni de opinión, por no ser de interés público.

c) La Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999. Esta ley regula el tratamiento de datos personales, en forma automatizada o no, por organismos públicos o privados.

d) En nuestro Código Penal, encontramos algunas figuras delictivas relacionadas con el tema:

- En el Título III, del libro II, dedica su párrafo 5° "De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia". El art. 161-A, castiga al que "en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio", incurra en algunas de las conductas que señala, y que pueden ser sintetizadas como conductas para proporcionarse material referente a la vida privada de una persona o de su intimidad en sentido amplio, incluyendo la imagen de la persona como también documentos o instrumentos, comunicaciones o conversaciones de carácter privado. El inciso 2° del mismo artículo, en tanto, castiga con la misma pena, a quien difundiere esos "materiales" o informaciones.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> El art. 161-A dispone "Se castigará ...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."

El art. 161-B, en tanto, castiga a quien, mediante algunos de los actos señalados en el art. 161-A, "pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sean jurídicamente obligatoria", con una pena mayor; el inciso segundo, aumenta esa pena en un grado, cuando lo exigido sea "la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito".

- En el Título V del mismo libro, referido a los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de su cargo, el párrafo 8º se refiere a la "Violación de Secretos", arts. 246 y 247. Ambos artículos son aplicables a los funcionarios públicos, pero, además, el inciso 2º del art. 247, señala que éste es aplicable a "los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se le hubieren confiado".

- Los delitos de calumnia y de injurias, tipificados en los arts. 412 y siguientes del Código Penal, protegen más específicamente la honra de las personas, pero las acciones y expresiones, pueden estar referidos a hechos que importen una intromisión en la intimidad

e) En la Ley N° 19.223, publicada en el Diario Oficial de 7 de junio de 1993, que tipifica figuras penales relativas a la informática. Consideramos que el bien jurídico intimidad encuentra amparo penal en virtud de las conductas sancionadas en los art. 2 y 4 de esta ley.

Un análisis de la normativa legal excede los objetivos de esta Memoria, pero nos referiremos, a la normativa específica en el capítulo IV, para determinar cual es el alcance de la protección frente a la problemática derivada de los avances informáticos y telemáticos.

---

## 2. LIBERTAD DE OPINION Y DE INFORMACION

### 2.1. Generalidades. Fundamento. Concepto y evolución del mismo.

#### 2.1.1. Generalidades.

Constantemente se destaca la importancia de la libertad de opinión y la de información. Se dice que permite que el sujeto pueda desarrollar su personalidad, e incluso que constituyen o representan un presupuesto o condición que permite el ejercicio de casi la totalidad de los demás derechos y libertades fundamentales,<sup>132</sup> y que es un elemento constitutivo de una sociedad verdaderamente democrática, la cual se destaca por la existencia de la pluralidad de ideas y de opiniones, y la libre divulgación de las mismas.

Normalmente son incluidas dentro de las denominadas libertades del pensamiento libre (o libertades intelectuales), junto a la libertad de enseñanza, de conciencia y culto, de petición, reunión y asociación; o catalogadas como libertades de integración social,<sup>133</sup> junto a la libertad de asociación, el derecho de reunión y el derecho de petición.

Doctrinaria y jurídicamente el término "libertad de expresión" es utilizado para referirse de un modo genérico a las libertades de opinión y de información, sin embargo, ello no es una opinión general, pues hay textos y autores que la usan de una forma diferente. Nosotros la utilizaremos de la primera forma.

La libertad de expresión es reconocida actualmente como un derecho fundamental en diversos tratados internacionales y por los textos constitucionales de varios países. Entre ellos nos referiremos a algunos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en su art. 19 señala: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión...*";<sup>134</sup> el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), al enunciar el derecho en su art. 10 declara "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de

---

<sup>132</sup> Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Ob.cit., p. 255.

<sup>133</sup> Verdugo, Pfeffer y Nogueira, utilizan esta expresión.

<sup>134</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su art. 19 señala: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el de buscar, recibir y difundir, sin consideración de fronteras, las informaciones y las ideas por cualquier medio de expresión*". Texto Extraído de libro de Cea, José Luis. "Apuntes", p. 97.

recibir o de comunicar informaciones o ideas...";<sup>135</sup> la Convención Americana de 1969, en su art. 13 reconoce la Libertad de pensamiento y de expresión: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión...*";<sup>136</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto, declara en su art. 19 N°1 "*Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...*".<sup>137</sup>

Entre los textos fundamentales nacionales, a modo de ejemplo, se consagra en la Constitución española de 1978 que reconoce y protege separadamente pero en el mismo artículo, el derecho: "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones..." (art. 20 No.1 apartado a)), y el derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (en el apartado d)); la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en tanto, en su art. 5.1 señala que "Todos tienen el derecho a manifestar y difundir libremente su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse sin trabas en las fuentes de acceso general. Se reconoce la libertad de prensa y la libertad de comunicar información a través de la radiodifusión y el cines. No se ejercerá censura".<sup>138</sup>

De esta forma constatamos el empleo de distintos términos al reconocer el derecho y, en ocasiones, se utilizan unas mismas palabras con un significado o alcance distinto, y ello también se observa en la doctrina y jurisprudencia. Así el CEDH entiende a la "libertad de expresión" como un término genérico que engloba a las otras libertades; en el mismo sentido, lo entiende el

---

<sup>135</sup> Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa; 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial". Extraído de Freixes Sanjuán, Teresa. Comunicación "Protección europea de la libertad de expresión y su integración en la jurisprudencia constitucional". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos Fundamentales y libertades Públicas*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1992. p. 934-935.

<sup>136</sup> La Convención Americana de 1969, en su art. 13 reconoce la Libertad de pensamiento y de expresión: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*"

<sup>137</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto, declara en su art. 19 N°1 "*Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección.*"

<sup>138</sup> Extraído de Villaverde Menéndez, Angel Ignacio. Comunicación "Las 'fuentes de acceso general'. El artículo 5,1 LFB y su proyección sobre el artículo 20.1 de la CE". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, España. 1992. p. 1143.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana;<sup>139</sup> en cambio, la misma expresión tiene un alcance distinto en la Constitución española, que la emplea para hacer referencia a la manifestación de opiniones o ideas; en tanto, en la D.U.D.H. y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es utilizada para referirse a la libertad de información.

Nosotros, como dijimos, entendemos el término "libertad de expresión" en sentido amplio, de modo que él engloba otras libertades parciales, como son: la libertad de opinión, la libertad de informar o comunicar, y el derecho a recibir información o a ser informado. Todas estas libertades son aspectos de una misma idea, pero estrictamente son distintas y, por tanto, tienen un contenido distinto, lo cual es importante tener en cuenta a la hora de regular su ejercicio por vía legal y al momento de determinar si se ha cometido un abuso o delito en el ejercicio de alguna de estas libertades.

En las páginas siguientes revisaremos en qué consiste cada uno de estos aspectos, determinando su contenido en el ordenamiento jurídico chileno, apoyándonos para ello en la historia fidedigna del precepto constitucional y la opinión de la doctrina. Primeramente, sin embargo, debemos indagar sobre cuál es el fundamento de la consagración de la libertad de expresión como un derecho esencial de la persona.

### 2.1.2. Fundamento de la libertad de expresión.

Ya hemos señalado que la libertad de expresión, que engloba a las libertades de opinión e información y al derecho a ser informado, son considerados actualmente derechos fundamentales o esenciales del ser humano. Siendo así, encuentra su base o fundamento en la idea de la dignidad del ser humano, cualidad que posee por el sólo hecho de ser tal.

La idea de la dignidad (originaria) del ser humano exige que éste sea respetado en sus derechos, sin ser objeto de vejaciones físicas ni morales. Una de las características del hombre que sirve para asignarle la calidad de digno es su racionalidad que le permite adoptar decisiones por sí mismo, autónomamente. Así puede en ejercicio de esa racionalidad adoptar libremente una posición sobre cualquier materia o hecho que acontezcan en la sociedad, sean de naturaleza política, religiosa, económica o científica, y, además, puede dar a conocer esa posición, puede expresar o manifestar a otros su opinión.

---

<sup>139</sup> En todo caso, conviene advertir que la Convención Americana utiliza la expresión "libertad de pensamiento" para referirse a lo que conocemos como libertad de opinión.

Las corrientes liberales sostienen esa dignidad originaria. Señalando, además, que "Al ser agentes morales - o sea, capaces de decidir por sí mismas- las personas deberían gozar por principio de una libertad básica",<sup>140</sup> esa idea se refleja en la libertad de conciencia.

En este sentido, la justificación liberal clásica de la libertad de expresión, que al igual que las otras corrientes liberales sostienen la existencia de esa dignidad originaria del hombre, señala que en principio la sociedad política -el Estado- "no debería silenciar algo que ha sido pensado por una conciencia autónoma y que puede ser captado por otra conciencia autónoma",<sup>141</sup> es decir, la manifestación de opiniones o divulgación de informaciones no debiera ser prohibida ni restringida. Si el Estado censura, estaría menospreciando "la capacidad general de las personas de decidir por sí mismas al comunicarse, y de formar su propia opinión frente a lo que se les comunica";<sup>142</sup> afectando de esa forma la dignidad del ser humano.

En tanto que las corrientes liberales más cercanas al utilitarismo, y que LUCAS SIERRA observa en la obra de John Stuart Mill, han puesto de relieve la gravedad del hecho desde un punto de vista distinto: que el Estado impida el libre acceso a las ideas y la formación de una opinión pública, debilita el control del ejercicio del poder y la contribución al bienestar general.<sup>143</sup>

De esta forma, la manifestación de opiniones y de informaciones, deben ser consideradas como derechos esenciales del hombre que posee en virtud de su dignidad, siendo preciso que tales derechos puedan ejercitarse de un modo libre. Es necesaria la existencia de una libertad de informar que permita que los diversos conocimientos, hechos y situaciones lleguen a los distintos integrantes de la comunidad, posibilitando así el derecho a estar informado, y a su vez que posibilite, a partir de las distintas informaciones conocidas, que las personas puedan efectuar un juicio de valor que constituirá su opinión, opinión que igualmente debe gozar de libertad para ser manifestada a otras personas. Todo esto debe ser de libre ejercicio, pues lo exige la dignidad del ser humano. Si se le imponen las barreras de la censura, importa no sólo un menosprecio a la capacidad y autonomía del ser humano, sino también impide que el ejercicio del poder sea controlado por el pueblo (por la opinión pública), obstaculizando igualmente que opiniones

---

<sup>140</sup> Sierra, Lucas. "Pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad". Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Número especial de agosto de 1997. p. 17-26.

<sup>141</sup> Sierra, Lucas. Ob.cit., p. 21.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Id., p. 22.

diversas y fundadas (al haber recibido información veraz y divulgada libremente) puedan contribuir al progreso y bienestar de la comunidad.

Por otra parte, estas libertades tienen una dimensión política, por cuanto contribuyen y generan la llamada opinión pública. La opinión pública, poder de facto esencial en una democracia, requiere la existencia y reconocimiento de las libertades de opinión e información, pues ellas permiten que se llegue a formar tal opinión, la cual tendrá real relevancia en el juego político de una sociedad cuando se forme del cúmulo y diversas ideas, pensamientos, opiniones e informaciones que lleguen al conocimiento de la población, en forma libre.

La libertad para expresar opiniones y divulgar la información, implica ante todo y esencialmente que no estén sometidas a censura previa. Pero ello no implica que no estén sujetas a limitaciones en su ejercicio, pues no se trata de derechos o libertades absolutos, por demás ningún derecho humano lo es. La libertad de expresión tiene límites, los cuales en general dicen relación con el respeto de los derechos de las demás personas, y en caso que ellos llegaren a ser vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión, quien haya incurrido en tal conducta deberá responder del delito o abuso cometido. Ello en caso alguno, puede estimarse como una lesión de la libertad de expresión, pues está puede ser ejercida libremente dentro de los límites que le correspondan y de un modo adecuado.

### 2.1.3. Concepto de las libertades de opinión e información, y su evolución.

Desde que comienza a ser reconocida la libertad de expresión en el mundo, en la época de la Revolución Francesa (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano), y la noción tradicional durante mucho tiempo, la libertad de expresión o libertad de opinión fue concebida como la posibilidad de manifestar sus opiniones sobre los más diversos asuntos o problemas, desde los lugares comunes o cotidianos de su vida social hasta lugares como la universidad, una conferencia, un mitin político, asamblea de algunas personas, la impresión de un libro o de los periódicos. En esa primera época, sin embargo, por razones obvias la posibilidad de ejercer la libertad de opinión quedaba constreñida a sectores determinados de la sociedad. Pocos eran los que podían acceder a una universidad y los periódicos estaban aún con desarrollo menor y no estaban realmente al acceso de cualquier persona. "Era el derecho que se quería consagrar a minorías reducidas del cuerpo social, generalmente seleccionadas por su grado de cultura para hacer uso de un derecho en sus múltiples manifestaciones, con especial preocupación de cuidar la

dimensión política que tiene esta libertad y que, por otro lado, lo expresado accedía a un número reducido e igualmente seleccionado de ciudadanos que estaban en comunicación con aquellos que hacían ejercicio diario y práctico de esta libertad".<sup>144</sup>

Lo que hoy, y en nuestra Constitución conocemos como libertad de opinión -o libertad de expresión como se denomina en otros cuerpos normativos, v.gr. en la Constitución española de 1978-, alude precisamente a esa forma originaria y tradicional de concebirla, a la posibilidad de expresar las ideas, pensamientos o creencias, es decir, a manifestar las opiniones sobre cualquier asunto, sea político, económico, filosófico, científico o religioso, y de cualquier forma, de palabra o por escrito, y por cualquier medio que se elija, todo ello sin trabas u obstáculos, sin restricciones a esa expresión. Evidentemente dicha libertad no está restringida ni ello pretende, a ciertos grupos de la sociedad. Esa situación fue paulatinamente cambiando a medida que la sociedad progresaba, hasta llegar a la actualidad en que sería una aberración considerarla restringidamente. El cambio y desarrollo social, intelectual y tecnológico exigen y permiten que esa libertad corresponda a toda persona.

A su vez, esos cambios en la sociedad, así como el avance de la ciencia y la tecnología, fueron permitiendo la aparición de los denominados medios de comunicación social, es decir, la imprenta, la radio y la televisión, ellos suponen la aparición de una nueva forma de libertad de expresión, y que es conocida generalmente como libertad de información, noción que constituye una extensión del término tradicional de libertad de expresión. La libertad de información en términos generales, consiste en la facultad de dar a conocer a la población los diversos acontecimientos que suceden en la sociedad.

Esta libertad de información, tiene un contenido que la diferencia de la libertad de opinión, y presenta caracteres que exigen una regulación adecuada para impedir consecuencia indeseadas derivadas de su ejercicio.

La libertad de opinión, por un lado, consiste en la facultad de manifestar o expresar las ideas, pensamientos y creencias, nuestras opiniones sobre cualquier asunto,<sup>145</sup> sin trabas que obstaculicen o impidan esa manifestación. OSORIO, define esta libertad señalando "la libertad de expresión<sup>146</sup> como el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier

---

<sup>144</sup> Guzmán, Jaime. Durante una sesión de la CENC; citado por Evans de la Cuadra, Enrique. Ob.cit., p. 307-308.

<sup>145</sup> "La manifestación de las opiniones puede adoptar distintas formas. En el plano religioso, la libertad de cultos; en el plano educativo y científico, la libertad de enseñanza." Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 666.

<sup>146</sup> Recordemos que la Constitución española emplea este término para referirse a lo que nosotros llamamos libertad de opinión.

auditorio, los pensamientos, ideas y opiniones, cualquiera que sea su contenido";<sup>147</sup> y el profesor JOSE LUIS CEA, ha señalado que la libertad de emitir opinión consiste en la "facultad de toda persona para exteriorizar ... lo que piensa o cree".<sup>148</sup>

Esta libertad versa sobre la manifestación de opiniones, y la opinión es "un juicio de valor pronunciado por quien tiene un conocimiento intermedio entre la ignorancia y la ciencia";<sup>149</sup> 'se trata de una valoración a un problema, y que se pronuncia ante una audiencia sobre sus posibles causas y soluciones de manera atendible o plausible'.<sup>150</sup> 'La opinión se funda en el supuesto de que los hombres no tienen pleno conocimiento de los motivos y efectos de múltiples aporías políticas, sociales y económicas ...'.<sup>151</sup> No supone que lo expresado es verdadero, no versa sobre hechos verificables, sino que consiste en un mero juicio de valor, una mera idea, un sentimiento respecto de alguna cosa, hecho o persona.

La libertad de información, en tanto, es un complemento de la libertad de opinión, es un supuesto que hace posible a ésta última.<sup>152</sup> La libertad de información tiene por objeto hacer partícipe a los demás nuestros "pensamientos y dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional".<sup>153</sup> Consiste básicamente en la divulgación de informaciones, y entendemos por tal, es decir, por información, para estos efectos, el "caudal de diversos conocimientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos y comentarios subjetivos".<sup>154</sup>

La doctrina ha dicho que el contenido de esta libertad de información (en general) son hechos, y su divulgación supone la narración, imágenes u otras formas, pero lo relevante es que al tratarse de hechos son susceptibles de comprobación en cuanto a su veracidad. Esto es precisamente lo que la diferencia de la libertad de opinión pues ésta no supone veracidad. El supuesto de la libertad de información parece ser, en cambio, la verdad de lo informado, sea que se trate de una opinión, de una imagen o de un suceso determinado. Nos referiremos posteriormente a la importancia de esta diferencia.

---

<sup>147</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 666.

<sup>148</sup> Oficio de la C.E.N.C. de 16 de agosto de 1978 al Presidente de la República; citado por Evans de la Cuadra, ob.cit., p. 299.

<sup>149</sup> Cea Egaña, José Luis. "Apuntes", citados, Capítulo XIV "Libertad de expresión". p., 185.

<sup>150</sup> Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales.* (en adelante Tratado) Editorial Jurídica de Chile. 1ª edición. 1988. p. 93.

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> Cea Egaña, José Luis, señala que en la Comisión de Estudios se la habría entendido así, al expresar "Respecto de la libertad de información, los anales consultados prueban que fue entendida con la calidad de supuesto de la antes descrita -libertad de opinión-, sin la cual ésta carece de sentido". *Tratado*, citado, p. 97.

<sup>153</sup> Oficio de la C.E.N.C., citado por Evans, ob.cit. p. 299-300.

<sup>154</sup> Cea Egaña. Apuntes, citados, p. 186.

Bajo la denominación "libertad de información", según la doctrina no sólo se comprende la libertad de emisión, sino también otros aspectos. Así, BOURQUIN incluye bajo el rótulo de libertad de información, otras libertades parciales, que son las siguientes: "a) recoger o reunir, b) transmitir o comunicar, c) publicar, divulgar, emitir o difundir noticias, ideas u opiniones, d) recibir noticias u opiniones de cualquier modo".<sup>155</sup> Por su parte, el profesor CEA EGAÑA señala que "la libertad de información conlleva la facultad de acceder a las fuentes de información y opinión, la libertad de difundir o comunicar lo hallado en tales fuentes o que proviene de ellas y la libertad de recibir la información".<sup>156</sup>

El art. 19 N°12 de nuestra Constitución expresamente señala que se asegura todas las personas "la libertad de emitir opinión y de informar...". Ya hemos visto lo referido a la primera libertad. En cuanto a la "libertad de informar", debemos preguntarnos qué es lo que protege bajo esta expresión nuestro texto fundamental, es decir, si pueden comprenderse en ella las otras libertades a que hemos hecho referencia.

La libertad que BOURQUIN denomina "recoger o reunir" información u opiniones, es conocida generalmente como facultad de buscar la información o facultad de acceso a la fuente de información. En la C.E.N.C. se dijo que esta facultad o derecho es un supuesto de la libertad de informar, que va dirigido al profesional de la noticia en forma preferente, y que si había libertad de informar tenía que haber libertad de acceder a las fuentes de la información. No se hizo alusión expresa en la Constitución porque ello podía prestarse a equívocos muy grandes si se consagraba en forma categórica.<sup>157</sup> Por tanto, esta libertad parcial tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento constitucional, pero se ha dejado a la ley la regulación de su alcance.

En tanto, la libertad o derecho a recibir información y opiniones consiste en la facultad de "recibir la información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir",<sup>158</sup> un derecho que corresponde al receptor en el proceso de comunicación. A su respecto en la C.E.N.C. se dijo que era un derecho de carácter social, que es correlativo a las libertades de emitir opinión y de informar, que son de carácter individual; y es social o colectivo porque el sujeto activo o titular de ese derecho son todos los integrantes de la comunidad.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> Bourquin, citado por Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 666-667.

<sup>156</sup> Cea Egaña, José Luis. *Tratado*, citado, p. 97.

<sup>157</sup> El informe de la Subcomisión, proponía consagrarlo expresamente como "derecho a informarse en las fuentes accesibles a todos". Evans de la Cuadra. Ob.cit., p. 319.

<sup>158</sup> Evans de la Cuadra, Ob.cit., p. 300.

<sup>159</sup> Ibid.

Se discutió la posibilidad de consagrar expresamente este derecho, y además la forma de hacerlo. El proyecto de articulado presentado por don JAIME GUZMÁN a la Comisión, propuso el reconocimiento expreso de este derecho colectivo -en un artículo separado de las libertades de opinión y de información-, en los términos que se aseguraba "el derecho a ser informado veraz, oportuna y objetivamente sobre el acontecer nacional e internacional...".<sup>160</sup> Es así que el Acta Constitucional N°3 de 1976 aseguraba explícitamente este derecho en los términos ya señalados, -pero- en un mismo artículo con aquéllas libertades,<sup>161</sup> sin embargo, esa norma fue suprimida por el Consejo de Estado, y por ello en el texto de la Constitución de 1980 no hay referencia expresa a este derecho.

No obstante, la doctrina nacional señala que este derecho está implícitamente reconocido en el texto constitucional vigente. Señalan que él es parte integrante de la Constitución "porque de nada sirven las libertades de opinión y de comunicación garantizadas si ellas no tienen destinatarios reales con derecho a exigir su recepción y conocimiento".<sup>162</sup>

Estamos de acuerdo con esta posición doctrinaria, pues es lógico que exista alguien que reciba la información y opiniones que libremente pueden ser emitidas. No sólo ha de asegurarse la libertad de emisión (de opiniones y/o informaciones), sino también el derecho a recibir información (veraz, oportuna y objetiva) pues los integrantes de la comunidad nacional, sujetos activos de este derecho, están interesados en que lleguen a ellos las opiniones e informaciones sin que exista censura previa, sin que sean desvirtuadas, sin que se le discrimine y sin intervenciones arbitrarias de cualquier autoridad u otro tipo de interferencia indebida.<sup>163</sup> Como dijo don ENRIQUE EVANS "no se divisa el motivo por el que deba incorporarse una garantía constitucional para satisfacción exclusiva de quien emita opiniones o de quien desea dar a conocer sus pensamientos";<sup>164</sup> la libertad de expresión "es una garantía que juega en el medio social, en el seno de la comunidad, y, obviamente, está en relación directa con el resto de los integrantes de esa sociedad que van a recibir los dichos, opiniones, las expresiones, las informaciones que algunos quieran dar a conocer".<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> El artículo propuesto completo aseguraba "el derecho a ser informado veraz, oportuna y objetivamente sobre el acontecer nacional e internacional, sin otras limitaciones que las derivadas de la moral, el orden público, la seguridad nacional y la vida privada de las personas, salvo que, en este último caso, se encuentre comprometido el interés nacional". Evans, ob.cit., p. 306.

<sup>161</sup> Evans, ob.cit., p.299.

<sup>162</sup> Evans de la Cuadra, Enrique. Ob.cit., p. 299; en el mismo sentido se pronuncia el profesor José Luis Cea. *Tratado*, citado, p. 97; también Pfeffer, Verdugo y Nogueira, ob.cit., p.254-259.

<sup>163</sup> Evans de la Cuadra. Ob.cit., p. 300.

<sup>164</sup> Id., p. 300-301.

<sup>165</sup> Id. p. 301.

Por tanto, la Constitución chilena al asegurar la libertad de informar reconoce y protege tanto la libertad de buscar, como de difundir y recibir información.<sup>166</sup> Tanto la libertad de acceso a las fuentes noticiosas como el derecho a recibir información, a ser informado, forman parte de la esencia de la libertad de informar,<sup>167</sup> por lo que no puede estimarse que no están constitucionalmente reconocidas por no estar expresamente declaradas.

Retomemos el punto que dejamos pendiente: la importancia de la diferencia de contenido de las libertades de opinión y de información. La libertad de opinión, ha dicho la doctrina está referida a la emisión de juicios de valor; en tanto, que la libertad de información versa sobre hechos. Los hechos que constituyen la información debe cumplir el requisito de veracidad, es decir, que los sucesos informados, a través de la narración, de imágenes o de signos, deben efectivamente haber sucedido. Este requisito de veracidad lo exige el rol que cumple la libertad de información (aunque no únicamente ella) de ser fundamental para la formación de la opinión pública, poder de facto legítimo en un Estado democrático. La libertad de información juega un importante y fundamental papel para la formación de la opinión pública, y por ello en ejercicio de esta libertad debe divulgarse información adecuada, pues el receptor de ella, esto es el pueblo en su conjunto, será quien formará a partir de lo informado, sean hechos u opiniones vertidas, la llamada opinión pública.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>168</sup> separa conceptualmente estas libertades precisamente atendiendo a este punto, y señala que debe distinguirse cuidadosamente entre "juicios de valor" (opinión) y hechos (información), ya que los primeros son meras ideas u opiniones no susceptibles de prueba; en cambio, la veracidad de los hechos puede acreditarse. El Tribunal Constitucional español,<sup>169</sup> efectúa la misma distinción, y ha declarado que la exigencia de veracidad sólo está referida respecto del derecho a la información. Esa exigencia jurídicamente es relevante a la hora de determinar el ejercicio legítimo de estas libertades.<sup>170</sup>

Debe considerarse, en todo caso, que la libertad de información no sólo permite que se divulguen hechos en forma objetiva, sino que pueden incluirse, además, comentarios subjetivos.

---

<sup>166</sup> Cea Egaña, José Luis. *Tratado*, citado, p. 97.

<sup>167</sup> Id. p. 98.

<sup>168</sup> Freixes Sanjuán, Teresa. Ob.cit., p. 941.

<sup>169</sup> Id., p. 960-961.

<sup>170</sup> Esta distinción entre opiniones y hechos tiene especial trascendencia, "pues no en vano ha señalado el Tribunal Constitucional español (St.107/88, de 8 de junio) la mayor amplitud de la libertad de expresión -a la cual en Chile denominamos "libertad de opinión"- frente a la libertad de información, aunque cediendo siempre a la responsabilidad derivada de frases o afirmaciones injuriosas o que carezcan de interés público y que, en definitiva, sean innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opiniones...". Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 666-667.

Se ha señalado por la doctrina que si esto último no es permitido, no hay verdadera libertad de información. Esos comentarios subjetivos, en estricto sentido, constituyen una opinión; y, en consecuencia, se someten al estatuto jurídico de la libertad de opinión, el cual como veremos en la sección siguiente, implica unos límites más amplios que los de la libertad de informar. Lo cual sin duda es más beneficioso.

Lo fundamental del reconocimiento de estas libertades en cualquier ordenamiento jurídico es que su ejercicio no puede estar sometido a censura previa, pero ello no significa que sean libertades absolutas, por el contrario están sujetas a límites, como todo otro derecho, que determinan el ámbito en que su ejercicio es legítimo.

## 2.2. Límites a la libertad de expresión. Ámbito de ejercicio.

La manifestación o expresión de opiniones e informaciones, debe ser libre. Ahora bien, ¿supone ello que no debe existir ningún tipo de limitación a su respecto?. La respuesta no es absoluta. Lo esencial, y así se consagra en los diversos textos normativos, es que su ejercicio no puede estar sometido a censura previa, lo cual no implica la ausencia de otros límites.

En relación a la censura, CARRETERO<sup>171</sup> señala que ella es un tipo de limitación concreta "más perfilada", y que puede manifestarse por ejemplo a través del examen de los escritos para verificar si hay elementos de inconveniencia de su publicación. Como dijimos, lo que los ordenamientos jurídicos prohíben es la existencia de censura previa, y entendemos por tal normas que establezcan el sometimiento a controles por parte de órganos estatales o autorizaciones previas, que evalúen las opiniones o informaciones antes de que estas lleguen al conocimiento del público, y que sólo si éstas son aprobadas por la autoridad puedan ser difundidas.

Aunque es común hablar de censura "previa", nosotros preferimos hablar simplemente de "censura", pues estimamos que la existencia de sistemas de responsabilidad *a posteriori*, no debe ser catalogado como censura.

La existencia de censura a la manifestación de opinión o divulgación de informaciones, entendida del modo indicado, implica fundamentalmente, como señalan las doctrinas liberales un

---

<sup>171</sup> Carretero, Adolfo. Ob.cit. p. 855.

menosprecio a la capacidad de las personas de decidir por sí mismas; impidiendo igualmente que puedan contribuir al bienestar social; pero, además, ellas cumplen un rol político de control del poder siendo esenciales para la existencia de una real democracia. De allí que no pueda existir la censura.

Una cuestión distinta a la censura, es la existencia de limitaciones previamente fijadas por el ordenamiento jurídico. Una limitación, marca o determina el ámbito o campo al cual pueden estar referidas las opiniones o informaciones; y que implicará que si tales límites no son respetados al ejercer las libertades de opinión o de información, se generará responsabilidad para quien las haya ejercido.

En algunos textos normativos, constitucionales o tratados internacionales, junto con consagrar las libertades y garantizar su ejercicio sin previa censura, los límites posibles se expresan de modo directo. Así, la Constitución española señala: "Estas libertades tienen un límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título,<sup>172</sup> en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia";<sup>173</sup> y las limitaciones, comúnmente, autorizadas por convenios internacionales, miran a proteger: la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la protección de la salud, de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos.<sup>174</sup> En todo caso, estos textos exigen que los límites precisos sean fijados por la ley, ellos sólo señalan cuales son los autorizados.

Para que un límite sea compatible con el reconocimiento de la libertad de opinión y de información, es preciso que él respete esa libertad para expresarla, no debe afectar esa esencia; y debe ser necesario para proteger otros intereses igual o más valiosos que estas libertades, teniendo en vista su fundamentación y su papel en la sociedad. Los límites a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, y que son los que comúnmente se fijan, sin duda responden a esta exigencia de que sea en vista a proteger intereses superiores.

---

<sup>172</sup> Se refiere al Título I "De los derechos y deberes fundamentales".

<sup>173</sup> Art. 20 N°4 de la Constitución española de 1978.

<sup>174</sup> Estos son los límites que fijan la Convención Americana (art. 13 N° 2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19 N°3), parece referirlas sólo a la libertad de expresión -entendida como libertad de información-.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto, en su art. 10 N°2 dispone "El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial". Freixes S., Teresa. Ob.cit., p. 935.

Los límites concretos serán establecidos por la ley, siendo en todo caso exigencia que ellos estén fijados jurídicamente con antelación a su ejercicio, para que el sujeto los conozca y puede adecuar a ellos su actuar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.), ha destacado el hecho que la libertad de expresión es un pilar fundamental de una sociedad democrática, señalando que es '...una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres'<sup>175</sup> y de ello se deriva la necesidad de que los límites que se impongan a ella deben ser justificados.<sup>176</sup> En su opinión, las limitaciones que se establezcan a esta libertad deben cumplir una serie de condiciones, debiendo en cada caso revisarse: 1) si los límites están descritos por la ley; 2) si persiguen una finalidad legítima (señaladas por el Convenio); y 3) si son compatibles o necesarias en una sociedad democrática, entendiendo que "necesario" no significa que sea indispensable, normal, útil, razonable u oportuno, sino que una 'necesidad social imprevista'.<sup>177</sup> .

Lo anterior si bien está concretamente referido a los Estados partes del C.E.D.H. -siendo para ellos obligatorio-, su sentido no tiene por qué restringirse. Ello, en nuestra opinión, resulta aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, y por qué no decirlo, en cualquier Estado democrático. Comúnmente se señala por quienes ejercen la libertad de información, el que ésta no puede ser restringida porque sería atentar contra un valor fundamental para la democracia; siendo una exigencia de la democracia el que exista una libertad de expresión amplia sin limitaciones de ninguna clase. Al respecto, consideramos que el T.E.D.H. explica de manera muy clara la real situación entre libertad de expresión y la democracia. No se trata de que en un régimen democrático la libertad de expresión deba carecer de límites, sino que estos sólo deben ser impuestos cuando fueren compatibles y necesarios en una sociedad democrática. La democracia descansa principalmente en la idea de que todas las personas de la comunidad gozan de libertad en todos los ámbitos, y, por tanto, de libertad de opinión y de información; pero también supone que se respeten los derechos de todas las personas. Por lo tanto, y como señalan los tratados internacionales a que nos hemos referido, la libertad de expresión tiene como límite el respeto de los derechos ajenos. Si ello se cumple, la libertad de expresión cumplirá el rol que le corresponde en la sociedad democrática, y la democracia será verdadera.

---

<sup>175</sup> Freixes Sanjuán, Teresa. Ob.cit. p. 941.

<sup>176</sup> Esto debe entenderse considerando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 10, establece que los límites deben ser necesarios en una sociedad democrática, y que señala cuales son los motivos que autorizan una restricción a la libertad de expresión. Id., p. 942.

<sup>177</sup> Id., p. 948.

Otra clase de limitación parece derivarse del distinto contenido que tienen la libertad de opinión y de información. La primera versa sobre juicios de valor, y la segunda sobre hechos. Los hechos informados, se dice que deben ser veraces, y ello es lógico, atendido el importante papel que cumple la libertad de información como supuesto o complemento de la libertad de opinión, la información que se divulgue (y las opiniones manifestadas que sean divulgadas como información) permite e influye en la opinión que las personas tomarán respecto de los hechos informados, participando en forma relevante en la formación de la "opinión pública."; siendo la veracidad de tales hechos, susceptible de ser comprobada. Lo fundamental de la diferencia entre ambas libertades, es que la veracidad sólo es exigible respecto de la libertad de información.<sup>178</sup> Ello se traduce en un importante efecto jurídico, cual es que la libertad de información tiene un nuevo límite, que consiste precisamente en que la información que se divulgue debe ser veraz (si una persona emite una opinión y ello es luego divulgado a través de los medios de comunicación social, ello igual será en términos amplios un hecho, y lo que puede ser comprobado es que la opinión efectivamente fue verdadera ). Si la información divulgada es falsa, comprobándose tal circunstancia, se deriva responsabilidad para quien la haya difundido, pues la libertad de informar no se habrá ejercido correctamente. En cambio, la libertad de opinión no tiene tal exigencia, no tiene el límite de la veracidad, precisamente porque la opinión no supone que lo manifestado sea verdadero, es simplemente una mera idea o juicio valorativo no susceptible de acreditarse. De esta forma los límites de la libertad son más amplios, generando responsabilidad sólo si en su ejercicio se incurre en injuria a alguna persona. Existirá injuria, cuando la forma en que se manifiesta la opinión, las expresiones o los actos a través de los cuales se manifiesta, no hubieran sido necesarios para darla a conocer, y exista la intención de menospreciar o desacreditar a la persona.<sup>179</sup>

Esta limitación derivada de la exigencia de veracidad se observa en la denominada excepción de verdad o *exceptio veritatis*, que algunos ordenamientos consagran -v.gr. el art. 19 N° 4 inciso 2° de nuestra Constitución-. Quien, supuestamente incurrió en un abuso puede excepcionarse de responsabilidad probando la veracidad de la información, a menos que se trate de injurias a particulares.

---

<sup>178</sup> Freixes. Ob.cit., p. 960-961.

<sup>179</sup> El profesor José Luis Cea sostiene que la libertad de opinión no puede ser delictiva. Afirmación que no parece del todo correcta a la luz de lo dicho. La libertad de opinión puede generar responsabilidad, puede ser delictiva o abusiva, sólo que sus límites son más amplios, generando responsabilidad sólo en el caso señalado: cuando la opinión sea injuriosa en su manifestación. Apuntes, citados, p. 187.

### 2.2.1. Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico chileno.

La situación en nuestro ordenamiento jurídico es similar a lo descrito. Las libertades se aseguran sin censura previa, quedando sometidas al régimen de responsabilidad posterior, señalando que ellas se pueden ejercer libremente pero "sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades ..." (19 N°12).

Esa responsabilidad se producirá cuando la libertad de expresión se ejercite fuera de los límites que le hayan sido fijados por el ordenamiento jurídico.

Nuestra Carta Fundamental no establece límites concretos a la libertad de expresión. Sino que deja a la ley su fijación. En el art. 19 N° 12, señala que los delitos y abusos, y la responsabilidad que de ellos se deriven deben ser fijados por una ley de quórum calificado.

Existen además otras disposiciones constitucionales relativas a los límites a esta libertad. Así, encontramos el art. 19 N° 8 inciso 2°, en cuanto autoriza a que la ley pueda "establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"; pudiendo referirse a cualquier derecho o libertad, pues la autorización es general y amplia. Sin embargo, no divisamos situaciones que admitan la restricción de la libertad de expresión para estos efectos, y parece más bien que esta libertad contribuirá a la protección del medio ambiente, pues, en general, los medios de comunicación tienden a dar a conocer los hechos contaminantes. Consideramos, en consecuencia, que en base a esta disposición constitucional, aunque sea amplia, no se justifica una limitación a la libertad de expresión.

Otra referencia expresa de la Constitución es la que se contiene en el art. 19 N°4 en su inciso segundo. Disposición que opera cuando la libertad de expresión se ejerciere a través de un medio de comunicación social, y conlleve la violación de la honra personal o de la familiar, de la vida pública, o de la vida privada o intimidad. Situación a la cual nos referiremos más adelante, en lo referente al derecho a la intimidad.

Por último, encontramos el numeral 26 del art. 19, y que dispone que las restricciones o límites que la ley establezca no pueden vulnerar la esencia del derecho, que en este caso es la ausencia de censura "previa", ni consistir en condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Así lo asegura y ordena el N°26 del art. 19 de nuestra Constitución, que expresamente consagra "La libertad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Ahora bien, la Constitución entrega a la ley la fijación de los límites concretos. Pero ¿Qué razones justifican el establecimiento de un límite o restricción a esta libertad en Chile?. Para no incurrir en responsabilidad internacional, deben tenerse presente los tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestro país. Entre ellos tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana. Los límites posibles según estos textos son aquellos a que hemos hecho referencia anteriormente, esto es, para proteger: la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la protección de la salud, de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos. Debiendo, además, tener en cuenta que todo ello debe entenderse, que serán justificados en cuanto fueren necesarios y compatibles con la existencia de una democracia.

### 2.3. Hipótesis de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

La pregunta que reiteradamente se hace la doctrina, es si la intimidad es un límite a la libertad de expresión o por el contrario la libertad de expresión es un límite a la intimidad. Se ha señalado que ambos derechos fundamentales se limitan recíprocamente. Veamos por qué.

En este punto es importante tener en cuenta la fundamentación de estos derechos. Claro está que las libertades de opinión y de información también juegan un rol importante para el desarrollo de la persona, así como lo juega el derecho a la intimidad, pero el opinar o informar sobre la vida de otro, en principio, no es necesario para ese desarrollo; además, vimos que la libertad de expresión, tiene un rol social y político, de contribuir al bienestar social y control del poder. Atendidos estos roles de la libertad de expresión es que ella tiene como ámbito de ejercicio natural aquellos asuntos de carácter público, con exclusión de los que pertenezcan a la vida privada o intimidad de las personas. Los asuntos íntimos son algo que sólo concierne al sujeto y no es necesario para el interés de la comunidad su conocimiento. Los hechos o asuntos de la vida privada de una persona, en principio, no pueden ser objeto de información pública.

Siendo así, la regla general en la relación entre ambos derechos es que no entren en conflicto. Cada uno tiene un ámbito acotado distinto. Sin embargo, en ocasiones sí se produce una colisión entre ellos, BARROSO señala que ello ocurre cuando en un mismo caso, en una

misma circunstancia, concurren los dos derechos. "Entonces aparece el conflicto jurídico de derechos."<sup>181</sup>

¿Cuándo y por qué se produce ese conflicto?. Se produce cuando la libertad de expresión se ejerce refiriéndose a aspectos de la vida privada o intimidad de una persona. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión implica que en general no pueda referirse a tales aspectos, sin embargo, existirían ciertos casos excepcionales en que ello puede ocurrir. NOVOA nos dice que 'Hacen excepción solamente los aspectos de la vida privada que de alguna manera trascienden a las actuaciones de públicas, se proyectan sobre ellas o las determinan'.<sup>182</sup> En el mismo sentido, BARROSO señala que "La vida privada no debe ser objeto de información a no ser en casos muy concretos y especiales: que repercuten en el bien común de los ciudadanos; o que comenzando por un asunto privado, sus repercusiones sean tales que alcancen la esfera pública y puedan ser constituidos asuntos públicos con repercusiones públicas y sociales".<sup>183</sup>

Así, para que pueda hablarse efectivamente de una colisión de derechos, el asunto informado o sobre el cual se opina debe tener o ser de interés público, de relevancia para la comunidad. Si tal interés ni siquiera es imaginable, no se justifica hablar de colisión o conflicto, pues habrá simplemente intromisión en la vida privada o intimidad, violándose este derecho.

El conflicto real entre ambos derechos, parece presentarse principalmente respecto de las personas con alguna actividad pública, pues sus actuaciones sobre todo de quienes tienen cargos públicos, por sí representan interés para la población, y, como hemos dicho, incluso su intimidad se ve constreñida a un ámbito más reducido, pues algunos aspectos que normalmente para otros serían privados no lo son a su respecto. Pero igual el conflicto puede presentarse respecto de actos, hechos o situaciones relativas a un particular, aunque no será lo común, pero siempre en la medida que alguna trascendencia para la comunidad, o repercuta en ella.

Producido el conflicto de derechos, será necesario determinar cuál debe ser preferido. Como en casi todo asunto jurídico, en la doctrina encontramos diversas opiniones. Algunos señalan que debe ser preferida la libertad de expresión, otros que debe prevalecer el derecho a la intimidad.

Quienes sostienen la primera posición, entre ellos EDUARDO NOVOA M., en general, basan su opinión en dos "criterios de jerarquización". Uno el del bien común, de acuerdo al cual

---

<sup>181</sup> Barroso Asenjo, Porfirio. Ob.cit. p. 63.

<sup>182</sup> Novoa Monreal, Eduardo; citado por Barroso A., Porfirio. Ob.cit. p. 63.

<sup>183</sup> Barroso Asenjo, Porfirio. Ob.cit., p. 62.

si la libertad de expresión es ejercida respetando adecuadamente la vida privada y '...subsiste un interés general de la sociedad por conocer hechos, actividades o manifestaciones personales que corresponden a la vida privada de un individuo, ...el derecho a la vida privada deba ser sacrificado en aras del interés general...';<sup>184</sup> el segundo criterio, es el de la sociabilidad de la libertad de expresión, el cual NOVOA explica de la forma siguiente: 'El derecho a la vida privada, aunque tenga por finalidad la protección jurídica de una manifestación de la personalidad del hombre, mira solamente al ser humano individual'.<sup>185</sup> Si la sociedad se interesa en ese derecho a través de leyes y compromisos formales de carácter internacional, es únicamente porque la sociedad debe procurar también lo que es bueno para cada uno de sus miembros';<sup>186</sup> y agrega 'En cambio, el derecho de información en sus dos aspectos, es algo que interesa a la sociedad como tal, en cuanto de este derecho derivan beneficios que recaen sobre la sociedad misma, aparte de los que alcanzan, asimismo, a los miembros que la componen'.<sup>187</sup> Básicamente, la superioridad o preferencia que se atribuye a la libertad de expresión se debe al valor social que ella posee, especialmente la libertad de información. Ese valor social deriva de su papel o función de informar al público de los hechos y actos de relevancia política, económica y social, y la contribución que ello significa para la formación de la opinión pública, siendo esenciales para la democracia. En todo caso, estos mismos autores señalan que para que pueda hacerse efectiva la superioridad de la libertad de expresión es necesario que se haya ejercitado "conforme a sus altos fines y dentro de las exigencias que le impone su propia naturaleza".<sup>188</sup>

BARROSO señala que la mayoría de los autores por él estudiados defendían la superioridad, a lo menos gradual, del "derecho a la información" sobre el derecho a la intimidad.<sup>189</sup>

Otros autores, en cambio, sostienen la prevalencia del derecho a la intimidad. Entre ellos LUCAS OSORIO, quien señala que por muy importante que sea el valor social de la libertad de expresión, "en ocasiones debe subordinarse a otros valores y consideraciones".<sup>190</sup> y, agrega, que la libertad de información es una 'libertad de todos' y no sólo de los periodistas, "en esa libertad

---

<sup>184</sup> Novoa Monrreal, Eduardo; citado por Barroso. Ob.cit., p. 66 ss.

<sup>185</sup> Según Novoa se ha de preferir siempre el interés público, señala al respecto '... el derecho a la vida privada está librado, en cuanto a su vigencia jurídica, a la exclusiva voluntad del individuo que es su titular. Si una voluntad individual puede hacer desaparecer el objeto mismo de este, resulta fácil admitir que con mayor razón puede hacerlo, existiendo motivo suficiente, la voluntad general de la sociedad'; Id., p. 71.

<sup>186</sup> Novoa Monrreal, Eduardo; citado por Barroso, ob.cit., p. 69.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Id., p. 64-65.

<sup>189</sup> Id. p. 64.

<sup>190</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit., p. 666-672.

para todos reside el derecho que se respeten las libertades de cada ciudadano en su vida privada, y en su dignidad".<sup>191</sup> Por lo cual no podrían ampararse bajo la libertad de expresión "aquellas manifestaciones... que, en general, violenten la dignidad de las personas o que menoscaben su intimidad".<sup>192</sup> MILAGROS OTERO, por su parte, reconociendo la importancia de la libertad de expresión, señala que el ordenamiento jurídico debe poseer una escala de valores, y en ella, debe otorgársele un puesto más importante a la intimidad.<sup>193</sup> FARIÑAS MATONI señala que 'el derecho a la información deja de existir en el momento que se viola el derecho a la intimidad de las personas. Sin embargo, habría que rechazar el derecho a una protección hipócrita de la intimidad'.<sup>194</sup>

#### 2.4. Evolución en su forma y medios de ejercicio. Internet.

En este apartado no pretendemos hacer una revisión de los distintos medios a través de los cuales se puede ejercer la libertad de expresión, ni cuando han surgido. Lo que queremos es destacar los efectos que ha tenido la Internet en el ejercicio de esta libertad, y los problemas jurídicos que han aparecido con su uso.

Sabemos que el diario o la prensa, la radio y la televisión son catalogados de medios de comunicación, caracterizados por pretender y tener por función principal informar al público o población en general sobre las distintas situaciones que se presenten en la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional. A través de ellos se ejercita la llamada libertad de informar, tarea que efectúan preferentemente los profesionales de las comunicaciones o periodistas. Sin embargo, como se señaló en la C.E.N.C., cabe distinguir entre el papel que tiene la prensa escrita, con aquel que poseen la radio y la televisión. Un periódico, un diario o una revista, no tienen un poder de impacto, ni el auditorio simultáneo de aquéllas. El público que lee el diario generalmente sería de un grado mayor de cultura, y al estar escrito permite una nueva lectura, permite que se razone y analice su contenido de una manera más sosegada. En tanto, que la televisión y la radio son catalogados como medios de comunicación de masas, que tienen como características principales las siguientes: son masivos, con lo cual se quiere significar que llegan

---

<sup>191</sup> Cita a Molinero.

<sup>192</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. Ob.cit. p. 668-672.

<sup>193</sup> Otero, Milagros. Ob.cit., p. 694. Esta autora señala que "estos derechos bien entendidos no tendrían por qué colisionar, o al menos en muy pocos supuestos".

<sup>194</sup> Id., p. 698.

a todos los ciudadanos sin distinción de grados de cultura y sin distinción de grados de evolución socioeconómica; rápidos, lo cual provoca que las opiniones e informaciones se transmiten con una "rapidez vertiginosa" en cuestión de horas o minutos y, prácticamente, a cualquier lugar; y "un creciente poder de impacto sobre la persona que los está recibiendo", por la influencia que los elementos auditivo y el visual tienen sobre la conciencia del receptor, lo cual sería muy difícil de modificar.<sup>195</sup>

De allí que tales medios de comunicación de masas deben conformarse a ciertas normas más estrictas, velando porque en sus emisiones no incurran en informaciones falsas, o en otro tipo de abusos; generalmente, se establece reglas o limitaciones que miran a proteger la infancia y a la juventud, así como la buenas costumbres o la moral pública; restringiendo la transmisión de ciertos contenidos que los pudieren afectar en su desarrollo, o vulnerar, respectivamente.

La Internet, red de comunicación computarizada, ha evolucionado hasta presentarse en la actualidad como un medio de comunicación interpersonal y social, de gran uso y de mucha importancia.

Como características particulares de este nuevo medio de comunicación se ha señalado que tiene diferencia con los medios tradicionales, ya que en la Internet, los ciberusuarios no son meros receptores de informaciones u opiniones, sino que pueden fácilmente constituirse en emisores; no constituiría un medio de comunicación de masas o masivo, ya que en ella los usuarios, a diferencia de los auditores de la televisión o de la radio, buscan libremente la información que desean, descartando aquello que no les interesa.

Pero la característica más relevante de esta red de comunicación, es que ella no es propiedad de ninguna persona, privada ni pública, ni sus contenidos ni funcionamiento está sometido de modo exclusivo a la soberanía de un Estado, en cuanto a su legislación ni jurisdicción. De ello se derivan los principales problemas jurídicos en relación a la red, pues es utilizada para dar a conocer diferentes informaciones, algunas de las cuales pueden estar prohibidas en un Estado, pero no en otro, por lo cual se recurre a la técnica de iniciar la transmisión de la información desde un Estado en que ello esté permitido.

