

LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LA CORRESPONDENCIA: NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES¹

IMMUNITY OF DOMICILE AND MAIL INVIOLABILITY

EUGENIO EVANS ESPIÑEIRA²

Resumen: en el presente artículo, se analiza la garantía de la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia a la luz de la doctrina moderna, del derecho comparado y de la jurisprudencia de nuestros tribunales y del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: inviolabilidad del hogar. Inviolabilidad de la correspondencia. Correos electrónicos. Debido Proceso. Privacidad. Proporcionalidad. Secreto bancario.

Summary: this article analyzes the right to domicile immunity and mail inviolability in the light of modern doctrine, comparative law and jurisprudence of our courts and Constitutional Court.

Key words: immunity of domicile. Mail inviolability. Emails. Due process of law. Privacy. Proportionality. Banking secrecy.

¹ Este artículo contó con la colaboración de la abogada Paula García-Huidobro Ilabaca.

² Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica.

I. ANTECEDENTES DE LA GARANTÍA Y NUEVAS PROBLEMÁTICAS

Cuando hoy se habla de vida privada e intimidad, nos parece que es necesario trasladar la atención hacia varios bienes jurídicos de la mayor y más trascendente relevancia. En efecto, la privacidad del hogar, la intimidad de cada persona, su espacio más espiritualmente reducido e individual, son esos bienes que cautela la Constitución en los números 4º y 5º del artículo 19.

En este artículo, por una parte, veremos cómo ha resuelto la jurisprudencia, y en su apoyo la doctrina, los problemas que surgen de la indispensable protección de esos valores y, por la otra, la satisfacción de ciertos requerimientos, condiciones y circunstancias de la vida social, las que expresaremos por medio de interrogantes como: ¿por qué razones podrá estar facultado un tribunal para ordenar la interceptación de las llamadas telefónicas de una persona, en el contexto de un juicio?; ¿tiene atribuciones la autoridad, en el marco de la investigación de un delito, para incautar correos electrónicos de trabajadores de empresas privadas o funcionarios públicos?; ¿pueden los medios de comunicación, en el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión, publicar documentos privados?; ¿existe la obligación de revelar antecedentes personales, concretamente de carácter financiero, al momento de la obtención de un crédito en una casa comercial?; ¿es la regulación de transparencia y publicidad en la actuación de los órganos estatales una herramienta suficiente para dar acceso a los correos electrónicos de los Ministros de Estado, jefes de servicios y restantes funcionarios públicos?

Estas son algunas de las preguntas que han surgido del desarrollo de las comunicaciones y la publicidad de la información. Al vivir en una sociedad cada vez más tecnológica, han ido apareciendo nuevos medios de intervención y vigilancia más invasivos de información al alcance de las instituciones estatales, nuevas formas de divulgar noticias e informaciones, de investigar y descubrir antecedentes, de comunicar datos privados y personales. Lo anterior, con la potencialidad de amenazar la esfera privada y la autonomía individual de las personas.

De esta forma, han crecido las posibilidades de acceder y disponer de información de cualquier naturaleza, de recopilar, almacenar y utilizar información personal, generándose un potencial peligro, especialmente, a

la vida íntima y privacidad de las personas. De ahí que la protección de la privacidad de la información personal, con el máximo rango normativo, resulta imprescindible.

Con este sentido, insistimos, la Ley Fundamental contiene normas que se dirigen justamente a reconocer y resguardar la privacidad e intimidad de las personas. A modo de introducción, en relación a la inviolabilidad del hogar, la doctrina ha postulado que la expresión “hogar”, en el derecho constitucional chileno, equivale a “recinto privado” y abarca, por tanto, no sólo la vivienda de la familia sino que también las oficinas, los hoteles, y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso público o de bien nacional de uso público³. Es así como el hogar es un concepto amplio y es el lugar donde la familia y sus integrantes pueden estar en intimidad. La idea del constituyente fue garantizar que la persona fuera respetada en sus actividades básicas y donde estuviere iniciando su acción exterior o desarrollando sus actividades más personales. El ámbito de protección debía comprender todo lugar privado, con especial énfasis en el hogar y sus extensiones naturales, a fin de preservarlos de toda invasión externa.

Esta garantía podría infringirse hoy, de diversas maneras. Desde asedios telefónicos y ruidos molestos hasta el ingreso material de otras personas perturbando la intimidad familiar. El bien protegido o valor constitucional amparado no es sólo el hogar en cuanto tal o mejor dicho, en su consideración puramente material, sino que la inviolabilidad del mismo, su privacidad. Es condición necesaria no obstante, para configurarse la infracción, que esta provenga de actos u omisiones arbitrarios o ilegítimos por parte de terceras personas. Por tanto, no se vería vulnerada esta garantía en el caso que por orden de un tribunal y en el marco de una investigación, un funcionario debiera allanar un edificio u otro recinto particular. Sin embargo, estas excepciones a la inviolabilidad del hogar no pueden dejarse ni al arbitrio de la autoridad de turno, ni tampoco a la mera apreciación discrecional del juez, sino que deben estar estrictamente reguladas por el legislador, y como señalaremos más adelante, sin afectar la esencia del citado derecho.

A su vez, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas alcanza la protección no sólo de la correspondencia escrita sino que también de los mensajes telefónicos, radiales, electrónicos o emitidos por cualquier

³ Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 223.

otro medio y de todos los documentos privados que las personas lleven consigo o mantengan en su vivienda o lugar de trabajo⁴. El constituyente escogió la expresión “comunicaciones privadas” porque cubría todo acto comunicacional que no fuera público.

El profesor José Luis Cea señala, en este contexto, que *“hoy las comunicaciones son muchas: epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera. Por supuesto, esas y otras especies de comunicación siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio”*⁵.

En relación con la reserva de las comunicaciones, Evans de la Cuadra advierte que *“la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”*⁶.

Por su parte, Ricardo Gálvez postula que *“la trascendencia de este derecho deriva, por una parte, de que la comunicación privada es una forma de expresión personal en que se manifiestan rasgos de la intimidad no expuestos al conocimiento de cualquiera; y también, de que la privacidad de las comunicaciones constituye un valor esencial para el hombre, que emana de su propia naturaleza y que le permite tener conciencia de su individualidad e independencia, y desarrollar el sentido de ser una persona única e irrepetible, con un derecho inalienable a su propia dignidad”*⁷.

La Constitución admite la interceptación, apertura y registro de comunicaciones y documentos privados en los casos y formas que determine la ley, *“es decir, esta debe indicar los procedimientos y situaciones precisas en que pueden llevarse a efecto tales medidas”*⁸. Se advierte también por la doctrina que como regla general los recintos privados, las comunicaciones y los documentos personales no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que un texto legal lo autorice, exigiendo ciertas formalidades y sólo para casos excepcionales y determinados.

⁴ Evans de la Cuadra, Enrique, ob. cit., pág. 224.

⁵ Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. “Derechos, Deberes y Garantías”. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 195.

⁶ Evans de la Cuadra, ob. cit., págs. 176 y 177.

⁷ Gálvez B., Ricardo (1992). *Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N°3.

⁸ Silva B., Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

Debemos tomar nota que las ciencias han evolucionado y con ello, la tecnología moderna ofrece innumerables canales de comunicación, como por ejemplo Internet, los satélites, la informática, y la computación en general, que tienen por objeto servir de puertos de conexión y permitir la comunicación de las personas, sin importar su lugar de ubicación.

Simultáneamente y como ya adelantábamos al comienzo, se han ido abriendo puertas y dotando facultades para que algunas autoridades puedan investigar todo tipo de hechos, públicos y privados, o en el ámbito comercial privado, por ejemplo, para entregar información reservada de las personas como requisito para obtener créditos en una casa comercial.

No es tarea fácil determinar una fórmula general que fije con precisión los límites del derecho a la intimidad y a la vida privada, como tampoco quiénes o bajo qué reglas se podrá decidir cuál de ellos deberá ceder en resguardo de un bien superior, o aun, en resguardo del ejercicio de otros derechos, v.gr. el derecho a informar.

El desafío en la actualidad es, por tanto, conciliar el derecho constitucional a la intimidad e inviolabilidad del hogar y las comunicaciones que garantizan la privacidad de las personas y de la familia, con un adecuado uso de las nuevas tecnologías en materias de comunicación y publicidad y en concreto, con los métodos utilizados, por ejemplo, por los distintos órganos fiscalizadores en el ejercicio de sus facultades de inspección, por los periodistas en el ejercicio de su profesión, por los empleadores en razón de su poder de dirección y control o por la ciudadanía cuando ejerce el derecho de conocer el contenido y fundamentos de las decisiones de los órganos del Estado.

II. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE HOGAR Y LAS COMUNICACIONES EN LOS TRIBUNALES: NUEVAS DIMENSIONES

El derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones ha sido objeto de diversos recursos y acciones en las diferentes esferas jurisdiccionales de nuestro sistema. El hecho de que se hayan desarrollado nuevas técnicas en materia de comunicación y publicidad ha significado, asimismo, situaciones particulares de vulneración de la intimidad de las personas. De esta forma, las más altas magistraturas han debido

interiorizarse en estas nuevas tecnologías y estudiar su vinculación con estos derechos fundamentales.

Interesa saber qué entienden los tribunales cuando la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas. Al punto, la jurisprudencia constitucional, en diversas ocasiones, se ha pronunciado sobre la vida privada de las personas.

En sus fallos sobre el tema, destacamos la sentencia rol N° 521⁹ del año 2006, en que el Tribunal Constitucional reafirmó la relación sustancial, clara y directa que existe entre la dignidad de la persona y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, como en lo que respecta a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En efecto, el considerando vigésimo señaló:

Que, sobre la base de los razonamientos recordados, esta Magistratura enfatizó, asimismo, que la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre estos...

En este fallo, el Tribunal se pronunció sobre el proyecto de ley que contemplaba la creación de la Unidad de Análisis Financiero, entidad que tenía facultades para requerir de algunos organismos estatales antecedentes amparados por el secreto o reserva, para el ejercicio de sus funciones.

La Magistratura Constitucional enfatizó los parámetros para que fuera válido, frente a la Carta Fundamental, que una entidad fiscalizadora pudiese requerir antecedentes amparados por el secreto o la reserva:

- i. El legislador, al dictar normas que regulen el ejercicio derechos constitucionales o que los limiten, no puede afectar la esencia o núcleo irreductible del derecho de que se trata.
- ii. No puede imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio o lo priven de la debida tutela jurídica.
- iii. Ocurre esa privación en caso que se invada la privacidad de una persona sin el debido acatamiento de requisitos mínimos de bilateralidad y

⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 521 de fecha 1 de agosto de 2006.

reflexión del juez que debe autorizar la entrega de información secreta o reservada de aquella.

Advirtió el Tribunal:

Que, en esta línea de razonamiento, al disponer el proyecto de ley en examen que tratándose de la autorización previa de un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago para que la Unidad de Análisis Financiero requiera antecedentes amparados por el secreto o reserva, o que provengan de personas no contempladas en el artículo 3° de la Ley N° 19.913, “El ministro resolverá de inmediato”, se configura una situación que se opone a la dedicación y reflexión indispensables que un asunto de naturaleza tan delicada y compleja, como es autorizar una excepción a la reserva o al secreto de determinados antecedentes, amerita por parte del órgano que ha de cumplir el control heterónimo fundamental para asegurar el debido resguardo de los derechos involucrados... (considerando vigésimo segundo)

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia rol N° 417¹⁰, en virtud de la cual se declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley que creaba la Agencia Nacional de Inteligencia, en la que, al igual que en el caso de la Unidad de Análisis Financiero, se otorgaba a un ministro de la Corte de Apelaciones la facultad de autorizar algunos de los procedimientos especiales de obtención de información.