---

<sup>195</sup> Evans de la Cuadra, ob.cit., p. 308 ss.

### 2.5. Libertad informática.

Una expresión muy utilizada en la época actual es "libertad informática", su significado y concepto parece no estar muy claro entre los autores, observando que es empleada tanto para referirse al aspecto positivo del derecho a la intimidad, como para referirse a la actividad de quien efectúa un tratamiento de datos personales. Nosotros consideramos que debido a la palabras que en ella se emplean debe tener un significado concreto, que no se preste a equívocos, y al cual nos referiremos en el capítulo IV de esta Memoria, pero adelantamos que el tratamiento de datos personales constituye una libertad informática en sentido restringido.

### 3. INFORMATICA Y DERECHO

#### 3.1. Nociones generales sobre la informática.

La palabra "informática" es de origen francés, y es el resultado de la unión de dos conceptos: información y automática, por lo que su significado literal es información automatizada. Así básicamente la entendemos como la técnica o ciencia que hace posible la utilización de la información y su tratamiento en forma automatizada.

La informática en una primera etapa fue considerada como un conjunto de técnicas aisladas que tenían por objeto aumentar la capacidad procesadora de los computadores. Hoy, debido al gran desarrollo y mejoramiento de las técnicas primarias y en el diseño de los hardware<sup>196</sup> y software,<sup>197</sup> es considerada una ciencia con un rol muy importante en el saber universal.<sup>198</sup>

Los autores señalan que la informática como ciencia se caracteriza por estar metodológicamente integrada. Con ello quieren significar que se integra con un conjunto de técnicas, ordenadas, las cuales van siendo desechadas cuando son reemplazadas por otras mejores. Además, se relaciona con otras disciplinas y ciencias (v.gr. con las matemáticas, la gramática, la física, la electrónica, el derecho) en forma interdisciplinaria, estableciéndose entre la informática y esas otras disciplinas una relación de necesidad, por lo cual no es admisible que una prescinda de la otra.<sup>199</sup> Se dice que la informática es una ciencia maximizante de las demás disciplinas del conocimiento, pues al ser aplicada a estas otras disciplinas ellas ven mejoradas su eficiencia.

Pero, en qué consiste concretamente la informática, por qué se logra una mayor eficiencia cuando se utiliza.

La doctrina ha dado variados conceptos sobre esta nueva ciencia. La academia francesa, parece haber sido la que por primera vez definió la informática en 1966, señaló que era "la ciencia del tratamiento efectivo y sistemático, especialmente por medio de máquinas

---

<sup>196</sup> Hardware, es el equipo físico o soporte físico, lo constituyen los circuitos electrónicos y los dispositivos mecánicos que constituyen la parte tangible de la máquina, como son por ejemplo la central de procesamiento de información (CPU), las unidades periféricas como el teclado, el monitor o pantalla, el mouse, etc.

<sup>197</sup> El software constituye el elemento lógico del computador, es la parte inmaterial, está formada por los programas que determinan el funcionamiento de los circuitos que se contienen en el sistema informático.

<sup>198</sup> Huerta Miranda, Marcelo y Libano Manzur, Claudio. *Los delitos informáticos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1ª edición, 1996 (2ª edición 1998). p. 45.

<sup>199</sup> Ibid.

automáticas, de la información vista como el medio para el conocimiento humano y para las comunicaciones en contextos sociales, económicos y étnicos".<sup>200</sup> El diccionario de la lengua española, en tanto, la define como el conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de calculadoras electrónicas.<sup>201</sup> LASALA LEKUONA la consideran como "la ciencia cuyo objetivo es el estudio de la organización, almacenamiento, transmisión y transformación de la información".<sup>202</sup> Por su parte, el profesor JIJENA LEIVA la concibe como "la ciencia que estudia y tiene por objeto el tratamiento automatizado o electrónico de la información".<sup>203</sup>

En definitiva, y como deriva de su etimología, la informática consiste en el tratamiento automatizado de la información. Sus técnicas particulares tienen por objeto ser aplicadas al tratamiento de la información en sentido amplio; permite no sólo registrar o almacenar cualquier clase de información, sino administrarla haciéndola más valiosa: permite su organización y clasificación de acuerdo a ciertos criterios, puede ser combinada con los datos existentes en otros registros, transformarla para darle una mayor significación (por ejemplo, gráficos estadísticos).

### 3.1.1. La teleinformática.

Estrechamente ligada a la informática, encontramos la denominada telemática o teleinformática, y que nace de la unión de la tecnología de la información automatizada con la tecnología de las comunicaciones, dando origen a las denominadas redes de comunicación computarizadas o informáticas. Esta tecnología básicamente permite la comunicación o transmisión de datos entre computadores ubicados en distintos lugares, lo cual es posible principalmente con la ayuda de la telefonía.

Existen diversas redes de comunicación computarizadas, algunas de alcance menor (redes de área local), otras abarcan un área más extensa (redes de área extensa), como también algunas son de carácter privado o acceso restringido y otras de carácter público o de libre acceso. Siendo la red más conocida la Internet, que tiene la virtud de conectar computadores ubicados en cualquier parte del mundo y que es de libre acceso.

---

<sup>200</sup> Huerta y Libano. Ob.cit. p. 46.

<sup>201</sup> Id., . p. 45 ss.

<sup>202</sup> Id., p. 46.

<sup>203</sup> Jijena Leiva, Renato. Ob.cit. p. 15.

Aunque posteriormente, en el capítulo IV, nos referimos a esta tecnología, debemos tener en cuenta su existencia, y las situaciones que se presentan con su uso, pues forma parte del fenómeno informático.

La informática, como señalamos, se relaciona con diversas disciplinas o ciencias del conocimiento, entre las cuales se encuentra la ciencia jurídica. Estas relaciones son las que a continuación pasamos a revisar.

### 3.2. Relaciones entre informática y derecho.

La informática, es la ciencia que administra en forma automatizada la información, cualquiera sea la clase de esta. Sus técnicas van permitiendo y creando nuevas actividades para las personas, formando parte de la realidad. El derecho, por su parte, está referido al conjunto de normas y principios que regulan las conductas del hombre en sociedad, y que debe regular la realidad de la misma. Se evidencia, por tanto, que ambas disciplinas pueden entrar en contacto.

La doctrina, tanto nacional como extranjera, ha estudiado las relaciones que se producen entre ellas, y ha concluido que dos son estas relaciones: por un lado, la informática puede ser aplicada a la información jurídica, y, por otro, constituye parte de la realidad social, y va creando nuevas actividades para los sujetos, y esas conductas sociales son precisamente las que el Derecho debe regular. Esas relaciones doctrinariamente han sido denominadas "informática jurídica" y "derecho informático", respectivamente.

#### 3.2.1. Informática Jurídica.

Con esta denominación se alude a la aplicación de la tecnología informática a la información de carácter jurídico.

Como ya hemos señalado, la informática es una técnica o ciencia del tratamiento automatizado de la información. La informática puede ser aplicada a cualquier tipo de información: comercial, financiera, geográfica, climática, estadística, contable, jurídica, etc. Cuando la informática como ciencia de tratamiento y administración más eficiente, está referida a información de carácter jurídico, es decir, leyes, jurisprudencia de los tribunales, doctrina de especialistas en derecho, etc., recibe la denominación de Informática Jurídica, designando la aplicación de la informática al Derecho.

La característica de ciencia maximizante de la informática, explica por sí sola los efectos de aplicar esta técnica al campo jurídico. El tratamiento automatizado de la información, la administración más eficiente de la misma, tiene gran relevancia respecto de esta materia. El jurista debe tener en cuenta y trabajar con una enorme cantidad de información para el adecuado y correcto desarrollo de su importante labor.

El tratamiento de la información que permite la informática es variado, permite almacenarla en los ordenadores<sup>204</sup> en archivos, recuperarla fácilmente con sólo dar una instrucción el usuario, clasificarla según los criterios que determine la persona que trabaje con ella, fusionar informaciones parciales contenidas en distintos archivos de forma de darle un mejor uso, acceder a una infinidad de información al estar conectado a una red de comunicación, etc.

La doctrina ha dado numerosos conceptos de esta disciplina. Así, TELLEZ VALDÉS ha señalado que la informática jurídica es "la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de la información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación".<sup>205</sup> Este concepto expresa muy claramente lo que es la Informática Jurídica, y considero innecesario señalar otros conceptos, pues el sentido del concepto es uno sólo, explicado de forma distinta, pero el sentido de la expresión es siempre el mismo: la informática jurídica alude a la aplicación de las técnicas informáticas a la información jurídica.

Esta forma de interacción de la informática con el Derecho, se produce por una "necesidad fáctica",<sup>206</sup> pues es tan diversa y tal la cantidad de información jurídica que deben tener en cuenta los juristas y las instituciones relacionadas, que era muy difícil acceder a toda ella en un momento determinado; esos caracteres de la información jurídica según MUÑOZ NAVARRO limitaban la labor del jurista.<sup>207</sup>

La informática jurídica facilita la "asimilación, recopilación, recuperación y manejo" de esa amplia información jurídica, permite conocer (o al menos acceder) las numerosas leyes, sus

---

<sup>204</sup> Término sinónimo de computador.

<sup>205</sup> Tellez Valdez, Julio; citado por Carrasco Blanc, Humberto. Memoria de Prueba "Derecho Informático, contratación electrónica y contratos informáticos". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. 1999. p. 6.

<sup>206</sup> Jijena, ob.cit., p. 48.

<sup>207</sup> Muñoz Navarro; citado por Renato Jijena, ob.cit., p. 48.

constantes modificaciones, y también a planteamientos y opiniones doctrinales diversas que ayuden a la solución de ciertas controversias jurídicas.

Como disciplina del conocimiento la informática jurídica, consiste no sólo en la aplicación concreta de la informática al derecho, sino también en el estudio de las técnicas informáticas que puedan ser aplicadas a la información jurídica y que faciliten el trabajo o labor de los abogados, docentes, de los jueces, y en la administración de justicia en general, incluso en la del propio legislador.

Doctrinariamente, se señala la existencia de diversas clasificaciones respecto de la informática jurídica, según sea la finalidad perseguida al aplicar la informática al derecho. Su estudio, supera en mucho el objeto de este trabajo.

### 3.2.2. Derecho Informático.

La nuevas tecnologías, tan beneficiosas para nuestras actividades permiten la interrelación de las personas de nuevas y distintas formas.

El hecho que la tecnología de la información y ahora también la telemática, presentan beneficios para la vida del hombre, facilitando las distintas actividades, es algo que no se pone en duda. Los computadores, elemento básico de la informática, permiten almacenar información, clasificarla y transformarla, ello es sin duda de gran utilidad para quien trabaja con esa información, para los negocios. Los usos de la información se ven ampliados y mejorados con la informática. La información es mejor usada y su empleo y manejo se ve facilitado, respondiendo más eficientemente a las necesidades y requerimientos de quien trabaja con la información y el objeto al cual se destina.

Por su parte, las redes de comunicación computarizadas, esto es, la tecnología teleinformática, ha posibilitado diversas actividades. Los empresarios son las que primero han detectado y aprovechado sus usos, ya que han podido interconectar los distintos computadores de sus empresas. Pero, la aparición de redes de mayor alcance y de libre acceso, como la Internet, han permitido que cualquier persona acceda, utilice y aproveche la ventajas de esta nueva tecnología, pudiendo acceder a una innumerable cantidad de información sobre las más diversas disciplinas, comunicarse de una nueva forma con los más diversos lugares, interactuar con personas de todo el mundo, etc. Pero, además, estas redes de comunicación han permitido el

surgimiento de una nueva forma de efectuar negocios, lo cual se conoce como contratación y comercio electrónico.

Sin embargo, la informática y la telemática, como otros inventos tecnológicos, no sólo han traído beneficios para la humanidad. Las enormes y variadas formas de uso y conductas que permiten o hacen posible, generan incertidumbre en cuanto a los efectos que ello pueda tener para los derechos de las personas, ya que esas nuevas tecnologías, eventualmente, puede ser aprovechadas por algunas personas de una forma abusiva, perjudicando o vulnerando los derechos de otras.

Son muy variadas las formas que presentan las nuevas tecnologías, y múltiples también las formas en que ellas pueden ser utilizadas y los riesgos que se crean, las conductas posibles. El estudio de los problemas jurídicos que puedan presentarse respecto de su uso es fundamental para prevenir daños o lesiones en las personas particulares y para el funcionamiento de la institucionalidad estatal. Es indispensable el estudio de los usos que tales tecnologías tienen o pueden tener, y de los riesgos o peligros que representen.

La regulación jurídica del uso de las nuevas tecnologías, en particular de la informática y de la telemática, se evidencia de los estudios de los riesgos que generan. La regulación no pretende detener la creación tecnológica, ni limitarla, su objeto es evitar que ellas sean utilizadas de un modo abusivo, que pueda afectar o vulnerar los derechos de las personas, o vulnerar otros bienes jurídicos valiosos para la sociedad.

La magnitud, celeridad y profundidad de los avances tecnológicos y particularmente de la informática, exige al derecho responder a los nuevos y complejos problemas que se plantean. El derecho debe regular la realidad y estar acorde a las condiciones sociales, por ello debe normar las situaciones que se plantean con el uso y desarrollo de las nuevas tecnologías.

Las normas jurídicas que se dicten al efecto, y los principios que rigen esa regulación, así como el prever los nuevos y posibles usos que puedan llegar a darse a estas nuevas tecnologías, serán estudiadas por la ciencia del derecho, y la doctrina ha denominado Derecho Informático a la rama del derecho que estudia o debiera estudiar el fenómeno informático de modo particular.

En la doctrina podemos encontrar diferentes conceptos de derecho informático. El profesor PÉREZ LUÑO, ha señalado que el derecho informático es una materia netamente jurídica, que está constituido 'por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la

información y la comunicación, es decir de la informática y la telemática'.<sup>208</sup> ALTMARK<sup>209</sup> define al derecho informático en forma amplia señalando que es el 'conjunto de normas, principios e instituciones que reglan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática'. DELPIAZZO, en tanto, señala que corresponde a 'una parte del orden jurídico, integrada por las normas y principios que regulan el fenómeno informático (...), y a la disciplina cuyo objeto de estudio lo constituye ese sector'.<sup>210</sup> Por último, el profesor RENATO JIJENA ha dicho que "este nuevo derecho que nace debe regular las diversas relaciones jurídicas, políticas, sociales y económicas que se producen a raíz del uso y del abuso de la informática y, conjuntamente, de las telecomunicaciones".<sup>211</sup>

El derecho informático, no es sino una rama de la ciencia del Derecho, cuyo objeto de estudio, en general, es el fenómeno informático en sentido amplio, estudiando los problemas jurídicos derivados del uso de la informática y la telemática, en cualquier área de interés para el Derecho; las normas jurídicas que se dicten al efecto y los principios que las orienten o deban orientarlas.

Los beneficios de las nuevas tecnologías, serán mayores que los riesgos y problemas, si sus usos están adecuadamente regulados por las normas jurídicas, sancionando las conductas que menoscaben los derechos de las personas. La legislación en todo caso deberá cuidar de no ser muy rígida, para no entorpecer y frenar las nuevas creaciones, pero deberá también tratar de prever los posibles usos que puedan poner en riesgo los derechos del ser humano para que no quede obsoleta e ineficaz muy pronto por los rápidos avances en el área.

### 3.2.2.1. Su necesario nacimiento.

El fenómeno informático no es algo que podamos dejar al margen de regulación. Esta disciplina o ciencia de la información utiliza nuevos instrumentos: el computador, la línea telefónica en caso de la telemática; genera nuevas actividades y conductas, como la contratación vía electrónica, se trabaja con programas computacionales, van nuevos programas o software, y

---

<sup>208</sup> Perez Luño, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1996, p.18; citado por Lara Márquez, Jaime. *Derecho y Tecnología. Una visión prospectiva del Derecho*. R.E.D.I., Nº 18, enero de 2000. [http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107461](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107461)

<sup>209</sup> Altmark, Daniel, citado por Jijena Leiva. Ob.cit. p. 19 ss.

<sup>210</sup> Delpiazzo, Carlos. "Consideraciones acerca de la enseñanza de la Informática Jurídica y del Derecho Informático", Comunicación presentada al I Congreso Iberoamericano de la Informática Jurídica; citado por Jijena, Renato, ob.cit., p. 45 ss.

<sup>211</sup> Jijena, Renato, ob.cit., p. 19 ss.

la información en general, adquiere un valor económico significativo y respecto de ella se generan mayores problemas, adquiriendo como bien jurídico mayor relevancia.

La información, sea comercial, estadística, estratégica, etc. es un motor que nos ayuda a realizar nuestras labores de forma más acertada. Interesa a los comerciantes, a los políticos, a los agricultores (los cambios climáticos), al Estado basa su labor principalmente en la información, el logro de su finalidad: el bien común, depende en gran medida de la información con la que cuenta.

Ahora bien toda esa información que requerimos diaria y constantemente, antes de que apareciera esta nueva tecnología de la informática también se necesitaba y se tenía. Entonces ¿por qué decimos que ahora se ha hecho más importante?. La informática, como hemos señalado permite maximizar el uso y administración de la información. Permite clasificarla, acceder a ella con mayor rapidez, transmitirla en forma más rápida, darle nuevos usos, etc.

La informática y la telemática son utilizadas para las comunicaciones, la contratación, la información, o para la comisión de delitos. Estas actividades no son recientes y tienen regulación, el problema que se presenta con las nuevas tecnologías es que ellas van haciendo surgir nuevas conductas que no quedan cubiertas por las normas existentes, que las regulan en sus aspectos tradicionales, y es eso lo que justifica una nueva normativa especializada.

Así, en síntesis lo que hace necesario una regulación especial de la informática y telemática, es el hecho de constatar la dificultad de adaptar la normativa existente para solucionar los problemas jurídicos que estas tecnologías generan.<sup>212</sup>

El hecho que el fenómeno informático con sus problemas consecuenciales deba ser objeto de regulación especial, no es un tema de discusión en la doctrina jurídica. La discusión, gira en torno a si ello debe ser estudiado por una rama autónoma del derecho, o por el contrario los problemas y normas que los regulen deben ser estudiadas dentro de las disciplinas jurídicas ya existentes y en que tenga incidencia el problema informático concreto. Se dice por algunos que el problema consiste en reconocer o no autonomía al derecho informático. Todos están contestes en que este fenómeno tecnológico debe ser objeto de regulación. Ahora, la problemática y su regulación puede estar inserta en las ramas tradicionales del Derecho, llámese derecho comercial, laboral, penal, estudiando dentro de estas cátedras la nuevas figuras que crea el

---

<sup>212</sup> Muñoz N., Patricio, Bases para una legislación informática sobre la privacidad de los datos, en revista Trilogía Ciencia-Técnica-Espíritu, publicada por el Instituto Profesional de Santiago 13. 1987, pp. 56 y ss., citado por Jijena, Renato. Ob.cit., p. 19 ss.

fenómeno informático, según en cual incida un problema concreto, o bien estimar que es necesario una rama autónoma del derecho especialmente destinada al estudio de este fenómeno. Existen dos corrientes doctrinarias al respecto: los que atribuyen la autonomía y quienes le niegan tal carácter. Dando variados argumentos para fundamentar sus posiciones, los cuales son recogidos por CARRASCO BLANC en su Memoria de Prueba.<sup>213</sup> De ellos sólo mencionaré aquellos que considero más relevantes o de mayor peso.

Quienes *niegan* la autonomía del derecho informático, argumentan que:

- a) la informática tiene carácter interdisciplinario, relacionándose con distintas áreas o ramas del derecho, y respecto de ellas lo que hace es cuestionar algunas de las reglas existentes en esas ramas jurídicas y propone nuevas normas.
- b) Un banco de datos, una de las principales técnicas de la informática, puede estar referido a varios tipos o clases de información, y, en consecuencia, estar relacionado con el derecho penal, administrativo o privado, de forma que no puede señalarse que ellos deben circunscribirse a una área específica.
- c) Con los argumentos dados para otorgar autonomía a este nuevo derecho, muchas materias jurídicas podrían ser vistas como nuevas ramas del derecho (p.ej. derecho automovilístico).
- d) Para entender que una rama del derecho es autónoma sería preciso que no debiera recurrirse a otras ramas del derecho para solucionar los conflictos que se presenten, y ello no ocurre con el derecho informático.

La doctrina *a favor de la autonomía* del derecho informático, en tanto, ha señalado:

- a) que lo importante de esta rama es que ella sistematiza y reduce a una unidad la pluralidad de elementos relacionados con el impacto del fenómeno informático, sin que tenga relevancia para determinar su autonomía el carácter interdisciplinario de este derecho;
- b) que se cumple con todos los supuestos que requiere una rama jurídica autónoma, cuales son: una legislación específica (campo normativo), un estudio particularizado de la materia (campo docente), investigaciones y doctrinas que traten la materia (campo científico), instituciones propias que no se encuentran en otras áreas del derecho (campo institucional).<sup>214-215</sup>

<sup>213</sup> Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 40 ss.

<sup>214</sup> Cantú Aguillén, Ricardo. *Tendencias actuales de la informática y el derecho a nivel internacional*. R.E.D.I., N° 18, enero de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107467](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107467); además, Carrasco Blanc. Ob.cit. p. 41, cita a Herrera Bravo, Rodolfo.

<sup>215</sup> Además, señalan: que "el derecho informático presenta bases conceptuales claras", y que el continuo avance que experimenta el desarrollo tecnológico provoca el surgimiento de nuevas conductas que requieren regulación, lo cual es un elemento a tener en cuenta. Carrasco Blanc, ob. cit. p. 41.

En una posición más o menos ecléctica, podríamos mencionar la que sostienen el profesor RENATO JIJENA, y el mismo CARRASCO BLANC. El primero, sostiene la necesaria autonomía de esta rama jurídica. Entiende al derecho informático como "un nuevo ámbito para la dogmática jurídica" porque existen principios específicos constitutivos de un derecho informático (v.gr. derecho de acceso, autodeterminación informativa, libertad informática, soberanía de la información) y como una nueva rama del ordenamiento jurídico, esto porque rápidamente ha surgido una normativa específica, nacional e internacional, a efectos de regular las consecuencias derivadas del tratamiento automatizado de la información y de la telemática;<sup>216</sup> y que la problemática jurídico-informática merece un tratamiento o una consideración unitaria y globalizadora.<sup>217</sup> Pero al mismo tiempo, este autor nos dice que no es 'objetiva' la propuesta de una autonomía absoluta del derecho informático, entendiendo ésta como "la facultad de gobernarse o regirse sólo por sus propias leyes, por sus propios principios", y no es objetiva o correcta porque hoy en día aún se necesitan de las instituciones de otras ramas tradicionales del derecho para comprender el fenómeno informático.<sup>218</sup> Por su parte, CARRASCO B., se manifiesta en el sentido de una autonomía "pragmática" que permita el estudio de los problemas informáticos desde una perspectiva globalizadora, señalando que el derecho informático tiene una "autonomía potencial".<sup>219</sup> Ambos autores, tienen una misma orientación, reconocen que hoy no es autónomo, pero que ello es necesario.

El planteamiento más adecuado a la situación actual es el que da el profesor JIJENA LEIVA similar a lo que sostiene CARRASCO BLANC. Por cuanto no podemos desconocer que actualmente, y sobre todo en nuestro país no constituye en realidad una rama autónoma del derecho, la normativa específica y la investigación no son argumentos suficientes para darle tal carácter. *La necesidad* de la existencia de un derecho informático, reconociéndole autonomía, es una exigencia que deriva, irónicamente, de los argumentos que da la posición contraria: el que se trata de una disciplina interdisciplinaria y el que un banco de datos puede estar referido a materias que corresponden a distintas áreas jurídicas, esos hechos son precisamente los que no permiten que su estudio pueda ser atribuido como exclusivo de alguna de esas ramas. Además, y derivado de lo anterior, para que la normativa sea armónica respecto de los distintos problemas

---

<sup>216</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 19 y ss. Aludiendo a su trabajo preparado para la aprobación del XI Curso Internacional de Informática y Derecho, curso de postgrado realizado en la Universidad de Zaragoza durante junio de 1990.

<sup>217</sup> Jijena Leiva, Renato. Ob.cit., p. 45 ss.

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 45.

surgidos del uso de la informática, se hace necesario su estudio particularizado por un rama específica para lograr la sistematización de las normas que los regulen, y que su estudio global permita lograr la unidad normativa y descubra los principios que las gobiernen y pueda proponer otros que corroboren esa unidad.

Por otra parte, la necesidad de una normativa específica relativa a las situaciones que derivan del fenómeno informático y telemático, independiente de la existencia de una rama autónoma o no que los estudie, es urgente, pues aunque algunos de los problemas que se susciten puedan quedar comprendidos en algunas figuras jurídicas tradicionales, pero siempre quedarán algunos aspectos que conviene regular para evitar conductas abusivas que se den bajo la excusa de que no estén prohibidas; por otra parte, puede que algunas conductas y situaciones carentes de regulación particular puedan ser resueltas por los tribunales recurriendo a los principios generales del derecho o a la equidad, y aunque su solución o decisión pueda ser justa, pero la situación de desregulación concreta presenta problemas en torno al valor seguridad jurídica.

#### 3.2.2.2. Contenido del derecho informático.

El derecho informático, una vez aceptada su existencia autónoma como rama jurídica, deberá preocuparse de los problemas jurídicos que se derivan del fenómeno informático y teleinformático, en términos generales.

Entre los temas concretos a los cuales deberá dedicarse, y que constituirán su contenido, están los siguientes:

- los contratos informáticos y la contratación electrónica, que se diferencian en cuanto los primeros aluden a bienes o servicios informáticos, y la contratación, en tanto, alude a la celebración de contratos a través de medios electrónicos.

- la protección de la propiedad intelectual,<sup>220</sup> entre ellos la del software y artículos publicados en las redes de comunicación.

- la protección de la propiedad industrial, la que se relaciona con el tema de los nombres de dominio.

- los delitos informáticos, que en un sentido amplio abarca las conductas que utilizan como medios de perpetración elementos informáticos, catalogados de delitos computacionales;

---

<sup>220</sup> La consideración de la propiedad intelectual en general, es de carácter personal, que justifico por la diversa información que circula en Internet: diversos documentos o artículos doctrinales (de todas las áreas del saber), y de la diversa música que en ella se encuentra y puede ser bajada gratuitamente, con la posibilidad evidente de que sean vulnerados los derechos de sus autores.

así como aquellas que lesionan nuevos bienes jurídicos, que serían los delitos informáticos propiamente tales.

-la protección de los datos personales registrados en bancos de datos automatizados; y el flujo de datos transfronteras.

- el valor probatorio de los medios o documentos informáticos.

### 3.2.2.3. Características.

Los autores han atribuido diversas características a esta especialidad jurídica, entre las cuales destacan las siguientes

a) Está sujeto a modificaciones constantes según las nuevas técnicas informáticas que vayan surgiendo, pues su objeto está en pleno desarrollo. SALAZAR CANO, en este sentido, lo califica de un derecho en permanente cambio;<sup>221</sup> o como dinámico;

b) Como vimos, su autonomía es discutida, algunas la niegan, otros autores señalan que no es autónomo absolutamente, sino que tiene una autonomía relativa o potencial.

c) SALAZAR CANO, agrega que sería de carácter general, por ubicarse en un sinnúmero de actividades; que la unidad del mismo está dada por la originalidad técnica impuesta por el fenómeno informático; y por ser complejo debido a su interrelación con diversas ramas del derecho.

d) Podríamos agregar como una característica de este nuevo derecho su tendencia universalista. ANTONIO L. PEÑA ha señalado que los profesionales del derecho y los diversos países tienen casi todos los mismos lineamientos generales, lo cual no se da en otras áreas o ámbitos del derecho;<sup>222</sup>

e) HAJNA, EDUARDO señala que este derecho se caracteriza por ser 'un connubio indisoluble de normas de derecho público y privado'.<sup>223</sup> JIJENA, en el mismo sentido, señala que el derecho informático no se adscribe absolutamente al derecho privado ni al derecho público, sino que está por encima de esa tradicional dicotomía porque la problemática que estudia es interdisciplinaria y se manifiesta en ambos ámbitos. En todo caso, se considera que "serían tópicos del derecho público la criminalidad informática, los aspectos probatorios de los medios informáticos, la

<sup>221</sup> Salazar Cano, Edgar. "El derecho de la Informática". Actas I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica. Santo Domingo, 29 de octubre a 2 de noviembre de 1984; citado por Carrasco Blanc, ob.cit, p. 41.

<sup>222</sup> Peña L., Antonio. *Hacia la universalidad del derecho informático: sueño o realidad*. R.E.D.I., N° 16, noviembre de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107424](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107424)

<sup>223</sup> Hajna R., Eduardo, "La enseñanza del derecho informático en los estudios de derecho", ponencia presentada al I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica; citado por Renato Jijena, ob.cit., p. 20 y ss.

protección de datos personales y nuevos principios como la libertad informática, la autodeterminación informática y el derecho de acceso; y tópicos en los cuales predomina el enfoque privatista serían la tutela del software y la contratación informática".<sup>224</sup>

#### 3.2.2.4. Estado actual.

En el derecho comparado la realidad del derecho informático es variable. En algunos países sobre todo europeos y en Estados Unidos su desarrollo como realidad normativa es mayor, aunque los criterios utilizados no son necesariamente coincidentes. (respecto de la protección de datos

En América Latina, países como Argentina y Uruguay parecen liderar en esta materia, aunque el desarrollo y estudio es menor que en los países europeos.

En nuestro país, en tanto, la situación del derecho informático es similar al resto de latinoamérica, si bien los algunos juristas como Renato Jijena, Huerta y Líbano, Herrera Bravo, entre otros, se están dedicando a su estudio; él no ha sido incorporado en el plan de estudios en todas las facultades de derecho, y en algunas ni siquiera se menciona esta nueva modalidad o rama del derecho ni como integrante de otra rama.

El fenómeno informático es sin duda tema de estudio en los distintos países, pero no se le ha dedicado todo el tiempo que requiere, el estudio no ha sido lo suficientemente arduo.

Estas conclusiones las hemos extraído y derivado del estudio efectuado por RICARDO CANTU AGUILÉN,<sup>225</sup> relativo al estado de la investigación sobre las relaciones entre informática y derecho, a nivel comparado. Este autor clasificó en cuatro grupos a los países según el avance alcanzado en el estudio de estas materias.

Los aspectos considerados para la clasificación por CANTU fueron los siguientes: 1) inclusión de las materias en los planes de estudio de las facultades de derecho; 2) distinción clara entre informática jurídica y el derecho informático como rama autónoma; 3) desarrollo de la doctrina nacional; 4) legislación y propuestas legislativas; 5) jurisprudencia sobre casos resueltos por la Corte Suprema; 6) centros de investigación sobre informática jurídica, y 7) centros de inteligencia artificial aplicados al derecho.

El liderazgo en el tema de acuerdo a ese estudio lo tienen los países europeos (España, Italia, Francia), Estados Unidos y Japón (avances en materia de inteligencia artificial); en el

---

<sup>224</sup> Jijena, Renato. Ob.cit. p. 20 y ss.

<sup>225</sup> Cantú Aguillén, Ricardo. Ob.cit.

siguiente grupo se sitúan Argentina y Uruguay (desarrollo y consolidación de la legislación, doctrina y jurisprudencia). A Chile lo ubica en el tercer grupo, caracterizado por distinguir claramente entre informática jurídica y derecho informático como ramas independientes entre sí, y por el comienzo del desarrollo de una doctrina firme; como también por la consideración del derecho informático como rama autónoma.<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Los grupos de clasificación en orden decreciente los denomina países de tendencia: a) Culminante; b) Avanzada; c) Creciente y d) Inicial, grupo en el cual no incluye a ningún país para no caer en afirmaciones inciertas.

#### 4. INTIMIDAD, LIBERTAD INFORMATICA, INTERNET

La doctrina ha advertido que la noción y concepto tradicional de intimidad, que la considera una libertad negativa que permite impedir que terceros logren y posean información personal privada es insuficiente en la sociedad actual que se caracteriza por el gran desarrollo alcanzado por la tecnología y sobre todo el avance de la informática y la telemática; y postula por ello la nueva noción del derecho como una libertad positiva.

La existencia de las nuevas tecnologías si bien son de gran ayuda para la vida del hombre, facilitando la realización de sus actividades, representan un peligro para el derecho a la intimidad, no por su existencia en sí, sino por los riesgos que entraña, por la posibilidad de los malos, abusivos o distorsionados usos que puedan llegar a dárseles.

Respecto de la técnica informática en particular, constatamos que los avances que principalmente entrañan peligros para este derecho son la existencia de bancos de datos automatizados que contienen una gran cantidad de información personal, y que se encuentran en manos de terceros, sean privados o instituciones públicas. Si bien, no es nuevo que terceros posean tal información, sí lo es el que tal información esté almacenada en aparatos automatizados que permiten nuevos usos, como combinar las informaciones parciales, relativa a nuestros ingresos, lugar en que vivimos, opciones políticas, religión, estudios, lugar de trabajo, enfermedades que nos afecten, defectos físicos no ostensibles, relaciones comerciales, etnia o raza a la cual pertenecemos, deudas; todo lo cual permitiría obtener un claro perfil acerca de la personalidad de un individuo. Puede pensarse que nada tiene de peligroso que terceros posean tal información, sin embargo no podemos correr el riesgo de ser ingenuos: siempre han existido grupos que discriminan a otros precisamente en razón de algunos de los aspectos señalados; y además siempre está presente la posibilidad de que esa información sea conocida por personas no autorizadas y que le den usos imprevistos, y ciertamente, no necesariamente beneficiosos para la persona.

Otro aspecto característico de la sociedad actual es la utilización del sistema de redes de comunicación, tanto nacionales como internacionales, como la Internet, que nos permiten acceder a la más variada y amplia información con solo presionar una tecla en nuestro computador o celular; las ventajas de ellas son sin duda enormes, al punto que se ha llegado a decir que mediante la Internet las fronteras entre las "clases sociales" se acortan

considerablemente, pues la cultura y los conocimientos científicos, de salud o de cualquier otros tipo, llegan a todos los sectores de la sociedad; podemos acceder a esa información en forma muy rápida, comunicarnos vía correo electrónico con nuestros amigos u otras personas, transmitir información prácticamente a cualquier lugar del mundo, efectuar transacciones financieras, celebrar contratos a través de nuestro computador con personas ubicadas en distintas partes del mundo, etc.

No obstante estas ventajas, la Internet u otras redes de comunicación han creado nuevos riesgos para la intimidad. La información que vamos entregando, al ingresar a la red y efectuar las operaciones o actos señalados, puede ser interceptada por alguna persona extraña que le dé usos no muy correctos o claramente ilícitos, que modifique la información alterando la operación efectuada, que divulgue la información a otras personas, que efectúe operaciones en nuestro nombre, que las empresas obtengan datos sobre nosotros sin que siquiera lleguemos a enterarnos, etc. Nos encontramos así frente a la posibilidad de nuevas conductas que atentan contra este preciado valor que es nuestra intimidad

#### 4.1. Generalidades.

Como vimos en el capítulo I de nuestro estudio, la intimidad en sentido amplio abarca múltiples manifestaciones de nuestra vida, por ejemplo las relaciones familiares, caracteres físicos no ostensibles, enfermedades, creencias, documentos, la propia imagen, la voz, etc. Estos aspectos o manifestaciones en algunos ordenamientos jurídicos, son reconocidos en forma separada del derecho a la intimidad, aunque relacionados con éste. A su vez, constatamos la evolución en el significado de la noción "intimidad" o "privacy", siendo concebida actualmente no sólo como un valor negativo, que permite al titular del derecho impedir las intromisiones de terceros en los diferentes aspectos de su intimidad, sino también un valor positivo que otorga el poder de controlar el uso que terceros hagan de las informaciones relativas a su persona, y que derivan del llamado principio de la autodeterminación informativa.

La ampliación del contenido de la intimidad ha derivado de la constatación del hecho que al vivir el hombre en sociedad, necesariamente algunos datos sobre su persona estarán en manos de terceros. Desde tiempos muy remotos información o datos personales han circulado en la sociedad, porque las personas en el desarrollo de sus actividades o al realizar diferentes gestiones se ve "forzada" a entregar información sobre sí misma, ya sea al Estado o a personas privadas.

Esa información personal, al igual que informaciones de otra índole, eran tradicionalmente anotadas y conservadas en registros impresos, y ella podía buscarse y ser utilizada en cualquier momento, pero no de una forma tan rápida ni útil como lo es actualmente al contar con la tecnología informática.

La informática, con su técnica relacional ha significado enormes beneficios para la vida de las personas y el desarrollo social. Lo más relevante de la aparición de la tecnología informática es que ella posibilita que la variada y enorme información, personal o no, que antiguamente estaba en registros de papel, ahora sea almacenada en aparatos electrónicos como los computadores. La información así, hoy en día se encuentra automatizada, lo cual permite su utilización más eficiente. Al emplearse sobre la información las diversas metodologías, técnicas o herramientas que comprende la nueva ciencia de la información, ella puede ser clasificada de modo más fácil, se puede acceder y recuperar la información que específicamente se desee, busque o necesite, eventualmente se puede efectuar una fusión o cruce entre ficheros o archivos de informaciones parciales, transmitirla prácticamente a cualquier parte del mundo, todo ello de una forma más rápida. Estas posibilidades son sin duda ventajosas para la vida del hombre, tanto en lo laboral, como intelectual, para la diversión y comunicación. Sin embargo, la tecnología o ciencia informática, y sus técnicas específicas, aumentan los peligros para los derechos de las personas, en particular para la intimidad, pero no en sí mismas sino porque la posibilidad de un uso abusivo o incorrecto está latente, y su concreción puede provocar lesiones considerables, de las cuales no hemos tomado conciencia aún. Entre los peligros, está sin duda la posibilidad de crear perfiles acerca de la personalidad de un individuo por medio del tratamiento automatizado de información que le atañe, y ello es posible porque la metodología relacional de la informática, como ha advertido la doctrina, provoca u origina que en la actualidad prácticamente no existan datos inofensivos, pues aquellos que aisladamente parecen inocuos, al ser combinados o relacionados con otros datos entregan información muy significativa sobre diversas situaciones, en particular sobre la personalidad de los sujetos.

Actualmente, como señala la doctrina la información al estar automatizada, y haberse mejorado su posibilidades de uso y otros nuevos, ha aumentado su valor económico y político. El poseerla es una necesidad impuesta para lograr un mayor y mejor desarrollo social, económico, estadístico, comercial, etc., pues permitirá a las instituciones tanto públicas como privadas, alcanzar sus fines u objetivos, siendo más eficientes en sus respectivas áreas con todo lo que ello

significa. El valor económico de la información automatizada, se observa en que las empresas están incluso dispuestas a pagar por poseerla, y su valor político, porque hoy la información se presenta como una manifestación de poder. Las ventajas que otorga el poseerla y usarla implica un cierto poder sobre quienes no la poseen, incluso sobre las propias personas a las que la información se refiere, lo cual puede dar lugar a controles y manipulaciones de todo tipo, si se le da un uso inadecuado.

En este capítulo, nos proponemos precisamente revisar cuales son los riesgos concretos que representa la tecnología informática, revisando algunas técnicas particularmente peligrosas, si se le da un uso inadecuado, para la intimidad de las personas.

Una herramienta más particular y relacionada (pues también se sirve de la telefonía) con la informática, es el uso de las redes telemáticas de comunicación, cuyo principal representante es la red de redes "Internet", tecnología que no sólo facilita la comunicación interpersonal, sino también el acceso al conocimiento, y ha generado una nueva forma de efectuar negocios en lo que se denomina contratación y comercio electrónico, con los alcances que todos conocemos, de poder comunicarse y negociar prácticamente a cualquier parte del mundo.

Los enormes beneficios de la tecnología telemática, particularmente de la Internet, están exentos de discusión en cuanto a su utilidad. Sin embargo, ello no puede hacernos obviar algunos aspectos, un poco ocultos para la generalidad de los ciberusuarios, que estas herramientas traen consigo y que incrementan los potenciales peligros no sólo para el derecho a la intimidad sino para otros bienes jurídicos. En nuestro estudio, trataremos de determinar cuáles son estos peligros, de qué situaciones concretas derivan, y que posibilidades de protección tienen las personas frente a ellos.

Nos interesa insistir en el hecho, que las nuevas tecnologías si bien son beneficiosas para la comunidad, permiten posibilidades que usadas incorrectamente pueden provocar resultados lesivos que no pueden estimarse como mínimos, pues la historia ha demostrado lo contrario.

Por ello es necesario hacer una revisión del estado actual del derecho comparado, y, por supuesto, la de nuestro país, observando cuál es la protección que otorgan a las personas frente a los nuevos peligros que se originan del avance tecnológico-informático, determinando si ella es la adecuada o es necesario contemplar otros aspectos en la regulación, o mejorarlas en determinados puntos.

## 4.2. La intimidad en la sociedad informatizada. Conceptos.

### 4.2.1. Autodeterminación informativa y datos personales.

El derecho a la intimidad ha evolucionado conceptualmente, conservando su valor negativo que faculta a impedir intromisiones en ciertos aspectos de su vida que pertenecen a su "esfera" íntima, comprende hoy también un valor positivo que en términos generales faculta para controlar el uso de sus informaciones o datos personales por terceras personas. El aspecto, valor o libertad positiva de la intimidad, es manifestación de un principio denominado de la "autodeterminación informativa", cuyo origen se atribuye a la sentencia alemana recaída sobre la ley del censo de población. El fallo del tribunal alemán, hizo expresa mención a los problemas que derivan del avance tecnológico, no obstante este principio y el o los derechos que de él derivan no sólo son exigibles respecto de información tratada automáticamente, sino también respecto de aquella contenida en sistemas tradicionales de almacenamiento impreso o manual, pero sin duda que es respecto de las primeras donde cobra mayor relevancia.

Recordemos que el principio de la autodeterminación informativa supone básicamente dos cosas: la primera, que corresponde a la persona decidir por sí misma cuándo y dentro de qué límites revela hechos de su vida (privada) o intimidad; y la segunda, que es necesario que la persona conozca quien, qué, cuándo y con qué fin sabe algo de ella (o posee información sobre ella). De este principio del cual se deriva, como hemos dicho, el aspecto positivo del derecho a la intimidad, el cual está representado por la facultad de la persona de decidir si entrega información sobre sí misma y por un conjunto de facultades que le permiten controlar el uso que terceros hagan de las informaciones que le conciernan.

El aspecto positivo de la intimidad está referido a las informaciones de carácter personal, y se entiende por tales aquellas que conciernan a una persona, aquellas que contienen características identificatorias o que se le puedan imputar a determinada persona; tales datos, sin embargo, no sólo se vinculan con el derecho a la intimidad sino también con los demás derechos de su persona.

Así, la Directiva 95/46 de la Unión Europea -a la cual nos referiremos más adelante- señala que se entiende por datos personales "toda información sobre una persona física identificada o identificable", y que "se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación

o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".<sup>227</sup> Este concepto es muy aclaratorio, de lo que hemos de entender por tales. Analizando esta definición, observamos que se restringe a los datos relativos a personas físicas o naturales, con exclusión de los datos sobre personas jurídicas, lo cual creemos correcto, aunque no es algo que esté exento de críticas por la doctrina; por otra parte, vemos que no es necesario que los datos identifiquen clara y determinadamente a una persona, sino que basta que su identificación sea posible a través de ciertos datos. El concepto es similar al que da nuestra ley 19.628, aunque la norma europea es más completa.<sup>228</sup>

Este concepto de datos o informaciones personales abarca un sinnúmero de informaciones referentes a las personas, no todas con idénticos caracteres, y es así que la doctrina tiende a efectuar clasificaciones a su respecto.

La doctrina, distingue básicamente dos categorías: los datos personales íntimos y los datos personales públicos o de alcance público.

PALADELLA, señala que los datos íntimos son aquellos que "... revisten unas características específicas que los hacen merecedores de una protección más profundizada que los otros. Se trata de información relativa al fuero interno de las personas, es decir, que identifica los sentimientos, la personalidad, las creencias y pensamientos de orden privado de las personas. Se trata de partes del ser que se revelan exclusivamente de forma particular e individual, y *rara vez son objeto de tratamiento público*"; y, agrega, "Siendo que, por la naturaleza de estos datos, su utilización (de cualquier forma) puede afectar directamente a la libertades fundamentales de los ciudadanos, no deben ser objeto de tratamiento o divulgación...",<sup>229</sup> salvo situaciones excepcionales. Este autor incluye en esta categoría de datos los siguientes "la afinidad política y todo otro tipo de creencias o tendencias humanas, episodios de naturaleza especial (violaciones, vejaciones, etc.), enfermedades padecidas, tratamientos psicológicos...",<sup>230</sup> entre otros.

MIGUEL ELIAS, en tanto, subdivide los datos íntimos, en sensibles y no sensibles. En su concepto los no sensibles "son aquellos que se refieren a un sujeto individualizado y son relativos

---

<sup>227</sup> Art. 2 letra a) de 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. [Http://www.agenciaprotecciondatos.org](http://www.agenciaprotecciondatos.org).

<sup>228</sup> La ley chilena los define simplemente como "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables" (letra f) del art. 2).

<sup>229</sup> Paladella Salord, Carlos. "*Datos personales contenidos en bases de datos y registros electrónicos*". R.E.D.I., [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107100](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107100)

<sup>230</sup> Ibid.

a su fuero interno o íntimo sin llegar a ser información puramente sensible. Identifican su personalidad, sus creencias e ideologías, sus pensamientos, sentimientos y salud",<sup>231</sup> serían aquellos *relacionados con el orden privados y que rara vez son objeto de tratamiento público*; en tanto que, los datos "sensibles" son aquellos que "por sí solos impulsan naturalmente a un individuo a la más íntima y absoluta reserva de dicha información";<sup>232</sup> en este tipo se incluirían los relativos a identidad o vida sexual de la persona, sus afecciones graves de salud (por ejemplo, SIDA), su tendencia ideológica, *o cualquier información que el sujeto quiera mantener en absoluta reserva*, y cuya "divulgación lo coloque en una situación de extremada incomodidad social".<sup>233</sup>

Los datos personales públicos o de alcance público, en tanto, serían aquellos que constan en numerosos registros públicos o privados.<sup>234</sup> ELIAS los conceptualiza señalando que "se trata de referencias que permiten identificar o *situar a las personas individuales y su entorno cotidiano*, y por lo tanto, caen en el ámbito personal de las mismas".<sup>235</sup> Este tipo de datos pueden ser ubicados en ocasiones en la categoría de "privados" (con ello hace referencia a la categoría de datos íntimos no sensibles) o en la categoría de datos públicos, pues aunque hacen referencia a una persona determinada, "comprenden a su vez, aspectos públicos de la personalidad del individuo",<sup>236</sup> a modo ejemplar, según este autor, tendrían este carácter el nombre, apellidos, estado civil, estudios cursados, título profesional, cédula de identidad, pasaporte, domicilio, filiación, número de teléfono, seguros y créditos obtenidos y el patrimonio, entre otras muchas variantes. CARLOS PALADELLA, se refiere a este clase de datos de idéntica forma.

No obstante, estas clasificaciones, la misma doctrina reconoce que la distinción entre datos personales "sensibles" y "no sensibles", ha perdido relevancia o carece de sentido en la actualidad. En este sentido, LYNCH<sup>237</sup> señala que lo que determina la sensibilidad es la manera en que se manipulan los datos o informaciones, de forma que la sumatoria de datos "no sensibles" produciría información "sensible". En el mismo sentido PALADELLA, al referirse a los datos públicos, señala "Como podemos apreciar de la simple lectura de esta enunciación se trata de información sensible que, actualmente, circula en diversas formas y consta en numerosos

---

<sup>231</sup> Elias, Miguel. *Argentina: situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías*. R.E.D.I., N° 32, marzo de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107859](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107859)

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Así lo señalan tanto Elias como Paladella, ob.citadas.

<sup>235</sup> Elías, Miguel. Ob.cit.

<sup>236</sup> Ibid.

<sup>237</sup> Citado por Elias, Miguel. ob.cit.

registros (públicos y privados, en papel y cada vez más en medios electrónicos). Se trata de referencias que permiten identificar o situar a las personas individuales y su entorno cotidiano y, por lo tanto, caen en el ámbito personal de las mismas... Si bien no todos pertenecen estrictamente a la esfera de la personalidad... sí pueden tener una gran influencia sobre los individuos y pueden, al igual que lo mencionado para con los datos personales íntimos, interferir en el desarrollo y ejercicio de sus derechos y libertades".<sup>238</sup> De ello se deriva que los datos no pueden ser calificados de "íntimos" o "públicos" de un modo categórico, pues su tratamiento puede igualmente afectar los derechos de las personas, y ello deriva, principalmente de la metodología relacional de la informática, que como dijo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su conocida sentencia, provoca que en la actualidad no existan datos inocuos. Los datos públicos, y su tratamiento, también puede poner en riesgo los derechos de las personas.

Sin embargo, a la hora de establecer una regulación del tratamiento de los datos personales, se hace necesario establecer regímenes distintos para cada categoría. La doctrina señala que la información estrictamente sensible,<sup>239</sup> en general no debe ser objeto de tratamiento automatizado, y que sólo se pueden establecer casos excepcionales que lo permitan; la no sensible, puede ser objeto de tratamiento, pero con determinadas garantías para sus titulares, por el riesgo latente de que puedan ser utilizados para crear perfiles sobre la personalidad del individuo, más aún que tales perfiles o tendencias "creados" o determinados en base a la información, resulten erróneos.<sup>240</sup> Los datos públicos, en tanto, al estar contenidos en numerosos registros, públicos o privados, serán objeto de tratamiento, pero, exige, igualmente, una regulación adecuada, que evite posibles abusos en su utilización.

Estamos de acuerdo con lo dicho por estos autores, en especial en cuanto a que por la utilización de la informática provoca u origina que en la actualidad no pueda estimarse ningún dato como inocuo, pues los datos personales aislados al ser relacionados con otros datos personales, contenidos en otros registros separados o entregados aisladamente, adquieren nueva significación de mayor valor. Por lo tanto, la regulación del tratamiento de los datos personales en general debe ser una cuestión importante para todos los ordenamientos jurídicos, por las

---

<sup>238</sup> Paladella, Carlos. Ob.cit.