En dicha oportunidad, la citada Magistratura razonó:

Que, así y primeramente, la normativa en estudio impone al Magistrado correspondiente la obligación de pronunciarse, otorgando o no la autorización pedida, dentro de un plazo de 24 horas y que es fatal, lapso que, evidentemente, no le permite examinar los antecedentes que le han sido suministrados, con la dedicación indispensable para dictar la resolución razonada en un asunto tan grave y complejo, como tampoco, ordenar que se le presenten informaciones adicionales con las cuales, y tras la apreciación que se requiere para obrar con sujeción al proceso justo, le sea realmente posible pronunciarse con rigor y objetividad (considerando vigésimo octavo)

Esta doctrina viene a reforzar lo resuelto por el mismo Tribunal en las sentencias roles 389 de 2003 y 433 de 2005.

Con la sentencia rol N° 389¹¹, la Magistratura Constitucional determinó el sentido y alcance del concepto “privacidad” y su relación directa con la dignidad moral y la libertad de las personas.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 417, de fecha 3 de septiembre de 2004.

¹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 389, de fecha 28 de octubre de 2003.

En efecto señaló:

Que la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre estos (considerando vigésimo)

(...) Nuevamente, estima esta Magistratura oportuno destacar el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia (considerando decimonoveno)

Se concluye de lo transcrito y de otros considerandos de este fallo:

- i. Que es condición necesaria para garantizar la dignidad de una persona, el respeto y promoción del derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas;
- ii. Que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es una extensión de la libertad individual de las personas y es base esencial del desarrollo de la personalidad;
- iii. Que el respeto a la vida y a la protección de las comunicaciones privadas no tienen un carácter absoluto, pudiendo el legislador conferir facultades a ciertos órganos estatales para requerir y obtener información privada, todo ello dentro del marco de un debido procedimiento legal y una investigación autorizada por un tribunal.

A la misma conclusión llegó la sentencia rol N° 433¹², en virtud de la cual se analizó la facultad del Ministerio Público para requerir toda clase de antecedentes o documentos sin reservas o limitaciones en el desarrollo de la investigación de un delito, concluyendo el sentenciador que al no encontrarse limitada esta atribución, no era constitucional.

Expuso en aquella oportunidad el tribunal:

Que, si bien es cierto que para requerir los antecedentes o copias de documentos ha de intervenir el juez de garantía, basta su sola autorización “sin comunicación previa

¹² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 433, de fecha 25 de enero de 2005.

al afectado”, lo que resulta absolutamente insuficiente; no contemplándose en el precepto los controles heterónomos indispensables de carácter jurisdiccional para que, ante una norma de carácter tan genérico como la que se analiza, los derechos del afectado sean debidamente respetados por el órgano investigador (considerando trigésimo primero)

A continuación razonó:

Que, sería posible argumentar para justificar la norma que se propone, que se trata de la práctica de diligencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. Sin embargo, en la situación que se analiza ello no ocurre, porque los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria, depósitos u otras operaciones como las que indica el precepto “se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad” como tuvo ocasión de señalarlo este Tribunal en un caso semejante, en sentencia de 30 de abril de 2002, Rol N° 349 (cons. 37°) (considerando trigésimo tercero)

Se advierte de los fallos analizados una tendencia a la protección de la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones en relación a las atribuciones en materia de investigación de que gozan variados órganos estatales como son la Unidad de Análisis Financiero, el Ministerio Público o la Agencia Nacional de Inteligencia.

Por ello, y no obstante que el legislador ha otorgado a estas entidades facultades de investigación para poder interceptar llamadas telefónicas, revisar correos electrónicos, allanar propiedades privadas o solicitar información reservada, con el objeto de cumplir con sus funciones respectivas, estas no son ilimitadas.

En efecto, la jurisprudencia constitucional es conteste al señalar que las autoridades, en el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras, no pueden afectar el derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones en su esencia. Ello es así, porque *“los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo. Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos tiene que ser justificada”*²³.

Cristián Maturana advierte al respecto que *“el juez del crimen debe respetar en la investigación que realiza los derechos y garantías que se contemplan en la Carta*

²³ Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi. José Luis Depalma Editor, pág. 13.

*Fundamental, dado que el tribunal sólo se encuentra facultado para imponer una limitación respecto de ellas en los casos expresamente previstos por el legislador*¹⁴.

Otra interesante vertiente del derecho a la privacidad es la constituida por los conflictos que surgen por las investigaciones periodísticas, o con fines de comunicación social. En esta materia, el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social se ha pronunciado acerca de la privacidad de los individuos y de la línea divisoria entre la libertad de expresión y la vida privada de las personas.

Ha sostenido esa entidad:

El medio de comunicación respetará la vida privada de las personas. Entendemos que la vida privada se refiere a las conductas, el espacio que cada persona necesita y desea mantener alejados de los ojos y oídos extraños. Se trata del núcleo de la vida personal, del recinto de expansión y verdadera libertad del sujeto, que este no acepta compartir con nadie o que comparte con sus íntimos. Constituyen aspectos de la vida privada, el hogar doméstico, la oficina o lugar de trabajo, las conversaciones y comunicaciones privadas, los archivos de correspondencia y documentos, las funciones íntimas del individuo, las conductas que este desarrolla naturalmente en reserva, su vida afectiva y sexual y otros aspectos privados de naturaleza semejante. La intrusión forzada o clandestina en dichas áreas, y/o su difusión periodística, violan el derecho a la intimidad o vida privada de las personas, sea que se irrumpa físicamente en tales recintos; o que se empleen medios técnicos para observar, escuchar, fotografiar, grabar o captar de cualquier manera palabras o imágenes que están protegidas por el derecho a la vida privada; o que se usen al efecto testimonios de terceros¹⁵.

Asimismo, Rodríguez Pinto¹⁶ indica que donde la privacidad y toda la gama de bienes protegidos por ella halla su punto de prueba más fuerte en cuanto a su protección constitucional, es cuando aparece en colisión con la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa. A su juicio, la jurisprudencia ordinaria parece dar mayor jerarquía al derecho a la intimidad.

Sobre esta materia se ha referido el Tribunal Constitucional en numerosos fallos, destacando la sentencia rol N° 943¹⁷ del 2008, la cual recalcó los

¹⁴ Maturana, Cristián (2004). *Informe en Derecho*, pág. 12 (no publicado).

¹⁵ Consejo De Ética De Medios De Comunicación Social, Resolución N° 55, junio de 1977.

¹⁶ Rodríguez Pinto, María Sara (1999). *Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, N° 3, p. 737.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 943, de fecha 10 de junio de 2008.

efectos de la protección que la Carta Fundamental confiere a la privacidad y su relación con la dignidad de las personas:

Que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la importancia, naturaleza y alcance del derecho a la protección de la honra y la privacidad. En efecto, en sentencia de 28 de octubre de 2003, se dijo: (...) Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados... además y como consecuencia de lo recién expuesto, la Carta Fundamental asegura a todas las personas, sin distinción ni exclusión alguna, en su artículo 19 N° 4 inciso primero, ‘El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia’. En tal sentido considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas (considerando vigesimooctavo).

Por su parte, la Corte Suprema también se ha manifestado en los últimos años sobre la extensión de la privacidad, principalmente, en el ámbito de las relaciones de trabajo. En este escenario, es posible observar que el conflicto de derechos se traslada al de propiedad del empleador sobre su industria o lugar de trabajo y el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones privadas de los trabajadores.

En este contexto, ha tenido gran importancia práctica el principio de la tutela efectiva de los derechos del trabajador y los fallos se han pronunciado en favor de la prohibición de acceso, por parte del empleador, a la información y comunicaciones privadas del primero.

En la sentencia Rol N° 52¹⁸ del 2009, la Corte Suprema dictaminó acogiendo la demanda de una trabajadora, quien fue despedida en razón de haber entregado, vía electrónica, información privada de la compañía en la que trabajaba. Para ello, el empleador había ingresado sin la autorización de la trabajadora a su correo electrónico personal.

La Corte determinó, a través del principio de proporcionalidad —cada vez más desarrollado por nuestra jurisprudencia constitucional y que sirve para solucionar conflictos de derechos a través del mecanismo de la ponderación—, que la conducta del empleador no se ajustó al orden

¹⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 52, de fecha 12 de enero de 2009.

jurídico en la medida que vulneró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de la demandante.

En efecto, advirtió en el considerando octavo:

(...) Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.

En este examen, necesariamente debe recordarse el dictamen N° 260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema messenger. Luego la conclusión inevitable es que para que pueda pretender enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales.

Este mismo dictamen señala tajantemente que en ningún caso el empleador puede tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. (...)

Como se aprecia, la Corte Suprema y la Dirección del Trabajo son contestes al estimar que la balanza se inclina en favor de la reserva de todo tipo de comunicaciones privadas, aun por sobre la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, la que emanaría de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Aún más, ni siquiera para prevenir o sancionar la probable ilicitud de la entrega a terceros de información reservada de la empresa, se aprecia como justificación suficiente para invadir la correspondencia electrónica privada de los empleados.

Además, esta sentencia reafirma el principio doctrinal en virtud del cual, cuando la Constitución Política garantiza en su artículo 19 N° 5 la inviolabilidad de las “comunicaciones privadas” se debe incluir la correspondencia electrónica, los fax, el chat y los mensajes a través de portales electrónicos¹⁹.

¹⁹ Es necesario advertir que lo amparado con la inviolabilidad es la comunicación, independientemente del lugar en el cual se halle el correo electrónico, pudiendo encontrarse

La doctrina seguida en esta materia por la Corte Suprema no puede ser extendida, sin embargo, a las comunicaciones que se realizan por los funcionarios públicos y que forman parte del contenido o fundamentos de las decisiones que adoptan en el ejercicio de sus funciones. En efecto, en consideración de lo señalado por el artículo 8° y numeral 12 del artículo 19 de la Constitución y lo dispuesto por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, el máximo tribunal ha dispuesto que la divulgación de los correos electrónicos que sirven de base para adoptar decisiones administrativas no vulnera el derecho a la intimidad, ya que no contienen información personal.

En efecto, en la sentencia del 6 de noviembre de 2013, la Corte señala que *“el derecho de acceso a la información, consagrado en el artículo 8 de la Constitución, es también una manifestación de la libertad de información, garantizada en el artículo 19 N° 12, el que se encuentra reconocido como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos estatales hacia la ciudadanía... Esta preceptiva, que obliga a todos los órganos estatales, exige de estos que den a conocer sus actos decisorios, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos, y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo”*.

Continúa afirmando que incurren en falta o abuso los jueces que deciden que la divulgación de los correos de los funcionarios atentaría contra el numeral 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, *“pues lo cierto es que la propia Administración reconoce que aquella información servirá de base para adoptar decisiones relativas a la continuidad del servicio de transporte en la ciudad de Santiago. En consecuencia, se trata de información que integra la formación del acto administrativo, que por expresa decisión del constituyente es pública, debiendo ella ser entregada a los ciudadanos...”*(Rol 4060-2013).