<sup>239</sup> Elías, Miguel, ob.cit., opina que estos datos deben quedar totalmente excluidos de registros especiales de tratamiento "por considerarlos redundantemente inconstitucionales debido a la invasión total en el derecho de reserva y privacidad de la persona".

<sup>240</sup> Elías, señala que la problemática de estos datos "radica en que desagregando estos datos íntimos de las diversas bases de datos existentes de una misma persona, y asociándolos entre sí, se podrían llegar a crear perfiles de la personalidad que muchas veces podrían llegar a ser arbitrarios o inexactos.

lamentables consecuencias que se pueden derivar de su mal uso, no sólo para el derecho a la intimidad sino en general para los derechos de los individuos.

Como hemos señalado anteriormente, la intimidad como libertad positiva, que deriva del principio de la autodeterminación informativa, implica el otorgamiento al titular de los datos personales, de un conjunto de facultades de control sobre los mismos, estas facultades son el instrumento que permite hacer efectiva esa autodeterminación informativa, y entre ellas, la más básica es la facultad o derecho de acceso a la información, a partir de éste se conceden además otras facultades complementarias como son el derecho de rectificación, de enmienda o modificación, el de actualización, y el derecho de eliminación o cancelación.

Revisemos, en que consiste concretamente tales facultades y cuándo pueden ser ejercidas según la doctrina.

#### 4.2.2. Facultades de control sobre los datos personales.

La autodeterminación informativa, la entendemos como un principio orientador de las regulaciones jurídicas y de las interpretaciones judiciales. Este principio en su concreción jurídica debe manifestarse en el otorgamiento de facultades de control sobre las informaciones personales al titular de las mismas.

Así, podemos definir las facultades de control, como las potestades atribuidas al titular de los datos personales almacenados, o que se busquen, por terceros, sean particulares o entidades públicas o estatales, para controlar el uso que hagan de tal información, para evitar que puedan ocasionar perjuicios a sus derechos, en especial a su intimidad.

Entre las facultades de control, o derechos otorgados al titular, la doctrina menciona los siguientes: el derecho de acceso o de información, el derecho a la rectificación, enmienda o modificación de la información, el derecho a exigir su actualización, y el derecho a la cancelación y eliminación.

1) El derecho de acceso o de información. Este es el principal derecho que se concede al titular de los datos personales, entendiendo por titular aquella persona a la cual los datos se refieren; es esencial por cuanto permite ejercer los demás derechos o facultades de control.

El derecho de acceso consiste en la facultad de que se permita al titular acceder, valga la redundancia, a las informaciones que sobre él posee una determinada persona, sea que la tenga

almacenada en registros manuales, sea que la almacene en registros automatizados o electrónicos, y cualquiera fuere la fuente de la cual la hubiere obtenido dicha persona, a objeto de conocerla y determinar si ello corresponde a la realidad, y si su posesión o tenencia es lícita o no, para que en el caso de ser ilícita o no ser exacta ejerza las demás facultades que sean procedentes.

Se conoce también con el nombre de facultad o derecho de información, y en su alcance comprende la obligación de quienes manejen su información, es decir, del responsable de un fichero o registro, de poner en conocimiento del titular de los datos el hecho de que los posee y cuál es el tratamiento o uso que de ellos hará.

Respecto de este derecho, se reconoce o acepta que las legislaciones puedan contemplar casos excepcionales, en que no pueda ejercerse, por ejemplo, basadas en motivos de seguridad nacional o investigación de delitos.

Como señalamos este derecho de acceso o de información será el que permitirá ejercer las facultades o derechos siguientes.

2) Derecho de rectificación, enmienda o modificación. Este derecho supone que después de haber accedido a la información personal que un tercero posee, y tomado conocimiento de la misma, se han detectado errores en cuanto a la misma, ya sea porque los datos contenidos son falsos, no corresponden a la persona de que se trata, o no están completos.

La facultad en este caso implica el derecho a exigir al responsable del registro de datos, la rectificación de los mismos, sea completándolos con los que entrega el titular, sea anotando los correctos.

3) Derecho de actualización. Los datos personales deben corresponder a la realidad de la persona, a su situación actual, porque sólo así serán completamente ciertos o efectivos. Así, este derecho o facultad permite al titular de los datos personales el exigir que los datos contenidos en un registro, en caso de ser antiguos o pasados, y haber variado las circunstancias o hechos a que aluden, sean modificados agregando la variación experimentada. Tal sería el caso, por ejemplo, de una deuda que ha sido pagada, y ello no conste en el registro de que se trate.

4) Derecho de eliminación o cancelación. Esta facultad podrá ser ejercida cuando los datos almacenados no puedan ser objeto de tratamiento alguno, cuando no se hayan cumplido en su recopilación con las exigencias que permitan su tratamiento, cuando el tratamiento que se haya efectuado respecto de ellos no haya sido autorizado, es decir, han sido utilizado para otros fines o se le han dado otros usos distintos a los autorizados, o cuando los datos sean muy antiguos y, según la ley, ya no puedan estar registrados por haber caducado el plazo que contempla la ley.

Como su nombre lo indica, esta facultad permite al titular exigir que tales datos sean eliminados o cancelados del respectivo registro. Consideramos que esta facultad puede ser considerada como la de mayor significación entre las complementarias.

Estas facultades son las básicas que debiera contemplar un ordenamiento jurídico para que el titular de los datos personales pueda controlar su uso por terceros, e impedir que en definitiva se llegue a concretar una lesión a su derechos.

Otro concepto que se utiliza para hacer referencia al aspecto positivo de la intimidad es el de "libertad informática", considerándolo algunos autores sinónimo de la autodeterminación informativa o de las facultades de control. Nosotros no estamos de acuerdo con esta posición, por las razones que exponemos en el apartado siguiente.

#### 4.2.3. La libertad informática como concepto distinto y opuesto a la autodeterminación informativa.

Existen algunos autores que utilizan la expresión "libertad informática" para referirse al aspecto positivo de la intimidad, de tal forma que la entienden como la libertad del titular del derecho a la intimidad para determinar por sí misma que informaciones de su vida entrega a terceros, y para controlar el uso que de las mismas se haga. Sin embargo, nosotros preferimos no darle significado porque la expresión en sí es equívoca.

La expresión "libertad informática" es confusa, y al menos podemos darle dos significados diversos y claramente opuestos, y que se derivan de las propias palabras de que se compone: "libertad" e "informática". Así, como ya señalamos, es utilizada como sinónimos de la noción de autodeterminación informativa, aspecto positivo de la nueva noción de intimidad, con lo cual aludiría a las distintas facultades que tiene el titular del derecho para supervigilar o controlar el uso de informaciones que le conciernen por parte de terceros; pero también, por la

terminología similar, puede entenderse que hace referencia a la libertad de expresión ejercida mediante los medios informáticos y telemáticos, lo cual no es descartable.

Consideramos que es más adecuado, por resultar más claro y apropiado, entender la expresión "libertad informática" en el último sentido. Por cuanto, la expresión es muy similar a la voz "libertad de información", y cuando utilizamos ésta todos sabemos de qué derecho estamos hablando y cuál es, en sentido amplio, su contenido. Además, si recordamos el origen de la expresión "informática", ella nace de la unión de los conceptos "información" y "automática", de lo cual claramente podemos deducir, y parece lo más obvio en lo literal, que al emplear la voz "libertad informática" estamos simplemente reemplazando y actualizando la tradicional libertad de información que ahora se automatiza.

Pero, además, algunos autores utilizan la expresión "libertad informática" de modo más restrictivo para referirse a la libertad para procesar datos personales;<sup>241</sup> ello, en todo caso, no es obstáculo para la interpretación antedicha, pues esa actividad constituye, en nuestro concepto, un ejercicio particular de la libertad de expresión. La libertad informática en un sentido amplio, comprendería todo ejercicio de la libertad de expresión por medios informáticos.

En cambio, al utilizarla en referencia al aspecto positivo de la intimidad, si bien ello una vez explicado se entiende, no puede negarse que puede confundir a un lector que no haya estudiado a fondo el tema de la intimidad. Además, resulta poco claro hablar de oposición o colisión entre la libertad informática y la libertad de información. Por último, el aspecto positivo de la intimidad, no sólo está referido y tiene aplicación tratándose de informaciones personales contenidas en registros o ficheros automatizados, sino también con aquella contenida en registros tradicionales impresos, de forma que al emplear la voz "informática" estaríamos restringiendo erróneamente el alcance del contenido del derecho a la intimidad. Para salvar la posible crítica que podría efectuarse, señalando que bastaría un cierto grado estudio para tomar conocimiento del significado de la libertad informática como aspecto positivo del derecho a la intimidad, podemos decir que aunque ello es cierto siempre es preferible utilizar expresiones que no sean confusas y que al emplearlas claramente podamos saber a qué se refiere, y la doctrina

---

<sup>241</sup> Jijena Leiva, Renato Javier. *"Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la ley 19.628, 28 de agosto de 1999"*. Revista electrónica de derecho informático (R.E.D.I). N° 39, octubre de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=115523](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=115523).

También era utilizada de esa forma en el primer proyecto de ley chileno, frustrado, para contemplarla en nuestro ordenamiento jurídico, presentado en 1986, y que recoge Herrera Bravo, Rodolfo, en su artículo *"Breves antecedentes sobre el proyecto de ley de protección de datos personales en Chile"*. R.E.D.I., N° 4, de noviembre de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=106996](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=106996).

extranjera ya nos ha entregado una expresión adecuada: autodeterminación informativa -como principio- o facultades de control -como manifestación concreta de aquél-, y éstas serán las que nosotros utilizaremos en este estudio.

Entendiendo como conceptos y derechos distintos la libertad informática y la autodeterminación informativa, podemos hablar que ellos entran en conflicto.

#### 4.2.4. Libertad informática en colisión con la autodeterminación informativa.

Atendida la forma en que entendemos cada uno de estos conceptos, la libertad informática como la libertad de expresión actualizada en razón de la forma y medios de ejercicio, y la autodeterminación informativa como el principio en que se funda la noción positiva del derecho a la intimidad, ellos, al igual que sucede con los conceptos antiguos o tradicionales, entran en conflicto.

Debido a que el nuevo problema que se presenta entre ambos derechos, es el tratamiento de datos personales, sólo nos referiremos en este apartado a las colisiones derivadas específicamente de esa actividad. El cual consideramos la libertad informática en sentido estricto.

La libertad de expresión comprende -como señalamos en el capítulo II- varias libertades parciales. En relación al tratamiento de datos personales las libertades que principalmente entra en juego es la "libertad de información" en sus diferentes facetas. La creación de un banco de datos personales, su recogida y posterior tratamiento, suponen no sólo el ejercicio de una actividad económica sino también un ejercicio de la libertad de información, amparadas en nuestra Constitución en los N° 21 y 12 del art. 19, respectivamente. En consecuencia, cualquier persona puede dedicarse a tal actividad, todo con respeto a los derechos de terceros y respetando las normas legales que para regular tal actividad se dicten especialmente y otras normas que en dicha actividad incidan o cobren aplicación. Y es un ejercicio de la libertad de información, por cuanto al crearse un banco de datos puede pretenderse con él entregar información a otras personas, y si es para uso personal o interno de una empresa, porque de esa forma está ejerciendo autónomamente su derecho a estar informado. A su vez, como se detecta, el derecho a estar informado que como derecho de toda la comunidad, también está involucrado toda vez que a la población le interesa conocer determinados datos sobre otras personas, principalmente de

aquellas con las que establecen o pretenden establecer algún tipo de relación jurídica. Ese derecho, en este sentido, es satisfecho por los bancos de datos que entregan información al público.

Así las personas en particular y el público en general requieren conocer datos personales de otros sujetos o individuos, y pueden hacerlo, tienen el derecho a conocerlos; pero a su vez tales datos se refieren a una persona y ésta sobre ellos tiene facultades de control derivadas de su derecho a la intimidad. De allí que tales derechos puedan entrar en conflicto.

¿Qué datos sobre una persona pueden conocer los terceros, cuáles pueden recoger, someter a tratamiento, cuáles divulgar; a quienes se refieren los datos con los cuales trabajan y mantienen en sus bancos de datos; los datos personales de qué sujetos son importantes para el público, las empresas o el Estado?.

La idea general es que en principio sólo pueden referirse a datos que no sean de carácter íntimo o sensibles, pues ellos están referidos específicamente al ámbito amparado por el derecho a la intimidad en su aspecto negativo, ellos, sin embargo, podrán conocerse y ser objeto de tratamiento con el asentimiento de su titular por cuanto el derecho a la intimidad es susceptible de renuncia parcial. Pero, además, la faceta positiva de este derecho, faculta para controlar todos los datos referidos a una persona en su uso por terceros, aunque sean datos de carácter público.

De esta forma, aquello que tradicionalmente se sostenía de que la libertad de expresión y el derecho a la intimidad no debían entrar en conflicto, porque tenían un ámbito acotado distinto, o sólo en muy pocos supuestos, con la nueva noción positiva de la intimidad, parece que la relación y posibles conflictos son más frecuente, porque está referida incluso a los datos públicos. Por otra parte, en la sociedad actual inundada por el uso de la informática y telemática y la recopilación y tratamiento diverso de informaciones personales, esos derechos entran en colisión ya no sólo frecuentemente respecto de personas con actividad pública o que efectúen o participen en algún hecho con repercusión pública, como tradicionalmente se presentaba. Hoy no es importante o únicamente se desea conocer informaciones referidas a tales personas, sino que presentan interés los datos personales de todos los individuos, de cualquier "ciudadano" común, porque cualquiera se presenta como posible consumidor, que es lo que interesa a los entes dedicados al comercio o la industria; y además, en lo que al Estado se refiere, todos los sujetos cuentan a la hora de elaborar sus políticas sociales y de desarrollo económico, o en sus tareas de mantener la seguridad y orden público o defender al Estado. Así, los conflictos entre los

derechos fundamentales son o pueden presentarse más frecuentemente, y referidos a un mayor número de personas.

#### 4.2.5. El hábeas data: acción de amparo de los derechos sobre los datos personales.

Al igual que sucede con otros términos o conceptos en la doctrina y legislaciones que se refieren a los datos personales, la expresión hábeas data es utilizada de forma distinta, y no muy clara.

Parte de la doctrina parece utilizar la expresión "hábeas data", para referirse a los distintos derechos que derivan de la autodeterminación informativa, esto es, a las que hemos denominado facultades de control o derechos de los titulares de los datos. Lo cual no lo consideramos correcto.

La idea base del "hábeas data" es similar a la del hábeas corpus. Sabemos que el *hábeas corpus* o recurso de amparo, en su sentido primitivo y literal significa tráiganme el cuerpo o ver el cuerpo, y que es reconocida en los diferentes ordenamientos jurídicos como una acción que permite acudir ante los tribunales u órganos jurisdiccionales para solicitar amparo respecto de la libertad personal, cuando esta fuere afectada de algún modo en forma ilícita. También sabemos, que nuestro recurso de protección, o más propiamente, acción de protección, es una derivación del hábeas corpus, referido a otros derechos.

Por lo tanto, si el *hábeas data* tiene esa derivación implica que él permite conocer los datos personales, y ejercer, consecuentemente, las demás facultades de control que hemos señalado. Ahora, estos derechos se pueden ejercer directamente, y así lo reconocen en general las legislaciones, respecto de la persona que tenga nuestros datos, o que creamos que los tiene -en general, respecto del responsable de un fichero o banco de datos-, por lo que simplemente serían derechos de libre ejercicio, no siendo necesario que cada vez que quieran ejercerse se recurra a tribunales de justicia. Por ello, serían simples derechos o facultades de control.

El *hábeas data* nace cuando el ejercicio de tales derechos es obstaculizado o denegado, indebidamente, es decir, igual que en el caso del recurso de amparo o de protección, y se ejercería frente a los órganos jurisdiccionales o entidades de control que eventualmente se establezcan, pero siempre con la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia.

Creemos que esta es la forma correcta de entender el famoso "hábeas data".<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> Así, parece haberlo entendido el legislador en nuestra ley 19.628, pues en los artículos 12 a 15, reconoce los derechos de los titulares de los datos, y luego en el artículo 16 se refiere concretamente a la posibilidad de recurrir a

#### 4.3. Técnicas informáticas con incidencia en la intimidad.

El avance tecnológico ha significado la aparición no sólo de la informática sino de otras numerosas y sofisticadas herramientas, "Hoy se puede excuchar a distancias sin límites de tiempo, de espacio o de modo,... dejar involuntariamente el testimonio de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas...";<sup>243</sup> las técnicas que permiten fotografiar de noche, vía satélite, el uso de micrófonos, la interceptación de conversaciones, las cámaras de vigilancia, etc. son todos métodos no tan recientes, que han venido a dificultando, como dice el profesor PÉREZ LUÑO, más que en épocas pasadas la defensa de nuestra intimidad, pues ya no basta recluirmos en un lugar alejado o cerrado para aislarnos de los curiosos; tales tecnologías no han hecho sino debilitar las formas de defensa que las personas utilizaban para mantener su intimidad.

No obstante, la relevancia de los peligros que encierran todas esas tecnologías para la intimidad, el objeto de nuestro estudio se restringe sólo a la tecnología o ciencia de la información automatizada, y a la telemática, por la estrecha vinculación entre ambas.

Ahora bien, hemos señalado que toda institución pública y privada, y toda persona particular, en la realización de sus actividades y su desarrollo más eficiente debe contar con información de diferente índole o especie, según su giro empresarial o labor que desarrollen. Entre esa información que requieren y utilizan, tiene un papel relevante la de carácter personal, es decir, la referida a personas.

La información personal llega a poder de terceros de diversas formas, la situación más obvia será aquella en que las personas la entreguen voluntariamente, en el desarrollo de su actividades cotidianas, en que se ven enfrentadas a diferentes situaciones en las cuales se le solicita información concerniente a sí misma (solicitud de crédito, matrícula escolar o universitaria, afiliación a una Isapre, etc); pero ésta no es la única forma de lograr tal información, las empresas utilizan otros métodos, bajo la ignorancia de la persona, ejemplo de esto son las denominadas "cookies".

La información personal, en términos generales, es aquella que se refiere a la situación de las personas en su vida, considerándose dentro de ella diversos aspectos, como son el nombre, domicilio, estudios, enfermedades, rasgos característicos, fotografías, creencias, etc., todos los

---

los tribunales de justicia, para solicitar el amparo de tales derecho, en los casos que señala. En todo caso, nuestra ley no utiliza la expresión "hábeas data".

<sup>243</sup> Pérez Luño, ob.cit., p. 345.

cuales son expresión del derecho a la intimidad, es decir, los datos personales son una manifestación de la intimidad, algunos más ligados que otros, pero todos de una manera u otra representan parte de nuestra vida. De ahí que nuestro estudio tenga que enfocarse en el uso y control de tales datos, aspecto positivo del derecho.<sup>244</sup>

La información personal puede estar contenida en registros de papel o bien estar almacenados en registros automatizados. Nuestro estudio, se enfoca principalmente a aquellos automatizados, pues son estos precisamente los que derivan del empleo de la tecnología informática, pero ello no impedirá que aludamos a los registros tradicionales cuando lo creamos conveniente para una adecuada comprensión del tema.

Respecto de las informaciones personales, como ya hemos señalado, se manifiesta o cobra aplicación el aspecto positivo del derecho a la intimidad, es decir, aquello que postula en términos generales el principio de autodeterminación información y que se manifiesta concretamente en el otorgamiento de facultades de control al titular del derecho para supervigilar el uso que de tales datos hagan los terceros, y a las que nos hemos referido en apartados anteriores.

#### 4.3.1. Técnicas informáticas concretas con incidencia en la intimidad.

En términos generales la tecnología informática permite efectuar un "tratamiento" o procesamiento *automatizado* de la información, lo cual podemos conceptualizar como el conjunto de operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado, que permiten la recoger, grabar, conservar, elaborar, organizar, seleccionar, extraer, confrontar, disociar, modificar, bloquear y cancelar, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones, transferencias o utilizarlos en cualquier otra forma.<sup>245</sup>

Si bien esas operaciones, pueden efectuarse en forma automatizada o en forma manual. Sin embargo, el hecho de que tal procedimiento se efectúe utilizando la informática hace que el problema cobre mayor relevancia.

Las operaciones de tratamiento de la información en forma automatizada son de gran utilidad para las personas que trabajan con enormes cantidades de datos; pues su labor se ve

---

<sup>244</sup> Sin embargo, estos datos, como sabemos no son la única forma que adopta este derecho, subsiste la noción tradicional negativa de impedir intromisiones en los espacios reservados para sí mismo, o para la familia, y el impedir la divulgación de hechos o aspectos de nuestra vida y de nuestra persona que no deseemos que sean conocidos por terceros.

<sup>245</sup> Artículo 2 de la ley 19.628, y ley orgánica española de protección de datos personales, 15/1999, de 13 de diciembre. Las diferencias entre ellas sobre este punto, es mínima.

facilitada y se alcanza un mayor grado de eficiencia. Sin embargo, no todo es tan positivo, el tratamiento de la información, en particular algunas de las operaciones que comprende representan nuevos riesgos y acrecientan los antiguos, que pueden vulnerar la intimidad, pero, como reiteradamente se dice, no por sí mismas sino por los potenciales usos inadecuados o abusivos que de ellas pueda hacerse.

Teniendo en cuenta el concepto de tratamiento de la información antes señalado, entre las técnicas específicas que ponen en riesgo la protección del derecho a la intimidad creemos de mayor relieve las siguientes: la existencia de bases o bancos de datos con información personal; la interconexión, cruce o fusión de bancos de datos o ficheros de datos personales; la transmisión o comunicación de la información personal.. A su vez, nos encontramos con nuevas posibilidades que nos ofrecen la tecnología denominada "teleinformática" o "telemática", que básicamente consiste en la existencia de redes de comunicación informáticas, cuyo representante más conocido es la red Internet. Esta tecnología, ha permitido una nueva forma de hacer negocios "la contratación electrónica", la cual en ciertos casos también representa riesgos para la intimidad, que trataremos de determinar concretamente; además, la Internet también es utilizada por los servidores para recolectar información mediante las denominadas "cookies", por mencionar algún ejemplo. Por último, nos encontramos que las nuevas tecnologías, permiten nuevas conductas en las cuales claramente se efectúa un mal uso de ellas, encontrándonos así con "ilícitos", que por ahora sólo denominaremos "delitos informáticos", entre los cuales podemos en principio señalar: el acceso no autorizado a un sistema informático, la interceptación de comunicaciones, revelación indebida de informaciones personales.

Estas son algunas de las situaciones que hemos detectado pueden afectar o vulnerar el derecho a la intimidad, y en lo que sigue revisaremos en qué consisten y cuáles son los peligros que encierran. Revisaremos también otras situaciones que se dan en el mismo orden de ideas.

#### 4.3.1.1. Banco de datos con información personal.

Un banco de datos básicamente consiste, como señala MIGUEL ELIAS en "un conjunto de datos e informaciones recogidas, acumuladas y clasificadas por cualquier medio."<sup>246</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, por su parte, lo conceptualiza como '... un depósito común de documentación, útil para diferentes usuarios y distintas aplicaciones, que permite la recuperación

---

<sup>246</sup> Elias, Miguel. Ob.cit.

de la "información" adecuada, para la resolución de un problema planteado en una consulta';<sup>247</sup> otro concepto nos dice que se trata de "un conjunto de informaciones pertinentes y no redundantes sobre un determinado tema, gestionado por un conjunto de programas apropiado, y organizado de manera de permitir el acceso rápido, preciso y eficaz a una población de usuarios"

.<sup>248</sup>

Suelen emplearse otros términos para hacer referencia a los bancos de datos, entre ellos: "fichero" que es empleado por la nueva Ley Orgánica española de Protección de Datos de Carácter Personal, 5/1999 de 13 de diciembre de 1999, que define el fichero como "todo conjunto de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso";<sup>249</sup> "registro", la cual es empleada por la Ley chilena N° 19.628, sobre protección de la vida privada, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999, la cual define, en su art. 2, el "registro o banco de datos" como "el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos".

Otro término relacionado es el de "bases de datos". CARRASCO BLANC nos dice que algunos autores diferencian entre este concepto y el de banco de datos: "las bases de datos recogen información de modo bibliográfico, mientras que los bancos de datos contienen información que puede utilizarse en forma directa";<sup>250</sup> por su parte, AMILCAR MENDOZA, señala que "La base de datos es el almacenamiento de datos referidos al aspecto informático, es decir, a la estructuración de los datos memorizados, los lenguajes de programación, etc.", en tanto que los "bancos de datos se relacionan con informaciones referentes a un sector particular del conocimiento, siendo un término más apropiado para ser utilizado en el almacenamiento de información en el campo social".<sup>251</sup> La tendencia actual, sin embargo, sería entenderlos como sinónimos,<sup>252</sup> y así lo entenderemos nosotros.

---

<sup>247</sup> Davara Rodríguez, Miguel Ángel; citado por Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 177.

<sup>248</sup> Ossa y Valenzuela, citados por Carrasco Blanc. Ob.cit. p. 177.

<sup>249</sup> Texto citado por Maestre, Javier. *España: Comentarios a la nueva legislación de protección de datos*. R.E.D.I., N° 21, abril de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107510](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107510)

<sup>250</sup> Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 177.

<sup>251</sup> Mendoza Luna, Amilcar. *Los cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en internet?*. R.E.D.I., N° 30, enero de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107813](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107813)

<sup>252</sup> Carrasco Blanc, ob.cit., p. 176

Por otra parte, algunos autores distinguen entre "dato" e "información". Así, señalan que un dato sería el "antecedente que sirve de punto de partida para la investigación de la verdad",<sup>253</sup> que facilita el llegar al conocimiento de algunas cosa; en tanto, que la información tiene un significado distinto, al cual aluden OSSA ROJAS y VALENZUELA AZOCAR, de la forma siguiente: "cuando los datos son organizados (de acuerdo a una lógica y consecuente) y procesados de manera significativa que facilite su interpretación y toma de decisiones, ellos adquieren la cualidad de convertirse en algo útil y pasan a denominarse información".<sup>254</sup>

Podríamos estimar así, que entre ambos términos hay una relación de género a especie, en que el dato es la especie, de menor extensión y significación que el género que es la información, el dato sería "una unidad mínima de información". No obstante, considerar correcta la distinción terminológica, a efectos de este trabajo, consideramos sinónimas las expresiones "dato" e "información".

Ahora bien, tratándose del derecho a la intimidad lo relevante será que los bancos de datos contengan información o datos personales, y como señalamos anteriormente estos se definen como "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables"<sup>255</sup>. VICTOR SALGADO, comentando el concepto que entregaba la Ley española 5/1992, conocida como LORTAD, señalaba que "dichas personas no necesitan estar identificadas plenamente, sino que basta con que se pueda deducir su identidad con relativa facilidad".<sup>256</sup>

Así, lo mínimo que implica un banco de datos es el almacenamiento de informaciones, eso no es lo peligroso, sino que los riesgos derivan de otros hechos. Por ello debemos revisar algunas cuestiones relativas a estos registros, como son: su creación o formación, la forma en que se ha recopilado la información que contienen, y las operaciones que se efectúen sobre esa información o con ella.

En cuanto a la creación y mantención de un banco de datos, que contenga información personal, la actividad en sí es lícita. Pero, en todo caso, sólo podrá efectuarse cuando la ley no la prohíba, y respetando las normas legales que la regulen.

---

<sup>253</sup> Davara Rodriguez; citado por Carrasco Blanc. Ob.cit., p. 176.

<sup>254</sup> Citados por Carrasco Blanc. Ob.cit. p. 176 ss.

<sup>255</sup> Este concepto lo entrega nuestra Ley 19.628, en su art. 2 letra f). Sin embargo, es el concepto que comúnmente se da: lo utilizaba la derogada Ley española (LORTAD), lo entrega la actual Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y el Convenio Europeo de Estrasburgo, de 26 (28) de enero de 1981 (1961); con la única diferencia de utilizar en reemplazo de la expresión "personas físicas", y no "naturales" como nuestra ley.

<sup>256</sup> Salgado Seguin, Victor Alberto. "*Protección jurídica de los datos personales: aproximación a la LORTAD*". R.E.D.I., N° 6, enero de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107077](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107077)

¿Cómo llega nuestra información a manos de terceros?. Los datos que pueden estar almacenados en un registro, los hemos ido entregando, en general, voluntariamente, al realizar distintas actividades; respecto a los recopilados de esta forma, el respeto a la intimidad implicará que sólo sean utilizados para los fines los señalados al momento de solicitarlos, y adoptar medidas de seguridad para que esa información no sea conocida ni utilizada por terceras personas. Si ello no ocurre, habría una vulneración del derecho a la intimidad.

Pero también esta información se consigue, recopilándola a través de otros métodos, como sería por ejemplo, utilizar los servicios de un investigador, interceptar comunicaciones o registrar documentos privados tradicionales o informáticos, entre estos últimos interceptar un correo electrónico, acceder sin autorización a un sistema informático que contiene la información, comprando la información personal a empresas que las hayan recolectado, la utilización de ficheros "cookies" en ciertos casos, etc. En general, estas formas de recoger datos por sí mismas ya evidencia una vulneración de la intimidad, o de otros derechos fundamentales según la forma de regulación, por lo cual ya con el sólo hecho de recogerla, acceder a tal información o usarla sin que el titular de la información tenga conocimiento en general importará lesionar su derecho a la intimidad.

Por último, en relación a las operaciones que se efectúan con los datos almacenados en registros o bancos de datos, es importante tener en cuenta que ellos no son simplemente depósitos o almacenes de datos diversos, sino que se caracterizan porque en ellos la información está (o por lo menos debiera estarlo, para ser considerado como un banco de datos) clasificada de acuerdo a ciertos criterios previamente determinados, y este punto es el resulta más relevante para la intimidad de las personas, y ello aunque no se encuentren en soportes digitalizados o automatizados. Al efecto conviene señalar un hecho destacado por AMILCAR MENDOZA, que se relaciona con la labor de la Gestapo alemana durante la Segunda Guerra Mundial. Señala este autor que Holanda en esa época ya había otorgado a cada ciudadano un número de identificación "significativo", esto es clasificándolo de acuerdo a ciertos criterios, tal hecho habría sido uno de los elementos que permitieron a los alemanes poder reconocer a casi la totalidad de los judíos holandeses, arrestarlos y deportarlos. Ello, en cambio, no ocurrió en Francia,<sup>257</sup> porque ésta a

---

<sup>257</sup> Sin embargo, Mendoza nos dice que la gestapo hizo un trabajo de sistematización de los registros franceses y "Se intentó dar a cada francés un número único de identificación. Antes todos los franceses estaban inscritos sin distinción de edad ni sexo", pero los alemanes codificaron la información: "La codificación utilizaba la primera de las trece cifras del número nacional de identidad, donde nos hemos acostumbrado a no ver más que los valores 1 (hombres) ó 2 (mujeres). De hecho, esta primera cifra puede tener diez valores y ser transformada en indicador de sexo y de la raza.

pesar de que proyectaba establecer ese sistema de identificación significativo, aún no lo había concretado.

Lo sucedido en Holanda, en una época en que aún no existían las computadoras, demuestra la relevancia que puede alcanzar un uso inadecuado, o la falta de medida de seguridad adecuadas de este tipo de bancos de datos. Tal hecho, sin duda, evidencia la importancia que tienen los datos personales, pues su posesión y uso otorga un poder considerable.

Los bancos de datos presentan múltiples formas, según sean los criterios seguidos en su creación y fines a los cuáles se destine. Entre los sistemas específicos de bancos o almacenes de datos, se encuentran el denominado Data Warehousing y del Data Mart, que tendrían gran relevancia para los datos personales.

a) Data Warehousing.(almacén de datos). Este es el nuevo criterio de almacenamiento y manejo de grandes volúmenes de información corporativa donde se integran todos los elementos para mejorar la toma de decisiones. Si bien el concepto data de los años 70', ha recobrado mayor relevancia con las enorme posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. El objetivo del Data Warehousing es el de satisfacer los requerimientos de información interna de la empresa, mejorando su gestión y haciéndola más competitiva.

En este almacén de datos se contiene información histórica de la empresa, la cual se reúne de una o múltiples fuentes, "la transforma en objetos con significado y grupos de información, y entonces la guarda junto con información de tiempo e historia (que se actualiza constantemente) para permitir un soporte efectivo y eficiente para la toma de decisiones, permitiendo incluso múltiples vista de dicha infomación."<sup>258</sup> Los sectores que más utilizan esta tecnología son el financiero, el previsional, el de seguros, salud, comunicaciones.

La relevancia de este tipo de bancos de datos para los derechos de las personas, deriva del hecho que en él se puede almacenar gran cantidad de información, y mantenerla por bastante tiempo. Pues bien, al relacionarnos con cualquier empresa, gestionando el otorgamiento de un préstamo, por ejemplo, debemos entregar una serie de datos algunos de mayor sensibilidad, como nuestro estado de salud; luego gestionaremos otro tipo de transacción con la misma empresa, y

---

El número en cuestión tendría entonces un significado del tipo siguiente: 1 (hombre ario), 2 (mujer aria), 3 (hombre judío), 4 (mujer judía), etc...', Lemoine; citado por Mendoza, Amilcar. Ob.cit.

<sup>258</sup> Elias, Miguel. Ob.cit.

nos pedirán otros datos, y así sucesivamente, eventualmente podemos atrasarnos en el pago; la empresa a su vez, requerirá a otros organismos informes sobre nuestra situación para corroborar la entregada, etc., pues bien toda esa información la empresa puede almacenarla en este gran almacén de datos que constituye el data warehouse. Tal información, sin embargo, no sólo es conservada en este almacén, sino que la empresa se servirá de ella en sus actividades, y podrá conocerlos de una manera muy acabada.

El data warehousing, tiene por misión -sirviéndose de la ayuda de la técnica del data mining, que luego veremos- aprovechar estos diferentes y numerosos datos, recogidos "de la actividad de la empresa, para tareas de marketing, prospección, detección de problemas, etc., permitiendo, entre otras cosas, comerciar en una forma más focalizada y mucho más productiva".<sup>259</sup> El principal beneficio de esta técnica, para las empresas es "eliminar aquellos datos que obstaculizan la labor de análisis de información y entregar la información que se requiere en la forma más apropiada, facilitando así el proceso de gestión",<sup>260</sup> y se diferencia de los antiguos métodos de tratamiento de información en que no se basa en reunir la información y llevarla hacia los altos puestos y que ellos tomen las decisiones, sino en que ella se distribuye a través de la organización, tomando decisiones también los mandos medios respecto de tales informaciones.

Entre las funciones que se realizan utilizando esta tecnología, están: analizar la conducta de los clientes, localizar y planear cómo llegar a los clientes o sectores del mercado; establecer la relación total con cada cliente para desarrollar las estrategias de precios adecuadas, con base en el uso real del producto y la experiencia del cliente, entre otras.

b)El Data Mart. Es una extensión natural del Data Warehouse, y está enfocado a un departamento o área específica, como por ejemplo los departamentos de finanzas o marketing, permitiendo así un mejor control de la información. Este nuevo enfoque es el marketing basado en la relación con el cliente, también llamado marketing de "1 a 1" (marketing directo). Con él se consigue una gestión de la información más eficiente y rápida, junto con la capacidad de ajustar las campañas de marketing a cada individuo, detectando sus necesidades y prediciendo su comportamiento.

---

<sup>259</sup> Inmon, considerado el padre de las Bases de Datos, en 1992 dijo que "Un Data Warehousing es una colección de datos orientados a temas, integrados, no-volátiles y variante en el tiempo, organizados para soportar necesidades empresariales", citado por Elias, Miguel. Ob.cit.-

<sup>260</sup> Elias, Miguel. Ob.cit.

De lo dicho, ya se puede observar la importancia que revisten estos sistemas de almacenamiento y manejo de informaciones, en relación a nuestra intimidad. Ellas presentan características y funciones muy beneficiosas para las empresas que los poseen, pero no lo son tanto, para los titulares de tales informaciones, por cuanto las empresas pueden conocer de modo muy acabado a un sujeto sin que éste tenga conciencia de tal hecho, se puede detectar sus gustos y preferencias, y ser bombardeado con publicidad supuestamente acorde a sus gustos, pero tal vez eso sea lo menos peligroso, es mayor el riesgo derivado del mal uso que pueda dársele a toda esa información y conocimiento de los caracteres de una persona, sea por la misma empresa, por sus empleados con acceso a ella, o por la posibilidad latente de que llegue a manos de terceras personas que tengan objetivos diferentes. El conocimiento acerca de la personalidad de un individuo, genera un cierto poder sobre él, quien lo conoce sabe como actuará, lo prevé, puede actuar antes; pero, además, los riesgos más significativos que derivan de tal conocimiento es la eventual discriminación de que pueda ser objeto la persona, sea por sus inclinaciones sexuales, por sus enfermedades, por su situación socio-económica, por sus antecedentes penales de antigua data, por problemas conductuales de su juventud, por adherir a una determinada doctrina o creencia religiosa, etc., discriminación que puede presentarse tanto en su círculo social, como en el ámbito comercial o laboral, etc.

Apartándonos de estas técnicas o métodos específicos de tratamiento de información; en términos generales, existe una enorme cantidad de datos personales circulando en la sociedad, que hemos entregado voluntariamente: al Estado y sus diversas instituciones, cuando son exigidos en diferentes trámites que efectuamos, por ejemplo al solicitar un permiso de circulación, postular a una beca de estudios o al Fondo de Crédito Solidario, etc.; o a las empresas privadas cuando solicitamos un crédito, afiliación a una Asociación de Fondos de Pensiones, a Isapres, al efectuarnos exámenes médicos, en una matrícula escolar o universitaria, al participar en un concurso o sorteo, al solicitar una tarjeta de crédito, abrir una cuenta bancaria, etc; todos esos datos entregan información sobre nuestra vida, hábitos y preferencias, y aunque lo deseable es que sólo sean utilizados para las operaciones concretas que efectuamos, y en determinado momento, ello no es así. Y, por demás toda ella está contenida en un sinnúmero de bancos o registros de datos, y, lo más riesgoso, están en general automatizados.

Otro aspecto relevante en cuanto a los bancos de datos personales, está referido a algo que aludimos en el punto anterior: a la forma en que los datos han llegado a poder de los terceros, es decir, la forma de recopilación de datos. Lo esperable es, al menos, que tales datos sean recogidos por las empresas, mediante solicitud directa a la persona a quien se refieren y que se le informe clara, detalla y completamente sobre el uso a ella se dará. Sin embargo, no es la única forma en que nuestros datos se obtienen, las empresas y el Estado los recopilan de múltiples formas, y sin que, en ocasiones, tengamos conocimiento de esa situación.

Por ejemplo, es un hecho de cotidiana ocurrencia, la oferta de otorgar tarjetas de cliente en los supermercados o farmacias (con las cuales se acumulan puntos o se obtienen descuentos) que todos evaluamos por los beneficios que nos entregan; sin embargo, mediante este sistema las empresas van obteniendo información acerca de los productos que preferimos o los medicamentos que necesitamos. Lo cual en ciertos casos, pareciera no ser tan peligroso, sin embargo, hay algunos hábitos o datos personales, como por ejemplo, estar afectado por una enfermedad de transmisión sexual, u otro tipo de enfermedad que pudiere provocar el rechazo social, una tendencia alcohólica, o simplemente el monto de nuestras compras, que no nos gustaría que fueren conocidos por terceros.

Son tantos los bancos de datos personales, públicos y privados, que existen y hoy están principalmente automatizados, que algún autor ha llegado a decir que somos "nombrados" por un computador cientos de veces al día, sin que siquiera lo sepamos. Vamos entregando múltiples datos, algunos de los cuales consideramos inocuos, sin que ello nos preocupe mayormente, tal vez por el desconocimiento o ingenuidad en cuanto a los diversos usos que pueden dárseles, y que se han visto aumentados y mejorados con la técnica informática. PÉREZ LUÑO señala que "el ciudadano normal acepta sin ningún problema que su vida sea contaminada",<sup>261</sup> entregando los más diversos datos sobre su persona sin preocuparse en demasía, sus datos son almacenados en diversos registros.

Un tipo de solución que se ha dado por algunos autores al problema de recopilación de informaciones y de figurar en tantos registros, consiste en que aquellos ciudadanos que no deseen figurar en un registro de datos, deberían inscribirse en un archivo adicional de datos, con lo cual quien desee que sus datos no sean conocidos o no figuran en registros, verían resguardado su derecho. PÉREZ LUÑO nos dice que en la sociedad actual, en todo caso, será 'el ciudadano

---

<sup>261</sup> Mendoza, Amilcar. Ob.cit.

insólito será aquel que se abstiene en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento...!',<sup>262</sup> pues la generalidad no se molesta. No creemos que tal solución sea la adecuada. Pues, como dice el profesor español, en 'un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo soliciten'.<sup>263</sup>

Las consideraciones anteriores no hacen sino evidenciar la necesidad de una adecuada regulación de los bancos de datos personales, que establezca cuáles son las condiciones de licitud tanto de la recopilación de los datos, como de su almacenamiento y las operaciones que pueden efectuarse sobre los mismos; estableciendo los derechos de los titulares de los datos, como mínimo aquellas que hemos señalado, y las obligaciones y responsabilidades de las personas que sean propietarias, administren o laboren en los bancos de datos, y de aquellos que tengan información personal de terceros; y, con especial preocupación por aquellos datos "sensibles", para que el derecho a la intimidad no sea una excepción o privilegio de quienes puedan pagar por él.

#### 4.3.1.2. Fusión de bancos de datos con información personal.

Hemos destacado el hecho que la informática se caracteriza por ser una técnica relacional, esto es, que permite no sólo agrupar ciertos datos, sino que hace más fácil la clasificación de los mismos, y además hace posible que los datos contenidos en archivos o ficheros separados, sean combinados, cruzados o interconectados. Los datos parciales que separadamente podían entregar una información, tal vez no muy relevantes, adquieren al juntarse o relacionarse con otros datos parciales, un nuevo y especial significado, que tal vez ni siquiera se haya pensado que ocultaran, aumentando el valor de tal información.

Esta posibilidad que entrega la informática, ha sido destacada por la doctrina por los riesgos especiales que entraña para la intimidad de las personas, pues mediante su uso pueden establecerse perfiles o patrones de comportamiento de las personas. DANIEL BEL consideraba al computador como una temible amenaza para las libertades de los ciudadanos 'pues al agrupar todas las informaciones, que, tomadas por separado, apenas presentan interés por sí mismas, se

---

<sup>262</sup> Pérez Luño, Antonio; citado por Mendoza, Amilcar. Ob.cit.

<sup>263</sup> Ibid.

puede llegar a conocer a un individuo de manera muy completa, conocimiento que facilita todos los controles y todas las manipulaciones, ya que cualquier oficinista sentado ante un terminal podría saber más de nosotros que nuestros más íntimos y viejos amigos (...) La utilización de la electrónica permite conservar, en ficheros separados, prácticamente todos los datos sobre una persona, y además poderlos conectar de forma inmediata con otros ficheros aunque estén físicamente muy distantes'.<sup>264</sup> AMILCAR MENDOZA,<sup>265</sup> por su parte, señala que la técnica informática "es capaz de convertir el aparentemente inocuo dato de nuestro nombre en valiosa información que puede tener uso comercial u otros fines. Nuestros nombres clasificados en múltiples registros arrojan información completa sobre nuestra personalidad y así como nosotros, de otras personas ya no tan "anónimas" como quisieran; peor aún, somos etiquetados sin siquiera saberlo o desearlo".

En el punto anterior aludimos a la clasificación que suele hacerse de los datos personales, distinguiendo entre datos personales públicos y datos íntimos, subdividiéndose estos últimos en datos "no sensibles" y datos "sensibles", y que la doctrina ha aceptado que tal clasificación con la tecnología informática ha perdido importancia. Pues bien, ello deriva precisamente del método relacional de la informática que se manifiesta principalmente con la posibilidad de reunir múltiples datos, combinarlos, cruzarlos, o relacionarlos, lo cual puede efectuarse tanto respecto de datos contenidos en un mismo registro o banco de datos, como respecto de datos contenidos en archivos separados. Aquellos datos "públicos" aisladamente quizás no presenten peligro, pero al relacionarse con otros datos públicos o no, pueden arrojar información muy significativa acerca de la personalidad, conducta o situación de una persona, dejando de ser inocuos.

La aptitud relacional de la informática, se identifica con la técnica de fusión de datos o de bancos de datos.

Un ejemplo de esta técnica de fusión lo encontramos en el Data Mining,<sup>266</sup> el cual es un nuevo método de tratamiento de información que permite mejorar la utilidad y eficiencia de la información. Aunque ningún autor que hemos estudiado lo califica como técnica de fusión, nosotros le atribuimos tal carácter ya que las funciones que efectúa lo permite. Veamos en qué consiste concretamente este método.

---

<sup>264</sup> Mendoza, Amilcar. Ob.cit.

<sup>265</sup> Mendoza, Amilcar. Ob. cit

<sup>266</sup> Todo lo relativo a este método de tratamiento lo hemos extraído del estudio de Elias, Miguel. Ob.cit.

- Data Mining o KDD (Knowledge Data Discovery). Es un método de tratamiento de informaciones, que técnicamente "consiste en la aplicación de determinados algoritmos sobre grandes cantidades de datos que permitan descubrir relaciones ocultas entre los mismos, de modo que ese conocimiento obtenido se pueda aplicar a la resolución de problemas. Cuando mayor sea la cantidad de algoritmos que se utilicen, mayor será la probabilidad de lograr resultados exactos."

El Data Mining<sup>267</sup> es el proceso que se aplica a los datos existentes en un banco o almacén de datos -como el Data Warehouses-,<sup>268</sup> para que ellos dejen de ser simples datos y entreguen información significativa; su función consiste en descubrir nuevas relaciones significantes, trasfondos, tendencias o perfiles, por la vía de filtrar grandes cantidades de datos archivados en repositorios magnéticos, como el Data Warehouses, utilizando tecnología de "*Pattern Recognition*", esto es, de reconocimiento de patrones o modelos, y técnicas estadísticas y matemáticas.<sup>269</sup>

Podríamos extendernos sobre esta técnica, pero lo dicho basta para detectar y evidenciar los riesgos que su utilización conlleva. Hemos advertido que numerosos datos personales, de variada índole, circulan en la sociedad, y que están contenidos en registros automatizados que permiten nuevos usos. Ahora bien, el peligro que la técnica del Data Mining encierra en concreto es que de esos numerosos datos, se obtiene nueva información, oculta en esos datos, y que principalmente implica el reconocer patrones de comportamiento de las personas, sea en su vida comercial, laboral o estudiantil. Aunque lo normal será que trabaje en base a la información que posea una determinada empresa, no podemos desconocer que eventualmente esta técnica pueda ser aplicada a informaciones contenidas en archivos o registros pertenecientes a diferentes entidades, cada uno referido a un área, son fusionados en un solo registro, por cualquier vía, con conocimiento de los responsables de los registros o no, tal fusión importará reunir casi toda la información relativa a una persona, obtenida de diferentes actos de su vida, por ejemplo sus ideas religiosas (al comprar un libro, o asistir a una reunión y de ello se deje constancia), sus ideas políticas, su tendencia sexual, sus hábitos de consumo, su nivel económico, sus deudas, su

---

<sup>267</sup> El concepto se forma de la unión de las palabras inglesas "data" que significa dato, y "mining" que significa minería o excavación, por lo que su significado literal sería excavación de datos.

<sup>268</sup> Los Data Warehouses, sin las herramientas adecuadas en la mayoría de los casos pueden quedar reducidos a simples almacenes de datos, por lo cual es necesario una serie de herramientas que permitan extraer toda la información oculta en esos datos, esto se logra aplicando las operaciones propias del Data Mining.

<sup>269</sup> Gerber sostuvo que la meta del Data Mining es muy parecida a la de la inteligencia artificial. Citado por Elias, Miguel. Ob.cit.

comportamiento estudiantil o laboral, etc., todo lo cual lleva a conocer de forma muy acabada a un individuo, y permitirá predecir su comportamiento frente a ciertas situaciones (p.ej. si adhiere a una doctrina política determinada, y se produce un enfrentamiento armado o un golpe de Estado), ofrecerle ciertos productos con un costo más elevado (porque se prevé que igual lo comprará porque lo necesita, por ejemplo un determinado medicamento).

Este método de tratamiento de información, pone en duda la eficacia que puedan tener las legislaciones que prohíban solicitar o prohíban el tratamiento de cierto tipo de datos, pues ello igual puede llegar a conocerse a partir de otros datos.

#### 4.3.1.3. Redes de comunicación informáticas: tecnología telemática o teleinformática. (Transmisión de informaciones).

La transmisión de información es una operación comprendida dentro de la noción genérica de "tratamiento" de datos o informaciones, al que hemos aludido en párrafos anteriores. La transmisión o comunicación de datos o informaciones es un concepto amplio que comprende cualquier forma de difusión. Puede así utilizarse la vía de la expresión oral directa, o la escrita, y difundirse por medio de un libro, la radio, la televisión o utilizando la vía informática o electrónica. En lo que a esta última respecta, la difusión puede tener lugar a diferentes y múltiples lugares y personas utilizando las denominadas redes de comunicación computarizadas o informáticas.

La tecnología que hace posible la existencia de las redes computarizadas, se denomina teleinformática o telemática, y a su estudio nos abocaremos brevemente en este apartado.

La telemática debe su existencia a la unión de la informática, técnica o ciencia de la información automatizada, con la tecnología telefónica, unión que permite la comunicación y procesamiento conjunto de datos, incluso a grandes distancias. "Se trata aquí de los Sistemas de Comunicación de Datos, en los cuales los elementos del sistema informático no coinciden o no se agrupan geográficamente. De esta suerte, la información y flujo de los datos se produce, entre ellos, sobre la virtud de sistemas de comunicación que realizan una transmisión de carácter digital cimentada sobre la base del formato binario en el que se encuentra codificada la información a nivel de computador".<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> Huerta y Libano. Ob.cit. p. 39.

La tecnología teleinformática, debió en sus inicios utilizar los medios existentes, recurriendo a las líneas telefónicas. La teleinformática, como técnica de proceso de datos y de comunicación, utiliza un computador y las líneas telefónicas. El problema que enfrentaba esta nueva tecnología, era la incompatibilidad entre los sistemas utilizados por la informática, como técnica de procesamiento automático de información, y por la telefonía, como tecnología de la comunicación de sonidos. La primera, trabaja a base de datos codificados en sistema binario, esto es, de ceros y unos; y la segunda, utiliza el método analógico y continuo. Esa incompatibilidad fue superada utilizando los módems.

El módem,<sup>271</sup> compatibiliza los formatos de ambas tecnologías, a través de procesos de modulación y demodulación, y, es por medio de ellos que un computador puede comunicarse con otro a través de la línea telefónica. Sin embargo, el avance tecnológico ofrece nuevas formas de comunicación informática, sin necesidad de un módem, a través de la tecnología WAP que permite la comunicación de datos desde y hacia un teléfono móvil, y la conexión a una red de comunicación computarizada.

Ahora bien, señalamos que la telemática consiste básicamente en la existencia de redes de comunicación informáticas. Las primeras redes surgieron en la década del '60, a objeto de interconectar o intercomunicar computadores ubicados en distintos lugares. Estas redes utilizan generalmente las líneas telefónicas de los países, y en algunos casos sistemas complejos de fibra óptica; la utilización puede ser a través de redes públicas (redes conmutadas que compañías de teléfonos facilitan a sus clientes, o red pública diseñada especialmente para la transmisión de señales digitales) o circuitos arrendados (es un servicio generalmente prestado por las compañías de teléfonos y consiste en enlazar los puntos que el abonado contrata, utilizando la infraestructura de la red telefónica), este último servicio tiene la ventaja de que se puede disponer de línea en forma permanente sin limitación de tiempo, pero son de mayor costo.<sup>272</sup>

Dentro de las redes computarizadas se puede distinguir entre las de área local y las de área extensa.

---

<sup>271</sup> Los modems son periféricos de entrada y salida de datos. El proceso en la práctica es el siguiente: la información que sale de un computador se expresa en un lenguaje de ceros y uno de los cuales al pasar por el módem son convertidos, via modulación, en señales de sonidos gráficos. Por ello pueden tales datos ser transmitidos por las redes telefónicas, en las cuales la información se desplaza en forma de sonidos. Esos sonidos llegan al modem de otro computador, el cual demodula las ondas sonoras convirtiéndolas en señales codificadas de ceros y unos que podrán ser ingresadas e interpretadas por el computador. Extraído de Huerta y Libano, ob.cit., p. 39 ss

<sup>272</sup> Huerta y Libano. Ob.cit. p. 40.

Las redes de área local, denominadas LAN, se utilizan prioritariamente para la interconexión de computadores situados a distancias relativamente pequeñas, p.ej. dentro de un campus universitario, o un mismo edificio. Se caracterizan por la facilidad con que pueden ser incorporados nuevos dispositivos a través de procedimientos simples de conexión; los medios de comunicación son usualmente cables del tipo coaxial, telefónicos y fibra óptica; en ellas generalmente se utilizan "nodos" para el control total o parcial del acceso de información a la red. En razón de ellos se habla de topología de una red para referirse a la configuración formada por sus distintos nodos y conexiones.<sup>273</sup> Este tipo de redes permite la intercomunicabilidad entre los computadores conectados, haciendo posible que desde un computador se acceda a la información contenido en otro, y, en consecuencia, que las personas trabajen en forma simultánea con la información.

Las redes de área extensa, conocidas como redes WAN, son aquellas que permiten interconectar computadores ubicados a gran distancia, un ejemplo de este tipo de redes lo constituye la Internet. Estas redes no sólo permiten la interconexión de los computadores sino también nuevas aplicaciones, y algunas de ellas pueden ocasionar importantes efectos en la totalidad de la sociedad. Algunos de los usos importantes de redes de ordenadores, son: "el acceso a programas remotos, el acceso a bases de datos remotas y facilidades de comunicación de valor añadido",<sup>274</sup> o el servir de medio de comunicación entre personas que se encuentran muy alejadas entre sí, a través por ejemplo del conocido correo electrónico (e-mail ), que se envía desde una terminal, a cualquier persona situada en cualquier parte del mundo que disfrute de este servicio. Además de texto, se pueden enviar fotografías e imágenes.

Por otra parte, se distinguen las redes cerradas o privadas y las redes abiertas o públicas.

Las redes cerradas, se caracterizan porque el acceso a ellas está restringido a determinadas personas que poseen un código o clave secreta (password) mediante el cual pueden conectarse a la red, y además por estas dotadas de sofisticados sistemas de seguridad, para evitar el acceso de terceros. Ejemplo de este tipo de redes en Chile lo constituyen la red de cajeros automáticos administrada por REDBANC S.A., la red SITA que utilizan las líneas aéreas, y cualquier red de área local (LAN) de una empresa. En tanto que las redes abiertas, como la Internet, permiten el acceso de cualquier persona que tenga los elementos necesarios para

---

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> Monografias.com-Introducción a Redes.

[Http://www.monografias.com/trabajos/introredes/introredes.shtml](http://www.monografias.com/trabajos/introredes/introredes.shtml)

conectarse (un computador, un teléfono y un módem, como mínimo, incluso ahora basta un celular), pero tienen como inconveniente la inseguridad.

Las redes computarizadas, suelen recibir el nombre de "autopistas de la información", sobre todo las de área extensa. A la Internet se la ha denominado la supercarretera de la información.

En lo que a la protección de la intimidad atañe, la existencia de las redes de comunicación permite la transmisión de diversas informaciones en forma más rápida y eficiente, y a los lugares más remotos (redes de área extensa); la información transmitida puede ser de carácter personal que esté contenida en bancos de datos de una empresa conectada a la red, o ser el objeto mismo de la transmisión o comunicación entre personas determinadas. El peligro que entraña para nuestra intimidad, es que a esa información pueden acceder personas no autorizadas que violan las medidas de seguridad establecidas, la cual se muestran más vulnerables en las redes públicas o de libre acceso, ya sea accediendo al banco de datos, o interceptando indebidamente la comunicación; y el hecho que sean utilizadas por mismas empresas que ofrecen servicios a través de la red, como actualmente sucede en Internet, para recoger información acerca de los usuarios. El estudio de los peligros que encierra la utilización de la Internet, lo efectuaremos de modo particular más adelante.

Por otra parte, con la informática han ido apareciendo nuevos productos, bienes o servicios, necesarios para aprovechar las ventajas que ofrece su utilización, siendo uno de los bienes de mayor valor la información personal, y, a su vez, la existencia de redes de comunicación y su veloz desarrollo, ha abierto una nueva forma de efectuar negocios y celebrar contratos. Estas materias específicas, son denominadas como contratos informáticos y contratación electrónica, respectivamente; y son las que a continuación pasamos a revisar, pues su existencia y uso no está exenta de problemas, y observamos nuevos riesgos para nuestros derechos.

#### 4.3.1.4. Contratos informáticos y contratación electrónica, en cuanto inciden en la intimidad.

Previamente debemos advertir, que en este capítulo nuestro trabajo no consiste en proposiciones concretas sobre la contratación electrónica y los contratos informáticos, sino en determinar cómo la existencia de estas actividades puede afectar nuestro derecho a la intimidad, por ello hemos tomado como principal fuente para nuestro análisis la Memoria de Prueba de

HUMBERTO CARRASCO BLANC, intitulada "Derecho informático, contratación electrónica y contratos informáticos".<sup>275</sup>

Un contrato, como sabemos, en estricto sentido es una convención o acuerdo de voluntades destinado a crear derechos y obligaciones. Por tanto, será contrato electrónico aquel que posea estas características. Sin embargo, la doctrina utiliza la expresión "contratación" electrónica, para referirse a cualquier convención celebrada a través de los medios electrónicos. Así, PEÑARANDA QUINTERO conceptualiza la contratación electrónica señalando que 'son convenciones realizadas entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir o modificar o extinguir entre ellos algún vínculo jurídico, a través de redes de comunicaciones y/o por medio de computadores'.<sup>276</sup> Este autor no está definiendo propiamente los contratos electrónicos, sino que se refiere a cualquier clase de convenciones que se efectúe a través de medios electrónicos, y cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga la cuestión, sea o no informático.

Los contratos informáticos, en tanto, "son aquellos que se refieren a la contratación de bienes y servicios informáticos";<sup>277</sup> OCAMPO DUQUE los define como 'un acuerdo de voluntades por virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir el dominio o a procurar el uso y goce de un bien informático o a prestar un servicio técnico y la otra a pagar el precio como contraprestación'.<sup>278</sup>

Los bienes y servicios que han aparecido y hecho necesarios para aprovechar la tecnología informática, como los bienes en general, son comercializados y objeto de negocios, entre estos bienes encontramos los computadores y demás elementos para su uso, como son las impresoras, tinta de impresión, scanner, softwares, etc, y también la información, que es el objeto más particular de estos contratos; además, encontramos nuevos servicios relacionados con la informática.<sup>279</sup> Los contratos sobre estos bienes y servicios, reciben la denominación de "contratos informáticos". Estos contratos pueden ser celebrados, tanto en la forma tradicional como en forma electrónica.

---

<sup>275</sup> Ob. cit.

<sup>276</sup> Peñaranda Quintero, Hector Ramón, "El documento electrónico o informático", VI Congreso iberoamericano de Derecho e Informática, ponencias, Montevideo, Uruguay (1998), p. 403; citado por Carrasco Blanc, ob.cit., p. 46.

<sup>277</sup> Carrasco Blanc, ob.cit., p. 46.

<sup>278</sup> Ocampo Duque, Marcela y Hernández Salame, Boris Dario. Derecho e Informática, Bogota, Colombia, DE (1987), p. 18; citado por Carrasco Blanc, ob.cit., p. 110.

<sup>279</sup> Algunos de estos bienes pueden ser asimilados a otros bienes tradicionales, sin embargo, otros tienen características particulares que exigen una regulación especial, como por ejemplo los softwares, y la misma "información".

Así, observamos que la expresión "contratación electrónica" es amplia, y comprende a los "contratos informáticos", toda vez que la primera puede tener cualquier objeto, y entre ellos puede estar un bien o servicio informático.

Los contratos informáticos, en caso de ser acordados en la forma tradicional, esto es concurriendo las partes, por sí o representadas, físicamente a las negociaciones y celebración, pueden revestir peligros para nuestra intimidad en dos hipótesis. La primera, es que como en todo otro contrato, las partes deberán entregar a su co-contratante información sobre su persona, y no sólo los datos que le identifican socialmente y lo distinguen de los demás, como serían el nombre, empresa, cédula de identidad, por nombrar algunos; sino también, dependiendo del tipo de contrato, deberá entregar otros datos que demuestren su solvencia patrimonial y permitan concretar el negocio por ejemplo. En este caso, y como es común al tema de los datos personales que circulan en la sociedad, los riesgos son principalmente, que estos sean utilizados para otros fines, o que lleguen a conocimiento de terceras personas y eventualmente le den usos diferentes. La segunda hipótesis de peligro, en tanto, se relaciona con la comercialización de los datos personales. Como ya hemos señalado, la información ha pasado a adquirir un alto valor económico y, en particular, la información de carácter personal por los usos que se le puede dar y los beneficios que otorga el poseerla. CARRASCO BLANC, señala diferentes clases de contratos informáticos, de los cuáles tienen relevancia más directa con la intimidad, los denominados "contratos de distribución de bases de datos" y los "contratos de suministro de información", y los contratos sobre softwares, en algunos casos. Revisaremos los dos primeros más adelante, pues pueden ser celebrados electrónicamente o no.

Por otra parte, los peligros para la intimidad aumentan con la contratación vía electrónica, pues aquellos datos personales que necesariamente deberemos entregar para celebrar algún negocio, contrato u otra convención, no se entregarán directamente a una persona -nuestra contraparte o sus empleados- sino que ellos se transmitirán utilizando las redes de comunicación, y en su tránsito puede ser interceptada por algún tercero, como un hacker o una empresa de publicidad ajena al negocio, o bien una vez llegada a su destino, nuestra información en general será almacenada en un registro automatizado, el cual eventualmente puede ser violado en su seguridad; además, está presente el hecho de que, en general, ni siquiera conocemos a la contraparte en el negocio más que por su identificación digital o electrónica, por lo que no podemos estar completamente seguros de que es quien dice ser.

Debemos tener en cuenta que la contratación electrónica se efectúa a través de redes telemáticas, ya sean públicas (como Internet) o privadas. El comercio electrónico comenzó a efectuarse a través de estas últimas, pero la Internet ha significado una gran puerta para su crecimiento.

Veamos ahora, algunos tipos de contratos informáticos, y los aspectos específicos con trascendencia respecto del derecho a la intimidad.

4.3.1.4.1. Contrato de distribución de bases de datos. "Es aquel contrato en virtud del cual una parte (creador) cede sus derechos de explotación sobre una base de datos a otra (distribuidor) con el objetivo de que se haga cargo de la comercialización de la misma".<sup>280</sup>

Este tipo de contratos, puede tener objeto una base o banco de datos que contenga cualquier tipo de información, por ejemplo legal, comercial, sobre la situación económica nacional o mundial, etc. En lo que a la intimidad respecta, tiene importancia, aquellos contratos sobre bancos de datos que contengan información de carácter personal, de cualquier clase, y en la medida que tal información pueda ser atribuida o identificable con una persona física o natural determinada.

Estos contratos, cuando se refieran a los datos personales, se entiende que será lícito si la previa creación del banco de datos no contraviene la ley, su contenido (la información que contiene), en general, ha contado con la autorización del titular de los datos, y cumple con las condiciones que la ley exige.

En estos contratos, existen variadas obligaciones que suelen imponerse a las partes; y entre ellas nos interesa destacar una de las obligaciones del distribuidor, esto es, de la persona a la cual se le ceden los derechos de explotación, y es aquella que consiste en "...adoptar todas las medidas necesarias para evitar el uso fraudulento de la base"<sup>281</sup> o banco de datos. Por lo tanto, si un banco de datos personales es objeto de este contrato, el distribuidor debe velar porque no sea usado en forma fraudulenta, de lo cual se deriva que si ello llega a suceder habrá faltado a su obligación y, en consecuencia, será responsable de los daños que ello ocasione, sea al dueño o creador del banco de datos, como al titular de los datos personales (respecto de este su obligación parece ser de carácter subsidiario). Los daños ocasionados al creador, implican afectar su

---

<sup>280</sup> Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 179.

<sup>281</sup> Carrasco Blanc, ob.cit., p. 180-181.

propiedad, por lo cual no tiene relevancia en nuestro estudio; pero los daños que puedan derivarse para el titular de los datos, se vinculan con la igualdad, su libertad y con la intimidad.

Ahora bien, ¿quien es responsable frente al titular de los datos?. Parecen haber tres posibles responsables: el autor directo del daño, esto el que acceda o use la información en forma fraudulenta o ilícita; el creador del banco de datos y el distribuidor. La responsabilidad directa, será del autor directo del daño, pero cabe también atribuir una responsabilidad subsidiaria o incluso complementaria. Partiendo de la base que el banco de datos fue creado conforme a la ley, el creador del mismo, asume -o debiera asumir- una responsabilidad de cuidado respecto a los datos o informaciones en él contenidas, en orden a que ella no será conocida por terceras personas ni se le dará otro uso que el permitido. Tal deber se manifestará principalmente en adoptar medidas de seguridad adecuadas y suficientes para proteger los datos. De forma que si alguno de esos hechos llega a suceder, él debe ser responsable de los daños ocasionados, pues habrá faltado a su deber de cuidado. Por ello consideramos que el creador del banco de datos, debe ser obligado a indemnizar los perjuicios que se deriven en el carácter de responsabilidad *subsidiaria* a la del autor directo, y tener además algún tipo de sanción por la ley si falta a su deber de cuidado. Respecto del distribuidor de las bases de datos, igual debe ser responsable frente al titular de los datos, subsidiariamente a la del autor directo, y respecto del creador, podría, en nuestro concepto, ser de carácter *solidario*.

4.3.1.4.2. Contratos de suministro de información. Este contrato constituye el medio para explotar las bases de datos, por lo cual está íntimamente relacionado con el anterior.

Se ha señalado que es un contrato 'en virtud del cual, un usuario podrá conectarse a un banco de datos que le sea ofrecido por un proveedor, para obtener la información que le sea relevante y, a cambio de este servicio, deberá pagar los correspondientes aranceles que establezca el dueño de la base de datos'.<sup>282</sup> Algunos autores señalan que lo característico de estos contratos es proveer servicios de naturaleza informática utilizando las redes de telecomunicación, con exclusión de la comunicación vía papel.<sup>283</sup> Esto último, sin embargo, reduce el suministro de información a los bancos o bases de datos "en línea".

El objeto de estos contratos, es el suministro de información. Y, dependiendo de la forma en que esa información es suministrada, las bases de datos pueden ser "on-line" (en línea) o

---

<sup>282</sup> Ossa Rojas, Patricio y Valenzuela Azocar, Carolina Adriana; citados por Carrasco Blanc, ob.cit., p. 181.

<sup>283</sup> Carrasco Blanc cita en tal sentido a Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez Castro. Ob.cit., p. 181.

autónomas. Las autónomas, serían aquellas en que el proveedor de la información entrega materialmente al cliente un disco transportable que contiene la información, y los softwares necesarios para su manejo y utilización. En tanto, que los bancos de datos "en línea" son aquellos en que el suministro de información contratado se entrega utilizando una red de telecomunicación.

Ahora, en cuanto a los efectos que pueden derivar para la intimidad por estos contratos, aunque algunos son similares cualquiera sea la forma de suministrar la información, hay algunas diferencias. Una vez más, se observa la presencia de peligro cuando estos bancos de datos contienen información personal, y ésta es objeto de comercialización: quien suministra información en virtud de este contrato, puede tener sólo ciertos datos sobre las personas, y eventualmente no representar mayor riesgo para la intimidad; pero el cliente, que contrató el suministro de la información, puede tener en sus manos otras informaciones relacionadas con las mismas personas, y a su vez puede contratar los servicios de otra empresa que le suministre información personal relacionada con otros aspectos de las mismas personas. Así, aunque podamos regular la actividad de las empresas que suministran la información y preocuparnos de que se adopten medidas de seguridad para evitar el acceso por terceros, eventualmente, puede ser un cliente quien se dedique a recopilar variada información, y luego a combinarla entre sí, para darle usos desconocidos, los que no necesariamente nos beneficiarán

Por otra parte, y relacionado con las obligaciones de las partes en este tipo de contratos, encontramos otro aspecto de interés. Se señala como una obligación esencial del distribuidor (o suministrador) de las bases de datos on-line, el "garantizar la confidencialidad de las consultas que realice el usuario";<sup>284</sup> y respecto del usuario del mismo tipo de bases, el "velar por no dar a conocer su password a otras personas";<sup>285</sup> estableciéndose que constituirá una infracción grave al contrato el revelar el password o clave de acceso.<sup>286</sup> Aquí nos referimos a cualquier base de datos, cualquiera sea la información que contenga. En este caso, la intimidad dice relación con el cliente que contrató los servicios de suministro de información, por cuanto la clave de acceso a la base de datos, es un dato personal que debe y desea mantener en secreto, lo cual importa tanto a él como al proveedor del servicio. Lo relevante en este caso es que dicha clave de acceso no sea conocida por extraños, por lo tanto, si alguien llega a apoderarse de ella por medios "ilícitos", sin

---

<sup>284</sup> Carrasco Blanc, Humberto. Ob.cit., p. 183.

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> Ibid.

su consentimiento ni conocimiento, constituirá invasión a la intimidad del cliente (en su aspecto negativo). Por otra parte, las consultas que efectúe el cliente, igual forman parte de su intimidad; quizás no en todos los casos deseará mantenerlas en secreto, pero tal vez algunas de ellas representan un aspecto de su vida que no desea que sea conocido, en ocasiones el hecho de requerir cierta clase de información ya está revelando aspectos de su personalidad. Por ello es que el proveedor de la información debe garantizar al usuario la reserva en cuanto al uso que haga de una base de datos, es decir, que no divulgará ni permitirá que otros conozcan la información que solicita ni las consultas que efectúe en uso de su base o banco de datos.

Tanto el contrato de distribución de bases de datos como el de suministro de información pueden ser celebrados a través de Internet, "pero los más comunes en la práctica son aquellos relativos al suministro de información".<sup>287</sup>

La información personal no siempre es utilizada por quien la recolecta, sino que existen empresas que se dedican a comerciar con tales datos, recogiendo y efectuando diversos tratamientos a la información, clasificándola de diversos modos, para luego venderla a otras empresas. Puede ser ofrecida a empresas o laboratorios que fabrican medicamentos, al sector comercial (sector de seguros, financieras), etc. Lo importante respecto de estos contratos, no es el hecho mismo de que nuestra información haya pasado a ser un bien comercial, objeto de diversas transacciones, sino la forma en que ella se haya obtenido o recolectado y si el hecho de su tratamiento y comercialización ha sido puesto en conocimiento del titular de esa información.

#### 4.3.1.5. Delitos informáticos.<sup>288</sup>

La tecnología informática, ha traído innumerables beneficios para las actividades del ser humano. Sin embargo, también ha posibilitado la aparición de nuevas conductas abusivas y dañosas, así se observa que los computadores y redes telemáticas de comunicación son utilizadas como nuevos medios para cometer delitos tradicionales, y a su vez aparecen otras conductas que tienden a vulnerar nuevos bienes jurídicos, relacionados con estas tecnologías, y que podrían ser consideradas como ilícitos penales. En este acápite pretendemos determinar cuáles son estas nuevas conductas, cómo han sido estudiadas por la doctrina, todo en relación al derecho a la intimidad, que es el que nos ocupa.

---

<sup>287</sup> Carrasco Blanc. Ob.cit.,p. 184.

<sup>288</sup> Obviamente, estos no son una técnica informática, pero los incluimos bajo ese rótulo porque sus autores se sirven de los elementos y técnicas informáticas para cometerlos.

En relación a los delitos informáticos, es común que se distinga entre delitos propiamente informáticos y delitos computacionales. Estos últimos son aquellos que vulneran bienes jurídicos tradicionales utilizando al cometerlos, algún elemento de la informática; JIJENA LEIVA señala que en ellos se comprenden "todas aquellas hipótesis delictivas que admiten ser encuadradas dentro de los tipos tradicionales, ya que en ellas los medios informáticos sólo han sido una específica herramienta de comisión",<sup>289</sup> y coloca como ejemplo el caso en que alguien obtiene dinero manipulando el sistema de transferencia electrónica de fondos de un banco. En su opinión,<sup>290</sup> estas conductas no constituyen propiamente delitos informáticos, son delitos que vulneran bienes jurídicos tradicionales a través de un nuevo medio de comisión, y que serán sancionados -en general- de acuerdo al tipo penal en cuestión; sin embargo, algunas legislaciones han enfrentado problemas para ello, porque la redacción de los preceptos penales no ha permitido entender incluido este nuevo medio en la forma delictual tipificada, por lo que han debido modificarlos.<sup>291</sup> En tanto, que los delitos informáticos propiamente tales, en términos generales, "serían aquellos en que el bien jurídico tutelado es la información, esto es, el contenido de bases o bancos de datos o el producto de los procesos automatizados de tratamiento de aquellos".<sup>292</sup>

Por otra parte, los autores utilizan diversos términos para referirse a estos delitos: delincuencia informática, criminalidad informática, abuso informático, pero la expresión más común es delitos informáticos.

DAVARA RODRÍGUEZ, señala que no parece adecuado hablar de delito informático porque como tal no existe, es decir, no hay un tipo penal que así se denomine. Sin embargo, el mismo autor admite la expresión por conveniencia para referirse a "determinadas acciones y omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la ley, en las que ha tenido *algún tipo de relación en su comisión*, directa o indirecta, un bien o servicio informático",<sup>293</sup> definiendo en concreto el delito informático como "la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o

---

<sup>289</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 84.

<sup>290</sup> Jijena hace referencia, además, a Morales Ríos, Hernando, que efectúa la misma distinción o clasificación, y los entiende de forma similar a lo que él señala. Ob.cit., p. 84-85.

<sup>291</sup> Tal fue el caso en Argentina, en que el tipo penal "estafa" exigía que el engañado fuera una persona, no comprendiéndose, por tanto, el engaño a una máquina.

<sup>292</sup> De esta forma los entendería Morales Ríos, Hernando, según nos señala Renato Jijena, ob.cit., p. 85.

<sup>293</sup> Davara Rodríguez, Miguel Ángel; citado por Cuervo Álvarez, José. Ob.cit.

software".<sup>294</sup> Los autores nacionales HUERTA y LÍBANO, en tanto, lo definen ampliamente como "todas aquellas conductas u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátense de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro".<sup>295</sup>

Como sabemos, para que una determinada conducta sea sancionada penalmente no basta con que ella vulnere a un bien jurídico cualquiera; es necesario, que ese bien sea altamente estimado por los ciudadanos y por el ordenamiento jurídico, y, a su vez, que la conducta sea de tal entidad que merezca el reproche de este ámbito del Derecho.

Como hemos señalado la "información" ha aumentado enormemente su valor, ya no se trata de simples datos acumulados, sino que al estar automatizada se amplía su significado transformándose 'un valor, un interés social valioso, con frecuencia cualitativamente distinto, dotado de autonomía y objeto de tráfico';<sup>296</sup> todo lo cual coloca al poseedor de la misma, en una situación privilegiada de ventaja frente a los demás individuos. De allí que se diga que tener información es tener "poder".

Así, aunque algunos autores, entenderían que "detrás del delito informático no existe un bien un jurídico específico, tratándose solamente de formas de ejecución que afectan a bienes jurídicos de protección penal ampliamente reconocida".<sup>297</sup> REYNA ALFARO nos dice "...el interés vital digno de tutela penal sería: 'la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos), como valor económico de empresa'...".<sup>298</sup> Es decir, la información automatizada ve aumentado su valor, porque pasa a ser de mayor interés para las empresas, pero sin duda no es por ello que las conductas que la afecten merezcan sanción penal.

---

<sup>294</sup> Ibid.

<sup>295</sup> Huerta Miranda, Marcelo y Libano Manzur, Claudio. Ob.cit., p. 116.

<sup>296</sup> Gutierrez Frances, Mariluz. "Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la "información" como valor económico de empresa, en *Estudios de Derecho Penal económico*; citada por Reyna Alfaro, Luis M. *Fundamentos para la protección penal de la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos) como valor económico de Empresa*". R.E.D.I., N° 9, abril de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107135](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107135)

<sup>297</sup> Reyna Alfaro, Luis. Ob.cit.

<sup>298</sup> Reyna A., Luis. Ob.cit., citando a Gutierrez Frances.

Lo importante de lo dicho por REYNA ALFARO es que el objeto de los delitos informáticos, y que permite catalogarlos cómo tales en estricto sentido, es que ellos tienen como común denominador el afectar la información o datos contenidos en un sistema de tratamiento automático, de una u otra forma. Pero, la información por sí misma pareciera no ser un bien jurídico que requiere protección penal, lo relevante es otra cuestión.

Lo que hará necesario la regulación por el Derecho Penal, será la circunstancia de que a través de la utilización y/o tratamiento de la tecnología informática (o utilizándola como medio de comisión, en el caso de los delitos computacionales), se vulneren bienes jurídicos que merezcan la protección penal y que la conducta sea de tal entidad que merezca tal reproche. Pues, como el mismo autor señala "la existencia de un interés social vital<sup>299</sup> no acredita per se la existencia de un bien jurídico penalmente relevantes, es necesario también que éste reúna los requisitos de merecimiento o importancia social y necesidad de protección en sede penal...".<sup>300</sup>

El Derecho Penal, como sabemos, presenta como característica el ser un tipo de regulación de *ultima ratio*, lo cual significa que sólo interviene cuando los demás mecanismos del Derecho se muestran insuficientes para proteger un determinado bien jurídico o para frenar la realización de cierto tipo de conductas. En este sentido, la intimidad es un bien jurídico de alto aprecio por parte de las personas, que hoy en día es protegido penalmente; a su vez, existen ciertas conductas que vulneran este derecho a través del mal uso de la tecnología informática y telemática. Por lo tanto, en sede penal lo importante es determinar cuáles de esas conductas revisten caracteres especiales que hagan exigible una sanción o reproche penal.

Antes de revisar en concreto la protección penal de la intimidad o la necesidad de ella, debemos hacer algunas apreciaciones.

Como características generales de los delitos informáticos podemos señalar las siguientes: i) se distinguen de los delitos simplemente computacionales; ii) el bien jurídico contra el cual atentan directamente, en general, es la información contenida en un registro automatizado; iii) no obstante lo anterior, puede establecerse un bien específico contra el cual atentan según el tipo de información: "si la información es nominativa o relacionada con las personas se atenta contra la

---

<sup>299</sup> Rodríguez Mourullo, señala que en "la valoración del merecimiento de protección o importancia social del interés debe tenerse en claro que éste se refiere ... a la generalidad de los componentes del grupo social y no sólo a la minoría o un sector social determinado, no obstante, la valoración de aquellos intereses que, como la información, tienen un inmanente carácter colectivo, debe abordarse en función a su trascendencia para los individuos..."; en el mismo sentido, Mir Puig señala que "la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración"; citados por Reyna Alfaro, ob.cit.

<sup>300</sup> Reyna Alfaro, ob.cit.

intimidad; de ser económica o representar valores, se atenta contra la propiedad o el patrimonio; y de ser estratégica o relacionada con la seguridad o la soberanía de un Estado ..., contra ... la intimidad nacional";<sup>301</sup> iv) no se trata de un tipo delictual específico, sino de una pluralidad de modalidades delictivas de algún modo relacionado con los computadores;<sup>302</sup> v) esta clase de delitos son considerados dentro de la llamada criminalidad de "cuello blanco", conociéndose así "a la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional";<sup>303</sup> vi) estos delitos son pluriofensivos, esto es, en general, vulneran más de un bien jurídico.

En nuestro concepto, los delitos informáticos, se relacionan con la información contenida en un sistema de automatizado, y con las redes telemáticas, y por ello pueden catalogarse como tales, sin embargo, resulta muy difícil sostener que exista un bien jurídico particular de los mismos, un nuevo bien jurídico, y al que amparen de modo exclusivo. Todo parece reducirse a los bienes jurídicos tradicionales, que se manifiestan de una nueva forma, y que pueden ser afectados de nuevas formas: ¿simples delitos computacionales, entonces?.

Como señalamos existen diversas conductas ilícitas que se catalogan como "delitos informáticos". Los autores efectúan variadas clasificaciones, de las cuales sólo señalaremos algunas.

LÍBANO,<sup>304</sup> a la luz del derecho comparado, clasifica los delitos informáticos de la forma siguiente: a) manipulación indebida de datos a través de la utilización de un sistema de tratamiento de la información: fraude informático; b) delitos de espionaje informático, incluyendo las "formas de acceso no autorizado a un sistema de tratamiento de la información";<sup>305</sup> c) delitos de sabotaje informático, que incluye las formas de destrucción y alteración de datos, y programas de virus; d) delitos de piratería de programas, entendiéndolos sólo como copia indebida de programas por medios informáticos; e) delitos de hacking, en sus diversas manifestaciones.

REYNA ALFARO, señala que las distintas conductas que tienden a penalizarse en Europa pueden ser "subsumidas en tres comportamientos básicos: 1) el espionaje informático, industrial o comercial (falsificación en materia informática, reproducción no autorizada de un

---

<sup>301</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 93.

<sup>302</sup> Cuervo Alvarez, José. Ob.cit.

<sup>303</sup> Sutherland, citado por Cuervo Alvarez, Ob.cit.; en el mismo sentido se pronuncia BRIA, citado por Jijena Renato, ob.cit., p. 87.

<sup>304</sup> Líbano Manzur, Claudio. "El delito de hacking en sus diversas manifestaciones". R.E.D.I., N° 21, abril de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107511](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107511)

<sup>305</sup> Ibid.

programa informático protegido), 2) sabotaje informático (daños o -a- datos computarizados o programas informáticos, destrucción, modificación o inutilización de archivos y ficheros informatizados, distribución de virus y programas delictivos), 3) el intrusismo informático (acceso no autorizado, interceptación sin autorización, uso no autorizado de una computadora)."<sup>306</sup>

Encontrando muchas otras clasificaciones,<sup>307</sup> sin embargo, creemos que para nuestro análisis bastan las señaladas. Determinemos cuáles de esas conductas pueden vulnerar el derecho a la intimidad. Para ello, debemos hacer algunas apreciaciones generales, y descartar algunas conductas, en atención, a cómo las entiende la doctrina.

HUERTA y LIBANO, señalan que la mayoría de los delitos informáticos se cometen a través de alguna forma de manipulación (de datos), que quizás sólo escape a ello un caso de espionaje especialísimo.<sup>308</sup> Por lo cual, la manipulación de datos es un ilícito general y envolvente de las demás conductas ilícitas informáticas; sin embargo, en el derecho comparado se observa la vinculación de la manipulación con el fraude informático, considerándolos sinónimos.

Entre los delitos que mencionan los autores estudiados, en general, se hace referencia, a las siguientes conductas: *fraude informático*, el cual es entendido como la conducta en que incurre una persona mediante la manipulación de datos de un sistema informático -que puede presentar distintas modalidades- con ánimo de lucro y con uso del engaño, provoca un perjuicio de carácter patrimonial a otro. El bien jurídico que vulneran, por tanto, es la propiedad;<sup>309</sup> *el sabotaje informático*,<sup>310</sup> categoría dentro de la cual se incluyen diferentes conductas que tienen

---

<sup>306</sup> Reyna Alfaro, Luis M. Ob.cit.

<sup>307</sup> Cuervo, José, señala que de la clasificación por Sieber las conductas más significativas se agrupan en cinco modalidades principales: a) manipulaciones de datos y/o programas (o fraude informático); b) copia ilegal de programas; c) *obtención y utilización* ilícita de datos (o espionaje informático); d) destrucción o inutilización de datos y/o programas (o daños o sabotaje informático), y e) agresiones en el hardware o soporte material informático, principalmente "hurto de tiempo del ordenador"; Davara Rodríguez, por su parte, señala que la informática como instrumento en la comisión de delito presenta dos vertientes: el acceso y manipulación de datos, y la manipulación de los programas. Luego, atendiendo a la finalidad perseguida clasifica ciertas conductas que pueden ser delitos informáticos: 1) la manipulación en los datos e informaciones contenidas en los archivos o soportes físicos informáticos ajenos; 2) *el acceso a los datos y/o utilización* de los mismos por quien no está autorizado para ello; 3) la introducción de programas o rutinas en otros ordenadores para destruir información, datos o programas; 4) la utilización del ordenador y/o los programas de otras personas, sin autorización, con el fin de obtener beneficios propios y en perjuicio de otro; 5) la utilización del ordenador con fines fraudulentos y 6) *agresión a la "privacidad", mediante la utilización y o procesamiento de datos personales con fin distinto al autorizado*. Citados por Cuervo Alvarez, José. Ob.cit.

<sup>308</sup> Huerta y Libano. Ob.cit. p. 124.

<sup>309</sup> Huerta y Libano. Ob.cit., p. 124-125.

<sup>310</sup> Reyna Alfaro, ob.cit, nos dice que este tipo de delito "debe entenderse como aquellas 'alteraciones causadas en datos computarizados o programas informáticos con la intención de obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones'..."; Romeo Casabona, Carlos, por su parte, señala que "consiste en la destrucción o inutilización del soporte lógico, esto es, de datos y/o programas contenidos en un ordenador (en sus bandas magnéticas)", citado por Huerta y Libano. Ob.cit., p. 138.

en común el objeto de destruir los datos contenidos en un sistema informático, total o parcialmente. Así, se incluyen la destrucción de datos, su alteración, y la introducción de virus, por lo cual serían delitos de destrucción, afectando el bien jurídico propiedad; y los delitos de *piratería de programas*, que HUERTA y LÍBANO, lo entienden sólo como copia indebida de programas por medios informáticos, "es un delito informático en virtud del cual el sujeto se aboca a la tarea de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar, transformar, y/o exportar o importar material software, sin estar autorizado para ello, con o sin ánimo de lucro, a través de un sistema de tratamiento de la información, y en perjuicio del legítimo derecho de la persona natural o jurídica, o grupo de personas naturales o jurídicas ligadas por un contrato de colaboración, fabricantes de software".<sup>311</sup> Este tipo de delito también atenta contra la propiedad, en este caso la intelectual o industrial, según cual sea la regulación.

Las clases de delitos anteriores, parecen no tener incidencia directa con el derecho fundamental objeto de nuestro estudio.

Otros tipos de delitos son: el espionaje informático, el intrusismo informático, y el hacking. Estas conductas, en principio, tienden a tener incidencia en el derecho a la intimidad, por la conducta básica en que consisten.

El "*espionaje informático*", sin otra calificación, en concepto de la doctrina comparada "consiste en obtener una información de forma no autorizada, sea por motivo de lucro o de simple curiosidad, hecho que implica espiar y procurarse una comunicación o bien una utilización de un sistema de tratamiento de la información en forma desleal, no autorizada".<sup>312</sup> Con esta definición el bien jurídico información puede tener cualquier carácter, es decir, puede ser personal y con ello afectarse el derecho a la intimidad; puede ser comercial, o datos de estrategia de defensa de un Estado, etc. Otros autores, como REYNA ALFARO prefieren hablar de espionaje informático "industrial o comercial" con lo cual ya se acota el bien jurídico, así señala "Siguiendo a GUTIÉRREZ FRANCES agregamos las acepciones industrial o comercial pues entendemos como ella que hacerlo así limita convenientemente la esfera de análisis, en caso contrario estaríamos afirmando la inclusión de afectaciones a bienes jurídicos de contenido distante al materia de análisis (delitos contra el Estado y la defensa nacional, delitos contra la Intimidad, por ejemplo)".<sup>313</sup> Así, parecen conceptualizarlo como la obtención con ánimo de

---

<sup>311</sup> Huerta y Libano. Ob.cit., p. 156.

<sup>312</sup> Ello, según señalan los autores chilenos, Huerta y Libano. Ob.cit., p. 132-133.

<sup>313</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel. Ob.cit.

lucro, y sin autorización, del valor de tráfico industrial o comercial de una empresa, representada por su información como valor económico. El bien jurídico, en concepto de estos autores, por tanto, sería la propiedad de las empresas industriales o comerciales.

Se ha señalado que el delito de espionaje debe dirigirse a mantener el secreto o reserva de la información. Así, en derecho comparado, este tipo de delito tendría por "finalidad la violación de la reserva u obligación de secreto de la información contenida en un sistema de tratamiento de la información".<sup>314</sup>

Nosotros entendemos que en tanto, el tipo delictual que se establezca no acote cual es el bien jurídico que se protege con la sanción de las conductas que pueden ser catalogadas de espionaje informático, él cubriría y protegería cualquiera de los bienes jurídicos mencionados, esto es, la propiedad de las empresas, la defensa nacional o seguridad del Estado, o el derecho a la intimidad. Todo dependerá de cual es la información que se obtiene o pretende obtener, o a la que se accede; la conducta en que consista el espionaje, ciertamente, como han señalado algunos autores se relaciona con la reserva de la información.

La denominación "intrusismo informático", como vimos, es utilizada por REYNA ALFARO. Entre las conductas que incluye nos interesan dos: el acceso no autorizado y la interceptación sin autorización; pues el hurto de uso de tiempo de un computador, atentaría contra la propiedad. En relación a la intimidad, será relevante el acceso no autorizado a un sistema de tratamiento que contenga información personal, y la interceptación sin autorización, entendiendo que lo interceptado es una transmisión de información por medio de una red telemática -por ser el tema que nos ocupa-, sea que se refiera a una transmisión que efectúe una persona autorizada para efectuar el tratamiento de información personal, sea que consista en la interceptación de una comunicación privada, por ejemplo, que tenga lugar a través del correo electrónico.

Otro clase de delito, o conducta que mencionan algunos autores y que podría revestir los caracteres de delitos, es el llamado "hacking".<sup>315</sup> El hacking consiste básicamente en un acceso o ingreso a un sistema automatizado de información indebidamente o sin estar autorizado para ello. Esta conducta de acceso indebido puede ser el medio o herramienta para cometer otro delito como los ya vistos, o bien puede constituir un delito autónomo que se consuma con el sólo hecho del ingreso sin autorización. De lo anterior deriva su clasificación en hacking indirecto y en

---

<sup>314</sup> Así lo señalan Huerta y Libano, conceptualizando el delito a la luz del derecho comparado. Ob.cit. p. 132.

<sup>315</sup> Esta expresión es de común uso entre los autores, a modo de ejemplo la utilizan Huerta y Libano, ob.cit., y Ribas, Xavier. *Hacking/Cracking/Phreaking .Remailers anónimos*. Abril, 1997. [Http://www.onnet.es/04003/htm](http://www.onnet.es/04003/htm)

hacking directo, respectivamente. Algunos autores, califican de Cracking a los primeros, es decir, a aquellas conductas en que el acceso indebido es utilizado como un medio para cometer otro "ilícito", y al sujeto que la efectúa como una Cracker -un hackers dañoso o mal intencionado;<sup>316</sup> en tanto, que el hacking directo sería el acceso indebido propiamente tal, en el cual el sujeto no pretende cometer otro delito, sino que su objetivo es simplemente acceder a un sistema, demostrando sus habilidades informáticas. Los sujetos activos de esta última conducta, serían propiamente los "hackers".

Estas son las conductas generalmente mencionadas por la doctrina, que pueden tener el carácter de delito. Ahora, ¿cuáles son las que afectan o pueden afectar el derecho a la intimidad?. Entre las conductas vistas, pueden tener tal carácter, el denominado espionaje informático, la interceptación indebida de una comunicación, y el hacking directo o acceso indebido a un sistema informático.

El espionaje informático tiene como idea básica averiguar y obtener información sobre algo o alguien, con la intención de conseguirlo. Eso es lo que mueve al sujeto activo, y su conducta atentaría contra el bien jurídico intimidad, cuando la información a la cual se dirige la conducta es de carácter personal. El espionaje informático puede efectuarse a través de diferentes métodos, entre ellos la interceptación indebida, entendiendo por tal la conducta de apoderarse de algo -de información- antes de que llegue a su destino sin impedir tal llegada. En materia informática ello implicará la interceptación de una comunicación de información que se efectúa a través de una red telemática. Concebida así, podría incluirse dentro de este tipo de conductas la recopilación de información a través de la red, sin haberlo informado al usuario. También la conducta más clara, de espionaje es acceder a un sistema informático que contiene información personal con el objeto de apropiarse de ella.

En cuanto a la interceptación de una comunicación o transmisión de información a través de una red, que puede referirse tanto a un mensaje o correo electrónico, como a una transmisión de datos que se efectúa en razón de la celebración de un "contrato" electrónico entre el usuario y una empresa en la red, el ataque a la intimidad -en el caso de nuestro ordenamiento jurídico a la inviolabilidad de las comunicaciones-, sería directo, y se consumaría con el sólo hecho de la interceptación, aunque no se obtenga información alguna. La conducta de obtención de datos

---

<sup>316</sup> Ribas, Xavier. Ob.cit.

mediante acceso indebido exigirá probar que ello se efectuó con tal intención, es decir, sería un tipo doloso.

Respecto a la conducta denominada "hacking directo", que se caracteriza porque la finalidad del sujeto sólo es acceder a un sistema informático, violando las medidas de seguridad, pero sin ánimo de obtener información ni cometer otro daño o delito. Se ha señalado que "... consiste en acceder de manera indebida, sin autorización o contra derecho a un sistema de tratamiento de la información, con el fin de obtener una satisfacción de carácter intelectual por el desciframiento de los códigos de acceso o passwords, no causando daños inmediatos y tangibles en la víctima, o bien por la mera voluntad de curiosear o divertirse de su autor".<sup>317</sup> Entre los autores hay discusión en cuanto a si esta conducta merece sanción penal. Algunos señalarían que no debe ser considerada como delictiva, fundándose en que esta clase de hacking "no constituye ofensa alguna y que castigar al hacker por el simple hecho de acceder significaría pisotear el derecho a la intimidad del hacker".<sup>318</sup> SIEBER, en tanto, se pronuncia partidario de la atipicidad del hacking directo, en la medida que luego de acceder, el hacker informe o dé noticia a las víctimas de la manera como ingresó.<sup>319</sup> Por su parte, HUERTA y LÍBANO, señalan que "Estas conductas, a pesar de no causar un daño directo y tangible, son delitos en si mismas y deben, necesariamente, estar reguladas y sancionadas".<sup>320</sup>

Consideramos que la conducta del hacker no dañoso, debe ser sancionada, pero no es tan fácil sostener que merece sanción penal. De acuerdo a los principios del derecho penal, la conducta debe ser tal que merezca ese tipo de sanción, y el bien jurídico que se afecte debe ser muy importante para el ordenamiento jurídico. ¿Qué bienes jurídicos puede afectar el mero acceso indebido?. Puede ser la propiedad o la intimidad, atendido su carácter no dañoso. Como en nuestro concepto la intimidad es predicable sólo respecto de las personas naturales, si el hacker accede al sistema de una entidad jurídica, pública o privada, afectará la propiedad; en tanto que si se refiere al sistema informático de las personas naturales, se afectaría su intimidad. Con todo, y como señalan HUERTA y LÍBANO, la penalidad de este tipo de conducta no debiera ser tan elevada.

Pero, además, de las conductas señaladas, existen otras que podrían ser tipificadas como delito en nuestra opinión. Tales son por ejemplo la utilización de informaciones personales

---

<sup>317</sup> Huerta y Libano. Ob.cit. p. 170.

<sup>318</sup> Ibid. p. 172

<sup>319</sup> Sieber, Ulrich; citado por Huerta y Libano. Ob.cit. p. 172.

<sup>320</sup> Huerta y Libano.Ob.cit. p. 170.

indebidamente por el responsable de un banco de datos para otras finalidades que las autorizadas, por la ley o por el titular de los datos. Ello porque la violación del derecho proviene de aquella persona a quien se le han confiado y que debía precisamente cuidar un mal uso. Otra conducta que merecería sanción penal, es la relativa a la revelación de los datos personales, secretos o informaciones confidenciales de una persona, por quien está en la misma situación del caso anterior, esto es, con el deber de cuidado de tales datos, considerándose delictiva no sólo si es el responsable del banco de datos, sino también a las demás personas que tengan acceso a tales datos, por estar autorizados para trabajar en su tratamiento.

#### 4.4. Revisión de normativa jurídica específica referida a los problemas que enfrenta la intimidad frente a la informática. Principios que la inspiran.

En este apartado nos referiremos a los principios inspiradores de la legislación protectora de datos personales, restringiéndonos a la legislación vigente en Chile y las normas dictadas por la Unión Europea, así como la legislación española, por haber encontrado de mayor significación y relevancia estas normas, y por razones de extensión no podemos referirnos a la legislación de otros países, aunque hemos podido constatar de las alusiones que diversos autores efectúan, que la protección de datos personales es un tema de actual debate legislativo relevante, existiendo normas en diversos países latinoamericanos y demás países europeos.

Hemos podido observar que los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, en general, se están preocupando de la protección de la intimidad frente a los posibles usos indebidos de las tecnologías informáticas y telemáticas, algunos desde el mismo texto constitucional, otros sólo desde el punto de vista legal. En relación a la legislación protectora de la intimidad, se detecta la existencia de regulación ante todo desde el punto de vista civil, a través de las denominadas leyes protectoras de datos personales; por otra parte, la protección penal de la intimidad parece ser menor.

#### 4.4.1. Protección de la intimidad frente a la informática en el Derecho Comparado.

##### 4.4.1.1. En el ámbito constitucional.

Diversos textos constitucionales extranjeros contienen normas que reconocen el nuevo aspecto positivo del derecho a la intimidad, esto es, como el derecho a controlar el uso que terceros hagan de las informaciones personales. Así, a nivel latinoamericano lo consagran las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Perú, Paraguay y Nicaragua.<sup>321</sup>

De un análisis de estos textos, podemos señalar lo siguiente:

1) En todos estos textos, se reconoce el derecho de toda persona a conocer la información que sobre ellas se contenga en un registro de datos, sin restringirlo a los de carácter automatizado. Sin embargo, no todos coinciden o son similares en cuanto al tipo de registros respecto de los cuales puede ejercerse el derecho. Todos lo conceden respecto de los ficheros estatales o "gubernamentales" o que hayan registrado las autoridades estatales, la diferencia se presenta respecto de los ficheros privados. En relación a estos últimos, la Carta Argentina alude a registros "privados destinados a proveer informes", y la de Paraguay, se refiere a registros "privados de carácter público", pero las demás Constituciones señaladas -salvo la colombiana, como veremos- sólo lo reconocen respecto de los ficheros estatales. Tal restricción del derecho de acceso o a conocer los datos, no nos parece adecuada. El derecho a la intimidad es un derecho que se posee frente a toda persona, pública o privada, y el derecho de acceso no es sino una forma en que ella

---

<sup>321</sup> La Constitución argentina de 1994, señala en su artículo 43, tercer párrafo "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"; la Constitución brasileña en su art. 5 señala en su apartado LXXII "Se concederá "habeas data": a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo", y en el apartado LXXVII, del mismo artículo, establece la gratuidad de la acción de "habeas data"; la Constitución colombiana, en tanto, en su art. 15, que reconoce el derecho a la intimidad, señala también que toda persona "... tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución..."; la de Guatemala, en su art. 31 dispone "Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos."; la Constitución de Nicaragua, por su parte, en su art. 26 N°4 señala que toda persona tiene derechos "A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información."; y la de Paraguay, en su art. 135, dispone que "Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos."