El Tribunal Constitucional (TC), por su parte, conoció un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, presentado por el Subsecretario del Interior, por el cual se requería declarar inaplicable el artículo 5° de la citada Ley 20.285. La gestión en que recaía el requerimiento se trataba de una

este mensaje almacenado en un computador, en un servidor de correo, o en otro equipo, y que el correo electrónico por sí solo no es una herramienta de comunicación que garantice fácilmente la verificación de la identidad del autor, del receptor, la veracidad del mensaje, u otro dato contenido en él. En esta materia véase Rodríguez Silva, Eduardo (2003). *El correo electrónico*. Revista Chilena de Derecho Informático N° 3, Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile, pág. 199.

acción de ilegalidad presentada ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo de Transparencia, que había dado lugar al reclamo de un particular ante la negativa del Ministerio del Interior de entregarle información contenida en correos electrónicos entre autoridades de esa cartera.

En la sentencia respectiva Rol 2153-2012, el TC acoge el requerimiento de inaplicabilidad, basado en los siguientes razonamientos:

1. Criterios interpretativos:

- a. Los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria, pero no por ello se suspenden los derechos que la Constitución garantiza a *todas* las personas. Es necesario que las restricciones o limitaciones a los derechos de los funcionarios públicos estén expresamente consagrados en la ley, y las que existen se refieren a derechos específicos y están señalados especial y determinadamente.
- b. El derecho de acceso a la información pública no es respecto de todo lo que hace o tienen en su poder los órganos de la Administración, sino que la Constitución lo establece solamente sobre sus actos y resoluciones, fundamentos y procedimientos que se utilicen. Esto busca que la publicidad no afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito. Por otra parte, el derecho al acceso a la información no es absoluto, ya que debe respetar los derechos que el ordenamiento jurídico establece, así como el principio de servicialidad del Estado. El TC considera de que la publicidad puede afectar la efectividad de los órganos del Estado, ya que puede restar la espontaneidad o franqueza de ciertos actos. Además, siempre habrá actos que no podrán ser públicos, como llamados telefónicos, diálogos, etcétera.
- c. Los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos. Esta tecnología es una forma de comunicación, por la cual se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores, que se transmite en un canal cerrado, que es virtual, instantáneo, multimedial y ubicuo. El uso del e-mail en la Administración es atractivo por permitir un gran flujo de información de manera fácil e instantáneo, facilitando los procesos. Forma parte del “gobierno electrónico”. La Ley de Bases de Procedimientos Administrativos permite que los actos administrativos se expresen por medios electrónicos, pero estos son formales y por tanto necesitan dejar constancia indubitada de lo actuado; entonces, para

que un mail sea público se requiere que exista la firma electrónica en el acto, que garantiza su autenticidad, y que sea de aquellos que reconoce la Ley 19.880: actos de decisión, de constancia o de juicio.

- d. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico, ya que en el momento de formularse la Constitución pudieron tenerse en cuenta las tecnologías que todavía no existían, como Internet.

2. Se afectaría la inviolabilidad de las comunicaciones privadas:

Ante la controversia de si las casillas de correo electrónico de los funcionarios públicos son privadas o no, el TC analiza el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, diciendo que este protege *todo* tipo de comunicación privada. El hecho de que se trate de comunicaciones entre funcionarios públicos no quita el carácter de comunicación privada a alguna que se ha hecho con la intención de mantenerla al margen de terceros, que no son de dominio público. Este derecho protege la comunicación misma, no el contenido de esta, por lo que no es relevante si se trata de una casilla de un funcionario público. Ya se ha establecido que los funcionarios públicos son titulares de este derecho.

El TC estima que los correos electrónicos sí son comunicaciones privadas, que se transmiten por canales cerrados y tienen emisores y destinatarios acotados, cumpliendo con los requisitos que el art.19 n°5 dispone para que una comunicación sea considerada como privada. No existe ninguna norma constitucional ni legal que excluya a los funcionarios públicos de la garantía del art.19 N° 5. Esto no cambia por que el e-mail se haya enviado con una casilla pública ni con un computador del organismo.

Por otro lado, en la actualidad los bienes que el Estado entrega a sus funcionarios para que realicen su trabajo, desdibujan la barrera entre lo público y lo privado, como son los e-mails. Por este, el funcionario está en interconexión permanente, incluso cuando no está en su trabajo; lo único que debe prohibirse es su mal uso. Además, los e-mails no sólo envían correos, sino que también reciben, y los funcionarios no pueden controlar qué mails recibe su casilla, y salvo prohibición expresa, estas pueden utilizarse para comunicaciones personales o privadas.

El hecho de que el funcionario sea una autoridad pública no quita que sea una comunicación privada. Las autoridades deben tomar buenas

decisiones y el e-mail otorga la oportunidad de tomarlas rápidamente, lo que es ventajoso. Para ello necesitan de confidencialidad.

La Ley 20.285 no está destinada a levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, no es de aquellas excepciones a dicha protección. No tiene sentido que cualquier persona, sin invocar derecho o interés, pueda acceder a más documentación a la que es posible acceder en un procedimiento administrativo. En el caso concreto, el Ministerio otorgó al solicitante variados documentos, pero los e-mails no eran actos de juicio que debían ser parte de lo que se entregó.

En fin, para el TC el artículo 8° de la Constitución no prevalece sobre el numeral 5 de su artículo 19, pues los órganos del Estado deben su actuación a los derechos y garantías establecidos por la CPR, como es la inviolabilidad de las comunicaciones. El artículo 8° limita la publicidad cuando existe vulneración de derechos, es decir, la publicidad se subordina a los derechos, no al revés. Por ello, si se expusieran estos mails se vulneraría el derecho de los funcionarios públicos a la inviolabilidad de sus comunicaciones privadas.

3. El artículo impugnado excede lo previsto en la CPR:

El TC interpreta el artículo 8° constitucional en el sentido de que la información pública tiene un carácter limitado. La ley N° 20.285 introduce el concepto de “información”, el que no es utilizado por el artículo 8, de modo tal que, según dicha ley, información pública sería no solamente todo acto o resolución administrativa, sino que todo lo que haya sido producido o esté en poder de la Administración, o que esté elaborada con presupuesto público. Da igual la procedencia de la información, si es que está “en poder” de la Administración; sería un concepto muy amplio.