Textos extraídos de Palazzi, Pablo. *Privacidad. Protección de datos personales. Privacidad y Habeas Data en América Latina*. [http://www.ulpiano.com/recursos\\_privacy\\_latinoamerica.html](http://www.ulpiano.com/recursos_privacy_latinoamerica.html).

se manifiesta, y al restringirlo constitucionalmente se incurre en un grave error. Pues aunque por ley, eventualmente, se pueda reconocer ese derecho a conocer las informaciones, se corre el riesgo de que las entidades privadas aleguen que su derecho de "libertad informática", también tiene rango fundamental y que en relación al derecho a la intimidad no se le ha obligado a permitir a permitir que se acceda y conozcan los datos que almacena. Si bien los textos de Paraguay y Argentina, otorgan el derecho sobre algunos registros privados, la restricción no debiera contemplarse, además la referencia a registros privados de "carácter público" se presenta como innecesaria, ya que si entendemos que un registro es de carácter público es porque a él puede acceder cualquier persona y, en consecuencia, obviamente, y sin necesidad que se dijera en la Constitución, el titular de los datos podría acceder y conocerlos.

Ante ese problema, nos parece más adecuada la norma de la Carta colombiana ya que es mucho más amplia, pues concede el derecho respecto de "... los bancos de datos y ... archivos de entidades públicas y privadas", sin restringirlo de modo alguno.

2) Además se reconocen otros derechos, los más comunes son el derecho de rectificación,<sup>322</sup> de actualización,<sup>323</sup> de supresión o destrucción,<sup>324</sup> y algunas Constituciones reconocen un derecho amplio a conocer la finalidad<sup>325</sup> con que los datos personales se tienen o son usados. La Constitución brasileña, declara, además, la gratuidad de la acción de hábeas data; y la argentina, agrega, un derecho a exigir "la confidencialidad".

3) En cuanto a la forma en que se consagran los diferentes derechos, se detecta como principal diferencia, el que algunos textos los contemplan como derechos que se ejercen ante los tribunales, a través de una acción, entre ellos el texto brasileño, argentino y el paraguayo; en tanto, los demás reconocen tales derechos en forma amplia, simplemente los declaran.

Al respecto, cabe señalar que una cuestión es reconocer un derecho, y otra es otorgar una acción para hacerlos efectivos por intermedio de los tribunales. Las facultades de control de las informaciones personales, cualquiera sean las que se consideren como tales, estimo que deben ser reconocidas de forma directa, para que ellas puedan ejercerse sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. La acción jurisdiccional -el habeas data- ha de ser un remedio o una

---

<sup>322</sup> En las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay.

<sup>323</sup> Ibid., salvo la Carta brasileña.

<sup>324</sup> En los textos argentino y paraguayo.

<sup>325</sup> Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Argentina.

garantía, y que sólo llegue a ejercerse cuando de forma voluntaria el "responsable" del fichero de datos, no permita ejercer los derechos o facultades de control sobre las informaciones personales, o deniegue lo solicitado. De esa forma, además, de proteger mejor a las personas, reconociendo directamente sus derechos, se evita que los tribunales tengan exceso de trabajo. Por supuesto, en todos caso, deberá concederse la acción jurisdiccional como garantía de tales derechos.

4) El único texto constitucional que contiene alguna alusión a datos que doctrinariamente se consideran "sensibles", el de Guatemala, el cual prohíbe "los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos".

5) Mención aparte, merece el texto de la Constitución peruana, no por estimar que sea mejor, sino porque la fórmula empleada es totalmente distinta a los textos anteriores, no hace mención derechos específicos, sino sólo establece el derecho de toda persona "a solicitar ...la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública..."<sup>326</sup>, con lo cual no está precisamente refiriéndose a información de carácter personal; no está reconociendo concretamente el aspecto positivo de la intimidad, sino más bien parece consagrar un derecho de petición (de información) con obligación de respuesta (a diferencia del derecho de petición que establece nuestra Constitución en su art. 19 N° 14). No obstante, es obvio que en ella se comprende la información sobre su persona, y reconocería implícitamente el derecho de acceso o a conocer tal información. A su vez, este texto fundamental establece que ese amplio derecho a solicitar información encuentra como excepción a su ejercicio la información que afecte la intimidad personal. Esto parece innecesario, toda vez que el reconocimiento del derecho a la intimidad, ya obsta a que tal información se entregue. Por último, en el mismo sentido, establece el derecho de toda persona "a que los servicios informáticos<sup>327</sup>, computarizados o no, públicos o privados, no suministren

---

<sup>326</sup> El apartado 5 del art. 2 de la Constitución peruana dice que toda persona tiene derecho "A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con le costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria puedan levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado", en tanto que el apartado 6 concede el derecho "A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar ". Texto extraído de Palazzi, Pablo. Ob.cit.

<sup>327</sup> Aquí está mal empleado la expresión "informático", pues la informática es la ciencia de la información automatizada, por lo que no sería adecuada esa expresión para referirse a un registro o servicio de información que no es computarizado.

informaciones que afectan la intimidad personal y familiar", con lo cual reconoce el derecho a la intimidad en su tradicional aspecto negativo.

A nivel europeo, en tanto, entre los textos fundamentales que contienen normas específicas relativas a la relación entre el derecho a la intimidad y la tecnología informática, encontramos: la Constitución española y la portuguesa.<sup>328</sup>

La Constitución española, luego de declarar que garantiza la "intimidad personal y familiar", tratando o reconociendo en el mismo artículo<sup>329</sup> otros derechos relacionados con ella, dispone: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

El profesor PÉREZ LUÑO, señala respecto a esta norma, que no obstante constituir un gran avance en la materia, ella no representa la forma más adecuada de regulación. Sus críticas se relacionan con la ubicación del precepto, "en el marco de las libertades públicas",<sup>330</sup> y "el restringido alcance expreso de su contenido a la órbita personal y familiar" ... supone un planteamiento fragmentario e individualista" de las complejas cuestiones que se suscitan entre la informática y el derecho a la intimidad. Señala que entiende que por la redacción del precepto, la intimidad es concebida como un derecho individual, de lo cual se deriva un "peligro de que una exégesis literal deje fuera del ámbito de esta norma constitucional los aspectos sociales y colectivos de la cuestión tendientes a posibilitar a las personas y a los grupos el acceso a las informaciones que directamente les afectan";<sup>331</sup> y, además, sostiene que "el equilibrio sociopolítico exige que se reconozcan formas de participación en las materiales archivados en los bancos de datos",<sup>332</sup> y ello porque la actuación política actualmente esta ligada estrechamente con el acceso y control de la información.

---

<sup>328</sup> Reducimos nuestro estudio a estas Constituciones, por cuanto no disponemos del texto de otras Constituciones.

<sup>329</sup> La norma textualmente señala: "El artículo 18 Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial; 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

<sup>330</sup> Pérez Luño, Antonio. Ob.cit., p. 338.

<sup>331</sup> Ibid.

<sup>332</sup> Ibid.

Coincidimos con el profesor español, en su crítica, pues el texto español simplemente establece que para proteger ciertos derechos se "limitará el uso de la informática"; no reconociendo concretamente ningún derecho en forma expresa.<sup>333</sup>

Pero, además, la Carta fundamental española, contiene otra norma relacionada con los datos personales, y la nueva noción de la intimidad. En su art. 105 b) establece que la ley regulará "el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".<sup>334</sup> Si bien este precepto, parece salvar en algo, la deficiencia del art. 18.4, presenta el mismo problema de no consagrar o reconocer ningún derecho para las personas en forma directa, sino que se limita a la regulación que haga la ley. Con todo, del texto literal del precepto, se deriva una orientación o principio que debe seguir la ley en tal caso, y que consiste en que implícitamente se reconoce un derecho a las personas para acceder a los registros públicos, con las excepciones que contempla, pero será la ley la que determine la forma en que se pueda ejercer.

La Constitución portuguesa, por su parte, en su art. 35 se refiere a la utilización de la informática. Reconociendo expresamente, en su inciso 1º, el derecho de cada ciudadano a tomar conocimiento de las informaciones que a ellos conciernen y que estén contenidas en registros (bases y bancos de datos), de conocer el uso al que ellas son destinadas y poder exigir su rectificación y actualización o puesta al día; y, en su inciso 2º, establece que la informática no puede ser utilizada para tratar datos referentes a convicciones políticas, creencias religiosas o a la vida privada, salvo que el procesamiento se efectúe para fines estadísticos de datos no atribuibles a una determinada persona; y en su inciso 3º, prohíbe la atribución o establecimiento de un número nacional único a los ciudadanos.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> Sin embargo, algunos autores ven en este artículo el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, en tal sentido se pronuncia Lucas Murillo, citado por Fernández Salgado, Francisco. "El régimen Jurídico del Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España". Revista Ius et Praxis. Derecho en la región. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Soc., Impresos Universitaria. S.A., Año 3, 1997, p. 44; también parece entenderlo así Cuervo Alvarez, José, ob.cit., pues señala "El artículo 18 acoge un contenido amplio de intimidad. Junto a la declaración general de positivación del derecho a la intimidad, se reconoce el derecho a la intimidad domiciliaria y a la libertad y confidencialidad de comunicaciones privadas, para acabar con la constitucionalización del "habeas data" o faceta informática de la intimidad que la "privacy" adopta frente a los peligros de la informática. El artículo 18.4 CE. reconoce la dimensión positiva de la intimidad, convertida en "libertad informática" que básicamente constituye un derecho de control sobre los datos personales que circulan en la sociedad informatizada.". De esta forma, parece ser que la doctrina española a pesar de lo restringido del texto expreso de su Constitución, lo entiende como reconociendo un derecho fundamental, y más específicamente el aspecto positivo de la intimidad.

<sup>334</sup> Extraído de Pérez Luño, Antonio. Ob.cit., p. 340.

<sup>335</sup> El texto en comento dice: "Utilização da Informática. 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos macanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização; 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes

Este texto tiene la virtud de haber sido el primer texto constitucional en regular los problemas derivados del uso de la informática para los derechos de las personas, y sería, además, el primer texto europeo en reconocer expresamente el derecho a la intimidad. Además, y como todos los autores lo señalan, la forma en que trata el tema es muy elogiable, pues, como podemos observar, reconoce directa y expresamente nuevos derechos, que son las denominadas facultades de control de los datos personales, sin limitarla de modo alguno ni señalar siquiera que ello se efectuará conforme a la ley. De lo cual, nosotros podemos derivar que las limitaciones que, eventualmente, lleguen a fijarse por la legislación en atención a proteger otros intereses o bienes jurídicos serán excepcionales y muy justificadas. Por otra parte, y que es quizás lo más relevante y particular de este texto, prohíbe directamente el tratamiento de determinados datos, los denominados "datos sensibles", y la excepción sólo está referida al plano estadístico y que implica que no se pueda identificar a las personas.

En cuanto a los datos que esta Constitución prohíbe su tratamiento, podemos hacer algunas apreciaciones personales. Los datos referentes a las convicciones políticas y de fe religiosa, ciertamente son de carácter sensible, y nos parece adecuada la prohibición de tratamiento, pues no divisamos casos en que ello sea necesario: ¿qué interés representa el conocer la ideología política o religiosa de una persona?, ¿es necesario que la persona los declare para solicitar algún beneficio de parte del Estado?, ¿qué beneficios representa para la sociedad conocer estos aspectos de la vida de una persona?, ¿qué beneficio pueden otorgar las empresas a la persona si conocen tal información?. Para todas las preguntas, la respuesta parece ser una sola: no hay o no debiera haber ningún interés, y los beneficios, si es que alguno hubiera -que personalmente no detectamos-, serían mínimos. Todo lo contrario sucede en cuanto a los peligros que encierra el conocimiento y tratamiento de esta información tan delicada, los peligros de ser perseguido por la ideología que se profesa, no son meras suposiciones, la ideología política puede ser causa de persecución frente a un quiebre de la institucionalidad, o, sin que ello suceda, al igual que la ideología o creencia religiosa o no creencia, puede motivar la acción de grupos extremistas que nos ataquen tan sólo por tener ideas distintas; o incluso, ser discriminados para acceder a algún lugar, socialmente, o ser rechazados en trabajo o establecimiento educacional,

---

a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos; 3. E proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos". Jijena, Renato. Ob.cit., p. 67.

etc. La prohibición de tratar estos datos, es sin duda la mejor manera de salvaguardar nuestros derechos.

En relación a los datos referentes a la vida privada, la situación no es tan simple, está sujeto a mayores discusiones. Ante todo, y es lo normal, deberemos determinar que entendemos por "vida privada", lo cual implica un proceso de interpretación, y como sabemos la noción es ambigua y variable, a lo que se entienda como tal, en determinado caso, se aplicará la prohibición.<sup>336</sup> Sin embargo, ese concepto amplio otorga una mayor protección. Lamentablemente, no hemos tenido acceso a algún autor que analice el alcance de la norma en este aspecto. Ante ello, consideramos que la prohibición no debiera ser entendida en forma amplia ni absoluta, pero sí como una regla dirigida al legislador para que tienda a proteger el importante derecho fundamental de la intimidad (o "vida privada").

#### 4.4.1.2. En el ámbito legal.

Las legislación comparada desde hace muchos años comenzó a preocuparse del tema de la intimidad frente al uso, o posible abuso, de la informática.

Actualmente, a nivel comparado se observa la existencia de textos legales que regulan el tema de la utilización de la informática, abordando diferentes aspectos de ella y problemas que se ha suscitado. En términos generales, podemos señalar que la regulación desde el punto de vista "civil" se manifiesta a través de leyes de protección de datos personales en orden a proteger el derecho a la intimidad y otros derechos personales; desde el campo penal, en cambio, la protección de la intimidad no parece ser abordada por la mayoría de los países, que han orientado sus esfuerzos legislativos -o bien son los que logran aprobarse por los legisladores- a tipificar delitos que sancionan conductas que vulneran la propiedad, sea contemplando delitos de espionaje, de sabotaje, o de fraude informático, así como a sancionar la piratería de programas.

Parece necesario, primero, recordar los inicios de la discusión doctrinaria y legislativa en la materia, al menos para conocer la problemática y las primeras orientaciones.

Como señala PÉREZ LUÑO, "la discusión teórica y los primeros textos normativos aparecieron en los países donde, junto a un mayor desarrollo tecnológico, se daba también mayor

---

<sup>336</sup> Con todo, hay siempre aspectos que siempre serán considerados aspectos privados o íntimos, como son los referentes a la vida sexual o una tendencia sexual, ciertas enfermedades que se padecen y se desee mantener en reserva, el contenido de ciertos documentos, y podría ser también el origen racial; respecto de ellos no obstante, parecen presentarse situaciones en que es necesario conocerlos, pero con medidas adecuadas para garantizar la confidencialidad.

sensibilidad en la defensa de las libertades",<sup>337</sup> y el primer *proyecto* normativo "fue la propuesta británica sobre control del proceso de datos denominada Data Surveillance Bill de 1969, tendente a impedir cualquier intromisión en la vida privada de las personas por medio del uso abusivo de informaciones elaboradas por servicios electrónicos".<sup>338</sup>

Las primeras leyes aparecen en la década del setenta, y son las que en definitiva marcaron "el rumbo" que han tomado las normas posteriores. Entre estas leyes pioneras, los autores señalan, entre otras, las siguientes: en Estados Unidos el "Fair Credit Reporting Act" de 1970, destinado a proteger a los clientes de las sociedades de crédito, la "Privacy Act" de 1974 que "reconoce el derecho de todo individuo *a conocer* las informaciones que se refieren a su persona, así como la facultad de *modificación o cancelación* de las que resulten erróneas o versen sobre materias no autorizadas", la "Privacy Protection Act" de 1980;<sup>339</sup> la ley sobre Datenschutz del Land de Hesse, de 1970, Alemania, que creó el "*Comisario para la protección de la información*"; la Data Lag sueca de 1973; la Ley N° 78-17 de Francia, relativa a la informática, ficheros y libertades, del 1978, que presenta como particularidad el someter a *distinto régimen* la creación de ficheros públicos y privados, siendo más rígida la de los primeros.<sup>340</sup>

Entre la legislación más reciente podemos mencionar en materia penal: La ley sueca castiga el mero acceso a un sistema de procesamiento de datos;"<sup>341</sup> en Brasil, se criticaba que la protección penal sólo estuviera referida al software, sin embargo, existían varios proyectos legislativos para la protección de los datos personales desde el ámbito penal; Alemania en 1986 adoptó la Segunda Ley contra la Criminalidad *Económica*; Austria, reformó en 1987 su código penal, y sanciona la *destrucción* de datos, no sólo datos personales sino también los no personales y los programas, y la estafa electrónica; en Francia, la Ley 88/19 del 5 de enero de 1988 sobre el fraude informático; Estados Unidos en 1994 con el Acta Federal de Abuso Computacional -que reemplazó la ley anterior (el Acta de Fraude y Abuso Computacional de 1986)- modificó "el tratamiento a aquellos que de manera temeraria lanzan ataques de virus de aquellos que lo realizan con la intención de hacer estragos... contempla a otras instrucciones designadas a contaminar otros grupos de programas o bases de datos, modificar, destruir. Copiar transmitir datos o alterar la operación normal de las computadoras, los sistemas o las redes

<sup>337</sup> Pérez Luño, Antonio, ob.cit., p. 350-351

<sup>338</sup> Id., p. 351.

<sup>339</sup> Id., p. 351-352.

<sup>340</sup> Jijena, Renato. Ob.cit., p. 48-49.

<sup>341</sup> Fígoli Pacheco, Andrés. "*Uruguay. El Acceso No Autorizado a Sistemas Informáticos*". R.E.D.I., N° 17, diciembre de 1999. [http://www.v2vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107447](http://www.v2vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107447)

informáticas."; en Inglaterra la Computer Misuse Act del año 1990, sanciona también diversos delitos; Perú, sanciona el delito de violación a la intimidad, en el art. 154 de su Código Penal;<sup>342</sup> Hungría<sup>343</sup> tipifica conductas referidas específicamente a los datos personales.

Entre los países que poseen legislación civil de protección de datos se encuentran: Bélgica, Australia, Hungría, Alemania, Canadá, Dinamarca, Argentina, tan sólo por nombrar algunos.<sup>344</sup>

Respecto a la situación en España, podemos señalar que la ley vigente de protección de datos personales data de 1999, que vino a reemplazar la denominada LORTAD de 1992; y que su Código Penal fue modificado en 1995, sancionando actualmente diversas conductas que vulneran la intimidad.

Debido a que no es el objetivo principal de este estudio, y que sería muy difícil y de gran extensión analizar todas esos textos normativos, limitaremos nuestro examen a la normativa española. En el acápite correspondiente a la legislación chilena, revisaremos comparativamente las legislaciones especiales de ambos países.

#### 4.4.1.3. Normativa supranacional específica.

El derecho a la intimidad es reconocido en diversos textos internacionales, de forma amplia pero sin referirse concretamente a la protección de datos personales, tanto a nivel de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.),<sup>345</sup> de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.),<sup>346</sup> como en el continente europeo en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Entre la normativa internacional especialmente referida al tratamiento de datos personales y su protección, podemos citar: las Directrices para la regulación de ficheros automáticos de datos personales, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 29 de enero de 1991; las Directrices par la Protección de la Privacidad y el Flujo Internacional de Datos Personales, adoptadas por el Consejo de Ministros de la Organización para la Cooperación y

---

<sup>342</sup> Viega Rodríguez, María José. "Delitos informáticos". R.E.D.I., N° 9, abril de 1999. [Http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No\\_9\\_-\\_abril\\_de\\_1999/viega](http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No_9_-_abril_de_1999/viega)

<sup>343</sup> Urioste, Mercedes. "Argentina: protección de datos". R.E.D.I., N° 23, junio de 2000. Texto completo del artículo en [Http://comunidad.derecho.org/redi/habeas6.zip](http://comunidad.derecho.org/redi/habeas6.zip)

<sup>344</sup> Ibid.

<sup>345</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 12 dispone "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su art. 17, contiene una norma similar.

<sup>346</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo que reconoce en art. V y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 11, en ambos textos en términos similares a los señalados en la nota anterior.

Desarrollo Económico (O.C.D.E.), el 23 de septiembre de 1980, y que adoptan la forma de recomendación para los Estados miembros; el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del 15 de noviembre de 1985.

En tanto, que en el seno de la Comunidad Europea, encontramos normas más recientes específicamente referidas a la protección de datos personales o relacionadas con la intimidad, en su vinculación con las nuevas tecnologías. Entre ellas: la Directiva 95/46 referida a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Directiva 97/66 sobre el procesamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

La normativa comunitaria europea, cobra relevancia pues aunque carecemos de la normativa nacional de los países europeos en concreto, ella nos mostrarán la pauta mínima que sus Estados miembros de la Unión deberán seguir en su legislación interna, por ello nos referiremos especialmente al Directiva 95/46CE.

#### 4.4.1.3.1. La Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

La preocupación de los países europeos por la protección de datos personales, comenzó tempranamente ya desde 1973;<sup>347</sup> pero sólo fue hasta 1995 cuando se logró por fin aprobar una normativa comunitaria específica. Esta es la denominada Directiva 95/46CE, de 24 de octubre, 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.<sup>348</sup> La aprobación de esta Directiva, no estuvo exenta de dificultades, los países se mostraban reacios a que una norma comunitaria entrara a

---

<sup>347</sup> En 1979 el Parlamento Europeo aprueba unas recomendaciones y un informe para su interpretación, el cual es conocido como "informe Bayerl", recogiendo los derechos del interesado a ser informado y a la rectificación cuando los datos sean incorrectos u obtenidos ilícitamente; se insta también a los Estados a designar una entidad independiente que cuide de la aplicación de las normas ... de protección de datos personales, ... e informar a los ciudadanos de sus derechos sobre la protección de sus datos personales"; luego las expectativas se pusieron en el Convenio 108, sin embargo, los países se negaban a suscribirlo; posteriormente, vino la propuesta SYN 287, que fue el primer intento legislativo europeo, pero que fue objeto de crítica porque se limitaba a ser un texto de armonización de las diferentes legislaciones existentes en los países europeos.

<sup>348</sup> Para el estudio de esta norma nos servimos únicamente del análisis que efectúa la Doctora Herrán Ortiz, Ana Isabel, de la Universidad de Deusto, España; en su artículo "*La protección de datos personales en el marco de la Unión Europea*". Revista electrónica de derecho (R.E.D.I.). N° 39, octubre de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=115521](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=115521)

regular aspectos ya previstos en sus ordenamientos jurídicos nacionales, estimándose que ello sería una intromisión en su ámbito legislativo nacional.

Esta Directiva comunitaria europea únicamente se refiere a los datos de las personas físicas o naturales.

HERRAN RÍOS nos dice que el objeto y finalidad de la esta Directiva comunitaria se articula sobre la libre circulación de datos entre los Estados, y no sobre la limitación en la actividad informática para asegurar la tutela de los derechos personales, aunque con la necesaria protección de las persona; lo que ella "pretende es conciliar la libre circulación de información como instrumento necesario para el *progreso de las actividades económicas, políticas y sociales* con la necesaria e insalvable tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero sin que el recurso a estos derechos pueda constituir nunca por sí sólo una traba u obstáculo al progreso informático".<sup>349</sup>

Lo central de esta norma, es que ella pretende establecer y constituye el mínimo esencial que deben reconocer los Estados europeos en materia de protección de datos personales, dejando un ámbito de acción propio para cada Estado, en cuanto aumenten la protección.

Entre los temas a que se refiere esta Directiva se encuentran, destacan dos aspectos: la licitud del tratamiento de datos personales y las autoridades de control.

Como regla base establece que los datos deberán tratarse de acuerdo a los principios legalmente establecidos que se concretan en su art. 6, los que en términos generales son: *a) el principio de la finalidad*, según el cual "la recogida de datos deberá responder a fines determinados, explícitos y legítimos y no podrán ser tratados de manera incompatible con tales fines,"<sup>350</sup>ello exige que los fines estén previamente determinados y delimitados con precisión; este principio, a su vez, delimita el periodo por el cual pueden conservarse los datos identificativos del titular, el cual no puede ser superior al necesario para los fines recogidos;<sup>351</sup> y *b) el principio de la proporcionalidad*, el cual exige que la información personal sea adecuada, pertinente y no excesiva con relación a los fines para los que se recabe y trate posteriormente; sólo se podrá declarar la licitud de un tratamiento de datos personales cuando la recogida de la información responda a criterios de veracidad y estricta necesidad. En este sentido, se afirma que los datos deben ser exactos, o sea, deberán responder a la realidad del sujeto en cada

---

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> Esto no afecta a los datos archivados con fines históricos, estadísticos y científicos con las debidas garantías.

momento y “cuando sea necesario actualizados”, adoptándose las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, sean suprimidos o rectificadas.

El art. 7 de la Directiva prevé en qué casos será legítimo el tratamiento de los datos personales; y su art. 8 se refiere a ciertos datos cuyo tratamiento es especial y son los conocidos como datos sensibles "que se definen por su especial vulnerabilidad y proximidad a la persona",<sup>352</sup> se comprenden dentro de estos los que "revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud”, estableciendo que los Estados miembros deberán prohibir el tratamiento de tales datos, estableciéndose, sin embargo, una serie de excepciones al respecto<sup>353</sup>. Lo dispuesto en estos dos artículos se estiman como principios complementarios.

Se establece, además el derecho del interesado de ser informado sobre el tratamiento de sus datos, tanto si han sido recogidos de él como de otra fuente, aunque no se fija en qué momento debe efectuarse la información;<sup>354</sup> posteriormente, se reconoce el derecho de acceso del interesado a sus datos personales, ello *garantiza el control* del tratamiento y la calidad de los datos almacenados.<sup>355</sup>

Se contemplan, en su art. 13, ciertos supuestos en virtud de los cuales las legislaciones nacionales pueden establecer excepciones o limitaciones al ejercicio de los derechos de acceso, información y publicidad del tratamiento; el derecho de oposición se contempla restringido sólo a ciertos supuestos.

Otra norma que merece destacarse es el art.15 que señala “Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos

---

<sup>352</sup> Herrán Ortiz, Ana I. Ob.cit.

<sup>353</sup> Herrán Ortiz nos dice que "las excepciones a tal prohibición, que se resumen en los siguientes supuestos: a) que el interesado haya prestado su consentimiento explícito al tratamiento, salvo que la prohibición no pueda levantarse en la correspondiente legislación nacional; b) que el tratamiento sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas, c) que el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o de otra persona, en el caso de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para prestar consentimiento, d) que el tratamiento sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, asociación o cualquier otro organismo sin fin de lucro, cuya finalidad sea política filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o persona que mantengan relación permanente con tales agrupaciones y dichos datos no se cedan a terceros sin su consentimiento, e) que el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos o sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial".

<sup>354</sup> Dicha obligación de informar cesa cuando el interesado ya ha sido informado previamente, o cuando el registro o la comunicación se encuentran expresamente previstos por la ley o si resulta imposible informarle, o ello implica esfuerzos desproporcionados, como en el caso de que el tratamiento se realice con fines históricos, estadísticos o científicos

<sup>355</sup> El artículo 12 garantiza al interesado el derecho de acceso “libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos.”

sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etcétera”.

Se establece que los Estados miembros deben establecer una Autoridad de control, una o más, que sea de carácter público, y que ejerza sus funciones con total independencia. (art. 28 y ss.)

Contiene también normas relativas a la confidencialidad y seguridad de la información.<sup>356</sup> Con el objeto de dar transparencia al sistema de tratamiento de datos se establece la obligación del responsable del registro de notificar a la autoridad de control, en forma previa al tratamiento de datos personales (art.18). HERRAN nos dice que esto cumple dos finalidades: facilita el ejercicio de los derechos del interesado, y facilita el control del tratamiento (por parte de la autoridad), estableciéndose, no obstante, ciertos casos en que es posible omitir o simplificar esta notificación, siempre que el tratamiento no atente contra derechos o libertades del interesado.<sup>357</sup> La misma autora critica en este aspecto a la Directiva, por no establecer las consecuencias que puedan derivarse del control previo al tratamiento (por lo cual ello queda entregado por completo a las legislaciones nacionales). La obligación de notificación, trae como consecuencia la publicidad del tratamiento, y para ello los Estados, según la Directiva, deben establecer registros en que se deje constancia de los tratamientos notificados -con sólo una excepción- y que sea accesible a cualquier persona

En relación a los posibles daños que se ocasionen por el tratamiento de datos, se establece en su art. 23 que "toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido", pudiendo eximirse de ella si prueba que el hecho dañoso no le es imputable.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Así su artículo 16 señala “Las personas que actúen bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento, incluido este último, sólo podrán tratar datos personales a los que tengan acceso, cuando se lo encargue el responsable del tratamiento o salvo en virtud de un imperativo legal”; y el artículo 17 establece la obligación del responsable del tratamiento de “aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales”.

<sup>357</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel. Ob.cit.

<sup>358</sup> No se establece cuales son las causales concretas que lo pueden eximir de responsabilidad, y ello porque las legislaciones de los países miembros eran variadas; sin embargo, con esta expresión excluye la responsabilidad meramente objetiva.

Además, contiene normas que regulan la transmisión de datos personales desde sus países miembros, hacia terceros países (Art. 25 y ss.). Estableciéndose que ello sólo podrá efectuarse a países que cuenten con un nivel de protección adecuada de tales datos, y que si efectúa tal transmisión a otros países, ello constituirá una violación de la norma comunitaria.

#### 4.4.2. Protección de la intimidad frente a la informática en Chile.

Como vimos en el capítulo I de este estudio, nuestra Constitución simplemente declara el derecho a la vida privada, asegurando su respeto y protección, no contemplando ninguna norma especial referida a los nuevos problemas que ella pueda enfrentar por el abuso de la tecnología informática.

En el ámbito legal, encontramos, en tanto, dos leyes, una de carácter civil y otra de carácter penal, que se preocupan del tema informático y que otorgan protección especial al derecho en estudio. Para revisar cuál es el alcance de esa protección especial en nuestro país, efectuaremos un análisis comparativo de la ley civil con la legislación española; en tanto, que respecto a la ley penal, revisaremos la figuras tipificadas tanto en Chile como en España.

##### 4.4.2.1. Análisis comparativo de la legislación civil de protección de datos personales, chilena y española.

En 1992, España dictó su primera ley sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la cual fue conocida como LORTAD.<sup>359</sup> Esta ley fue muy criticada por la doctrina española, y por ello y por la necesidad de adecuar la regulación a la, recién vista, Directiva 95/46CE, fue derogada por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD),<sup>360</sup> de 12 de diciembre de 1999.

La LOPD española fue dictada el 13 de diciembre de 1999, y entró en vigor el 14 de enero de 2000. Los autores españoles señalan que la nueva ley establece un sistema de protección totalmente distinto a la derogada ley. El cambio fundamental es que la nueva ley se aplica tanto a los ficheros automatizados como a los ficheros tradicionales o manuales, en cambio la antigua sólo se refería a los primeros. Su art. 2.1 establece que “la presente Ley

---

<sup>359</sup> Se conoce así, porque se denomina Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

<sup>360</sup> Texto de esta ley extraído de [Http://www.agenciaprotecciondatos.org](http://www.agenciaprotecciondatos.org)

Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado". En todo caso, esta ley, no ha estado exenta de críticas.<sup>361</sup>

En Chile, en tanto, como sabemos, se dictó el 28 de agosto de 1999, la ley 19.628 "sobre protección de la vida privada", pero, referida específicamente al tratamiento de datos personales.

En el presente acápite revisaremos los aspectos regulados por cada una de estas leyes, determinando que diferencias y similitudes presentan, y las consecuencias que se pueden derivan de la diferencia de criterios.

En nuestro estudio comparativo revisaremos los siguientes aspectos: objeto de la ley, ámbito de aplicación, principios inspiradores, derechos reconocidos a las personas, regulación de los registros de titularidad privada y pública, y entidad de control del tratamiento de datos.

a) Objeto de la ley. La ley española declara que su objeto es garantizar y proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, en especial el honor y la intimidad, en lo que concierne al tratamiento de datos personales.

La ley chilena, no contiene una declaración similar.

La importancia que observamos respecto al punto, es que al declararse el objetivo, él sirve de principio interpretativo de la ley, en el evento que hubiere discusión sobre un punto determinado. Atendido el objeto de la norma española, por tanto, la resolución debe ser más favorable para el titular de los datos. Respecto de la ley chilena, en cambio, parece que tal posición no sería muy clara.

Nuestra ley, no reconoce de forma general la protección de los derechos de los titulares de los datos, en cambio, si declara reconocer que toda persona tiene derecho a crear un banco o registro de datos, es decir, a ejercer su libertad informática.

---

<sup>361</sup> Fernández- Samaniego, en tal sentido señala: "Lamentablemente, no parece que la nueva ley española vaya a servir para asegurar el equilibrio de los intereses en juego, que exige la Directiva 95/46/EC por lo que, desde nuestro punto de vista, se ha perdido la gran oportunidad de mejorar y co-rregir las deficiencias que supuso la LORTAD de 1992". Los intereses en juego son la privacidad de los ciudadanos y los intereses de aquellos que requieren datos personales para el desarrollo de sus actividades en la nueva economía. Fernández-Samaniego, Javier. "La nueva ley de protección de datos de carácter personal española (Ley orgánica 15/99 del 13 de diciembre)". Revista electrónica de derecho. N° 24, julio de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107552](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107552)

Maestre, Javier. Ob.cit., en tanto, señala que "la ambigüedad y falta de precisión de muchos términos y situaciones descritas en la Ley, con independencia de otros reproches más sustantivos circunscritos a aspectos concretos, son las características que, negativamente, se destacan de forma mayoritaria".

b) Ámbito de aplicación. Al respecto ambas leyes tienen un campo de aplicación similar: se aplican, en tanto a los ficheros de carácter automatizado como manuales o impresos (art. 2 y art. 3 letra c), LOPD; art. 1 y art.2 letra o), ley 19.628), y sólo están referidas a los datos de las personas físicas o naturales, excluyéndose las personas jurídicas (art. 2 y 3 letra a), LOPD; art. 2 letra f) -en cuanto define "datos personales"-, ley 19.628); y, además, declaran aplicarse tanto respecto de los ficheros de titularidad privada como pública.

Sin embargo, hay ciertos aspectos en los que difieren. La ley española declara que se aplica a los "datos personales registrados en soporte físicos, que los haga susceptible de tratamiento..." (Art. 2). Observamos así que no se refiere estrictamente a los bancos o registros de datos personales, sino que será aplicable a los datos personales, de forma amplia, aunque ellos no estén contenidos en un registro de datos, esto es, en un conjunto de datos organizados. La ley chilena, en cambio, dice que se aplica al "tratamiento de los datos de carácter personal *en registros o bancos de datos...*". Lo cual puede tener importancia frente a un caso concreto.

En cuanto a los ficheros de datos personales que se excluyen de su aplicación, la ley chilena declara expresamente que no se aplicará al tratamiento de datos personales "...que se efectúe en ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar...", el cual se regirá por la ley respectiva, es decir, por la ley 19.733, de 2001. Exclusión a la cual más adelante nos referiremos.

La ley española no contiene una excepción respecto a esa materia, pero si excluye otro tipo de ficheros: los mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas -cuyo alcance la doctrina española ha señalado puede ocasionar algunos problemas-; los sometidos a normativa sobre protección de materias clasificadas; y los establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

c) Principios que rigen el tratamiento de datos. Al respecto la ley española, en lo formal, es mucho más ordenada y clara, ya que dedica un Título al tema, al cual denomina "Principios de la protección de datos". Tales principios, según la doctrina española, son los que deben seguirse en la tres fases del proceso de datos, esto es, en la recogida, en el tratamiento y en las posibles comunicaciones o cesiones.

La ley chilena, no declara expresamente cuales son sus principios, sin embargo, en sus disposiciones se recogen algunos. Por ello, atendiendo a los declarados por la ley española, examinaremos si ellos se contienen en nuestra ley.

Los principios españoles son los siguientes:

c.1) Calidad de los datos (art. 4, LOPD). Este principio indica o está referido a las condiciones en que deben efectuarse las operaciones con datos personales. Así, la recogida de datos para su tratamiento sólo se permite cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades que han de ser determinadas, explícitas y legítimas; y, además, deben ser exactos, respondiendo con veracidad a la situación del afectado.

De ello se deriva que, los datos no pueden usarse para finalidades distintas a las señaladas, y que si son inexactos o incompletos, deben ser rectificadas o cancelados, también deben ser cancelados si pierden su finalidad originaria. Reconociéndose, en todo caso, la posibilidad de acceso del interesado.

Nuestra ley, recoge parcialmente este principio en su art. 9, toda vez que señala que los datos sólo pueden ser empleados para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, y que la "información debe ser exacta y actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos". En cuanto a la finalidad, sin embargo, lo dicho no es aplicable cuando los datos hubieren sido recogidos de fuentes accesibles al público.

Por otra parte, relacionado con este principio, ambas leyes señalan que el responsable del fichero (o también el encargado, en la ley española), deben eliminar o modificar los datos que no tengan, o dejen de tener, la calidad señalada, lo cual deben efectuar sin esperar petición del afectado -es decir, de oficio-, aunque éste puede igualmente solicitarlo.

Este principio de calidad de datos, se relaciona con los derechos de las personas o titulares de los datos, los cuales veremos más adelante.

c.2.) Información en la recogida de datos (art. 5, LOPD). Este principio en la ley española presenta dos situaciones. La primera, referida al caso en que los datos son recogidos solicitándolos al titular de los mismos. En tal evento, se debe informar al afectado o titular acerca de ciertos aspectos relacionados con tratamiento de los datos: la existencia del fichero o tratamiento de datos, la finalidad de la recogida y los destinatarios de la información; la

posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y de la identidad del responsable del fichero y su dirección, o de su representante.<sup>362</sup> La segunda situación, es el caso en que los datos no hayan sido recopilados del mismo titular, sino de otras fuentes, en tal caso se impone la obligación de informar al afectado -dentro de tres meses- acerca del contenido del tratamiento, del origen de los datos, y de los aspectos señalados anteriormente, salvo ciertas situaciones en que no es necesaria tal información, entre ellas si son recogidas de fuentes de acceso público y se destinan a la actividad de publicidad o prospección comercial, pero en este caso, en cada comunicación dirigida al interesado, deben informarse ciertos aspectos.<sup>363</sup>

En la ley chilena, la situación es distinta, existen dos normas vinculadas con el tema: el art. 4 inc.2º y el art. 3 inciso 1º. Del primero se deduce que, la obligación de informar se establece cuando los datos sean recopilados del titular de los mismos, pero sólo respecto de algunos de los aspectos señalados por la ley española, tales son la finalidad o propósito y su "posible comunicación al público", y en cuanto a esto último, no es preciso indicar determinadamente a quienes se comunicarán o cederán los datos. El art. 3 inc.1º, en tanto, señala que el propósito también debe ser informado cuando los datos sean recopilados mediante encuestas, sondeos de mercado y otros instrumentos semejantes, y sólo para este caso se obliga a informar sobre el carácter facultativo u obligatorio de la respuesta.

c.3.) Requerir el consentimiento del afectado o titular (art. 6, LOPD y art. 4, 19.628). En ambas leyes, se establece el mismo principio: para efectuar el tratamiento de datos personales es preciso que el titular de ellos consienta, a menos que la ley disponga lo contrario, es decir, lo autorice. En ambas se dispone que dicho consentimiento debe ser expreso, e informado -en los términos señalados en el punto anterior-, aunque la ley chilena impone concretamente que debe ser escrito; además, tal consentimiento puede ser revocado, pero no tendrá efecto retroactivo.

Se establecen, a su vez, casos en que el consentimiento del titular no es exigible (porque estas leyes autorizan el tratamiento). Este es el punto, en el que se diferencian.

Los casos de excepción en la ley española son los siguientes: 1) que los datos se recojan por las administraciones públicas en el ámbito de su competencia; 2) por las partes de una

---

<sup>362</sup> Además, debe ser informado del carácter facultativo u obligatorio de las respuestas a las preguntas planteadas, y de las consecuencias sobre la obtención de los datos, así como la negativa a suministrarlos. Se establece, sin embargo, situaciones en que no es necesaria tal información.

<sup>363</sup> El origen de los datos, la identidad del responsable del tratamiento y de los derechos que le asisten.

relación negocial, laboral o administrativa, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de la misma; 3) cuando tenga por finalidad proteger un *interés vital* del interesado (se señala que se entiende por tal); y 4) cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público -las cuales se fijan de forma taxativa- y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido (o del cesionario).<sup>364</sup> Todo ello en la medida que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del titular de los datos.

En tanto, las excepciones que contempla la ley chilena, en que no se requiere tal consentimiento, son: 1) cuando el tratamiento lo efectúen organismos públicos en materias de su competencia (y con sujeción a las reglas de la ley); 2) cuando el tratamiento lo efectúen personas jurídicas privadas para uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficios general de aquéllos; y 3) aquellos casos en que los datos se recojan de fuentes accesibles al público -señalando tres situaciones concretas- (art. 4 y 20, ley 19.628).

Se observa, sólo una similitud completa en cuanto a los organismos públicos; la segunda situación de excepción de la ley chilena, nos parece demasiado amplia, sobre todo por la expresión "para uso exclusivo suyo", la idea que encierra es similar al segundo caso de la ley española, y siendo así, ella sería más protectora, pues la acota *sólo a las partes* de determinadas relaciones jurídicas.

En relación a las fuentes accesibles al público, aunque ambas normas señalan las *situaciones taxativamente*,<sup>365</sup> igual se detectan diferencias. Por su importancia, nos referiremos particularmente a ellas. La ley española, al definir las señala que tienen el carácter de tal "*exclusivamente* el censo promocional,<sup>366</sup> los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación" (art. 3, letra j) );

---

<sup>364</sup> De todas formas, en los casos en que no es necesario el consentimiento del afectado, se reconoce a éste el derecho a quedar excluido del tratamiento de los datos, siempre que una Ley no disponga lo contrario y existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.

<sup>365</sup> Utilizamos letra cursiva porque la ley chilena aparentemente es taxativa.

<sup>366</sup> Se entiende por censo promocional a un listado con nombres, apellidos y direcciones de personas, basado en el censo electoral que se puede solicitar al Instituto Nacional de Estadística, por las personas que se vayan a dedicar al rubro de publicidad, reparto de correspondencia, etc., que tiene el carácter de fuente accesible al público sólo durante un año después de otorgada. En todo caso, las personas que no deseen figurar en este "censo promocional" pueden solicitar la exclusión de sus datos de ese listado.

en tanto, la ley chilena, -en principio- atiende al tipo de datos de que se trate, señala que no será preciso el consentimiento si los datos se recogen de fuentes de acceso público, y tales datos son: 1) de carácter comercial, económico, bancario o comercial; 2) o se contienen en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia de un individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, y otros datos similares a la ley española; 3) o se trate de datos necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. (art. 4)

Se observa así, que las situaciones que la ley chilena contempla son bastantes amplias en relación a la española, la cual acota claramente qué registros tienen el carácter de fuentes accesibles al público, sin atender al tipo de datos. La ley chilena, en tanto, posee un concepto *abierto* de fuente de acceso público -cualquiera, cuyo acceso no esté restringido al solicitante-, la taxatividad de los casos en que no se requiere el consentimiento de los afectados, la fija en relación al tipo de datos, los cuáles, como observamos, son amplísimos. Consideramos que es mejor la fórmula utilizada por los legisladores españoles, pues lo que se está haciendo es fijar situaciones en que no se solicita el consentimiento del titular de los datos, y los casos que la ley española señala son claramente acotados -el tipo de datos que figura en las fuentes que señala, son estrictos, como el nombre, profesión, dirección-, en cambio, el primer tipo de datos a que se refiere nuestra ley es sumamente amplio, y debemos considerar que una cuestión es que un dato pueda ser conocido por cualquier persona -pues el acceso a la fuente no está restringido- y otra muy distinta es ellos puedan ser objeto de tratamiento, como combinarlos o darle otros usos, sin que el titular consienta en ello, pero aún más que ni esté informado de ello.<sup>367</sup>

Por otra parte, en lo relativo a los listados de pertenencia a un determinado grupo, la ley española lo limita a "grupos de profesionales"; en tanto, la chilena alude de forma amplia a "una categoría de personas", con todo su interpretación, por amplia que sea, no puede abarcar información o datos sensibles, como veremos.

Por último, por lo que dijimos anteriormente, la ley 19.628 no es aplicable a los medios de comunicación; en tanto, la ley española, sí se aplica a tales medios, y los declara como una fuente accesible al público, lo que en este caso implica que si los datos se recogen de un medio de comunicación no es preciso requerir el consentimiento del titular de los datos.

---

<sup>367</sup> Pues, como vimos, si los datos no se recopilan directamente del titular, de acuerdo a nuestra ley, no es preciso informar nada a él.

Es necesario acotar, que la antigua ley española (LORTAD) sólo enunciaba las fuentes accesibles al público, sin restringir su alcance, y que los legisladores nacionales la tuvieron en vista al elaborar la ley 19.628.

c.4) Datos especialmente protegidos, "datos sensibles" (art. 7 y 8, LOPD). En la legislación española, se otorga un tratamiento especial a cierto tipo de datos, pero no es el mismo para todos los casos. Revisemos cada uno de ellos: a) datos referentes a las ideologías, religión o creencias, los cuales nadie puede ser obligado a declararlos, y, además, junto con los datos que "*revelen*" tales aspectos, así como la afiliación sindical, sólo pueden ser objeto de tratamiento si el titular o afectado lo autoriza expresamente y *por escrito*;<sup>368</sup> b) datos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual. Estos datos sólo pueden ser "recabados, tratados y cedidos cuando, una ley lo disponga por razones de interés general, o el afectado consienta expresamente",<sup>369</sup> en este caso no exige que sea escrito, bastará, por tanto, una expresión inequívoca; c) datos relativo a la comisión de infracciones penales o administrativas, los cuales sólo ser incluidos en registros de las administraciones públicas competentes en los supuestos que las normas reguladoras lo prevean.

Por otra parte la ley prohíbe ficheros creados con finalidad exclusiva para almacenar datos de carácter personal que revelen los datos señalados en las letras a) y b), precedentes, con la exclusión razonable de los relativos a la salud, exclusión no aplicable a la vida sexual.

Nuestra ley, contiene una regulación diferente a la española, básicamente, en dos aspectos. Por un lado, utilizando la voz "datos sensibles", establece un único régimen especial aplicable a todos los datos que tengan este carácter, y él consiste en que su tratamiento sólo puede efectuarse en tres casos: si lo autoriza la ley, lo consiente el titular (en forma escrita, porque es la regla general fijada), o cuando fueren necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud a sus titulares (art. 10). Por otra parte, en relación a los datos que tienen el carácter de "sensibles", nuestra ley no efectúa una enumeración taxativa de los mismos, sino que en forma amplia atribuye tal carácter a los datos referentes a "las

---

<sup>368</sup> Sin embargo, "se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en, cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado." (art. 7.2, LOPD).

Es preciso recordar que la LOPD, en general -respecto de los demás datos-, sólo exige que el consentimiento sea expreso, no exigiendo la escrituración.

<sup>369</sup> Artículo 7, LOPD.

características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad..." (art. 2, letra g), y luego, sólo a vía ejemplar señala algunos que, en general, corresponden a los datos indicados en las letras a) y b), precedentes de la ley española, salvo una exclusión. Al no efectuar una enumeración taxativa, la ley chilena, en principio, es más protectora que la española, protegiéndose todo aquello que el titular no desee ser conocido y esté amparado por su derecho a la intimidad.

Pero, existen otras diferencias concretas. Una, es que la ley chilena no menciona entre sus ejemplos los datos que revelen la afiliación sindical -exclusión a hacíamos referencia en el párrafo anterior-, lo cual es importante, pues en nuestro ordenamiento jurídico tal tipo de datos parece tener un carácter público, y no estando mencionado directamente, no quepa dentro del concepto de dato sensible que la ley da. Por ello, parece que en nuestro ordenamiento jurídico tal tipo de información puede ser objeto de tratamiento, según el régimen general que establece nuestra ley. Otra diferencia, es que uno de los ejemplos que indica nuestra ley como dato sensible es la referida a "los hábitos personales", dato que al no mencionarse en la norma española no tiene protección especial en ese país.

Otra cuestión que puede mencionarse, es que la ley chilena hace referencia a "las ideologías y opiniones políticas", la ley española, como vimos, alude simplemente a las "ideologías". Aunque parece, en principio, más restringida la norma chilena, ello no debe ser entendido así, por cuanto otro tipo de ideologías se pueden comprender en el concepto amplio que ella entrega de "datos sensibles".

Hasta aquí todo pareciera favorecer a la ley chilena, principalmente por no restringir el concepto. Sin embargo, la española contiene otras referencias más benéficas para el titular de los datos, y que se refieren a los casos y formas en que pueden ser objeto de tratamiento este tipo de datos, señaladas anteriormente, y que resumiendo son el establecer: que nadie puede ser obligado a declarar ciertos datos; que si una ley autoriza el tratamiento de ciertos datos debe ser por razones de interés general; que prohíbe ciertos ficheros; y, da también un tratamiento especial a los datos referidos a infracciones penales o administrativas.

En cuanto al caso de excepción en que la ley chilena autoriza el tratamiento de los datos sensibles si ello es necesario para determinar u otorgar beneficios de salud al titular, tal caso igual se contempla en la ley española, con un redacción distinta pero el sentido sería el mismo.<sup>370</sup>

---

<sup>370</sup> El caso de excepción está referido a los datos que indicamos con las letras a) y b), y opera cuando el " cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia

Pero, además, la ley española contempla otro caso de excepción particular, y que consiste en que los datos que especialmente protege, con exclusión de los relativos a infracciones, pueden ser objeto de tratamiento cuando fuere necesario para salvaguardar un *interés vital* del afectado o de otras personas, y el titular estuviere física o moralmente incapacitado para prestarlo.

c.5.) Seguridad de los datos (art. 9, LOPD). La ley española establece, en forma expresa, que el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento (persona que se efectúa el tratamiento por cuenta del responsable), de adoptar las medidas técnicas y organizativas que sean necesarias "que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado", tomándose en cuenta, entre otros aspectos, el estado de la tecnología. Las condiciones mínimas de seguridad serán fijadas reglamentariamente,<sup>371</sup> y en caso de que un fichero no las reúna, no podrán registrarse en él datos personales.

Nuestra ley, no contiene referencia alguna a la seguridad de los datos. Pero algunas normas tienen relación con el tema: el art. 11, en cuanto impone al responsable del registro el deber de cuidar los datos con la debida diligencia, so pena de responsabilidad por los daños, el art. 23 que contempla la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen, y, además, HERRERA BRAVO, señala que el almacenamiento de datos -definido en el art. 2, letra a)- conlleva implícitamente la obligación de seguridad.<sup>372</sup>

c.6.) Se establece un deber de secreto (art. 10, LOPD y art. 7, ley 19.628). En ambos textos se establece, tanto respecto del responsable del fichero como demás personas que trabajen en el tratamiento de los datos, el deber de guardar secreto sobre los datos personales, obligación que subsiste después de finalizadas las relaciones laborales.<sup>373</sup> Sin embargo, nuestra ley exceptúa de este deber aquellos datos recogidos de fuentes accesibles al público. Lo cual nos merece la

---

sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto". (art.7.6, LOPD).

<sup>371</sup> Se establecen distintos niveles de seguridad: mínimo, medio y máximo, que deben cumplir los ficheros que contengan información personal según el tipo de datos de que se trate.

<sup>372</sup> Herrera Bravo, Rodolfo. "Análisis de la ley chilena 19.628, sobre protección de la vida privada, de 28 de agosto de 1999" (en adelante, "Análisis de la ley"). [Http://www.adi.cl/19628.pdf](http://www.adi.cl/19628.pdf)

<sup>373</sup> La ley española impone, además, el deber de guardar los datos, respecto de los mismos sujetos. Deber que la ley chilena, sólo impone al responsable del fichero (deber de cuidado).

misma crítica efectuada, al referirnos a estas fuentes, cual es que es totalmente distinto conocer un dato aislado, que efectuar un tratamiento del mismo.

Pero, además, la ley chilena impone tal deber también respecto de "los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos". Con lo cual parece proteger la propiedad y la actividad del responsable del banco de datos, y suscitando dudas en cuanto a que su objeto, que como dijimos no declara, pueda ser la protección de los datos personales o de la vida privada.

c.7.) En relación a la comunicación o cesión de datos (art. 11, LOPD y art. 5, ley 19.628). El principio general que establece la ley española en la materia, es que para efectuar tales operaciones es necesario obtener el consentimiento previo del titular de los datos, salvo situación de excepción que señala, estableciéndose incluso la nulidad del consentimiento si la información entregada al titular no le permite conocer la finalidad a que se destinarán los datos comunicados o la actividad que realiza la persona a quien se pretenden comunicar.<sup>374</sup>

La ley chilena, establece simplemente que la "transmisión" puede efectuarse siempre que se "cautelen los derechos de los titulares y guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes". De esta forma, esa operación puede efectuarse en Chile, sin que el titular lo autorice, ni tenga conocimiento de ello.

d) Derechos reconocidos al titular de los datos (art. 13 y ss., LOPD, y art. 12 y ss., ley 19.628). En ambos textos se reconocen los siguientes derechos: el derecho de acceso o de información, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación, y el derecho de oposición. El sentido de cada uno de estos derechos ya lo conocemos, el punto es determinar en que casos procede cada derecho según estas leyes.

Otras similitudes son: que tales derechos se reconocen en forma gratuita; y la obligación del responsable del fichero de informar el hecho de la rectificación o cancelación de datos, a las personas a quienes ellos hayan sido comunicados anteriormente, salvo por el aviso general a que se refiere nuestra ley.

Una diferencia fundamental, en todo caso, como vimos al referirnos a los principios, es que en nuestro país no existe un derecho de información en los términos de la ley española, sino que en Chile, se contempla con esa denominación al derecho, comúnmente, denominado "de

---

<sup>374</sup> Pero si efectúa la disociación de los datos respecto de la persona -es decir, que ya no son atribuibles a una persona determinada-, la comunicación puede efectuarse libremente.

acceso". La ley española, en cambio, consagra dos derechos distintos: el de información y el de acceso.

En relación al derecho de acceso -que nuestra ley denomina "de información"-, existen diferencias en cuanto a los aspectos que conforme a la ley tiene facultad de conocer.

En cuanto al derecho de oposición, la ley española lo reconoce de forma general para todos los casos en "que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado"; la ley chilena, en tanto, sólo señala este derecho de oposición frente al uso de los datos personales para "fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión" (art. 3 inc.2°).

En cuanto a las situaciones que permiten ejercer el derecho de rectificación o modificación, y el de eliminación o cancelación, en términos generales son las mismas en ambas leyes. La española, señala "serán rectificadas o cancelados, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos"; nuestra ley, al otorgar el derecho de modificación es más descriptiva solamente,<sup>375</sup> y, en relación al derecho a exigir la eliminación de los datos señala que ello procede "en caso que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado", es decir, el mismo caso que señala la LOPD; pero, agrega, que la eliminación también procede cuando el titular haya entregado los datos voluntariamente o ellos se utilicen para comunicaciones comerciales, y no desee seguir figurando definitivamente en el registro (si su decisión es temporal, procede el bloqueo a que alude la norma) (art.12 inc.4°).

Otro derecho reconocido, es el de bloqueo. El alcance y procedencia, parece ser distinto. Nuestra ley establece que procede en el último caso señalado en el párrafo precedente, y por el objeto de este derecho, se referiría al caso en que la decisión del titular fuere temporal.<sup>376</sup> La ley española, en tanto, sólo se refiere al bloqueo, para el caso en que los datos hayan sido eliminados del registro; y el bloqueo implicará la conservación de los datos y su disponibilidad únicamente

---

<sup>375</sup> El inc.2° del art. 12 señala "En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen".

<sup>376</sup> La norma señala "Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal".

para las administraciones públicas, jueces y tribunales, por las responsabilidades que deriven del tratamiento, y por el plazo de prescripción.<sup>377</sup>

En la ley se reconocen, además, otros derechos: el derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos (art. 14), que es aquel en que debe registrarse todos los ficheros de datos personales, tanto públicos como privados; y el derecho a impugnar valoraciones (art. 13), este derecho lo mencionamos al tratar la Directiva 95/46CE, y consiste en el derecho de la persona de no verse afectada por decisiones que le afecten significativamente, que se basen únicamente en un tratamiento de datos, destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. Es decir, se refiere a la situación a la que hemos hecho referencia reiteradamente en esta Memoria, y que es el principal o mayor problema que crea el procesamiento de datos, es decir, la creación de perfiles o tendencias acerca de la personalidad de un individuo.<sup>378</sup> La facultad consiste en impugnar tal decisión. Establece que tal evaluación sólo puede tener valor probatorio, si lo solicita el afectado o titular.

Además, en ambas leyes se establece que el afectado tiene derecho a ser indemnizado por los daños que se le ocasionen por el "tratamiento indebido" (art. 23, ley 19.628) o "incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley" (art. 19, LOPD). Ahora, en cuanto a los perjuicios o daños indemnizables, la ley española señala que son los sufridos en "sus bienes o derechos", y nuestra ley alude tanto a los perjuicios patrimoniales o morales. Al no contener una referencia que los limite a los perjuicios sobre la persona, la ley chilena comprendería también los ocasionados sobre los bienes del afectado.

Por otra parte, algunos de los derechos anteriores en algunos casos no pueden ejercerse.

En la ley española, señala que los derechos de acceso, rectificación y cancelación, pueden ser denegados respecto de los ficheros de las Fuerzas y Seguridad Pública con fines policiales-

---

<sup>377</sup> Art. 16. 3. "La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión."

<sup>378</sup> Textualmente, señala "Artículo 13. Impugnación de valoraciones. 1. Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una *decisión con efectos jurídicos*, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad; 2. El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad; 3. En este caso, el afectado tendrá derecho a obtener información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizados en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto; 4. La valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado".

respecto de los cuales establece un régimen especial<sup>379</sup>, "en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando"; los ficheros de la Hacienda Pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado está siendo objeto de actuaciones inspectoras"; la obligación-derecho de información por el responsable del fichero, no tienen lugar cuando afectare defensa nacional, la seguridad pública o la persecución de infracciones penales.

En Chile, en tanto, el art. 15 de la ley establece la posibilidad de limitación en forma general, sin distinguir de que tipo de fichero se trata. Los derechos que no puede "solicitarse" son el de información, modificación, cancelación o bloqueo, y las causales que señala son las siguientes: 1) cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido; 2) o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o *reglamentarias*; 3) la seguridad de la nación o el interés nacional; 4) los mismos derechos anteriores, salvo el de información, pues la ley no lo menciona, no pueden "pedirse" respecto de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos que la contemple la ley respectiva. Veamos, brevemente, cada una de ellas.

Respecto de la primera causal, durante la discusión del proyecto en el Congreso, el Ministro de Hacienda y el Director del Servicio de Impuestos Internos (en adelante Servicio), solicitaron que los derechos indicados no pudieran ejercerse respecto del Servicio, ya que si los contribuyentes accedían a los datos que aquel disponía, ajustarían sus declaraciones sólo a esos valores. Finalmente, se decidió no excluir al Servicio, ya que sus objeciones se justificaban sólo respecto del año tributario respectivo, pero no respecto de los anteriores, y ellas quedaban a cubierto pues la causal se establece para los casos en que se "impida o entorpezca" la fiscalización. Por otro lado, también se rechazó la idea de facultar al Presidente de la República, para que fijara los organismos públicos que se excluían de la aplicación de las disposiciones centrales de la ley, porque hubiere significado establecer dos regímenes paralelos.<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> Respecto de estos organismos la ley española distingue los ficheros con fines administrativos, que están sometidos al régimen general de que ella fija; y los ficheros con fines policiales, a los que da un tratamiento particular, sólo respecto de estos últimos los derechos señalados pueden ser limitados.

<sup>380</sup> Magliona Markovicht, Claudio Paul. "*Breve Análisis de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada*". Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 29, diciembre de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107790](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107790)

En relación a la segunda causal, una de las normas que se tuvo en vista fue el art. 154 de la Ley General de Bancos, la cual sujeta a secreto bancario los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos; y, la demás operaciones de estas entidades las sujeta a reserva, pudiendo en este caso darla a conocer sólo "a quien demuestre su interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial a su cliente". Esto es lo que, en líneas generales, establece dicho artículo. Consideramos que la causal en referencia es demasiado amplia, toda vez que se refiere a la reserva que pueda establecerse por disposiciones reglamentarias. Además, estimamos que no es justificada la excepción en lo que al art. 154 de la ley de Bancos, o más bien no tiene aplicación en la situación a que esta norma se refiere, pues los derechos en referencia se reconocen a los titulares de los datos, y respecto de él no existe reserva o secreto bancario, por lo que no podría negársele, respecto de los demás derechos, pareciera tener aplicación, sin embargo, la causal dice que los derechos no pueden solicitarse cuando "afecte la reserva o secreto".

Respecto de la causal relativa a la "seguridad de la Nación o el interés nacional", no obstante, que nuestra ley no distingue el tipo de fichero de que se trate, estimamos que sólo tendría aplicación respecto de algunos ficheros y que sean titularidad pública, por el sentido mismo de ella.

En relación a la cuarta causal, se explicaría porque al ser creados por mandato legal se supone que "se trata de información que el legislador considera importante", y por ello no podría "aceptarse su alteración, salvo en los casos que la propia ley lo autorice".<sup>381</sup>

De lo anterior, podemos concluir que aunque no se distinga el tipo de ficheros respecto de los cuales puede negarse el ejercicio de los derechos en estudio, ellos parecen referirse sólo a ficheros de titularidad pública, y así debiera entenderse. La causal más controvertida puede ser la relativa al secreto o reserva por vía reglamentaria. El alcance de esa disposición puede ser muy discutido.

e) Régimen normativo de ficheros de titularidad pública y de titularidad privada. Al respecto existe una diferencia fundamental entre las dos leyes en análisis. La LOPD establece la obligatoriedad de la inscripción en un registro (Registro General de Protección de Datos), de todos los ficheros, tanto públicos como privados, que contengan datos personales; y además, es

---

<sup>381</sup> Ibid.

posible negar esa inscripción si no se cumplen las normas que la ley señala, en él se deben indicar la finalidad del fichero y la identidad y dirección del responsable del mismo; además, ese registro puede ser consultado por cualquier persona.

En cambio, la ley 19.628, sólo establece un sistema de registro respecto de los ficheros a cargo de organismos públicos, el cual será llevado por el Registro Civil e identificación (Registro de Banco de Datos Personales);<sup>382</sup> no existiendo ninguna regulación en tal sentido respecto de los bancos o registros de datos de titularidad privada, lo cual obviamente dificulta las posibilidades de ejercer los derechos de control que la ley reconoce a las personas. Además, no establece las consecuencias que se derivan en caso de que la inscripción no se efectúe.

Por otra parte, la ley española establece disposiciones particulares distintas para los ficheros de titularidad pública y titularidad privada. Entre las diferencias podemos señalar a modo ejemplar: la relativa a la limitación de los derechos de los afectados -que ya revisamos- y la referente al régimen de sanciones, al cual se refiere FERNÁNDEZ SAMANIEGO, quien dice que la distinción lleva a un distinto régimen sancionar, desde su punto de vista injustificado, y que "supone que las infracciones de los responsables de los ficheros de titularidad pública no son castigadas necesariamente con multa".<sup>383</sup>

f) Información sobre solvencia patrimonial o crediticia. La ley española regula el tema a propósito de los ficheros de titularidad privada (art. 26); nuestra ley, en tanto, contempla un título especial, el Título III "De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial" (art. 17 a 19).

En cuanto a la regulación de fondo, la ley española establece que "quienes se dediquen a la prestación de servicios de información", sobre la materia, "sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento", y los datos referidos "al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés", y que sólo podrán ser registrados y cedidos los datos personales "que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los

---

<sup>382</sup> La regulación de este registro la efectúa, el Decreto 779, de 24 de agosto de 2000, del Ministerio de Justicia, subsecretaría de justicia, conforme a la habilitación que otorga el art. 22 inciso 2º de la ley N°19.628.

<sup>383</sup> Fernández Samaniego. Ob.cit.

interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos". Esos son los principios en la materia.

En nuestra ley, se optó por señalar claramente en qué tipo de documento debía constar la obligación, indica directamente títulos como la letra de cambio, pagarés y cheques, en los casos que indica; y, por otra parte, la obligación de la cual puede derivar el incumplimiento, incluyendo dentro de estas los préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, organismos públicos, etc.; facultando, además, al Presidente de la República para que por decreto supremo determine otras obligaciones de dinero, las que debe sustentarse, en todo caso, en "instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento del deudor... y su fecha de vencimiento".

Desconocemos la forma en que ha sido interpretada la ley española, sin embargo, de su tenor literal, que sólo permite el registro de datos "determinantes para enjuiciar la solvencia económica..", se derivaría que no puede ser cualquier obligación la que se registre, en un sentido similar, a la descripción que hace nuestra ley, que aunque es bastante amplia, al señalar los títulos y las obligaciones a que se pueden referir los datos, efectúa una delimitación favorable para el afectado.

En cuanto al origen de este tipo de datos para que puedan registrarse o comunicarse, ambas leyes parecen otorgar el mismo tratamiento. Nuestra ley no contiene una mención expresa y directa sobre el punto en particular, sin embargo hay que atender a la regla general que fija en cuanto a que los datos personales sólo pueden ser objeto de tratamiento, si lo autoriza el afectado o la ley, y una de las autorizaciones que contempla esta misma ley se refiere a los datos que provengan de fuentes de acceso público. Por otra parte, la referencia al acreedor, nuestra ley no la expresa de modo directo, sin embargo, implícitamente se recogería por cuanto será a éste a quien le interese que se comunique una deuda .

Otro punto de diferencia, es el relativo al plazo dentro del cual los datos pueden ser comunicados. La ley española señala que no pueden registrarse ni cederse este tipo de datos, cuando sean adversos, después de 6 años, "siempre que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".<sup>384</sup> Nuestra ley, en tanto, establece un plazo de siete años desde que la obligación se hizo exigible, y de 3 años después de que la obligación se haya extinguido por pago u otro modo legal.

---

<sup>384</sup> LOPD.

La interpretación de la norma española sólo podemos sujetarla a su tenor literal. Ella no contiene ninguna norma expresa en cuanto a la permanencia en el registro después de extinguida la obligación, lo cual puede entenderse en el sentido que después de su extinción debe ser eliminada, más aún en cuanto señala que los datos deben responder "con veracidad a la situación actual del afectado". Sin embargo, en atención a las limitaciones derivadas del desconocimiento del ordenamiento jurídico español en general, y que ninguno de los autores hispanos estudiados se refiere al tema, esta interpretación es simplemente personal.

g) Organismo de control del tratamiento de datos personales. La ley española establece la existencia de un organismo público e independiente encargado de vigilar o controlar el tratamiento de datos personales, que se efectúe tanto por los organismos del sector privado como del sector público. El organismo central es la denominada Agencia de Protección de Datos (en adelante Agencia), cuyo director sólo cesa en su cargo por causales muy limitadas.

Entre la funciones de la Agencia, se encuentran: velar por el cumplimiento de las normas que rigen el tratamiento de datos y controlar su aplicación, en especial los derechos de las personas; dictar instrucciones a que deba sujetarse el tratamiento en atención a lo dispuesto en la ley; atender las peticiones y reclamaciones de los afectados; y tiene, además, potestades de inspección, y sancionatorias. (Título VI, art. 35 y ss., LOPD).

En nuestro país, no existe un organismo similar, no hay un órgano de control que vigile el tratamiento de los datos personales, ni siquiera en el sector público, pues el Registro Civil de Identificación, sólo sería el ente que lleva un registro, sin facultades de control de acuerdo a la ley -con la excepción de que puede rechazar inscribir si la solicitud no cumple con las menciones mínimas que señala el Reglamento-, ni mucho menos, facultades inspectivas o de sanción.

Por lo tanto, todo el control referido al tratamiento de datos se efectuaría por los tribunales ordinarios de justicia, a través de la acción de *habeas data* que se consagra en el art. 16 de nuestra ley.

Estos son sólo algunos de los temas regulados en ambos cuerpos legales, y que he considerado relevante mencionar, por las diferencias que se detectan.

4.4.2.1.1. Observación general sobre la ley 19.628. No obstante, que la ley recoge el principio de la necesidad del consentimiento del titular para que pueda efectuarse el tratamiento de sus datos personales, su concreción es muy débil, pues las excepciones que contempla son demasiado amplias -sobre todo la relativa a las fuentes accesibles al público-, y, además, no exige que la autorización sea de carácter específico, por ello, coincidimos con HERRERA BRAVO en que la exigencia del consentimiento en realidad constituye una mera declaración.<sup>385</sup>

En relación a las fuentes accesibles al público, hacemos nuestra, además, la opinión del profesor RENATO JIJENA<sup>386</sup>, en cuanto al no estar taxativamente señaladas, pasan a constituir la regla general en el ordenamiento jurídico chileno, de forma que toda fuente tendrá ese carácter, a menos que una ley declare lo contrario.

Por otra parte, consideramos de gran importancia que se incluya en la ley la obligación del responsable de un fichero de datos con datos personales, de informar al titular de ellos sobre el hecho de la recolección y futuro tratamiento, y de las condiciones de éste, aunque tales datos no fueren recogido de fuentes accesibles al público.

Estamos de acuerdo con HERRERA BRAVO<sup>387</sup> en que dentro del concepto de datos personales, deben considerarse incluidas las imágenes, y se conforma con el alcance que tiene el derecho a la "vida privada" en virtud de nuestra Constitución, según lo dicho en el capítulo I de este estudio.

En relación a los datos sensibles, aunque tenemos presente la opinión de HERRERA BRAVO en cuanto a que al no señalarse concretamente qué datos tienen tal carácter, se suscitará constantemente controversia sobre ellos, y que, en definitiva, que la determinación queda entregado al juez en cada concreto;<sup>388</sup> consideramos que al ser tal débil la protección que la ley, en general, otorga al titular de los datos personales, el concepto amplio de "datos sensibles" que establece, se constituye en la máxima protección -pues no podrán ser objeto de tratamiento sino con el consentimiento del titular-, y si en un caso concreto el titular estima que se ha efectuado el tratamiento de ellos sin que lo haya autorizado, el juez tendrá un amplio campo de interpretación

---

<sup>385</sup> Herrera Bravo, Rodolfo. *"Análisis de la ley"*, ob.cit.

<sup>386</sup> Jijena Leiva, Renato. *"Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la Ley 19.628, de Agosto de 1999"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 39, de octubre de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=115523](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=115523)

Las fuentes de acceso restringido que actualmente existen en Chile, por el carácter confidencial o reservado que contienen, referidas al secreto bancario, al secreto estadístico, al secreto tributario y el secreto de la filiación política, incluyéndose, además, por la ley 19.628 -que en su artículo 24 agrega en este sentido una norma en el Código Sanitario-, el secreto o reserva de las recetas médicas y de los exámenes o análisis en laboratorios clínicos.

<sup>387</sup> Herrera Bravo, Rodolfo. *"Análisis de la ley"*, ob.cit.

<sup>388</sup> Ibid.

y, en consecuencia, podrá otorgar la protección que el titular esté solicitando, ordenando la reparación que proceda.

Respecto al ámbito de aplicación de la ley, según su art. 1 inciso 1º los tratamientos de datos personales que se efectúen en registros o bancos de datos en ejercicio de la libertad que reconoce el art. 19 N°12 de la Constitución se regirá por la ley que esta disposición indica, es decir, por la ley de quórum calificado que se dicte, que actualmente es la ley 19.733. Como hemos dicho, y se dijo en la C.E.N.C., esa libertad no es exclusiva de los periodistas, ni de los medios de comunicación, ni se refiere sólo a hechos de ocurrencia en la sociedad que puedan catalogarse de noticias, sino que corresponde a toda persona y versa sobre cualquier tipo de información. La ley 19.733 se denomina "Ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo". De lo anterior se derivaría, que, aparentemente, nuestro legislador no consideraría como de ejercicio de la libertad de expresión la creación de bancos de datos personales y el tratamiento de los mismos, en la forma que nosotros hemos anotado.

¿Cuál es el sentido de la exclusión de la ley 19.628?. La ley 19.733, no contiene referencia expresa ni específica al asunto de los bancos de datos, ni mucho menos a los de carácter personal. Pero como la ley 19.628, excluye de su aplicación el tratamiento que se efectúe en el ejercicio de la libertad señalada, y ante la ausencia de regulación en la ley 19.733, creemos que la exclusión debe entenderse limitadamente, sólo en cuanto a los bancos de datos que sean creados por medios de comunicación social,<sup>389</sup> y en cuanto a la protección del derecho de secreto o reserva de la fuente informativa (del art. 7, ley 19.733).

Por último, sin duda que la mayor deficiencia que se observa en nuestra ley es la falta de un "registro de bancos de datos", que incluya a los mantenidos por entes privados, y la ausencia de una autoridad de control de carácter especial y autónoma, que vele por el cumplimiento de la normativa que rige el tratamiento de datos personales y con facultades fiscalizadoras tanto respecto de ficheros privados como los que mantengan los organismos públicos en general. Pues sin duda que la existencia de un registro permitirá a los titulares de los datos ejercitar sus derechos y da transparencia al sistemas, y la existencia de una autoridad de control con caracteres

---

<sup>389</sup> Herrera B., Rodolfo. "Análisis de la ley", ob.cit, al respecto señala "Podría estimarse acertado, si consideramos que dentro de las líneas que siguen las leyes de protección de datos está la búsqueda de equilibrio entre los distintos intereses en juego, entre ellos la libertad de información. Pero, la exclusión absoluta de las empresas de comunicación social del ámbito aplicativo de la Ley de protección de datos, puede convertirse en un aumento de privilegios para la minoría que disponga de recursos para explotar la información. Lo más razonable habría sido prever un régimen especial para los registros o bancos de datos de las empresas de comunicación social, en vez de depender de otro cuerpo normativo".

técnicos hará posible una mejor protección de los derechos de las personas, especialmente por el carácter preventivo del control que pueda efectuar, el cual es muy necesario respecto del derecho en estudio.

4.4.2.1.2. DICOM en Chile. Este organismo se denomina Central de Documentación de Información Comercial, es de carácter privado y está constituido jurídicamente como sociedad anónima.

DICOM es un banco de datos que contiene información personal. Se dedica a elaborar y vender información de tipo comercial en general, relativa a personas naturales como jurídicas. Entre los tipos de informes o de servicios que ofrece al público se encuentran:

- informes sobre la situación comercial -tanto de personas naturales como de empresas-, lo que incluye un boletín de protestos y documentos impagos (BOLCOM) y el "sistema consolidado de morosidad" (SICOM), como también lo que denomina "directorio de personas y empresas", registro de verificación de domicilio y trabajo, directorio de direcciones, rutificación de nombres; informes sobre cheques y cuentas corrientes, que comprende: un registro de referencias bancarias de empresas, y la verificación de cheques.

- informes relativos a comercio exterior.

- informes de carácter laboral y previsional, referido a las remuneraciones impagas que los empleadores mantengan con sus trabajadores y a las cotizaciones insolutas, y el servicio de aclaración en el boletín respectivo.

- servicio de aclaración de morosidades y protestos.

- informes jurídicos relativos a marcas comerciales.

- informes de carácter "estatal" -según la denominación que DICOM le otorga-, que comprende: un registro de infracciones y anotaciones tributarias, y el registro de bienes raíces.

- servicio de bloqueo (de cédula de identidad, y de cheques y cuentas corrientes)

Conforme con la nuestra ley sobre protección de la vida privada -Nº 19.628- la información que DICOM entregue sólo puede recolectarla de fuentes de acceso público -o porque el mismo titular de los datos la entregue, lo que, por los caracteres de este organismo, sería muy excepcional que sucediera-, y si se trata de información de tipo comercial-bancario-

financiera-económica, únicamente puede informarla si consta en los instrumentos o derivada de las obligaciones, que la ley señala.

La actividad de este organismo, la información que comercializa, abarca a casi la totalidad de la población de nuestro país, y no sólo a los deudores, pues como observamos presta servicios de rutificador de nombres, verificación de domicilio y trabajo. Pero sin duda que la información que ocasiona más controversia entre la ciudadanía es la referida a la situación comercial de las personas. La morosidad que pueda tener una persona, está registrado en los bancos de datos de DICOM, y ello ha provocado numerosos inconvenientes para quien se encuentra en esa situación, pues las entidades financieras (bancos e instituciones financieras), casas comerciales, y empleadores, exigen no figurar en el registro de deudores morosos de ese organismo, a la persona que desea establecer alguna relación jurídica con ellos. De lo que se sigue que esa persona, no puede acceder a un crédito o acceda a un empleo, que le permitan cubrir sus deudas impagas, de modo que le es muy difícil salir de ese registro. A ello se suma, que conforme a la ley 19.628, recién vista, puede seguir figurando en ese registro hasta tres años después de haber pagado la deuda.<sup>390</sup>

Los problemas que se suscitan en torno a la actividad de este organismo y sus efectos en la sociedad, y la circunstancia de que los datos de las personas son comercializados sin que ella conozca a quien se entregan y por qué, se corrobora claramente que en nuestro país se precisa de un organismo de control que fiscalice los bancos de datos, sobre todo de aquellos que se dedique a entregar información personal al público -como DICOM-, y se establezca un sistema de registro de ficheros de datos que comprenda a los de carácter privado.

Por supuesto, conforme a la ley 19.628, toda persona tiene derecho a conocer la información que sobre ella, este organismo posea y comercialice, derecho que, en todo caso, es de carácter gratuito.

---

<sup>390</sup> Actualmente existe un proyecto de ley para modificar la ley 19.628 en este punto. Lo central del proyecto es que los actuales deudores morosos que figuren en los registros de DICOM que hayan pagado sus deudas serán eliminados de él y, además, que en el futuro ningún deudor después de pagar deberá figurar en tales registros, es decir, ya no existiría este plazo de tres años que actualmente señala la norma legal.

#### 4.4.2.2. Legislación penal chilena y española. Figuras que protegen la intimidad frente a la tecnología informática.

España reformó en 1995 su Código Penal, actualizando los tipos tradicionales e incluyendo nuevos tipos delictuales relacionados con los avances informáticos y tecnológicos; en tanto, que en nuestro país en 1993 se dictó la ley 19.223, relativa a las figuras delictivas relativas a la informática.

La doctrina nacional señala que nuestra ley tipifica, en general, los delitos denominados sabotaje informático y espionaje informático.<sup>391</sup> El bien jurídico que protegerían estas figuras, según su historia fidedigna, sería la calidad, pureza e idoneidad de la técnica informática.

Ahora bien, los delitos de espionaje informático, que se relacionan con nuestro tema, están tipificados en los art. 2 y 4 de nuestra ley. En relación al primero, ningún autor, de los estudiados, se pronuncia, en el sentido de que el pueda amparar el derecho a la intimidad, sino sólo el bien jurídico referido en el apartado anterior. En nuestro concepto, el tenor literal de dicho artículo permite entender que si alguien incurre en las conductas que él señala, puede atentarse contra el derecho en estudio. El tipo delictual supone que el ánimo del sujeto activo es "apoderarse, usar o conocer indebidamente" de una información; respecto del carácter que puede revestir esa información, la ley simplemente señala que debe estar "contenida en un sistema de tratamiento de la misma"; y la conducta que se sanciona es la interceptación, interferencia o acceso al sistema.

El ánimo y la conducta señalada, como observamos pueden afectar el derecho a la intimidad, basta el conocer indebidamente o el acceso al sistema, para que se lesione el derecho. El problema en entender el tipo en el sentido de proteger tal derecho, se presentaría porque la ley utiliza la expresión "información contenida en un *sistema* de tratamiento de la misma". En nuestro concepto un computador personal -que contenga cualquier tipo de información, que puede ser reservada o simplemente que es de uso personal del dueño o usuario de ese computador- y las operaciones respecto de la información, tendrían el carácter de un sistema de tratamiento de información. Por lo que, todos los elementos del tipo penal se cumplirían, y si alguna de las conductas que señala la figura se refiere a ese tipo de sistema, se puede entender

---

<sup>391</sup> Así lo señalan, por ejemplo, Huerta y Libano, ob.cit.; y Herrera Bravo, Rodolfo. "Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la ley chilena N° 19.223". R.E.D.I., N° 5, diciembre de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107005](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107005)

vulnerada la intimidad de la persona (usuario o dueño del mismo). En consecuencia, el derecho fundamental en estudio tendría amparo penal frente a tales conductas.

La otra figura de espionaje, contemplada en el art. 4, consiste en revelar o difundir maliciosamente los datos contenidos en un sistema de información. Al respecto, HUERTA y LÍBANO, sostienen "el legislador... parece en parte alejarse... del bien jurídico pureza de la técnica y más demuestra acercarse *directamente a una protección de la intimidad personal*, o bien a tutelar el bien jurídico información, o por qué no, la libre y leal competencia".<sup>392</sup> Coincidimos en lo referente a la protección de la intimidad.

Anteriormente vimos, que algunos autores sostienen que los delitos informáticos en general son pluriofensivos, es decir, vulneran o pueden vulnerar más de un bien jurídico a la vez. Por ello, y por la forma en que están tipificadas las dos figuras señaladas, creemos que ellas protegen el derecho a la intimidad, en cuanto se viera vulnerado por tales conductas.

Ahora bien, en el caso de la legislación española,<sup>393</sup> se contemplan varias figuras delictuales que concretamente miran a proteger el derecho a la intimidad (en sentido amplio, incluyendo también la inviolabilidad de las comunicaciones). Sintéticamente, los tipos penales que contempla son los siguientes: a) aquellos que tutelan las comunicaciones electrónicas y telecomunicaciones. y b) las figuras que protegen penalmente los datos personales.

Dentro de las primeras, se castigan dos conductas: i) el descubrimiento y revelación de secretos documentales, y la modificación consistió en introducir al tipo penal las expresión "mensajes de correo electrónico, o cualquiera otros documentos o efectos personales", por las dos últimas expresiones la doctrina española señala que ampararía otro tipo de comunicaciones que en el futuro se inventaran; y ii) el secreto de las telecomunicaciones, respecto de las cuales el tipo penal castiga a quien intercepte las comunicaciones telefónicas o utilice instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o cualquier otra señal de comunicación.

Respecto de las figuras señaladas, lo que se hizo fue actualizar los tipos penales tradicionales para incluir nuevas conductas, y proteger claramente determinados aspectos.

Lo interesante que nos muestra la legislación española es la protección penal concreta de los datos personales. Las conductas sancionadas son las siguientes: 1) al que se apodere, utilice o modifique, sin estar autorizado, de datos reservados personales registrados en cualquier tipo de

---

<sup>392</sup> Ob.cit. p.305. (el destacado es nuestro)

<sup>393</sup> Todo lo relativo a la legislación penal española, lo hemos extraído del estudio de Cuervos Alvarez, José. Ob.cit.

fichero; 2) al que sin estar autorizado, altere o utilice en perjuicio del titular o de terceros, tales datos;<sup>394</sup> 3) se agrava la pena, respecto de "... los que habiendo realizado alguna de las conductas previstas en los números 1 -se refiere a las figuras que protegen los documentos y las telecomunicaciones- y 2 -se refiere a las conductas que indicamos con los nº 1) y 2)- difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas", sancionando también, pero con otra pena, al que incurre en estas conductas, conociendo el origen ilícito, pero sin haber participado en el descubrimiento; 4) se contempla un tipo agravado, cuando el que efectúa algunas de las conductas señaladas, el responsable del fichero u otra persona encargada del mismo; 5) también en forma agravada, se tipifican las conductas relacionadas con los datos sensibles y el acceso ilícito a la intimidad de menores e incapaces; 6) se agrava la pena, impuesta a las conductas señalada en los números 1) a 4), si se cometen con finalidad de lucro; 7) se sanciona también en forma agravada, si el que incurre en cualquiera de las conductas que hemos señalado, es un funcionario público con prevalencia de su cargo; 8) se contempla un tipo, por otra parte, que sanciona al que descubra, revele o ceda datos reservados de una persona jurídica, sin autorización de sus representantes, cuyo alcance es discutido por la doctrina española, toda vez, que algunos sostienen que estos entes no son titulares del derecho a la intimidad. Existen otras figuras, a las que por razones de extensión, no haremos referencia.

Con todo es necesario, tener en cuenta que la ley española establece como una condición objetiva de perseguibilidad de estos delitos, la previa denuncia de la víctima o titular del derecho afectado, salvo algunos casos, como son los que afecten la intimidad de menores o incapaces, o de una persona desvalida para denunciar, casos en que puede actuar el Ministerio Fiscal. Tal condición es criticada por JOSÉ CUERVOS, por cuanto la intromisiones a la intimidad por medios sofisticados como los electrónicos, generalmente pasan desapercibidos para la víctima, por lo que puede ser objeto de constantes ataques a su derecho. Tampoco es exigible la denuncia respecto de los ataques perpetrados por funcionarios públicos con prevalimiento del cargo, y cuando las violaciones de la intimidad afecten intereses generales o a una pluralidad de personas.

---

<sup>394</sup> Las dos primeras conductas, se castigan en el art. 197.2 del Código penal español, que señala: "Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado";. Iguales penas se impondrán a quien sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

Por último, la legislación española contempla el perdón del ofendido como causal extintiva de responsabilidad.<sup>395</sup>

#### 4.4.3. Limitaciones a la intimidad que pudieren derivarse del avance informático.

El derecho a la intimidad como hemos visto, puede ser vulnerado por nuevos medios y formas. Como principal manifestación de la intimidad respecto de los avances informáticos (y telemáticos), se presentan los datos personales, a ellos se refiere la autodeterminación informativa y los demás conceptos que de él derivan; subsistiendo, como ya dijimos, la faceta negativa del derecho.

Respecto de los datos personales, existe alguna doctrina que postula una especie de derecho de propiedad sobre los mismos, discusión que tiene vinculación con el tema de las limitaciones al derecho a la intimidad que trataremos en este punto.

Ante todo, podemos considerar que los ataques al derecho a la intimidad y las limitaciones al mismo, tradicionalmente parecen haber estado referidos de forma más frecuente a las personas con algún tipo de actividad pública, con cargo público o una actividad relacionada con el espectáculo, o similares.

El conflicto actual entre la informática y el derecho a la intimidad, como hemos podido apreciar, se presenta en forma más amplia, ya no se trata de que una persona tenga una actividad pública de interés para la población y por ello se quiera conocer su vida y se incurra en conductas violatorias de su derecho, hoy el problema es de mayor alcance, afecta o puede afectar a un "ciudadano" común, un simple consumidor, porque sus datos personales son de utilidad para otros.

Ahora, ¿qué limitaciones para la intimidad de las personas se derivan concretamente respecto de sus datos personales?. Las limitaciones observables no se derivan precisamente de la utilización de la nueva tecnología informática, sino de algo más amplio, y a la cual se refirió el Tribunal Constitucional de Alemania en la comentada sentencia de 1983.

Dicho Tribunal declaró que la autodeterminación informativa no carecía de límites. Ello porque el "ciudadano" de un Estado (social de Derecho) "es una persona que se desenvuelve en

---

<sup>395</sup> Sin embargo, respecto de las conductas que afecten a los menores o incapaces, el perdón sólo procede una vez que se haya dictado sentencia condenatoria.

una comunidad social en la que la comunicación y la información resultan imprescindibles",<sup>396</sup> y toda información, incluso la que se refiere a datos personales "ofrece una imagen de la realidad social". Señalando en consecuencia que la persona no tiene sobre sus datos una soberanía absoluta e ilimitada, y no constituían un patrimonio exclusivo del titular de los mismos, sino que el derecho sobre ellos estaba sujeto a limitaciones, en "aras del interés preponderante de la colectividad".<sup>397</sup>

Las limitaciones a la autodeterminación informativa, y a los derechos concretos (facultades de control), se relacionarían con el interés de la colectividad. En nuestro concepto, tal interés parece no sólo existir respecto de actuaciones del Estado y sus órganos, sino también con otros intereses de los ciudadanos, como sería por ejemplo el interés de la comunidad de conocer la situación financiera y capacidad de pago que tiene una determinada persona con la cual pretende efectuar un negocio, u otorgarle un crédito. Las limitaciones derivarían del hecho mismo que la realización de la actividades humanas, hoy exigen contar con información adecuada para ser más eficientes.

Sin embargo, las limitaciones que eventualmente se impongan a este derecho deben, a su vez, respetar ciertas garantías o cumplir ciertas condiciones, para resguardar adecuadamente el derecho fundamental.

PÉREZ LUÑO, extrae esas garantías de la sentencia del tribunal alemán, señalando que son: a) la claridad normativa, lo cual alude a que la normas que limiten el derecho deben ser inteligibles para el destinatario -el titular del derecho- tanto respecto de las medidas restrictivas en sí, como en alcance que puedan revestir para el ejercicio de su derecho, y las razones que las motivan; b) la proporcionalidad de la restricción, lo cual implica que la limitación debe circunscribirse a los "indispensable para defender el interés general"; c) la adecuación de los medios a la finalidad perseguida por los procesos de documentación e información; y d) el establecimiento de medidas organizativas "que eviten la ulterior interrelación indebida de los bancos de datos", porque en la actualidad no hay ningún dato sin interés.<sup>398</sup>

Aunque tales condiciones fueron señaladas respecto de "las políticas de documentación e información del Estado",<sup>399</sup> parece evidente que ellas son exigibles respecto de cualquier limitación al derecho a la intimidad en su faceta positiva. Lo esencial es que las limitaciones

---

<sup>396</sup> Pérez Luño, Antonio. "Comunicación", citada, p. 718-719.

<sup>397</sup> Ibid.

<sup>398</sup> Ibid.

<sup>399</sup> Ibid.

sólo pueden obedecer a razones de interés general, y de un alcance proporcional con el mismo, porque ello evitará que el derecho sea vulnerado a través de ellas; la exigencia de limitaciones, se derivan de la importancia y valor económico, social y político que posee la información.

La idea de fondo es conciliar la protección de la intimidad, el "derecho" a la autodeterminación informativa, con el libre flujo de información que es necesario para el progreso. De esa necesidad se deriva que el titular de los datos pueda ver limitado su derecho sobre los mismos.

#### 4.4.4. Principios que debieran orientar la legislación.

El principio general de autodeterminación informativa y consecuentes facultades de control, parece ser reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en aquellos en que no existe una norma específica y expresa que lo recoja, la doctrina o la jurisprudencia lo entiende reconocido implícitamente en los textos fundamentales, principalmente en cuanto amparan el derecho a la intimidad.

Observándose que el principio fundamental que orienta la normativa es el de la conciliación de los derechos en juego -derecho a la intimidad y libertad informática-, pues ello contribuye al progreso de la sociedad. En lo cual estamos de acuerdo.

Se presentan diferencias y deficiencias en las normativas, en cuanto a otros aspectos.

Del estudio general efectuado, creemos que otros principios que deben orientar la legislación relativa a los datos personales son los siguientes:

1) Como cuestión fundamental el establecimiento de un órgano independiente que controle el tratamiento de datos personales. Ello porque si bien en los países en que no existe tal órgano, el control lo efectuarán los tribunales de justicia, a la hora de efectuar un controlar el tratamiento de datos, sobre todo automático, resultan esencial poseer conocimientos específicos en la materia. En todo caso, siempre debe contemplarse un control jurisdiccional de última instancia (recurrir de la resolución del órgano independiente de control).

2) El consentimiento del titular debe ser el pilar de todo el sistema, y sólo por excepción el tratamiento -cualquiera de sus operaciones- puede tener lugar sin contar con él. En tal sentido debe contemplarse, como lo hace la ley española, la obligación de informar al afectado, en principio, sobre todas las operaciones de tratamiento que se efectúen en relación a *sus* datos, aunque se hayan recogido de fuentes distintas y de un modo permitido. Las excepciones deben

ser mínimas y relacionadas solamente con la seguridad pública, la defensa del Estado y las investigaciones de delitos.

3) Los derechos que derivan de la autodeterminación informativa deben ser reconocidos respecto de todo tipo de fichero, tanto privados como públicos, con algunas limitaciones muy justificadas.

El derecho de acceso -para conocer los datos- debe reconocerse de forma general, y creemos que no admite limitación respecto de ficheros de titularidad privada, en tanto que en los ficheros de titularidad pública puede verse limitado en casos excepcionales basadas en las mismas razones anotadas en el número anterior, esto es, seguridad pública, defensa del Estado o investigación y persecución de delitos. Los derechos de modificación y cancelación, pueden encontrar otro tipo de limitaciones en la medida que una ley las establezca, en casos justificados.

3) Debe establecerse la obligatoriedad de instalar medidas de seguridad para proteger los datos personales, en consideración al estado y avance de la tecnología; y la responsabilidad de los responsables de los ficheros -o encargados del tratamiento- por los daños que se deriven para los titulares de los datos, si las medidas que adopten no fuere eficaces. En todo caso, la legislación -o vía reglamento- debe indicar medidas de seguridad mínimas que deban establecerse en forma previa al registro de datos personales en un fichero, no autorizando su creación o funcionamiento si no se establecen, pues así protege el derecho de modo más adecuado, evitando -o al menos disminuyendo- eventuales daños o lesiones. Tal protección preventiva, respecto de este derecho es muy importante, pues su vulneración provoca daños imposibles de reparar en términos equivalentes, al bien que significa su respeto. Por ello, no es suficiente el sólo establecimiento de la obligación de indemnizar perjuicios.

4) Debe establecerse la obligatoriedad de inscripción de todos los ficheros o bancos de datos que contengan datos personales, tanto públicos como privados, en un único registro que pueda ser consultado por cualquier persona -es decir, de carácter público-. Pues ello permite el ejercicio de los derechos del titular de los datos, y el control por los organismos encargados de la fiscalización del tratamiento, y, en definitiva, da transparencia a todo el sistema.

Consideramos que los principios anotados, son, como mínimo, los que deben recogerse en las legislaciones.

Por otra parte, creemos necesaria la tipificación de figuras penales que protejan específicamente la intimidad en relación a los datos personales, como ocurre en el ordenamiento jurídico español.

#### 4.5. La Internet como medio de comunicación del siglo XXI y sus efectos en el derecho a la intimidad.

Esta red nació de un proyecto del Departamento de Defensa estadounidense, conocido como ARPANET en 1969, y poco a poco su utilización se fue extendiendo a más personas y encontrándose nuevas formas de uso. Así, en un principio su objetivo y utilización fue militar, luego pasó al campo académico, de entretenimiento y comunicación interpersonal, hasta llegar actualmente a ser una vía para realizar y concretar negocios.

Técnicamente, la Internet es una red de comunicación informática, esto es, que permite la comunicación o intercambio de información automatizada. Está estructurada sobre la base de la interconexión de múltiples redes y servidores, y el uso de un único protocolo de comunicación.<sup>400</sup> A ella se puede acceder a través de los llamados proveedores de acceso o conectividad.

El conjunto de redes que constituye la Internet es conocida como supercarretera de la información, o como telaraña mundial atendida su principal herramienta (la World Wide Web).

La Internet no es propiedad de ningún grupo empresarial ni de ningún Estado, ella es utilizada por cualquier persona, y nadie puede, en principio, prohibir su acceso. Esta característica sin duda la constituye en el medio en que la libertad de expresión puede ser plenamente ejercida; sin embargo, también es la causa de nuevos riesgos y lesiones para los derechos de las personas, y, particularmente, para la intimidad.

Al calificar a Internet como medio de comunicación,<sup>401</sup> lo hacemos con la intención de poner de relieve que ella constituye la principal vía de comunicación de las personas en la época actual y la que brinda las mayores y mejores posibilidades de transmisión de informaciones, y de acceso a ella, de una forma más libre y cómoda.

##### 4.5.1. Generalidades.

Debemos tener presente en este apartado lo dicho respecto a las redes de comunicación computarizadas, ya que la Internet, como ya dijimos, es una red de comunicación de área extensa

---

<sup>400</sup> Este protocolo se conoce como TCP/IP, el cual en "esencia constituye en mensajería electrónica de textos libres o archivos...". Jijena Leiva, Renato. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19" (en adelante, "Informe Legal"). R.E.D.I., N° 15, octubre de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107405](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107405)

<sup>401</sup> Según el profesor Renato Jijena, "la Internet es el medio de comunicación de masas o masiva por antonomasia, pero no es un medio de comunicación social' de aquellos a los que se refiere nuestra Constitución, en que existan editores o directores a los cuales responsabilizar de los contenidos informacionales o multimediales (datos, imágenes, videos) que navegan por la red". Ibid.

o red WAN, pero no es una red más, es denominada la red de redes, la supercarretera de la información o autopista del conocimiento, porque es la de mayor alcance y la más utilizada a nivel mundial.

La Internet se forma de la interconexión de una "cantidad incalculable de computadoras denominadas servidores (served), conectadas entre sí, similar al sistema telefónico internacional, es decir, interligados por cables ópticos y líneas conmutadas. Estos servidores tienen la característica particular de almacenar infinidad de datos e información electrónica que se intercambian constantemente mediante las transmisiones efectuadas a través de Internet.

Tradicionalmente para conectarse a la Red hay que tener una computadora personal y que ésta se encuentre provista de un módem. Pero este principio no es único ya que la telefonía con tecnología WAP permiten también su acceso, además de la cada más cercana fusión definitiva de la computadora con la televisión (un teléfono, un módem y teclado, y la pantalla del televisor).

Técnicamente, para que sea posible la comunicación entre computadores, es necesario que exista entre ellos un mismo lenguaje de comunicación. Por ello, existen diversos idiomas o programas para un entendimiento en el intercambio de datos entre dos computadoras, denominados "protocolos", siendo los más importantes y mayormente usados en la Internet son el TCP/IP (lenguaje entre computadora a computadora) y el HTTP (lenguaje de hombre a hombre).<sup>402</sup>

Para tener acceso a Internet es necesario contratar los servicios de un ISP(Internet Service Provider/ Proveedor de Servicios de Internet); que son empresas que se encuentran provistas de licencia para autorizar el uso de la red funcionando de "puente" entre los usuarios y la red de redes.<sup>403</sup>

El funcionamiento básico de Internet, lo explica brevemente JIJENA señalando "las transmisiones de información en Internet obedecen a respuestas rápidas ante peticiones espontáneas que un usuario puede realizar a cualquier ordenador del mundo, y que al buscar 'salta' de un sitio web a otro mediante vínculos o 'links', sin que le interese en qué lugar está instalado físicamente el servidor que le provee de información" -la cual- "está almacenada en millones de computadores alrededor del mundo sin presencia de una organización central o control alguno".<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> Elias, Miguel. Ob.cit.

<sup>403</sup> Ibid.

<sup>404</sup> Jijena Leiva, Renato Javier. "Informe Legal", citado.

#### 4.5.2. Características de la Internet.

Estados Unidos, por medio de una Resolución del Consulado Federal de Redes (Federal Networking Council o FNC), en 1995, ha definido la Internet como: "El sistema global de información que: a) se encuentra lógicamente interconectado por direcciones únicas globales basadas en el Protocolo Internet (IP) o sus consecuentes extensiones; b) es posible soportar comunicaciones haciendo uso del Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo Internet (TCP/IP) o sus consecuentes extensiones, y/u otro IP -compatibles protocolos-; y c) provee o hace accesible, públicamente y privadamente, alto nivel de servicio basado en las comunicaciones e infraestructuras descri(p)tas".<sup>405</sup>

Ahora en cuanto a sus características específicas, encontramos las siguientes:

- 1) Es una red de comunicación informática, es decir, permite la transmisión de datos entre computadores -principalmente-, ubicados en cualquier parte del mundo;
- 2) No es propiedad de ninguna persona, privada ni pública, ni depende de modo exclusivo de personas determinadas, pues su funcionamiento se basa en la conexión existente entre los diversos y numerosos computadores, que contienen y transmiten la información que en ella circula. Esas múltiples conexiones hacen a la red. Pero la Internet, no sólo une a computadores aislados, sino que en ellas se interconectan múltiples redes científicas, de investigaciones, educativas y de comercio. Por ello se la denomina red de redes.
- 3) la red es, en sí misma, aterritorial, es decir, no se vincula al territorio de ningún Estado. Por ello su funcionamiento general no queda sometido a la soberanía exclusiva de ninguno. Característica que se deriva de la señalada precedentemente, y de la cual se derivan los principales problemas jurídicos que la rodean.
- 4) la red funciona en base al sistema llamado cliente/servidor. Como dijimos la red se conforma de múltiples computadores ubicados en distintos lugares. La información a la cual se puede acceder a través de Internet se aloja en esos diversos computadores, y cuando solicitamos información en la red, ella es buscada en el computador en que concretamente se encuentra -el cual funciona como "servidor"-, de esa forma el cliente o usuario solicita la información que desea y el servidor se la envía, lo cual funciona desde o hacia cualquier parte del mundo.