El TC considera que actos públicos solamente son actos o resoluciones y fundamentos de estos. Los e-mails discutidos en este caso están fuera de procedimientos administrativos, y no son ni actos, ni resoluciones, ni fundamentos de estos.

Si se aplicase el artículo 5° de la Ley N° 20.285 como está, los e-mails deberían entregarse por solicitud de acceso a la información, lo que el TC considera pugna con el artículo 8 de la CPR.

Por estas razones, el TC acoge el requerimiento, declarando inaplicable el inciso 2 del artículo 5 de la Ley 20.285, en la parte que dispone que es pública *“toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”*.

En la sentencia rol 2246-2012, el TC conoce de otro requerimiento de inaplicabilidad similar al anterior, también presentado por el Subsecretario del Interior y respecto del mismo precepto. A diferencia del procedimiento anterior, en este el Consejo para la Transparencia alegó que existía una interpretación posible del artículo impugnado de modo tal de conciliarlo con la Carta Fundamental. Respecto de ello, el TC considera que, existiendo varias interpretaciones posibles de una norma, si hay una que tiene por efecto que ella deviene en inconstitucional, entonces es deber del TC declararla como inaplicable, ya que la inaplicabilidad no exige, como en la acción de inconstitucionalidad, que el precepto sea inconstitucional a todo evento y en toda circunstancia. Basta que haya una interpretación inconciliable con la Carta Fundamental para que el TC tenga habilitada su competencia para acoger dicha inaplicabilidad.

A continuación, se hace cargo de la alegación del Consejo en cuanto existirían razones para no fallar este caso del mismo modo que se hizo en el rol 2153-2012 (que se considera precedente para la causa), pero el TC estima que la petición es improcedente, considerando dicha sentencia como precedente. Empero, hace observaciones en cuanto a los casos no son iguales en los hechos: en el primero, se trató de e-mails que involucraban a un Subsecretario y un Gobernador respecto a rendiciones de cuentas, mientras que en este, la petición versaba sobre e-mails de un Ministro de Estado, y no sobre actos administrativos, sino que sobre anteproyectos de ley.

Respecto a los criterios interpretativos, se mantienen igual que al caso anterior. Respecto de los Ministros de Estado (para el caso el Ministro Secretario General de la Presidencia), aclara que estos funcionarios son colaboradores directos e inmediatos del Presidente (artículo 33 CP) y considera que la petición de acceso a la información de sus mails tendría injerencia directa con las funciones del Presidente. Por ello, los ministros de Estado tienen un privilegio deliberativo reforzado en esta materia.

Otra diferencia respecto a la sentencia anterior es que pedir acceso a la información sobre anteproyectos de ley puede entorpecer gravemente la elaboración del proyecto. Además, implicaría que una sola persona natural

contaría el privilegio de conocer información que no es aún divulgada, lo que implicaría una ventaja estratégica.

De este modo, el exceso competencial que tendría el artículo 5° de la Ley N° 20.285, en relación al artículo 8° de la Constitución, puede afectar la distribución de funciones en el sistema, porque acceder a e-mails con anteproyectos de ley incide directamente en una potestad exclusiva del Presidente, cuando este debe tener máxima flexibilidad en esta materia.

Por último, la sentencia Rol 2379-2013 trata básicamente de la misma materia de los otros dos, tomándolos como precedentes. El TC nuevamente declara inaplicable el inciso 2 del artículo 5° de la Ley N° 20.285, tanto citada, esgrimiendo muy parecidos razonamientos.

III. “VIDA PRIVADA” EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO: EL CASO DE ESPAÑA, FRANCIA Y ESTADOS UNIDOS

Es importante dejar constancia del concepto que los autores dan a “la vida privada”, en circunstancias que, como ya comentábamos, esta se ve amenazada de diferentes maneras en virtud de los adelantos tecnológicos en materia de telecomunicaciones, informática y publicidad de datos personales, como así también en razón de las vastas atribuciones que gozan los entes fiscalizadores u otras agencias estatales para investigar hechos o conductas contrarias al orden jurídico.

Para Verdugo, Pfeffer y Nogueira, la intimidad no es más que *“el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta medida una emanación de la libertad personal y merece por lo mismo respeto y protección”*²⁰.

José Luis Cea, por su parte, ha definido la vida privada *“como el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea sean conocidos por terceros sin su*

²⁰ Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 244.

*consentimiento previo. La intrusión en ellos quebranta, en consecuencia, el bien jurídico constitucionalmente asegurado*²¹.

En España, la protección de la intimidad, del honor, y de aquellos derechos susceptibles de ser vulnerados por medio de la informática, ha dado lugar al nacimiento o a la necesidad de consagrar un nuevo derecho fundamental en los textos constitucionales, el que no obstante carecer de un nombre comúnmente aceptado por los autores, se ha denominado por algunos como derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la intimidad informática²².

En relación a esta materia, el Tribunal Constitucional Español en varias ocasiones se ha referido a la esfera de la intimidad de la persona²³ en razón de que la protección de la vida privada se encuentra recogida de forma general por la Constitución Española, al garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su artículo 18 prescribiendo, además de lo expresado, 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*”. Ahora bien, la protección de la vida privada, en esos términos, ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 5/1992 de octubre de 1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Esta ley establece, en beneficio de las personas, una serie de cautelas respecto de las bases de datos públicos y privados.

La situación en Francia es distinta. El derecho a la intimidad no ha sido consagrado por la Constitución. El ordenamiento jurídico francés maneja sólo el derecho a la vida privada, garantizado únicamente por el Código Civil. Sin embargo hoy, ante las nuevas tecnologías y frente a la renovación de los peligros que amenazan la vida privada, el derecho a la intimidad aun cuando aparece como uno no suficientemente desarrollado por la jurisprudencia constitucional francesa, es susceptible de adaptarse mejor a la evolución que la sociedad viene conociendo desde hace varias décadas²⁴.