Por otra parte, la red de redes posee múltiples herramientas en relación a la transmisión de datos y como medio de comunicación, entre las más conocidas se encuentran:

---

<sup>405</sup> Elías, Miguel. Ob.cit.

- 1) La Worl Wide Web (W.W.W): que es la herramienta multimedial que permite a los usuarios publicar documentos, imágenes, videos, etc., en distintos "sitios" (web-páginas),<sup>406</sup> a los cuales puede acceder cualquier otro usuario cualquiera sea el lugar del mundo en que se encuentre;
- 2) Correo Electrónico (E-mail): permite la comunicación interpersonal, que puede ser equiparado a enviar una carta, pero que se diferencia notablemente en el tiempo que demora en llegar.
- 3) Internet Relay Chat (IRC): Son los conocidos "grupos de chateo", y que se caracteriza por permitir el diálogo entre los ciberusuarios en tiempo real, y
- 4) Usenet Newsgroups: son bases de mensajes agrupados por tema, permitiendo a los usuarios leer y enviar mensajes en cualquier momento y al grupo temático que el usuario desee.<sup>407</sup>

Todas estas herramientas disponibles en Internet son muy útiles en nuestra vida diaria. Sin embargo, en ellas se observan nuevos riesgos para los derechos de las personas, y particularmente para el derecho a la intimidad. A algunos de ellos nos referimos a continuación.

#### 4.5.3. Riesgos que entraña Internet para nuestra intimidad.

Entre los aspectos jurídicos que hoy se debaten en torno a Internet, se señalan los siguientes: los contenidos ilícitos y nocivos; los problemas que ocasiona para la propiedad intelectual; los riesgos para la propiedad industrial, que se manifiesta -básicamente- con los nombres de dominio; las transacciones comerciales o comercio electrónico; y la protección de la intimidad, entre otros temas.

En relación a la intimidad, ella puede ser objeto de ataque a través de la red de diferentes formas. Para aproximarnos al tema, creemos útil señalar que la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (Federal Trade Commission o FTC), hace unos años, publicó un informe sobre la "intimidad on line" en el que se describe cómo se obtienen los datos personales de los usuarios que visitan los Webs comerciales de las empresas norteamericanas y se analiza la política de las mismas respecto a la información al usuario sobre la recogida de dichos datos. Este informe concluyó que: el 90% de la Web obtienen información relativa a personas identificables; el 14% de ellas informa al usuario sobre dicha obtención; el 2% de las Webs informan al usuario sobre su política en materia de intimidad; el 89% de las Webs están

---

<sup>406</sup> Las páginas o sitios son grupos de información que pueden ser colocadas en un servidor, y a su vez cada sitio tiene otras páginas interligadas que lo integran.

<sup>407</sup> Elías. Ob.cit.

destinadas al público infantil que obtienen información personal de ellos; el 54% de estas últimas Web informa sobre dicha obtención. Al final del informe, la FTC recomienda al Congreso de Estados Unidos que regule la forma en que las empresas obtienen información personal a través de sus sedes Web en Internet, especialmente, respecto al público menor de 13 años.<sup>408</sup> Lamentablemente, no disponemos del texto de este informe, para así conocer cuáles eran todas esas formas en que obtenían información dichas empresas, sin embargo, al menos conocemos uno de sus instrumentos predilectos.

¿Cómo puede vulnerarse nuestra intimidad en Internet?. Las posibilidades que la red ofrece son variadas, y entre ellas encontramos la utilización de cookies, la tecnología WAP, la acción de los piratas informáticos, y los riesgos que se evidencian en el correo electrónico, que son los temas a los cuales nos abocaremos en lo que sigue.

4.5.3.1. Utilización de "cookies". Las cookies son una de las herramientas más utilizadas para recoger información personal por las empresas a través de Internet. Las "cookies"<sup>409</sup> son pequeños archivos de texto creados por los sitios Web -por cualquier empresa que tenga una página en Internet-, que se alojan en el disco duro del usuario<sup>410</sup> cuando éste ingresa a una página en Internet. Una vez en el disco duro, su función consistirá, ante todo, en hacer que la página Web recuerde y reconozca al usuario cada vez que ingrese a la página; adquiriendo la calidad de un personalizador de navegación a través de la red, de tal forma, por ejemplo, que cuando volvamos a un mismo sitio sólo nos muestre las novedades posteriores, o que nos muestre específicamente los productos que preferimos, o nos llegue publicidad de tales productos, etc.

Sin embargo, no sólo para eso se utilizan y sirven las "cookies", son también un informante indispensable para las empresas. ELIAS nos dice que, aparte de actuar como personalizador, "colocando una cookie en el programa navegador de un visitante, automáticamente el servidor registra información en la cookie, permitiendo que las empresas puedan realizar estudios minuciosos sobre los hábitos de consumo del "navegante", saber sus preferencias en la Web (y por deducción lógica, en la vida), el tiempo que le dedica a cada preferencia, los anuncios que ha visto, conocer la aceptación que están teniendo sus productos,

---

<sup>408</sup> Pollet ha dicho que "hay una red visible, y una red invisible en Internet, desconocida para el usuario, porque consiste en acuerdos entre los servidores entre sí y los proveedores, utilizando diversos medios técnicos"; citado por Elias, Miguel, ob.cit.

<sup>409</sup> Fueron creadas por la empresa Netscape en 1995 para la versión 2.0 de su popular navegador.

<sup>410</sup> Generalmente en carpetas especiales para "cookies", con extensión ".txt"

que partes de su empresa o qué productos despiertan mayor interés, qué tipo de persona visitan sus páginas, y mucha otra información que le permitirá mejorar su imagen, su negocio y adaptarse a las necesidades de sus clientes potenciales".<sup>411</sup>

La información que estas "galletas espías" es de suma importancia, ya que es utilizada para construir perfiles sobre los gustos, preferencias y adicciones de las personas que navegan por la red. En concepto de ELIAS "no cabe duda que el principal objetivo de estos archivos consiste en ser una de las principales herramientas de marketing para estas empresas que hacen publicidad en Internet o que simplemente disponen de una página Web".<sup>412</sup>

Estos ficheros "cookies", son pequeños, sólo tienen una capacidad máxima de 4 kbs., y no constituye en caso alguno un virus informático porque no es un fichero ejecutable. Sus funciones son controvertidas en la doctrina. ELIAS, MIGUEL señala que "hay unos límites estrictos entre lo que puede y no puede hacer"<sup>413</sup> una cookie. Aparte de no ser virus informático, nos dice que este "inofensivo fichero...no puede "ver" ningún dato del disco duro del usuario, ni pueden determinar la dirección de e-mail o la identidad del usuario. Estos datos sólo los puede obtener un sitio Web, si el usuario los facilita de una manera voluntaria", y que "un sitio Web sólo puede recoger las cookies que dejó él mismo, es decir, no puede recoger las cookies provenientes de otros sitios".<sup>414</sup> Tal situación, efectivamente en la actualidad es así.

Sin embargo, conviene advertir lo que RAMOS SUÁREZ, señala: "en un principio existían unas cookies en Java script que podían leer el disco duro y obtener una serie de datos, actualmente esta función es inviable ... También se dijo que distintas páginas web podían acceder a las cookies que otro servidor dejaba en el navegador, este problema fue solucionado y actualmente un servidor solo puede acceder a las cookies establecidas por su propio dominio".<sup>415</sup> De lo cual, claramente advertimos que la tecnología para efectuar tales operaciones existe, aunque hoy, aparentemente, no esté en uso, y con ello se evidencian las posibilidades o relevancia que pueden estas "cookies".

La información que ha almacenado el fichero cookie, sólo puede ser recogida, actualmente, por la página o sitio web que la instaló, y lo hará cuando el usuario, utilizando el

---

<sup>411</sup> Elías, Miguel. Ob.cit.

<sup>412</sup> Ibid.

<sup>413</sup> Ibid.

<sup>414</sup> Ibid.

<sup>415</sup> Ramos Suárez, Fernando. "*¿Es legal el uso de cookies?*". R.E.D.I., Nº 1, agosto de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=106933](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=106933)

mismo computador y el mismo navegador ingrese nuevamente a su página (o alguna de sus páginas).

Pero ¿qué empresas logran colocar estos ficheros en nuestro computador?. Las cookies, pueden tener distinto origen. Las más comunes serían aquellas que instala el servidor del sitio que visitamos, pero no son los únicos que pueden servirse de esta herramienta. CHRISTIAN HESS nos dice que es necesario distinguir, entre lo que él llama un cookie local y una cookie remota. La cookie local, es aquella que instala el sitio web que visitamos concretamente; en tanto, que la cookie remota, la crea y recuperan empresas que hacen publicidad en el sitio que visitamos, ello se observa cuando en el "sitio web que visitamos despliega publicidad de terceros, vía los llamados 'banners' o 'applets java', esos 'gráficos' publicitarios o mensajes comerciales poseen también la capacidad de ejecutar -un- código que puede grabar una cookie en nuestra computadora, y recuperarla posteriormente".<sup>416</sup>

A través de la utilización de las cookies remotas, además, hace posible el funcionamiento de las llamadas "redes de seguimiento". CHRISTIAN HESS nos dice que estas redes funcionan "cuando una empresa de mercadeo coloca mensajes publicitarios suyos en múltiples sitios populares de Internet con el fin de crear y luego recuperar cookies en las computadoras de los visitantes".<sup>417</sup> De esa forma, esas empresas pueden seguir al usuario en sus navegaciones por diversos y múltiples sitios, "vigilando sus acciones", y logrando reunir mucha información sobre los ciberusuarios -porque las oportunidades de reunirla son mayores-, aumentando, además, la posibilidad de crear perfiles sobre hábitos de consumo, que, como veremos, es uno de los usos que se da a nuestros datos.

¿De qué forma se afecta nuestra intimidad con los ficheros cookies?. Hay varios puntos a revisar, como son: el ingreso y mantención de una cookie en nuestro computador, cuándo la información que ella recoge y entrega a las empresas vulnera nuestra intimidad, y los usos que se da a tal información. Revisemos, brevemente, cada uno.

En la práctica, las empresas no siempre informan sobre el uso de cookies, y su instalación en los computadores de los usuarios, aunque hay algunas que entregan información al respecto. La regla en cuanto a la instalación de estos ficheros es que no seamos informados directamente y previamente, y menos aún que se pida nuestro consentimiento para utilizarlos. Se ha

---

<sup>416</sup> Hess Araya, Christian. "*Costa Rica: derecho a la privacidad y cookies*". R.E.D.I., N° 24, julio de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107580](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107580)

<sup>417</sup> Ibid.

señalado que el mero hecho de instalar un fichero en nuestro computador sin nuestro consentimiento constituye una invasión, no sólo de nuestra propiedad, sino también de nuestro espacio personal, privado o íntimo. Sin duda ello es cierto, sólo puede ingresarse y mantener algún elemento en nuestro computador, si ello nos ha sido informado y hemos otorgado nuestro consentimiento. Con todo, esta afectación de nuestros derechos es la más leve. Son mayores los problemas que se presentan en relación al hecho de recogida de información, y de los posibles usos que a ella se dé.

La función de la cookie que aquí interesa, obviamente, es la de actuar como espía recogiendo información sobre nuestra navegación en la red. Pero, el derecho a la intimidad no se verá afectado, en principio, en tanto tal información no sea identificable o atribuible a una determinada persona, esto en atención al concepto de datos personales, que vimos anteriormente. Por tanto, nuestros derechos, y, en especial nuestra intimidad se verá afectada cuando el sitio web que instaló la cookie pueda relacionarla con nosotros, con una persona determinada. Esto es posible en los siguientes casos:

a) Cuando las direcciones IP (de conexión) son fijas. Las direcciones IP identifican con un número a cada computador que se conecta a la red, siendo asignadas por el proveedor de servicios de Internet (PSI o ISP), y pueden ser fijas o variables.

Una dirección es fija cuando ella es asignada de forma permanente a un determinado computador, de forma que cada vez que una persona se conecte a la red a través de ese computador éste será identificado por el mismo número durante cualquiera navegación virtual que realice desde ese computador.

Al ser fijas o "permanentes" estas direcciones, las empresas que recopilan la información personal pueden seguirle el rastro al usuario. "Cada usuario que entra en una página Web deja un rastro o número IP de origen con el que se puede comprobar por donde ha estado y que sitios de la página Web ha visitado",<sup>418</sup> existiendo además la posibilidades de que el usuario se haya identificado en algún sitio visitado. Es decir, que la principal consecuencia que se deriva de este sistema es que siempre se identificará el computador -no necesariamente a una persona, pues el computador puede ser usado por varios individuos-, y conocer las preferencias de quienes lo

---

<sup>418</sup> Elías, Miguel, ob.cit., al respecto nos dice que el archivo cookie "puede contener la dirección IP del usuario. Cada usuario que entra en una página Web deja un rastro o número IP (Internet Procol) de origen con el que se puede comprobar por donde ha estado y qué sitios de la página Web ha visitado. Si además rellena un formulario para la participación en un concurso en el que se tengan que introducir algunos datos como, el sexo, la edad, dirección, mejor que mejor, pues sabremos que dicha persona utiliza dicho número IP pudiendo conocer en adelante sus preferencias y por tanto tener un buen estudio sobre lo que en definitiva quiere el consumidor"

utilizan, pero, además, es posible identificar a personas determinadas, lo cual sucederá en la medida que el usuario durante su navegación entregue sus datos en alguna página, por ejemplo, al participar en un concurso, o visitar alguna página que exija su identificación.

Distinta es la situación cuando las direcciones IP son variables o dinámicas, esto es, que ellas no se asigna en forma permanente un número al computador, sino que ellos son asignados indistintamente a los diversos computadores en cada conexión a la red que efectúen, y una vez que se desconecta del sistema, el proveedor asigna el mismo número a otro computador que se conecte, y así sucesivamente. Esto produce un efecto negativo para las estadísticas y marketing de las empresas, sin embargo, permite conservar nuestro espacio de intimidad, todo lo contrario que la IP fija.

b) Cuando el usuario ha personalizado su navegador<sup>419</sup> o los sistemas operativos con sus nombres y apellidos, "las cookies pueden recopilar estos nombres y añadirlos al fichero cookie para recabar información del usuario los que produciría una clara transgresión del derecho a la intimidad",<sup>420</sup> por cuanto la información que se recabe con su uso será identificable con determinada persona.

Respecto al uso de la información que recopilan las cookies, es básicamente para tareas de marketing y publicidad de las empresas, ya que a través del conocimiento de los sitios que el usuario ha visitado, los productos que compre en la red, las comunicaciones que efectúe, las consultas, etc., las empresas logran conocer las preferencias de la persona, y pueden enviarle publicidad supuestamente acorde a sus gustos, y que su actividad comercial sea más eficiente. El principal problema que se observa en ello, no es la publicidad dirigida y constante, aunque sin duda puede llegar a molestar, sino que con la información recopilada esas empresas construyen perfiles sobre las personas, que pueden no ser correctos, y, en caso de serlo, tal vez hayan algunos aspectos de nuestra personalidad que no nos gustaría que se conocieran. Por otra parte, es algo ya conocido y señalado que nuestros datos personales han pasado a ser objeto de comercio entre las empresas, y esa información recopilada por la cookie de una empresa puede eventualmente ser

---

<sup>419</sup> Elias, Miguel, en el mismo sentido señala que "Algunos programas navegadores asignan de forma automática el nombre del usuario al archivo que se genera como cookie; pero para que esta asignación pueda producirse, el navegador debe haber sido previamente personalizado por el usuario para que ello suceda. Si esto no se produce, el contenido de la cookie no podrá ser considerado como personal, ya que no podrá ser asociado a una persona identificada".

<sup>420</sup> Ramos S., Fernando, ob.cit.

cedida a otra empresa o institución. Un ejemplo concreto de empresas que se dedican a recopilar información de los usuarios en la red, es la empresa norteamericana Double Click.<sup>421</sup>

La creación de perfiles sobre las personas, como hemos señalado, es el principal problema que se presenta respecto del manejo o tratamiento de datos por terceros. La publicidad dirigida, uso directo que le dan las empresas a nuestra informaciones puede ser molesto, pero peor que eso pueden ser otros posibles usos, que se presentan como riesgos latentes, y que serían por ejemplo, que al conocerse ciertas facetas, preferencias, o ciertos datos sobre nuestra persona, se nos discrimine al solicitar un préstamo, un trabajo, a un local comercial, etc., o, incluso, en el peor aún que esa información llegue a manos de terceros con ideas racistas, o ideologías políticas extremas, u otros grupos "organizados" que discriminen o se dediquen a perseguir, marginar o a atentar contra cierto tipo de personas.

¿Podemos evitar el ingreso de una cookie a nuestro computador?. La respuesta es afirmativa. Los programas de navegación contienen una opción de recibir cookies que puede ser desactivada, o bien se puede configurar para que avise cuando va a recibirlas (la configuración debe hacerla el usuario, pues de lo contrario el navegador no avisa). Por ello, es que MIGUEL ELIAS señala que "la decisión está en manos del usuario".<sup>422</sup>

El derecho a la intimidad es renunciable, parcialmente, a través de nuestro consentimiento. Ahora, ¿si dejamos que se instale una cookie en nuestro computador, por no desactivar la opción, estamos aceptando que se recopile información, estamos renunciando a nuestro derecho?. Si desconocemos que una empresa -un sitio web- utiliza cookie, claramente no existiría renuncia alguna; pero, ello parece cambiar, si la empresa informa sobre su uso. MIGUEL ELIAS señala que "... hay que analizar el nivel de consentimiento del usuario. Si las pautas puestas por las empresas Web son claras y el usuario las acepta, no existiría, en principio, la posibilidad de un futuro reclamo porque en ese caso se habrían aceptado las reglas del

---

<sup>421</sup> Double Click es una agencia colocadora de anuncios en Internet, que diseña estrategias de marketing, realizando una labor de recopilación respecto de los hábitos de navegación en la red insertando cookies en millones de discos duros de computadores en todo el mundo. La información la obtiene de cosas tan simples como la búsqueda de una palabra por medio de un "buscador", lectura de artículos o páginas web. Una vez que el ciberusuario visite algunos de los sitios de los 2.500 clientes de esta empresa, sus preferencias serán conocidas por Double Click y se expone a ser bombardeado con anuncios publicitarios 'personalizados'.

En noviembre de 1999, Double Click compró a Abacus Direct, la cual era un banco de datos con nombres, domicilios e información acerca de los hábitos de compra no electrónica de 90 millones de hogares. En enero del 2000 empezaron a compilar perfiles que vinculaban a nombres y domicilios de personas reales con sus compras electrónicas y convencionales.

La actividad de Double Click encontró la oposición de los consumidores norteamericanos, quienes plantearon el caso ante la FTC estadounidense, y llegando incluso a la Suprema Corte. (Desconocemos cómo fue resuelto el caso en definitiva).

<sup>422</sup>Elias, Miguel. Ob.cit.

juego".<sup>423</sup> En líneas generales, algunos autores<sup>424</sup> señalan, y estamos de acuerdo en ello, que se requiere a lo menos una advertencia de que será recopilada información sobre nuestra persona, y que uso se le dará, y así determinemos si aceptamos o no. Hoy varios sitios ofrecen esta opción.<sup>425</sup> Que la empresa ocupe nuestra información para usos distintos, ciertamente habrá responsabilidad de parte de la misma, de carácter contractual señala ELIAS, pero muy difícil de probar. La advertencia, al menos devuelve algo de confianza y tranquilidad al usuario, por lo menos del que conoce de su la existencia de las cookies y sus funciones, no sintiéndose perseguido.

No obstante, y como evidenciaba el Informe de la FTC estadounidense, la mayoría de las páginas web no informan sobre la recopilación de información. Por ello, coincidimos con MIGUEL ELIAS en que el "mero hecho de aceptar el ingreso de una cookie a nuestro ordenador no hace al consentimiento en sí, ni mucho menos supone una renuncia a los derechos a la intimidad...",<sup>426</sup> y ello porque ni siquiera sabíamos de la existencia de la cookie en nuestro computador. Ciertamente, un dato recogido a través de una cookie, sin que ello haya sido informado al titular, y por supuesto en caso de que éste se haya negado, constituirá un dato ilícito, y vulnerará la intimidad si puede ser atribuido a determinada persona.

- Un caso concreto: proveedores gratuitos de Internet en Argentina. A comienzos del año 2000, en Argentina surgieron varias empresas Proveedora de Servicios de Internet (PSI) ofreciendo la conexión gratuita. Los usuarios respondieron al llamado, cumpliendo con la exigencia-condición para acceder al servicio gratuito: las páginas de inscripción exigían una gran cantidad de datos. La gran mayoría de los usuarios, no leyó el contrato de adhesión que las empresas previamente hacen aceptar o rechazar, el cual establece "de manera expresa la posibilidad de navegar gratis a cambio de obtener datos personales para así enviar publicidad dirigida acorde con los gustos y

---

<sup>423</sup> Ibid.

<sup>424</sup> Elías, Miguel. Ob.cit., se pone en tres supuestos, dos de ellos pueden ser sistematizados en la advertencia previa, y el otro es un caso en que existiendo un contrato entre usuario y el servidor, se incluya una cláusula adicional que le permita al último recoger información del primero mediante "cookies".

<sup>425</sup> Sólo a vía de ejemplo, la empresa EntelInternet, en su página web, contiene información sobre sus políticas de privacidad, entre ella: la información personal que se reúne sobre el usuario; saber qué es una cookies y para qué se usan; saber quién recolecta su información; para qué se utiliza la información recolectada; en qué casos se comparte la información recolectada; usos que EntelInternet puede darle a la información; precauciones de seguridad para proteger la información; cómo actualizar, modificar o borrar sus datos personales; programa de protección a menores de 13 años"

<sup>426</sup> Ibid.

hábitos de cada internauta e incluso proporcionarla a las empresas asociadas que financian el servicio".<sup>427</sup>

"Muchas de estas empresas requieren que para utilizar sus servicios se instale un navegador (browser) de Internet propio", el cual está especialmente diseñado para fines de la empresa, y "permite saber con absoluta certeza por dónde navega el internauta".<sup>428</sup>

Las empresas que ofrecen estos servicios gratuitos juegan un papel de intermediario, pues como señalan en el mismo contrato para ofrecerlo deben mostrar anuncios publicitarios del interés de cada suscriptor. Quien financia el servicio, son las empresas anunciantes.

4.5.3.2. La tecnología WAP (Wireless Application Protocol). Esta tecnología "WAP" es un conjunto de protocolos que toma las características tanto de Internet como de los estándares desarrollados para terminales móviles a través de la tecnología de comunicación UMTS (Universal Mobile Telecommunications System). En ella se "combina" la telefonía móvil e Internet, y vino a superar las limitaciones que existían con anterioridad en este ámbito. Esta tecnología posibilita el acceso a Internet sin la necesidad de un ordenador y un módem, pudiéndose realizar ésta a través de un teléfono móvil o celular.

La trascendencia que esta nueva tecnología "telemática" puede tener respecto de la intimidad, es un asunto de especial interés. MIGUEL ELIAS, pone de relieve el hecho de que a través de esta tecnología se facilita la "identificación, individualización y seguimiento de la personas". La identificación porque, en general, quien posee un teléfono móvil o celular, tendrá un contrato de prestación de servicios con una empresa,<sup>429</sup> y en el cual estará identificado el usuario o cliente; a su vez, la dirección IP de conexión a Internet estará siempre vinculada a esa persona (es decir, la IP es fija) con lo cual podrá seguir todos sus movimientos en la red de redes, facilitándose la tarea de las empresas de reunir información y poder vincularla con una determinada persona, el seguimiento virtual es permanente, pues siempre llevamos el celular con nosotros, de forma que el envío de publicidad personalizada y georeferenciada nos llegará en todo momento y lugar.

---

<sup>427</sup> Los datos personales son obtenidos, en primer lugar, por la gran cantidad de información que le es exigida a los usuarios al momento de registrarse y, en segundo término, mediante "cookies" que envía la empresa.

<sup>428</sup> Elias, Miguel. Ob.cit.

<sup>429</sup> Y respecto de aquellos que no tienen un contrato, es decir, aquellas que tienen teléfonos móviles con tarjeta de prepago, sería identificable en la medida que se haya identificado con la empresa. Tal identificación es solicitada para identificar al dueño del teléfono, para efectos de que en caso que pierda el equipo, pueda comunicarse con la empresa y desconectarlo o darlo de baja, para que ninguna otra persona pueda utilizarlo. Al menos, esa es la motivación declarada por Telefónica Móvil.

Por otra parte, además de seguirnos con la publicidad, esta nueva tecnología puede permitir -desconocemos si tiene este alcance actualmente- que se siga cada uno de nuestros pasos y que en todo momento se conozca dónde estamos y se nos pudiera localizar; y si aún no es así, para ello faltaría muy poco. Lo cual obviamente implicará que se coarte además de nuestra intimidad, mediante la recopilación de datos y envío de publicidad "molesta", sino también nuestro derecho a desplazarnos libremente por lugares físicos -es decir, nuestra libertad personal-, sin ser objeto de seguimiento de ningún tipo.

4.5.3.3. Riesgos en el correo electrónico o e-mail.<sup>430</sup> Como ya dijimos el correo electrónico es similar al correo tradicional, pero con la ventaja de que permite comunicarse en forma mucho más rápida y sin que influya en ello la distancia en que se encuentren los cibernautas.

Los beneficios que se uso se derivan progresivamente están haciendo que reemplace al correo tradicional. No obstante, hay algunos aspectos en su funcionamiento que hacen peligrar nuestra intimidad.

Aunque en nuestro ordenamiento constitucional, como sabemos, la inviolabilidad de la comunicaciones privadas es reconocido como un derecho distinto al derecho a la intimidad, por la estrecha vinculación con ésta, y ser una manifestación de la intimidad en sentido amplio, no podemos dejar de tratar el tema del correo electrónico en nuestro estudio. Además, como dijimos, la eventual divulgación del contenido de las comunicaciones u otro uso, estaría concretamente protegida por el art. 19 N° 4 de nuestra Constitución.

La doctrina ha señalado que la intimidad o reserva de nuestras correspondencia parece diluirse en el ciberespacio, y ello esencialmente porque no existe un elemento como el sobre, que siempre usamos en nuestra cartas "tradicionales", para proteger su contenido. Sin embargo, esa ausencia no debiera constituirse en un obstáculo para mantener la reserva de los mensajes. Luego de evidenciar algunos de los riesgos concretos, nos referiremos al problema de fondo en esta materia, que consiste en determinar si el correo electrónico es una comunicación de carácter "privado".

En relación a los problemas que pueden presentarse para la intimidad de las personas, al usar el correo electrónico, se observan riesgos derivados de los siguientes aspectos: existencia de copias de los mensajes electrónicos, de las actividades que efectúa el operador de sistema, y la

---

<sup>430</sup> Basado en el estudio efectuado por Barrera, María Helena. "*Correspondencia digital: recreando la privacidad en el ciberespacio*". [Http://www.publicaciones.derecho.org/doctrinal/Estados\\_Unidos/6](http://www.publicaciones.derecho.org/doctrinal/Estados_Unidos/6)

eventual revisión del correo del trabajador por su empleador, los cuales revisamos a continuación.

1) Copias de los mensajes electrónicos. El correo electrónico, o más propiamente el mensaje electrónico, tienen una diferencia fundamental con la carta tradicional, cual es que no existe solamente un mensaje, sino múltiples copias, de las cuales no todos conocemos su existencia. Tales copias se generan en distintos momentos y en distintos "lugares".

Hay copias que se generan en el momento mismo de la creación del mensaje, en la memoria del mismo computador que utilizamos para crearlo, como en archivos temporales del propio sistema de comunicación utilizado,<sup>431</sup> y en "los archivos de URLs visitadas, de programas como Netscape Communicator o Internet Explorer".<sup>432</sup> Los originales de nuestro computador, generalmente los borramos, pero las copias temporales suelen ser ignoradas. Otras copias se generan después de enviar el mensaje, las cuales quedan grabadas en el servidor del proveedor de acceso: todo mensaje, queda grabado en un archivo de salvaguardia o backup. Y, además, hay copias diseminadas por todo el mundo, dependiendo del lugar desde el cual fue enviado y el lugar al que es remitido. "Si el correo tradicional funcionase como el electrónico, el servicio postal estaría autorizado a guardar una copia de todos y cada uno de los mensajes enviados en todos y cada uno de los puntos por donde el mensaje ha transitado, incluyendo copias permanentes en el punto de envío y en el de recepción."<sup>433</sup>

El hecho de que no exista sólo un ejemplar del mensaje, sino múltiples copias, ya evidencia los problemas para la intimidad, principalmente las que se gravan en los archivos de historia de los programas de navegación (URLs) y las copias de seguridad o salvaguardia. Y, además, como señala BARRERA "cualquier persona en posesión legítima o ilegítima del mensaje puede reiniciar el proceso, copiando y reenviando el mensaje", pudiendo crear copias con "sólo acceder y consultar el mensaje, sea desde su computadora personal o, en el peor de los casos, en terminales públicos carentes de sistemas de limpieza automática de memoria".<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> Estas copias generalmente desaparecerán al desactivarse el programa.

<sup>432</sup> Barrera, María, ob.cit., señala al respecto que es posible que ,después de que el "emiteinte" se desconecte del sistema, "el contenido de las direcciones visitadas puede ser consultado por cualquier otro usuario si no se ha tomado la precaución de borrarlo antes".

<sup>433</sup> Ibid.

<sup>434</sup> Ibid.

2) Labor que efectúan los operadores de sistema respecto del correo electrónico. La actuación de estos operadores es imprescindible para que los mensajes digitales lleguen a su destino, consistiendo su actividad en procesar, manipular y enrutar los mensajes. En esta actividad es casi una necesidad diaria y normal, la apertura de los mensajes electrónicos, lo cual respecto del correo tradicional sólo puede ser permitido en situaciones excepcionalísimas. Además, en manos o posesión de estos operadores están las copias de seguridad o backup del mensaje<sup>435</sup> que efectúa el sistema, a las cuales, por el contrario, no puede acceder libremente el propio usuario que envió el mensaje.

Lo dicho evidencia, la mayor vulnerabilidad que poseen nuestros correos electrónicos, pues fácilmente, cualquier persona con algún conocimiento sobre el tema, puede acceder a ellos, conocer su contenido y eventualmente divulgarlo. El punto, no es si el mensaje tiene particularidades que no queremos que nadie más -exceptuado el destinatario- conozca, es decir, que el contenido de ella deba ser estrictamente confidencial o en él se contenga información "sensible". Lo esencial es que nuestras comunicaciones privadas -y en nuestro concepto, un e-mail tiene este carácter- son inviolables (son manifestaciones de nuestra intimidad), y cualquiera sea el contenido de ellas no debe ser conocido por terceros, ni menos sacar copias de los mensajes.

Para proteger la reserva de las comunicaciones electrónicas, frente a estos problemas, existen algunos métodos o instrumentos tecnológicos. Así, encontramos sistemas de encriptación y el uso de remailers. La encriptación de un mensaje, consiste en "asignar o anexas códigos de caracteres secretos y cifrados -denominado "stream"- para proteger la información mediante técnicas de criptografía, de manera tal que el mensaje no tenga sentido mientras se está transmitiendo y sólo pueda ser decodificado o descriptado cuando llegue a su destino",<sup>436</sup> lo cual torna impenetrable un mensaje electrónico, manteniendo la confidencialidad de su contenido. Los remailers, en tanto, son un servicio que presta una compañía o empresa en la red, no consiste en cifrar el mensaje sino que dificulta la identidad del usuario, pues tienen por función hacer imposible el reconocimiento del remitente del mensaje. Su funcionamiento es simple: reciben un correo electrónico y lo envían desprovisto de la dirección del remitente; y, con su utilización es posible resguardar una parte de la intimidad, por cuanto ésta se entiende

---

<sup>435</sup> Estas copias no son idénticas al mensaje enviado, su contenido es mucho más amplio. Contienen mensajes descartados, borrados, jamás abiertos por el usuario, mensajes filtrados, y enviados automáticamente a espacios descartables. Barrera, María Helena. Ob.cit.

<sup>436</sup>

afectada en la medida que si se conoce un mensaje él sea atribuible o relacionado con una persona determinada.

Sin embargo, la utilización de la criptografía es discutida y "rechazada" por ciertos sectores, porque dificulta la labor de investigación de delitos a través de la red, ya que nadie podría descifrarlo sin la clave o código secreto; y respecto de los remailers, habrían muy pocos que son realmente anónimos, ya que a partir de ciertos datos es posible identificar al remitente.<sup>437</sup> Pero, son las herramientas que actualmente contribuyen a proteger en algo nuestra diluida intimidad virtual, presentándose la encriptación<sup>438</sup> como la mejor herramienta para realizar esa tarea en la actualidad.

Las características particulares del correo digital, que hemos revisado, sin duda representan una amenaza para nuestra intimidad, pues el contenido de nuestros mensajes puede ser conocido por terceros con una facilidad mayor, y casi sin evidencia, y a su vez generalmente será conocido por los operadores de sistemas. Por ello es necesario establecer reglas precisas que eviten los peligros de esa mayor vulnerabilidad. Según MARÍA BARRERA, la protección de la intimidad en el ciberespacio, pasa por recrear los elementos presentes en el correo tradicional, aquellos que componen su estructura básica. Así, se hace necesario ponerse de acuerdo en algún indicador de privacidad o intimidad similar al sobre, el cual no es invulnerable por su materialidad -pues por sí mismo es muy frágil-, sino porque existe a su respecto una especie de convención o acuerdo en la sociedad, en cuanto a que él marca límites de la intimidad. Otro elemento a recrear, sería la existencia de un sistema postal, público o privado, que garantice la seguridad del mensaje en su transporte o entrega, lo cual implica establecer las obligaciones y

---

<sup>437</sup> Xavier Ribas, ob.cit., nos dice que hay pocos remailers verdaderamente anónimos y que "en la mayoría de los casos, la información de la cabecera del mensaje permite obtener la información suficiente para localizar al remitente".

Consideramos importantes otras acotaciones que hace este autor, las cuales reproducimos textualmente: "Los remailers están tolerados en algunos países debido a la función social que cumplen, ya que permiten, entre otros servicios, el envío de consultas a centros médicos por parte de personas que desean mantener su anonimato: alcohólicos, enfermos del SIDA, etc.

La intervención de un remailer, con el correspondiente mandamiento judicial permite identificar en el LOG del servidor, al remitente de un mensaje determinado. En 1996, el propietario de un remailer situado en Finlandia decidió dar fin a sus servicios al reconocer que no podía garantizar el anonimato de sus usuarios.

Los mensajes entrantes y salientes de un remailer también pueden ser interceptados y cotejados con el fin de comprobar su origen, instalando un sniffer entre los routers próximos al remailer. El juez competente para dictar el mandamiento de interceptación será el del lugar donde esté ubicado el servidor, aunque, en algunos casos, también podrá solicitarse en el lugar donde se tenga conocimiento del delito."

Este sistema sería utilizado, además, generalmente por las personas que intercambian algún tipo de información de contenido ilícito.

<sup>438</sup> Se ha señalado que el sistema de encriptación de mensajes es una vía para otorgar seguridad a la información que se transmite, lo cual permitiría mantener a resguardo nuestra intimidad, pero sin embargo, se estima que ello haría aumentar los costos de acceso a Internet. Lo cual en cierto modo, significa que quien desee proteger su intimidad debe pagar por ello

derechos tanto de los que prestan el servicio -incluyendo los operadores de sistemas- como de los usuarios. Coincidimos con la autora, en este sentido.

La elaboración de mecanismos técnicos que protejan la intimidad de los mensajes electrónicos, es una tarea que en cierto modo queda entregada a los ingenieros informáticos, y hasta que no encuentren sistemas verdaderamente seguros, nuestra intimidad se ve diluida en el ciberespacio. Sin embargo, el derecho debe presionar para que ello suceda pronto. La forma más efectiva de presionar, es regular la actividad o sistema de correo electrónico, estableciendo legalmente los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, esto es, de los usuarios y de las empresas proveedoras de los servicios. Creemos, que el establecer obligaciones y responsabilidades concretas a los proveedores para el resguardo de la intimidad de los usuarios, así como establecer las responsabilidades de los operadores de sistemas, es la tarea más primitiva que corresponde al Derecho, pues de esa forma, al menos éstas se preocuparán de encontrar los sistemas adecuados para mantener la confidencialidad de las comunicaciones. En definitiva, todo pasa porque se preocupen de establecer medidas de seguridad adecuadas.

En relación a las empresas proveedoras del servicio y del operador de sistemas, fundamentalmente debería contemplarse en las legislaciones la obligaciones de confidencialidad de lo comunicado, en dos aspectos: el primero, en cuanto -aunque parece obvia- no puedan divulgar el contenido del mensaje -que como vimos normalmente puede ser conocido por el operador-, ni el proveedor pueda en caso alguno hacer uso de la información contenida en el mensaje electrónico. En nuestra opinión, la responsabilidad que se establezca debe contemplar la sanción penal, con penas elevadas, o agravadas en relación a la aplicable a terceros ajenos al servicio de mensajería, y que puedan conocer, divulgar o usar esa información -por haber accedido al mensaje sin autorización-, y debe ser más alta la sanción por la calidad de sujeto "garante" del derecho a la intimidad.

El segundo aspecto de esa obligación de confidencialidad, se debe manifestar con el deber de establecer medidas de seguridad adecuadas que impidan que terceros accedan al mensaje, si tal cosa sucede será porque se faltó a tal obligación, y se debe generar responsabilidad no sólo para el tercero, sino para quienes debían impedir su acceso.

La divulgación del contenido del mensaje por el operador de sistemas, parece encuadrarse en la figura que sanciona el art.337 de nuestro código penal "El empleado de una oficina telegráfica que divulgare el contenido de un mensaje sin autorización expresa de la persona que lo dirige o a quien se ha dirigido, incurrirá en multa ..., deberá

indemnizar los perjuicios provenientes de la divulgación". El inciso 2º del mismo artículo, tipifica otra figura, con directa relación en el tema en estudio, sancionando con la misma pena "... al empleado que, por descuido culpable, no transmitiere fielmente un mensaje telegráfico y, si en la transmisión infiel hubiere mala fe, se estará a lo dispuesto en el artículo 195". Este último, castiga al "encargado o empleado de una oficina telegráfica que cometiere falsedad en el ejercicio de sus funciones, forjando o falsificando partes telegráficos" con la pena de presidio menor en su grado medio (es decir, entre 540 días y 3 años).

3.) Revisión del correo electrónico del trabajador por su empleador. El problema que se plantea es si un empleador -que ha entregado a sus trabajadores un computador con acceso a Internet, y en que todos los gastos que ello signifiquen son de su cargo-, está facultado para revisar el correo electrónico de sus empleados, y si es afirmativa la respuesta, determinar en qué casos ello se permite.

Este es un problema que se está discutiendo en varios países, veamos algunas situaciones concretas: en mayo del 2000, el Tribunal del Trabajo de Bruselas resolvió un caso que afectó a un trabajador, que aparentemente mantenía correspondencia electrónica con una compañera de trabajo, y cuyo empleador con la excusa del bajo rendimiento laboral decidió revisar su correo electrónico, y luego lo despidió por faltas graves; en Francia, tres altos cargos de un establecimiento educacional interceptaron el correo electrónico, recibido o enviado, por un estudiante, porque sospechan que lo utilizaba el correo del trabajo para fines personales; en Estados Unidos "se calcula que un 45% de las grandes empresas tienen instalados sistemas de vigilancia interna para controlar el correo electrónico de sus empleados (abarcando a más de 50 millones de trabajadores). De ellos más del 30% almacena y revisa los correos electrónicos enviados y recibidos por sus empleados"; en España, se presentó un caso en que un empleador-empresario intervino y copió todos sus correos y ficheros personales, de uno de sus trabajadores, aunque lo efectuó con la presencia del comité de empresa.<sup>439</sup>

Las soluciones que se plantean por la doctrina y las legislaciones son diferentes, en algunos casos se ha permitido que el empleador revise el correo electrónico de sus trabajadores. Respecto del caso planteado al Tribunal de Bruselas, éste analizó si la revisión del correo electrónico efectuada -"el atentado a la vida privada"- era indispensable y proporcionado al

---

<sup>439</sup> Zulueta, Endika. "El estado policial laboral: registro del correo electrónico o de los archivos personales de los trabajadores". [Http://www.nodo50.org/altavoz/endika.htm](http://www.nodo50.org/altavoz/endika.htm). Todas las referencias a las legislaciones y situaciones en el derecho comparado a que hacemos referencia sobre este tema en particular, las hemos extraído de este estudio.

supuesto perjuicio causado al empresario (el bajo rendimiento laboral, falta grave), y concluyó que no era necesario intervenir el correo para proceder a sancionar al trabajador, ya que bastaba para ello la constancia del número de e-mail, el tamaño y el carácter privado de los mismos. En el caso francés, en tanto, se resolvió a favor del estudiante, y los condenados fueron obligados a pagar una indemnización por daños y perjuicios. Además, ese fallo fue relevante por cuanto en él se determinó el régimen jurídico aplicable al correo electrónico de carácter privado que "transita al descubierto por Internet, señalando que era la legislación de telecomunicaciones."<sup>440</sup>

En un sentido opuesto, se encuentran los otros países aludidos. En Estados Unidos, la legislación autoriza a los empresarios la vigilancia electrónica rutinaria de sus trabajadores, permitiendo incluso que tal hecho no sea informado a los subordinados, y aunque los sindicatos reclaman por sus derechos, no se ha visto apoyados por el Congreso ni por los tribunales. En Gran Bretaña, existe una ley que permite al gobierno británico todas las comunicaciones electrónicas, sin autorización judicial (fue la pionera en legalizarlo); y, además, recientemente entró en vigencia otra ley que faculta a los empleadores el "acceso rutinario" a los correos electrónicos y llamadas telefónicas de sus trabajadores.<sup>441</sup> No obstante, los sindicatos han anunciado que recurrirían al Tribunal de Estrasburgo, alegando la vulneración del art. 8 del C.E.D.H. que reconoce "a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar...".<sup>442</sup>

Distinta de estas dos posiciones, parece ser la de España. La legislación laboral de este país contempla una norma relacionada con el tema aunque no está referida directamente al correo electrónico. El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores autoriza la realización de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones.<sup>443</sup>

Doctrinariamente, habrían dos posiciones en el Estado español: una que sostiene la facultad del empleador para efectuar la revisión del correo electrónico amparándose en una

---

<sup>440</sup> Ibid. Los jueces franceses señalaron que 'la Red y la totalidad de los servicios que ofrece, como el de mensajería electrónica, entran en el campo de aplicación de la legislación relativa a las telecomunicaciones'.

<sup>441</sup> Ibid.

<sup>442</sup> El artículo textualmente señala: "8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 8.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

<sup>443</sup> Zulueta, Endika. Ob.cit. Sólo se admite en las siguientes circunstancias "...cuando sea necesaria para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa", y las condiciones que se establecen son las siguientes: "...dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo; respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y contándose con la presencia de algún representante legal de los trabajadores".

interpretación extensiva del citado artículo, y cumpliendo las condiciones que el establece, sea porque lo asimilan a las "taquillas" o por considerar el computador y el correo electrónico como "efectos privados". Quienes lo asimilan a las "taquillas", sostienen que el computador es un elemento de trabajo de propiedad de la empresa que no puede ser utilizado para fines distintos a la actividad laboral, por lo que en su concepto no cabría hablar de "documentos personales ingresados a ese computador."<sup>444</sup> La posición contraria, la sostiene ENDIKA ZULUETA<sup>445</sup> quien se basa en dos normas, primero en el precepto constitucional que garantiza el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial (art. 18.3); y en un precepto del código penal español que sanciona las conductas que vulneren la intimidad, sin el consentimiento de la personas, mediante el apoderamiento de ciertos elementos, entre los que expresamente señala el correo electrónico, precepto que no distingue quien sea el autor, ni contempla excepción alguna.<sup>446</sup>

4.) Otro problema del que hemos tomado conocimiento es la existencia del Spector 2.1. Este es un producto que se está ofreciendo a través de Internet, y que básicamente consiste en un programa que permite espiar el correo electrónico de otra persona.

El Spector 2.1 permite que un tercero conozca un correo electrónico en el momento mismo en que se está escribiendo. Este producto "se basa en una idea muy sencilla pero, por eso mismo, terriblemente eficaz: Spector lleva a cabo pantallazos cada pocos segundos que, posteriormente se pueden contemplar como si se tratara de un show de diapositivas- del ordenador en el que está instalado. Las imágenes se almacenan en un servidor, al que el espía puede acceder por contraseña o bien recibir las imágenes vía correo electrónico".<sup>447</sup>

Este programa de espionaje, puede ser utilizado no sólo para vigilar a los trabajadores, sino para espiar a cualquier persona, conociendo el texto de los mensajes que envíe y las páginas webs que visita aunque el usuario borre sus huellas en la red utilizando un programa anonimizador.

---

<sup>444</sup> El organismo español de control de datos personales, la Agencia de Protección de Datos, habría aceptado basándose en dicho artículo que se revise el correo electrónico e incluso todo el computador.

<sup>445</sup> Zulueta, Endika. Ob.cit.

<sup>446</sup> Se trata del art. 197 del Código Penal español, reformado en 1995, que sanciona al que " para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otros, sin su consentimiento, se apoderen de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepten sus telecomunicaciones o utilicen artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación".

<sup>447</sup> Zulueta, Endika. Ob.cit.

En todo caso, la solución para este problema no se ha hecho esperar, se ofrecen productos gratuitamente a través de Internet para detectar estos programas Spector 2.1 y puedan ser borrados por el usuario, o bien para instalar algún programa llamado "cortafuegos", para engañar al espía. Pero ello sólo podremos hacerlo si es que conocemos la existencia del nuevo espía, mucho más peligroso que un fichero cookie, en principio.

Ya hemos evidenciado algunos de los riesgos o problemas que se presentan respecto del correo electrónico. Ahora, debemos referirnos a la cuestión de fondo que dejamos pendiente, cual es si el e-mail tiene el carácter de comunicación privada, y, en consecuencia, si él debe gozar de la inviolabilidad que algunos ordenamientos jurídicos otorgan a ese tipo de comunicación, v.gr. nuestra Constitución en su art. 19 N° 5. En nuestro concepto, como ya hemos señalado, el correo electrónico, debe ser considerado una comunicación privada, y, por ende, es inviolable.

Al respecto recordemos que en la C.E.N.C., dijo el comisionado SILVA BASCUÑAN, aclarando el alcance de la voz "privada" -en el precepto citado-, señaló que con ella se estaba haciendo referencia a "aquel tipo de comunicación en que el emite escoge singularizadamente la persona que la recibe",<sup>448</sup> y, además, con el evidente propósito de que sólo el destinatario -escogido por el emite- la reciba.<sup>449</sup> A lo que cabe agregar, que se declaró que la protección abarcaba también a formas de comunicación privada que en el futuro llegaran a inventarse.

Lo anterior, nos ayuda a justificar nuestra posición, pues cuando enviamos un mensaje electrónico -generalmente- lo dirigimos a una persona determinada y no deseamos que él llegue a ser conocido por otros sujetos.

Sin embargo, podría discutirse lo dicho en atención a las características especiales que presenta el correo electrónico (multiplicidad de copias y lo relativo a la actividad del operador de sistemas) y sostenerse que él no constituye un medio idóneo para enviar una comunicación de carácter privado. No creemos que este sea un argumento suficiente para descartar, valga la redundancia, el carácter privado de un e-mail.

Pensemos, por ejemplo en una comunicación telefónica, ella puede ser violada mediante su interceptación -instalando aparatos especiales en el cable de conexión de la línea telefónica o en

---

<sup>448</sup> Citado por Evans de la Cuadra, ob.cit., p. 192.

<sup>449</sup> Esto último lo agregó el comisionado Ovalle. Evans de la Cuadra, ob.cit., p. 192.

el mismo teléfono- y la operadora de la compañía de teléfono tiene la posibilidad de escuchar la comunicación que se efectúe presionando un simple tecla; o en una carta tradicional protegida por un simple sobre de papel que puede ser abierto sin mayor dificultad. Entonces, el hecho que la comunicación telefónica pueda ser interceptada o que la operadora tenga la posibilidad de escucharla, o la vulnerabilidad del material que protege a la carta tradicional, ¿conduce a que esos medios no sean idóneos para efectuar un comunicación privada?. No dudamos en responder negativamente.

Por el contrario, si publicamos un aviso en un diario o lo pegamos en un lugar público, aunque lo dirijamos a una determinada persona, es evidente que ese tipo de comunicación no tiene el carácter privado, no puede tenerlo ni podría esperarse que lo tuviera. El medio y el lugar utilizado, respectivamente, lo impiden por completo.

¿A cuál tipo de comunicaciones señaladas en los dos párrafos anteriores, respectivamente, se asimila más un correo electrónico?. Descartando la posibilidad de que el emisor lo dirija a diversas personas, sin conocerlas y sólo con un afán informativo, diversión o por molestar, en la generalidad de los casos los usuarios lo envían a una persona determinada y con deseo que sólo ella conozca su contenido, dirigiéndolo a una dirección electrónica determinada y utilizando un proveedor de servicio también determinado. Por tanto, sería una comunicación privada, y ese carácter se evidencia primariamente con el otorgamiento -por las empresas prestadoras del servicio- de una clave secreta al usuario.

El que se vayan generando copias del correo electrónico, pueda ser interceptado o abierto por el operador de sistema, no puede constituir obstáculo para reconocer que se trata de un comunicación privada, pues aunque hechos similares son posibles respecto en una comunicación telefónica y lo endeble del material que protege a una carta tradicional, no impiden su reconocimiento como tal. La inviolabilidad de una comunicación privada no debe depender de la invulnerabilidad material que presente, sino de la intención con que el emisor la efectúe y de la utilización de un medio en que la inviolabilidad sea susceptible de garantizarse. Ciertamente, las posibilidades de que el correo electrónico pueda ser vulnerado son múltiples, pero, reiteramos, ello no debe constituirse en obstáculo para mantener la "intimidad" de nuestros mensajes. Pensemos en lo que sucede si no lo consideramos una comunicación privada: cualquiera persona podría conocer su contenido sin que ello constituya una infracción jurídica. Los sujetos que accedan a un e-mail ajeno, serán un pocos con conocimientos técnicos y con tendencia a

fisgonear en los asuntos de terceros, y estarían autorizados implícitamente para incurrir en tal conducta; además, los operadores de sistemas y, por ende, las empresas prestadoras del servicio de envío de correos electrónicos, podrían conocer todos nuestros asuntos, y usar la información que contengan para los fines que deseen.

Aunque reconocemos que en la Internet es difícil hablar de intimidad o de inviolabilidad de una comunicación, el derecho a mantener una comunicación privada no puede desaparecer. Son demasiados los riesgos que se derivan de la no protección de nuestro derecho constitucional como para desconocerlo completamente. Por ello, en atención a las justificaciones anteriores creemos que el correo electrónico -salvo la situación señalada- constituye una comunicación privada, y, por tanto, goza de inviolabilidad conforme al art.19 N°5 de la Constitución chilena, la cual ampara cualquier violación que -en y desde el territorio chileno- se efectúe de él, y sólo encuentra excepción en los casos en que una *ley* lo autorice. Por supuesto, es necesario que se dicte una ley específica que regule los diferentes aspectos relacionados con el e-mail, sin embargo, mientras ello no suceda, la protección directamente nuestro texto fundamental.

¿Qué circunstancias justifican que la ley limite este derecho constitucional? En general, se observa que los casos que contemplan miran a facilitar la investigación de delitos, previo decreto judicial. En todo caso la autorización constitucional es amplia y pareciera posible contemplar otras circunstancias, pero no podrá ser una autorización tan amplia en atención a lo dispuesto por el n°26 del art. 19.

En relación al caso concreto de registro del correo electrónico del trabajador por su empleador. En nuestro país, no existe una ley que autorice al empleador para efectuar alguna de las conductas señaladas, si las efectúa cometerá un ilícito constitucional; sin embargo, siendo el derecho a la intimidad renunciable, es posible que por medio de un acuerdo, el contrato acepte tal situación y autorice la revisión de su correo electrónico. Es decir sólo contando con el consentimiento del afectado podría aceptarse tal situación, y, en mi concepto no podría ser amplia, constante, ni permanente, sino restringida a ciertos supuestos, y cuidando de no afectar la dignidad del trabajador, y en su presencia o -en caso que el trabajador no pueda concurrir a ese acto- lo reemplace un representante de los trabajadores si es que existe. Nuestra posición es similar a la que sostiene ENDIKA ZULUETA,<sup>450</sup> y recogemos algunas ideas que contiene la ley laboral española, con la diferencia de estimar necesaria la presencia del trabajador, y sólo

---

<sup>450</sup> Ibid.

subsidiariamente, para el caso en que el trabajador no pueda asistir, otra persona en su representación concorra al acto de "registro".

4.5.3.4. Acción de los piratas informáticos: los "hackers". Ciertamente, la acción de los hackers no sólo se presenta en la Internet, sino en distintos sistemas de redes, tanto otras redes telemáticas, cerradas u otras de libre acceso o públicas, como en redes de telefonía común, pero sin duda que encuentran en la red de redes un lugar en que pueden dar rienda suelta a sus "hazañas".

La Internet, sería el lugar privilegiado para estos piratas, porque como sabemos se encuentran conectadas un sinnúmero de empresas, instituciones públicas de diferentes áreas, de salud, de seguridad, entes jurisdiccionales, establecimientos de educación, etc., por lo cual se evidencia por qué la red de redes se constituye en la vía preferida de estos cibernautas especiales, pues a través de ella pueden acceder a otros numerosos y variados sistemas de información, al final y al cabo hoy en día casi todo el mundo está conectado a la red. Otra característica de Internet que atrae a estas piratas es la facilidad de la conexión y la poca seguridad que existe en ella para las diferentes transmisiones. Por otra parte, sin duda que la desregulación, la aterritorialidad, la falta de una autoridad de control en la red, y la poca aplicación que pueden encontrar en ella las leyes nacionales y la jurisdicciones de los países, hace crecer las posibilidades de actuar de estos piratas. Los hackers, son difíciles de detectar o perseguir, y si en algún caso se logra identificarlos, pueden no ser sancionados por la ineficacia que presentan legislaciones y tribunales nacionales, respecto de ilícitos en la red.

#### 4.5.4. Aumento de los peligros y lesiones al derecho a la intimidad con la Internet.

Las distintas situaciones que se presentan con la utilización de Internet, a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior, son sólo algunos ejemplos de los peligros que la red crea para los derechos de las personas, y que hemos detectado y tratado en relación al derecho a la intimidad.

La recopilación de información personal, y en la cantidad que se logra, por medio de las cookies, difícilmente podría obtenerse por las empresas empleando otros medios; como señalamos, la publicidad dirigida es un problema menor, comparado con los otros usos que puede

llegar a darse a esa información. La tecnología WAP, facilita aún más la actividad de recopilación de información y de identificación del ciberusuario.

El empleo de la red en la tarea de recopilación de datos personales es mucho más atentatoria del derecho de la intimidad, que otros mecanismos que pudieren emplearse, por cuanto el usuario común ignora muchas veces la existencia de estos métodos de recogida de datos, así como la utilización que de ellos puede darse, y si alguna percepción tuviera acerca del tema, no le otorga la suficiente importancia, en una posición algo ingenua o de confianza. Pero, el mayor problema deriva de la característica aterritorial de la red, y que conlleva el efecto de una eventual indefensión del usuario y la impunidad de las empresas que recogen y usan su información, de un modo inadecuado, incluyéndose en ello, el mero hecho de informar al usuario sobre la recogida de datos. Tal situación se dará sobre todo respecto de las empresas extranjeras sin asiento físico en nuestro país -o país de residencia del usuario afectado-. Pero, esa situación parece presentarse igualmente respecto de empresas sometidas a la legislación nacional, ya que la ignorancia del usuario sobre lo que se hace no reclamará sus derechos.

Algunas situaciones ni siquiera parecen presentarse como "peligros" o riesgos potenciales, sino directa y concretamente lesionan el derecho a la intimidad de las personas. El problema no es que seamos bombardeados con publicidad o que ella no sea de nuestra preferencia, sino que los datos personales sean utilizados sin el consentimiento de su titular: el mero hecho de recoger información sin que se nos informe ya constituiría una vulneración de nuestro derecho, más aún el uso y eventual venta de nuestros datos, en igual caso. Todo ello en el entendido que pueda ser relacionada con una persona determinada.

Todos esos riesgos y lesiones se ven aumentadas, con las redes de seguimiento que posibilitan las cookies remotas, pues obtendrán más información y conocerá más aspectos de nuestra personalidad, y, prácticamente, seguirán cada uno de nuestros pasos virtuales.

Las diversas situaciones que vimos en relación al correo electrónico, parecen mostrar que la intimidad o reserva de nuestros mensajes es prácticamente una ilusión en el ciberespacio: copias diseminadas por todas partes, y con la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a ellos. Todo parece ser el precio a pagar por contar con los beneficios de la tecnología.

La acción de los hackers, aunque normalmente se dedican a practicar sus conocimientos respecto de los sistemas informáticos de los gobiernos u otras instituciones importantes que aparentemente cuentan con medidas de seguridad muy eficaces, son una amenaza latente para

nuestra intimidad, el riesgo que alguno de ellos posea ideas racistas o que forme parte de algún grupo o asociación de ideologías y prácticas extremistas, no es algo que debemos considerar como una posibilidad lejana o una estimación del alcance muy desproporcionada. Además, su conducta no sólo podría afectar o representar un riesgo para nuestra intimidad si llega a acceder a nuestro computador, sino también, en nuestra opinión, cuando accede a los sistemas de empresas o instituciones que manejan información acerca de nuestra persona.

Por otra parte, y como todos conocemos, la red hace posible que se "burle" o evite la aplicación de las legislaciones nacionales, y cometer un ilícito como la distribución de pornografía infantil, iniciando la transmisión desde un país en que ello no está prohibido, o como publicar un libro (por ejemplo, sobre apología al racismo, o violente la intimidad de determinadas personas) en la red desde un servidor en otro país, luego de que había sido prohibido en el país del cual su autor es nacional.

Pero ¿qué hay con el Spector 2.1?. Un espía muy eficiente, hasta el punto de prácticamente escribir con nosotros el mensaje, y de tornar inútiles algunos sistemas de cifrado o encriptación, con el que se pueda pretender "proteger" el mensaje. Aunque personalmente defendemos la libertad en todos los ámbitos, y en la red esa libertad se encuentra en su mayor expresión, y parece contradictorio que postulemos la necesidad de alguna forma de regulación en ella; este producto, corrobora en forma evidente, valga la redundancia, esa necesidad de algún grado de regulación en el funcionamiento de la red. La verdad es que no logramos entender qué mueve a una persona a espiar a otra, y que se elabore un producto con tal finalidad. Aunque ello pueda servir, por ejemplo, al empleador para controlar que sus trabajadores no hagan mal uso de los elementos de trabajo, y que ello pueda ser aceptado por algunos sectores o legislaciones -en lo cual no estamos de acuerdo- consideramos que este producto es mayor peligro que enfrentamos en la red, por la facilidad de su uso, y porque hace desaparecer por completo la intimidad y reserva de la comunicación. Supongamos que un abogado está llevando un juicio muy importante, y que se efectúa consultas a una persona cualquiera sobre algunos aspectos relacionados con el juicio, o simplemente comunicándose con un testigo, o informando ciertos detalles de la investigación a su cliente, por medio del correo electrónico, y que -eventualmente- la contraparte utilice este programa espía y conoce esos detalles o la identidad del testigo. Ello puede hacer peligrar las expectativas de ganarlo, o, como un caso extremo, poner en riesgo la

vida del testigo, que permanecía oculto para protegerse de represalias. Creemos que es una posibilidad que puede darse con este producto.

La libertad no puede ser ejercida de modo tan absoluto, que haga desaparecer los derechos de las demás personas. Quien la vea y ejerza de esa forma, no entiende lo que es la libertad ni estaría ejerciendo un derecho.

#### 4.5.5. Situación actual: desregulación.

Debido al carácter aterritorial de la Internet, ella en su funcionamiento general no está sometida a la soberanía de ningún Estado de modo exclusivo. Por tanto, las legislaciones nacionales y la competencia de los tribunales, se tornan ineficientes para la persecución de los delincuentes y para sancionarlos, y también para proteger a sus ciudadanos-habitantes.

Uno de los problemas que se ha visto crecer en su alcance con la utilización de la red, y en general con las redes telemáticas de alcance internacionales, es el llamado flujo de datos transfronteros, y que importa el riesgo que los datos personales -así como otro tipo de datos importantes para un Estado, a los que no hacemos referencia por no ser de interés en este estudio- sean transmitidos a otros países a través de este fácil y rápido medio de comunicación, que no posea una legislación adecuada de protección para los derechos de las personas a que se refieren.

Tal situación provoca que la red se presente como el ente desregulado por excelencia, y quizás el único que goce de tal carácter. Los intentos de los países por imponer algún tipo de normas en su funcionamiento, siempre se han visto frustradas, o más bien han sido saboteadas por los usuarios de la red.

DAVID CASACUBERTA,<sup>451</sup> explicaba "que Internet siente la censura como si fuese un daño y se reorganiza para contrarrestarla. El mecanismo lo hemos visto en acción cientos de veces: un gobierno o una corporación intentan silenciar un determinado documento. La red, sin embargo, responde rápidamente y al cabo de pocos días existen cientos de copias en todo el mundo del documento censurado. El resultado final no es solamente que el documento original no ha podido ser silenciado: de hecho, el texto peligroso se ha hecho mucho más famoso y

---

<sup>451</sup> Primer presidente de Fronteras Electrónicas de España, asociación dedicada a la difusión de los derechos de los cibernautas, hoy disuelta.

conocido de lo que era antes del ataque censor. La Red responde como un cuerpo vivo ante un ataque vírico".<sup>452</sup>

Libertad de expresión, libertad en todos los aspectos, libertad absoluta en la red. Acceso fácil, libre, sin restricciones y con ofertas incluso de gratuidad en la conexión.

Los beneficios de la red, todos los conocemos, interconectividad total, todo el conocimiento y el mundo a nuestro alcance. Pero ello no debe influir para que ignoremos los riesgos que trae consigo, y algunos de los cuales hemos evidenciado en este trabajo, y ellos sólo los más relacionados con el derecho a la intimidad, pero un tema igual de importante es la comisión de otro tipo de conductas en la red como es la comercialización y transmisión de pornografía infantil, tráfico de estupefacientes concretados en la red, delitos contra la propiedad a través de los fraudes y sabotajes informáticos, etc. Todas estas conductas quedan en su mayoría impunes por la deficiencia de las legislaciones nacionales para castigar a los particulares, debido a su ubicación física.

Como ya dijimos, la libertad es bienvenida en todo lugar y relativa a todos los aspectos de la persona. Pero la libertad para desarrollar actividades económica y beneficios patrimoniales, o la libertad de expresión, no pueden llegar a ejercitarse de modo de vulnerar los derechos de otras personas. No existen derechos humanos absolutos, todos incluso la intimidad cede en favor del interés público, por qué no pueden entonces ceder esas libertades; por qué una persona debe aceptar que sus datos sean procesados, que se divulguen algunos aspectos de su vida privada en ciertos casos y la libertad de expresión tener un lugar dónde no tiene límite alguno, transgrediendo eventualmente, diversos derechos de las persona, y sus autores quedar completamente impunes.

Sentemos un principio en cuanto al funcionamiento de la red: en ella la libertad de expresión es absoluta y no hay castigo para quienes la ejerzan abusivamente, en tanto, que la intimidad, se ve por completo diluida, disminuida, y desaparece si no se utiliza algún programa especial para proteger algún mensaje, quedando casi en la absoluta desprotección o indefensión sus titulares.

Parece como si fuera el invento hecho para diluir los muros materiales del mundo físico, de forma que las personas pierdan esa forma de defensa.

---

<sup>452</sup> Sánchez Almeida, Carlos. "*Libertad a secas*" (en adelante, Libertad). R.E.D.I., N° 29, diciembre de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=106933](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=106933)

La libertad de expresión, cumple un rol social, controla el ejercicio del poder público, permite a las personas crecer intelectualmente, conocer distintas opiniones y hace posible el derecho a la disidencia. Pero ¿qué papel cumple el derecho a la intimidad? ¿su rol es menos importante?. La intimidad permite a la persona nada más y nada menos que conocerse a sí mismo, a evaluar de un modo más tranquilo lo que otros dicen, las actuaciones de otros y que tengan influencia en su propia vida, le permite desarrollar su personalidad; además le permite proteger ciertos aspectos de su vida, que siente que si otros conocen podría ser utilizado para rechazarlo socialmente, evita que ciertos datos personales lleguen a conocimiento de terceros que eventualmente puedan ser utilizados en su contra, incluso en el peor de los caso para atentar contra su vida; pero, además, y como lo declara un defensor de los derechos de los ciberusuarios, "En un mundo digitalizado y globalizado, ... la intimidad es el último reducto del ser humano frente al sistema. Si se suprime la libertad de prensa, el derecho de reunión y asociación, sólo nos queda la intimidad para conspirar frente al poder. Sin intimidad no hay revolución posible",<sup>453</sup> cumpliendo, de esta forma un rol tan o más importante que la libertad de expresión.

No se trata de restringir la libertad de expresión, se trata de proteger otros derechos de las personas, particularmente la intimidad, de cuya vulneración puede generarse peligros para la igualdad de las personas, incluso atentar contra su dignidad, o coartar su libertad.

Para otorgar una protección adecuada a los demás derechos fundamentales de las personas, se hace necesario que exista en el funcionamiento de la red de redes. La libertad de expresión en sentido amplio, y la libertad informática, no puede ser un derecho privilegiado a tal punto que tenga un lugar en que se ejerza de modo absoluto, vulnerando otros bienes jurídicos igual o más preciados que ella, como son por ejemplo la igualdad o el derecho a la intimidad. La libertad de expresión, cualquiera sea el medio por el cual se ejerce, debe estar sujeta, como todo derecho humano, a limitaciones. Y, además, las acciones de los delincuentes telemáticos no pueden quedar impunes.

---

<sup>453</sup> Art. 2 de la Declaración de Derechos de Internet, efectuada por el Senado español, recogiendo principios propuestos por la organización denominada Fronteras Electrónicas. Sánchez Almeida, Carlos. *"La intimidad: un derecho en crisis. La erosión de la intimidad"*. (en adelante, "Intimidad"). R.E.D.I., N° 24, julio de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107570](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107570)

#### 4.5.6. Necesidad de regulación de Internet. Lo que se está haciendo al respecto.

Ya hemos evidenciado cuál es el motivo que exige una regulación de las diferentes actuaciones, situaciones o conductas que tienen lugar en la red. En este apartado veremos, que han intentado los países para lograrlo, y por qué ello no ha funcionado, así como las alternativas que se plantean para un funcionamiento "adecuado" en la supercarretera de la información.

Para introducirnos al tema, nos parece conveniente reproducir unas líneas referentes a los Derechos en Internet, por cuanto ellas son muy expresivas:

La libertad es una condición inherente a la Red que no podrá ser restringida por ningún poder público o privado. La libertad debe ser total en cuanto al acceso, la circulación, la información y la comunicación. Las únicas limitaciones posibles son aquellas que vengan delimitadas por la Carta Universal de los Derechos Humanos.<sup>454</sup>

Todos sabemos cual es el problema jurídico fundamental respecto de Internet, es decir, la falta de regulación en su funcionamiento en general, ya que no es fácil ni adecuado aplicar las normas jurídicas -tradicionales nacionales a los diferentes hechos, situaciones y actos que se presentan en esta red mundial, pues ellas resultan ineficaces.

Revisemos brevemente algunos ejemplos de proyectos y legislaciones nacionales que han intentado regular de alguna forma al "monstruo llamado Internet". En 1996, se presentó un proyecto de ley en Alemania destinado a perseguir la pornografía infantil y la propaganda neonazi, la cual está prohibida en ese país, convirtiéndose en el primer país de la Unión Europea en elaborar un proyecto de regulación de los contenidos en la Internet. XAVIER RIBAS señala que en él se establecía supuestos de responsabilidad sólo o exclusivamente para los "artífices directos de su introducción en la red. De esta manera, los proveedores de acceso a Internet no serán responsables por los contenidos albergados en su servidor o en otros servidores de la red, excepto en el caso de que se demuestre su conocimiento directo o su participación en la actividad infractora," y declaraba que *"los PSI quedan expresamente exonerados de monitorizar la red o el servidor que administran, por entender que dicha labor es imposible ante el volumen de información existente"*.<sup>455</sup>

---

<sup>454</sup> Ibid.

<sup>455</sup> Ribas, Xavier. *"Contenidos ilícitos. Primera ley reguladora de Internet en Europa"*.

En Francia, en el marco de la ley de telecomunicaciones, se *debatíó* regular "las condiciones en que los proveedores de acceso estarían exentos de responsabilidad penal por la naturaleza de los contenidos a que proporcionaban acceso", no obstante, el Tribunal Constitucional francés, recomendó un mayor estudio.<sup>456</sup>

Otro intento de regulación lo encontramos en la Communications Decency Act o Ley de Decencia en las Comunicaciones de Estados Unidos, de febrero de 1996. Esta ley con el objeto de proteger a la infancia pretendió crear "un código de conducta en Internet en Estados Unidos, tratando de evitar la presencia en la red de material que pudiera considerarse obsceno o violento".<sup>457</sup> Aparte de que su formulación o redacción llevaba a absurdos,<sup>458</sup> fue rechazada por todos los ciberusuarios del mundo, e impugnada ante los tribunales de justicia por organizaciones defensoras de los derechos de los usuarios, siendo declarada inconstitucional por un Tribunal de Pensilvania, por infringir la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, sentencia que fue confirmada por la Suprema Corte.

En el marco de la Unión Europea se han dictado también variadas normas en relación a los contenidos nocivos e ilícitos de Internet, entre ellas podemos mencionar el Libro Verde sobre la protección de menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información,<sup>459</sup> y la Comunicación sobre contenido ilegal y perjudicial en Internet, aprobados por la Comisión Europea en octubre de 1996. SÁNCHEZ ALMEIDA, nos dice que la Comisión Europea respecto tales contenidos, ha optado por sistemas basados en la autorregulación, "que incluyan instancias representativas de los suministradores y usuarios de los servicios de Internet",<sup>460</sup> y por otra parte, el suministro a los usuarios de mecanismos de filtro.

---

[Http://www.onnet.es/04002003.htm](http://www.onnet.es/04002003.htm). (el destacado es nuestro)

<sup>456</sup> Sin embargo, ello fue rechazado por el Tribunal Constitucional francés, quien recomendó un mayor estudio por estar vinculado con la libertad de expresión. Jijena, Renato. "Informe legal", citado.

<sup>457</sup> Sánchez Almeida, Carlos. "*Libertad*", citado.

<sup>458</sup> Por ejemplo, se desprendía de ella que la palabra "pechos" era obscena, aunque se utilizare en un texto de medicina.

<sup>459</sup> Sánchez Almeida, Carlos. "*Libertad*", citado, recoge algunas ideas sobre dicho texto, señalando que "En el Libro Verde se establece:

En primer lugar, el acceso a determinados tipos de material puede ser prohibido para todos, independientemente de la edad de la audiencia potencial o el medio utilizado. Aquí es posible, al margen de las diferencias en las legislaciones nacionales, identificar una categoría general de material que viola la dignidad humana, consistiendo principalmente en pornografía infantil, violencia extrema gratuita e incitación al odio, discriminación y violencia racial o de otro tipo.

En segundo lugar, el acceso a determinados materiales que pueden afectar al desarrollo físico y mental de los menores está permitido sólo a los adultos. [...] El objetivo está limitado, por lo tanto, a evitar que los menores encuentren, por accidente o por otras razones, materiales que pueden afectar a su desarrollo físico y/o mental."

La Comisión señala que estas son dos cuestiones diferentes, y que es necesario mantener tal distinción, ya que tienen soluciones diferentes, por un lado, prohibición total y, por otro, restringir el acceso, y las medidas a tal efecto son obviamente distintas.

<sup>460</sup> Ibid.

En el Reino Unido, en tanto, se adoptó un mecanismo de autoregulación, se elaboraron códigos de conducta y se creó un organismo independiente (la Safety Net Foundation) ante el cual se pueden denunciar los contenidos que se consideren ilícitos.

En tanto, en nuestro país, en agosto de 1999, un grupo de Diputados presentó un proyecto de ley sobre "Regulación de Internet". JIJENA se refirió a él en los términos siguientes: "Se trata de un hecho que esperamos nunca ocurriera en Chile, menos en la forma errada en que se pretenden incorporar al ordenamiento jurídico normas que, como demostraremos, en la práctica serán inoperantes frente a la realidad internacional de Internet y que importan un fuerte grado de censura y un atentado a la libertad de expresión";<sup>461</sup> y que es erróneo, principalmente, el hecho de querer regularla por un sólo Estado.

Observamos, así que los intentos de la regulación de Internet, por parte de los diversos Estados, apunta básicamente a los contenidos nocivos de Internet, los cuáles aunque son preocupantes no son el tema que aquí nos ocupa. Sin embargo, basándonos en ellas trataremos de plantear algunas ideas sobre una posible regulación de esta red en otros aspectos.

Lo primero, es que la aterritorialidad de la red obstaculiza su regulación, la cual no resultará adecuada ni eficiente si sólo proviene de un Estado. Las competencias nacionales sólo podrán ejercerse respecto de los proveedores de acceso, empresas con sitios web, o cualquier persona, que incurra en una conducta sancionada por su ordenamiento jurídico, en la medida que ella se encuentre físicamente dentro del territorio del país de que se trate, o bien cuando exista acuerdo sobre extradición con el país en el infractor se ubique. Sólo ese ámbito de aplicación tiene la legislaciones nacionales, por lo que cualquier acto cuyo origen o autor esté en un lugar distinto no podrá -en principio-<sup>462</sup> ser perseguido, procesado ni sancionado, por sus actos transgresores. Y, es por ello que tales legislaciones resultan ineficaces, pues los autores conociendo las regulaciones pueden iniciar la infracción desde un país distinto, y así burlar la aplicación de la ley de un determinado país, ubicándose en otro que no sanciona su conducta.

Una alternativa que se ha planteado para superar el problema de la falta de regulación en la red, es el dejar entregada la materia a la autorregulación de los ciberusuarios -ejemplo de ello es la norma del Reino Unido, citada anteriormente, ya que son los mismos usuarios los que denunciarán los contenidos ilícitos-. El profesor JIJENA, refiriéndose a la regulación de

---

<sup>461</sup> Jijena Leiva, Renato. *"Informe Legal"*, citado.

<sup>462</sup> Decimos en principio, porque puede opera algún tratado sobre extradición que exista con el país en que se encuentre el autor de la infracción.

contenidos nocivos e ilícitos, también por esta solución, y señala que es posible acordar ciertas normas y que ellas se presenten como una propuesta a los ciberusuarios, similar a lo ocurrido con la asignación de nombres de dominio. Respecto de estos, Estados Unidos propuso un sistema de asignación a través de un organismo independiente conocido como IANNA, hoy reemplado por el ICANN, y que es el ente que asigna los nombres de dominio en Internet, cuya función se ejerce a nivel interno de los países por un órgano que actúa por delegación de facultades. Este sistema para ordenar la figuración en la red, no fue impuesto por ningún Estado, sino que ello se presentó como una propuesta, que fue acogida y aceptada por los usuarios.

No obstante, consideramos que en materia de protección de datos personales y de la intimidad los usuarios no estarán dispuestos a aceptar propuestas y acogerlas, tal vez algunos a quienes interesa conservar su intimidad la aceptarán, pero ellos no son el peligro. El ejemplo de la asignación de nombres de dominios era una cuestión de ordenación fácilmente aceptable, en nuestra opinión. En cambio, aquellos usuarios que se dedican a cometer ilícitos, a efectuar conductas dañosas en relación a otras personas, que son el peligro de Internet, no aceptarán una propuesta que coarte su actividad. Por ello, es tarea de los Estados establecer normas en orden a proteger los derechos de los "buenos" ciudadanos. La tarea del Estado es dar protección, brindar confianza y asegurar los derechos de las personas, y no sólo dentro de las fronteras de su territorio.

Pero como decíamos, un solo Estado no puede regular Internet, su normativa carecerá de eficacia frente a las infracciones originadas en países distintos, es preciso, por tanto, que los Estados se unan en esta tarea, sólo de esa forma podrá ser eficaz alguna norma que pretenda regular las conductas en la red. En consecuencia, la única vía adecuada es la celebración de Tratados Internacionales, que impongan obligaciones a los Estados que los suscriban, no meras declaraciones de voluntad o de principios.

#### 4.5.7. Forma de regulación: Tratados Internacionales.

Ya hemos visto que la regulación nacional es ineficaz para controlar al monstruo informático. El se organiza, para frenar cualquier medida restrictiva de algún Estado, y el daño es mayor. Por ello, como es evidente, una posible regulación sólo es posible si los diversos Estados

se ponen de acuerdo en los derechos que deben respetarse, y en las conductas que adoptarán respecto de los infractores. Ello sólo puede efectuarse mediante un Tratado Internacional.

Generalmente, oímos de cumbres de países y de la discusión de la protección de los derechos de las personas, pero muy pocas veces se acuerda una protección eficaz. Las declaraciones son coincidentes en la necesidad de protección, en los derechos que deben ser respetados, en las conductas que se consideran atentatorias a la dignidad humana, etc., pero no es menos cierto, que en la mayoría de los casos los gobernantes sólo se quedan en las declaraciones de intenciones o de buena voluntad.

La tarea no se cumple con esas actuaciones y acuerdos, es necesario acordar mecanismos eficaces de protección, deben suscribirse Tratados o Acuerdos, cuya infracción por los Estados, acarree una sanción real por los demás Estados participantes (por ejemplo, que si el Estado no cumple con el establecimiento de la protección mínima acordada, no pueda existir libre flujo de información personal desde algún país miembro hacia el país infractor -o sea, la misma medida que operaría respecto de terceros países con protección insuficiente); en tanto, que la responsabilidad del Estado respecto de personas determinadas a quienes no ha otorgado protección adecuada, a nivel internacional puede ser reclamada frente a alguno de los tribunales internacionales existentes (como la Corte Interamericana Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

El derecho a la intimidad, está reconocido en el ámbito internacional desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, también se reconoce en otros acuerdos a nivel americano y otros acuerdos internacionales, entonces por qué se producen las lesiones a este derecho. Ciertamente la tecnología ha traído nuevos problemas, pero han bastantes años desde entonces.

Los diferentes Estados deben ponerse de acuerdo pronto, de nada sirven en la "era Internet", o muy poco, las protecciones a nivel "local", la vulneración viene desde fuera de las fronteras, las lesiones pueden ocurrir al llegar nuestros datos a países que carezcan por completo de legislación en la materia o la existente sea menos protectora. Es hora de ponerse de acuerdo, Internet llegó para quedarse y vienen otras como ella. Eso no lo dudamos.

La vía adecuada entonces, son los Tratados Internacionales al cual concurra el mayor número de países, y si son pocos los que están de acuerdo, al menos en algo ayudará, y, además, bien pueden establecer -esos pocos países- reglas que prohíban la transmisión de datos a países

con protección inferior, lo que -aunque no evita todos los peligros, ni los subsana- al menos contribuye en algo.

Ahora, en qué deben consistir esos acuerdos, cómo efectuar la protección. Parecen existir dos sistemas: Tratados directamente aplicables -con la incorporación al ordenamiento según las respectivas legislaciones- sin necesidad de preceptos normativos nacionales que los desarrollen, o bien, acordar ciertas reglas comunes y principios que deban ser respetados por las legislaciones nacionales, adecuando sus normativas a lo acordado.

El primer sistema tiene el inconveniente que el acuerdo en aspectos particulares puede ser muy difícil y tedioso, hasta el punto de perderse el consenso. El segundo, en cambio, parece resultar más rápido y eficaz. La idea es acordar principios que deben gobernar la regulación sobre el tema, algunos de los cuales en materia de protección de datos y de la intimidad general parecen aceptarse en muchos países, y, además, establecer reglas en orden a la responsabilidad que derivará para los Estados en caso de incumplir el acuerdo. Parece simple, en el papel, pero lo fundamental es que "el Estado esta al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común", contribuyendo a crear las condiciones que permitan a todos y cada uno de sus integrantes, su mayor realización espiritual. Debe dar protección a la persona. Para eso existe el Estado. Si su protección se restringe a las fronteras materiales, y no fuera de ella, igual incumple su función. Por ello debe esforzarse por acordar con los demás Estados, reglas mínimas que aseguren una efectiva protección de las personas.

El deber de los Estados en la época actual, es acordar normas para evitar los peligros que Internet representa. Los Estados deben armonizar sus legislaciones, basta con ello para proteger a las personas. Ni siquiera se trata, en el fondo, de regular la red de redes. Si los países armonizan sus legislaciones, considerando ciertas conductas como ilícitas en todos ellos, y con obligaciones de reciprocidad en la persecución y sanción de los autores de tales ilícitos, será posible que las personas naveguen tranquilamente en el ciberespacio, pues en el evento de que alguna violación a sus derechos se produzca, cualquiera sea el origen y/o asentamiento-ubicación del autor, al menos será sancionado.

Un ejemplo, en tal sentido, son las normas de la Comunidad Europea. Incluso Estados Unidos, parece haber cedido ante ellas. La protección estadounidense es más débil que la comunitaria, y en junio del año 2000, había un principio de acuerdo, el "Safe Harbor". Mediante él, las empresas norteamericanas se comprometían a respetar los derechos de los usuarios y

consumidores, en el tratamiento de datos personales, conformando su actuación a un conjunto de normas previamente discutidas y acordada entre ambos "bloques". Las empresas norteamericanas debieron ceder ante la prohibición que la Directiva 95/46CE, establece los países miembros de la Comunidad de transmitir datos personales a terceros países que no cuenten con un nivel de protección adecuada respecto del tratamiento de datos personales.

Por otra, también se dictó en 1997, en la Comunidad Europea la Directiva 97/66CE sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Cuyo objeto es armonizar las legislaciones de los Estados miembros para garantizar un nivel equivalente de protección de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad "en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de telecomunicación en la Comunidad". Los servicios regulados por esta norma comunitaria, los señala su art. 3, el cual dispone que "... se aplicará al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios públicos de telecomunicación en las redes públicas de telecomunicación en la Comunidad y, especialmente, a través de la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas".

Dos ejemplos, de lo que se logra si los países se ponen de acuerdo.

Conviene señalar, para quienes se preocupan de la libertad informativa y del desarrollo de las actividades comerciales, que la orientación de las normas europeas concilian la protección de datos con el libre flujo de información, y el necesario avance y desarrollo en el campo tecnológico. Principio que sin duda es el que debe orientar las legislaciones sobre las materias revisada. Libertad pero con respeto de los derechos ajenos, protección de la intimidad pero no al punto que ello impida el desarrollo de las relaciones en sociedad.

## CONCLUSIONES

El desenvolvimiento de una persona dentro de una comunidad, la realización de sus diversas actividades y los numerosos actos que efectúa, necesariamente la llevan a entregar información sobre sí misma a otros sujetos, tanto a particulares como al Estado. El anonimato, la carencia absoluta de información sobre una persona por parte de terceros, hoy es un falacia.

Por ello, el derecho a la intimidad, no puede ser considerado actualmente como una mera libertad negativa que faculta para impedir que terceros invadan nuestra vida y conozcan detalles sobre ella, pues esa noción se muestra insuficiente dada las condiciones impuestas por la convivencia social. Necesariamente, debe reconocerse que ese derecho tiene, además, una faceta positiva -complementaria de la negativa- que faculta a su titular a controlar el manejo de sus datos personales por parte de cualquier otro sujeto, y ello es lo que la doctrina ha postulado desde varios años, y algunas ordenamientos jurídicos ya consagran. Sólo de esa forma se protegerá adecuadamente al sujeto, no sólo su intimidad, sino que resguardará su derecho a la igualdad, disminuyendo las posibilidades de discriminación, y también la libertad en el desarrollo y crecimiento de su personalidad individual, al evitar a que se vea enfrentado a situaciones de manipulación o control de su vida por terceros.

Al igual como sucedía tradicionalmente, la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho a la intimidad, pero el problema más relevante que hoy los confronta, provoca que ello sea más frecuente y de mayor alcance.

El principal problema que hoy se discute en la relación entre el derecho a la intimidad, libertad de expresión e informática, es el tratamiento de datos personales. Este actividad constituye ejercicio especial de la libertad de expresión, y en ella se utiliza principalmente la informática por las posibilidades que ofrece, lo cual incide directamente en el derecho a la intimidad de una persona, pues se acrecientan los riesgos de su vulneración mediante el manejo automático de sus datos.

El punto es que algunos datos personales o referentes a una persona la sitúan dentro de la sociedad y permiten su desenvolvimiento en ella, realizar sus actividades, relacionarse con otras personas. A su vez para estas últimas es importante conocer tales datos a la hora por ejemplo de realizar un negocio con esa persona o contratar sus servicios. También son importantes los datos personales para el Estado en las diferentes actividades que efectúa, a objeto de realizar

adecuadamente su tarea de servicio público, en las diferentes expresiones que puede presentar, y alcanzar o contribuir al menos al logro del bien común. Todo ello pone de manifiesto que la información es necesaria en la sociedad, incluso la de carácter personal representa gran valor para los diferentes actores de ella.

Pero por muy valiosa que sea la información, por muchos beneficios que con ella se consigan, no todos los datos de una persona requieren ser conocidos necesariamente, ni pueden tener el mismo tratamiento por el ordenamiento jurídico. Hay datos más delicados, de carácter sensible, relacionados con la vida privada o intimidad de la persona en su aspecto negativo. Tales datos aunque pueden ser importantes y tener un alto valor económico para las empresas dedicadas al comercio o a la industria, o para algunas políticas estatales, no pueden ni deben ser conocidos por ellas o por el Estado, a menos que el titular de ellos preste su consentimiento. Por ello es preciso que el ordenamiento jurídico establezca de modo imperativo la obligación de requerir la autorización de ese titular, en todo lo referente al tratamiento de tales datos, en especial la finalidad que él tenga, debiendo establecerse que esa autorización debe ser para finalidades determinadas y específicas.

El problema fundamental y más relevante que presenta la informática es que ella permite fácilmente relacionar diversos datos de una persona, y aunque sólo se hayan recogido ciertos datos, mediante su interrelación es posible que se llegue a obtener otros datos, e incluso de datos públicos aparentemente inocuos al ser cruzados o relacionados con otros del mismo carácter, pueden obtenerse datos con un significado más relevante y de carácter sensible.

Ello hace necesario, en consecuencia que los datos personales en general, y no sólo los de carácter "sensible" o más reservados, tengan protección adecuada de parte de los ordenamientos jurídicos. Dentro de tal protección se presenta como elemento fundamental del sistema el establecimiento de entes especializados con cualidades técnicas encargadas de controlar el tratamiento que se haga de los datos personales, tanto por entes privados como públicos, pues aunque se reconozcan derechos a las personas para supervigilar el uso de sus datos, éstas no tienen la capacidad real de vigilar que es lo que se hace efectivamente con cada uno de los datos que va entregando a terceros, y si realmente respetan lo acordado.

Además, es importante y necesario que el sistema de protección de los datos personales comprenda el establecimiento de normas que exijan que se adopten medidas de seguridad adecuadas por los entes y personas en general que manejen datos de terceras personas, para evitar

que terceros accedan a ellos, tomen conocimiento de informaciones reservadas y les den usos inadecuados. Creemos que no es suficiente establecer sólo medidas de compensación, es decir, responsabilidad por los daños o indemnización de los perjuicios, lo principal es evitar por todos los medios posibles que pueda llegar a producirse tal daño, pues la reparación nunca deja a la persona en el estado anterior.

Además, se evidencia la necesidad de tipificar figuras penales que castiguen las conductas que lesionen la intimidad, sobre todo en aquellos casos relativos a datos sensibles y cuando la vulneración provenga de los responsables de los ficheros o bancos de datos o de otras personas que trabajen con los datos, y que eran los que debían cuidar de los mismos, evitando malos usos y efectos perjudiciales para sus titulares.

Ahora bien, ¿es necesaria una reforma de nuestra Constitución frente a los nuevos problemas relacionados con el derecho a la intimidad?. En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa. Pues, aunque la forma en que el derecho es reconocido por ella permite incluir su aspecto positivo, no hay mejor protección que aquella que se otorga expresamente. Consideramos que es preciso establecer en ella, a lo menos lo siguiente:

- otorgar los derechos de acceso, de rectificación y de eliminación, pues son los elementales, tanto respecto de ficheros mantenidos por entes privados como por organismos públicos;

- que las excepciones al derecho de acceso que la ley contemple, sólo pueden basarse en razones de seguridad nacional, seguridad pública y la investigación y persecución de delitos, y, en consecuencia, sólo respecto de ficheros que mantengan organismos públicos;

- que nadie puede ser obligado a declarar su ideología política, creencias o fe religiosa, como lo señala la Constitución española. Pues, son datos tremendamente sensibles, y su conocimiento por terceros y más aún su tratamiento crean riesgos y peligros considerables para los derechos y vida de las personas, y ninguno o muy pocos beneficios.

- declarar directamente como datos sensibles, además de los anteriores, los relativos a la vida sexual de la persona, tanto respecto de enfermedades que pueda padecer como su tendencia, los relativos a la afiliación sindical y el origen étnico;

Por último, como vimos, la utilización de la red Internet, no obstante los innumerables beneficios que reporta, presenta numerosos peligros de que un mal uso viole nuestro derecho a la

intimidad. Las vulneraciones de que puede ser objeto este derecho, generalmente pasan desapercibidos, o simplemente los desconocen. Pero lo peor, es que a ello se agrega el que las personas quedan muchas veces en un estado de indefensión absoluta frente a las violaciones a sus derechos por medio de esta red por la inoperancia de las legislaciones nacionales y la ineficacia práctica de los entes jurisdiccionales de los distintos países, debido a la característica jurídica principal de la red de red, esto es, su aterritorialidad. Por ello se hace urgente que los diversos Estados mediante tratados multilaterales se obliguen a establecer normas comunes mínimas, que armonicen sus legislaciones en aspectos fundamentales para otorgar protección a los derechos de las personas, y de esa forma perseguir y lograr castigar los ilícitos que se cometan en la Internet. Por ejemplo, respecto al tipo de datos que se considerarán de carácter sensibles, las condiciones de licitud del tratamiento de los datos personales en general, y los derechos que se otorguen a sus titulares, como también las obligaciones que corresponden al responsable del fichero. En cuanto a ilícitos que pueden ser de carácter penal, es evidente que para disminuir los delitos en la red, es preciso que los países sancionen conductas similares o que suscriban tratados de extradición, pues sólo así se logrará castigar a sus autores.

Lo esencial en cualquiera regulación que se efectúe de los derechos en juego, es que debe tender a su conciliación. Todos los derechos son importantes, pero su legítimo ejercicio implica que no debe violar ni menos hacer ilusorios los derechos de otras personas.

## BIBLIOGRAFIA

1. Balaguer Callejón, Francisco. *El derecho fundamental al honor*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1992.
2. Barroso Asenjo, Porfirio. *Límites constitucionales al derecho de la información*. Editorial Mitre, España, 1984.
3. Carrasco Blanc, Humberto. "Derecho informático, contratación electrónica y contratos informáticos". Memoria de Prueba, 1999. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Universidad Austral de Chile.
4. Carretero Pérez, Adolfo. Comunicación "La formación de la noticia y la información veraz. Los derechos fundamentales y libertades públicas". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
5. Cea Egaña, José Luis. Apuntes no publicados sobre los derechos fundamentales.
6. Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 1988.
7. Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición, 1986.
8. Freixes Sanjuán, Teresa. Comunicación "*Protección europea de la libertad de expresión y su integración en la jurisprudencia constitucional*". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
9. Huerta Miranda, Marcelo y Libano Manzur, Claudio. *Los delitos informáticos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 1ª Edición, 1996. (2ª edición, 1998).
10. Jijena Leiva, Renato. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Editorial Jurídica de Chile. 1992.

11. O'Callaghan Muñoz, Xavier. Comunicación "*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*". Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
12. Osorio Iturmendi, Lucas. Comunicación "*El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites a la libertad de expresión e información*". Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
13. Otero Parga, Milagros. Comunicación "*Consideraciones en torno al derecho a la intimidad*". Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
14. Perez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 1ª edición en 1984 (5ª Edición) Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1995.
15. Pérez Luño, Antonio Enrique. Comunicación "Aspectos de la tutela del derecho a la intimidad en la jurisprudencia. Cuarta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.
16. Sierra, Lucas. "*Pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad*". Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Número especial de agosto de 1997.
17. Verdugo M., Mario - Pfeffer U., Emilio. - Nogueira A., Humberto. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 1ª Edición, 1994.
18. Villaverde Menéndez, Angel Ignacio. Comunicación: "*Las 'fuentes de acceso general'. El artículo 5,1 LFB y su proyección sobre el artículo 20.1 de la CE*". Quinta Conferencia. *XII Jornadas de Estudio: Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Ministerio de Justicia. Volumen I. Madrid, España, 1992.

- Bibliografía Electrónica:

1. Barrera, María Helena. *"Correspondencia digital: recreando la privacidad en el ciberespacio"*. [Http://www.publicaciones.derecho.org/doctrinal/Estados\\_Unidos/6](http://www.publicaciones.derecho.org/doctrinal/Estados_Unidos/6)
2. Cantú Aguillén, Ricardo. *"Tendencias actuales de la informática y el derecho a nivel internacional"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 18, enero de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107467](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107467)
3. Cuervo Alvarez, José. *"Los delitos informáticos: protección penal de la intimidad"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 6, de enero de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107068](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107068)
4. 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. [Http://www.agenciaprotecciondatos.org](http://www.agenciaprotecciondatos.org).
5. Elías, Miguel. *"La situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 32, de marzo de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107859](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107859)
6. Fernández Samaniego, Javier. *"España: la nueva ley de protección de datos de carácter personal española (Ley orgánica 15/99 del 13 de diciembre)"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 24, de julio de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107552](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107552)
7. Fígoli Pacheco, Andrés. *"Uruguay. El Acceso No Autorizado a Sistemas Informáticos"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 17, diciembre de 1999. [Http://www.v2vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107447](http://www.v2vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107447)
8. Herrán Ortiz, Ana Isabel. *"La protección de datos personales en el marco de la Unión Europea"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 39, de octubre de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=115521](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=115521)

9. Herrera Bravo, Rodolfo. *"Chile. Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la ley chilena N° 19.223"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 5, de diciembre de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107005](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107005)
10. Herrera Bravo, Rodolfo. *"Análisis de la ley chilena N° 19.628, sobre protección de la vida privada, de 28 de agosto de 1999"*. [Http://www.adi.cl/19628.pdf](http://www.adi.cl/19628.pdf).
11. Herrera Bravo, Rodolfo. *"Breves antecedentes sobre el proyecto de ley de protección de datos personales en Chile"*. Revista Electrónica de Derecho Informático . N° 4, de noviembre de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=106996](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=106996).
12. Hess Araya, Christian. *"Costa Rica: Derecho a la privacidad y cookies"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 24, de julio de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107580](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107580)
13. *Introducción a redes*. [Http://www.monografias.com/trabajos/introredes.shtml](http://www.monografias.com/trabajos/introredes.shtml).
14. Jijena Leiva, Renato Javier. *"Informe legal: sobre la improcedencia de censurar leglamente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 239519"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 15, octubre de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107405](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107405)
15. Jijena Leiva, Renato. *"Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la Ley 19.628, de Agosto de 1999"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 39, de octubre de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=115523](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=115523)
16. Lara Márquez, Jaime. *"Derecho y Tecnología. Una visión prospectiva del derecho"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 18, enero de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107461](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107461)
17. Líbano Manzur, Claudio. *"El delito de hacking en sus diversas manifestaciones"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 21, abril de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107511](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107511)

18. Maestre, Javier. *"España: comentarios a la nueva legislación de protección de datos"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 21, abril de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107510](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107510)
19. Magliona Markovitch, Claudio Paul. *"Chile. Breve análisis de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada"*. Revista Electrónica de Derecho Informático N° 29, diciembre de 2000. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107790](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107790)
20. Mendoza Luna, Amilcar. *"Perú: Las cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en internet?"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 30, enero de 2001. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107813](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107813)
21. Paladella Salord, Carlos. *"Argentina: Datos personales contenidos en bases de datos y registros electrónicos"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 16, \*\* [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107100](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107100)
22. Palazzi, Pablo A. *"Protección de datos personales, privacidad y hábeas data en América Latina"*. [Http://www.ulpiano.com/recursos\\_privacy\\_latinoamerica.htm](http://www.ulpiano.com/recursos_privacy_latinoamerica.htm)
23. Peña L., Antonio. *"Argentina: Hacia la universalidad del derecho informático: sueño o realidad"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 16, noviembre de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107424](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107424)
24. Ramos Suárez, Fernando. *"España: ¿Es legal el uso de cookies?"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 1, agosto de 1998. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=106933](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=106933)
25. Reyna Alfaro, Luis M. *"Perú: Fundamentos para la protección penal de la información (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de procesamiento de datos) como valor económico de Empresa"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 9, abril de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107135](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107135)
26. Ribas, Xavier. *"Contenidos ilícitos. Primera ley reguladora de Internet en Europa"*. [Http://www.onnet.es/04002003.htm](http://www.onnet.es/04002003.htm)

27. Ribas, Xavier. *"Hacking/Cracking/Phreaking. Remailers anónimos"*.  
[Http://www.onnet.es/04003.htm](http://www.onnet.es/04003.htm)
28. Salgado Seguí, Victor Alberto. *"España: protección jurídica de los datos personales: aproximación a la LORTAD."* Revista Electrónica de Derecho Informático. Nº 6, enero de 1999. [Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107077](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107077)
29. Sánchez Almeida, Carlos. *"España: Libertad a secas"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. Nº 29, de diciembre de 2000.  
[Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107794](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107794)
30. Sánchez Almeida, Carlos. *"España. La intimidad: un derecho en crisis. La erosión de la privacidad."* Revista Electrónica de Derecho Informático. Nº 24, julio de 2000.  
[Http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle\\_doctrina\\_redi.asp?articulo=107570](http://www.v2.vlex.com/global/redi/detalle_doctrina_redi.asp?articulo=107570)
31. Urioste, Mercedes. *"Argentina: protección de datos"*. Revista electrónica de Derecho Informático. Nº 23, junio de 2000. [Http://comunidad.derecho.org/redi/habeas6.zip](http://comunidad.derecho.org/redi/habeas6.zip)
32. Viega Rodríguez, María José. *"Delitos informáticos"*. Revista Electrónica de Derecho Informático. Nº 9, abril de 1999.  
[Http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No.\\_9\\_-\\_abril\\_de\\_1999/viega](http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No._9_-_abril_de_1999/viega)
33. Zulueta, Endika. *"El Estado policial laboral: registro del correo electrónico o de los archivos personales de los trabajadores"*. [Http://www.nodo50.org/altavoz/endika.htm](http://www.nodo50.org/altavoz/endika.htm).