²¹ Cea Egaña, José Luis (2004), ob.cit., p. 178.

²² Sánchez de Diego, Manuel, *Intimidad y privacidad en la red. Consideraciones jurídicas del derecho español*. Disponible en página web www.robertexto.com

²³ En efecto, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado sobre la vida privada de las personas en las sentencias 22/1984, 110/1984 y 114/1984.

²⁴ Alcaraz, Hubert (2007). *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, N^o 18, pág. 1.

Según el autor francés Hubert Alcaraz, la vida privada implica tanto “*la autodeterminación como su reserva, tanto la autonomía individual como la discreción, tanto la exteriorización como la interioridad y el sistema jurídico puede decidir protegerlos o por el contrario, ignorarlos*”²⁵. A su juicio, el respeto de la vida privada encierra dos vertientes: el respeto de la libertad y el respeto de la personalidad y ambos aspectos no pueden garantizarse a través de los mismos mecanismos.

En la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, el derecho a la vida privada es alternativamente protegido por medio de la referencia a la libertad individual y después por la libertad personal²⁶. No obstante, el derecho francés ha ido elaborando ciertos mecanismos para garantizar la protección de la vida privada contra potenciales atentados del poder público. De esta forma, se ha consagrado el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, las que no obstante no aproximarse siempre al derecho a la vida privada, aparecen como garantías formales del derecho a la intimidad²⁷.

En conclusión, se observa tanto en España como en Francia, el esfuerzo de los legisladores y de la jurisprudencia por resguardar el derecho a la privacidad del y en el hogar y las comunicaciones, y de esta manera proteger la intimidad de las personas ante las amenazas de la revolución tecnológica.

En Estados Unidos, por su parte, la emergencia de la tutela de la esfera privada de la persona se origina frente al potencial invasivo de la tecnología en el sistema jurídico norteamericano de finales del siglo XIX. Fue en este momento cuando los autores Warren y Brandeis²⁸ dieron forma a una

Para este autor, la intimidad es lo que protege el derecho que toda persona tiene a que no se divulguen aquellos elementos relativos a su vida personal que, por su naturaleza, son ignorados por terceros y cuyo control debe poder asegurarse.

²⁵ Alcaraz, Hubert, ob. cit, págs. 8 y 11. Expone que “si examina las decisiones jurisdiccionales, el observador comprueba que las cortes y tribunales franceses no protegen la vida privada en su conjunto, sino tan sólo una parte. ¿Qué parte? La formada por todos aquellos elementos más directamente relacionados con la personalidad del individuo y, en tal medida, los más susceptibles de revelar información sobre su personalidad, aunque el propio interesado no lo haya deseado expresamente”.

²⁶ En el fallo del Consejo Constitucional nº 76-75 DC de 12 de enero de 1977, se consagra una concepción extensa de la libertad individual, que engloba la protección de la vida privada.

²⁷ En Francia, la inviolabilidad del domicilio está reconocida como un principio de valor constitucional y fue consagrada por el Consejo Constitucional en su decisión *Perquisitions Fiscales* de 1983, Decisión 84-164DC, de 29 de diciembre de 1984.

²⁸ Saldaña, María Nieves (2007). *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Nº 18, pág. 86.

clásica definición de la privacidad, entendida como “el derecho a estar solo o a no ser molestado” (*the right to be let alone*).

Desde esa fecha, el derecho a vedar a terceros (sobre todo al Estado y a los medios de comunicación) el conocimiento de la vida personal y la posibilidad de controlar qué, cuándo y cómo esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicadas o conocidas por otras personas, se ha ido consolidando como un ámbito subjetivo de libertad garantizado por el sistema legal y constitucional norteamericano.

Aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus enmiendas reconocen expresamente el derecho a la privacidad, el Tribunal Supremo lo ha considerado implícito en la garantía del derecho de asociación, reconocido en la Primera Enmienda, que protege a las personas frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización; sobre todo en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros irrazonables, limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyendo no sólo los supuestos de invasión material sino también de vigilancia electrónica y en la dimensión subjetiva de la libertad personal que ampara la garantía del debido proceso²⁹. Una de las sentencias más importantes y pioneras en este sentido fue la del caso *Katz v. United States* en 1967 donde el Tribunal norteamericano afirmó que el espionaje electrónico contravenía la Cuarta Enmienda en relación a la privacidad de las comunicaciones acogiendo la definición de Brandeis de “privacidad”³⁰.

En definitiva, la protección de la privacidad de la persona en Estados Unidos no puede equipararse a la concepción de la intimidad que impera en el ordenamiento español o francés, de carácter más restringido. Es en el ámbito de la protección de los datos personales, al igual que en nuestro país, donde viene a reflejarse con mayor intensidad la tensión constitucional entre la protección de la esfera privada de la persona y las exigencias de información derivadas de la seguridad nacional. De ahí el interés de la doctrina norteamericana de extender el ámbito de protección constitucional de la privacidad, específicamente, para hacer frente a los avances tecnológicos como la interceptación de las líneas telefónicas privadas y grabación de conversaciones ajenas por policías federales.

²⁹ Saldaña, María Nieves, ob. cit., pág. 88.

³⁰ Richard Posner es uno de los principales exponentes de la corriente de pensamiento que analiza al Derecho desde el punto de vista de la economía.

Además del ámbito jurisprudencial, en la legislación norteamericana se percibe un interés por regular las eventuales vulneraciones a la privacidad. En efecto, el Congreso Norteamericano ha aprobado en las últimas décadas numerosas disposiciones legislativas con el objeto de evitar invasiones a la información personal. Así, en 1970 se aprobó la Ley de Informes Crediticios Justos, que regula el uso de la información relativa a la solvencia patrimonial y de crédito, garantizando la no divulgación de la información.

Sin embargo, autores como Richard Posner³¹ difieren de las doctrinas que hemos venido desarrollando, desmitificando el derecho a la vida privada, al plantear que “*no es más que un bien económico que todos tenemos conjuntamente con otro: la curiosidad*”. Sostiene que la demanda por información privada es comprensible cuando una relación actual o potencial, sea comercial o personal, crea oportunidades de ganar para el demandante como el inspector de Servicios de Impuestos, un acreedor, etcétera. Por lo mismo, niega que deba concederse un derecho de propiedad (o control para evitar que se difunda) sobre aspectos de la vida privada, o documentos personales³².

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tampoco ha estado ajeno a estos temas. Ha debido conocer de reclamaciones que estiman violada la norma del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que proclama el derecho de la persona a su intimidad en su vida privada y familiar, así como a su domicilio y correspondencia.

Dispone el citado artículo 8º lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y 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.

³¹ Posner, Richard (1978). *The right of privacy*. Georgia Law Review, 12, pág. 394.

³² Posner, ob. cit., pág. 72.

Los principales fallos del TEDH dicen relación con reclamaciones deducidas por particulares frente a injerencias de las autoridades estatales que, aunque se han realizado de conformidad al Derecho interno, son tachadas de violar el derecho a la vida privada. El Tribunal ha señalado “*que si las atribuciones de un organismo estatal son tan amplias que pueden fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, número y duración de las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la inviolabilidad del hogar*”³³.

También ha debido sentar criterios sobre la forma en que puede ser autorizada la interceptación de llamadas telefónicas. En el caso *Kruslin v. Francia*³⁴, señaló que los procedimientos para la interceptación debían fundarse en “una ley de singular precisión”. La Corte no consideró suficientes las garantías que otorgaba la legislación francesa para legitimar el grave ataque a la vida privada que representan esas intromisiones.

Como se aprecia, es un fenómeno universal la protección y resguardo del derecho a la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, frente a la inminente invasión de la tecnología, de los medios de comunicación social y el poder de las autoridades.

IV. EL SECRETO BANCARIO: UNA GARANTÍA QUE DESAPARECE

Una de las manifestaciones del derecho a la intimidad en materia comercial, es la institución del secreto bancario. En nuestro país, se contempla en la Ley General de Bancos³⁵.

En efecto a partir del artículo 154 en adelante, la señalada ley se encarga de definir y delimitar esta institución del siguiente modo:

Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por

³³ Corral T., Hernán (2000). *Derecho a la Privacidad*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1, pág. 64.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Kruslin V/s Francia*, de fecha 24 de abril de 1990.

³⁵ Decreto con Fuerza de Ley N°3, de 19 de diciembre de 1997.

él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente.

(...) En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario. Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo (Artículo 154).

Del análisis del precepto citado se desprende que la información referida a los depósitos y captaciones que reciban los bancos debe ser mantenida en secreto y sólo pueden darse a conocer a los dueños de ese dinero y a quienes ellos hayan autorizado. Adicionalmente, la ley contempla el deber de reserva para las restantes operaciones, entre ellas y a vía ejemplar, colocaciones o créditos contratados por instituciones financieras y sus clientes. No obstante, tal protección no es absoluta, pues el legislador en situaciones excepcionales, y adoptando los resguardos debidos, permite remover el secreto. Así ocurre en la investigación de delitos, lavado de activos, tráfico ilícito de estupefacientes, conductas terroristas y, más recientemente, ciertas conductas lesivas a la libre competencia.

En estos casos, el ente investigador es un órgano de la administración del Estado el que, para los casos calificados y excepcionales previstos por la ley, debe solicitar autorización previa de los Tribunales de Justicia, señalando los fundamentos de la solicitud, dejando entregado a los mismos tribunales calificar su procedencia.

Ahora bien, el artículo 62 del Código Tributario señala que “La Justicia Ordinaria podrá ordenar el examen de las cuentas corrientes en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Asimismo, el Director podrá disponer dicho examen, por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal”.

El año 2008, la Cámara de Diputados en Chile aprobó modificar este artículo 62 y facultar al Servicio de Impuestos Internos para requerir información relativa a las operaciones bancarias de los contribuyentes. El texto aprobado entonces señalaba que la información secreta obtenida por el SII sería reservada y sólo podría ser utilizada para comprobar la veracidad de las declaraciones de impuestos de los contribuyentes, cobrar tributos adeudados o aplicar sanciones. En el mismo texto se estableció un procedimiento para acceder a esa información: el SII notificaba al banco respectivo requiriéndole la información y fijándole un plazo para su entrega; el banco comunicaba ese hecho a su cliente (contribuyente afectado), quien puede oponerse en un procedimiento que se tramitaba ante el juez tributario o aduanero.

Durante el debate en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el Director del SII señaló que en la revisión efectuada en el año 2008 al artículo 26 de la Convención Modelo de la O.C.D.E., se fijó el estándar al que deben sujetarse los países que celebren tratados para evitar la doble tributación.

De acuerdo al informe de la citada Comisión³⁶, el citado funcionario advirtió que la importancia de lo anterior radica en que *“mientras no se apruebe este proyecto, el país no está en condiciones de asumir compromisos internacionales de intercambio de información en los términos previstos en el artículo 26 de la normativa”.*

En la misma reunión, el diputado Eluchans indicó que aunque estaba de acuerdo con la idea de combatir la evasión y cumplir con los convenios internacionales, *“creía que la iniciativa entregaba demasiado poder al Director Nacional del Servicio y, especialmente, pensaba que debería consagrarse un control jurisdiccional obligatorio para permitir el acceso a las cuentas corrientes, cuestión que el proyecto contemplaba sólo en el caso de que la persona investigada expresara su oposición a dicho acceso”*³⁷.

³⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite constitucional, de la discusión del proyecto de ley n° 6477 que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria, pág. 1.

³⁷ Informe de la Comisión de Constitución (...), ob. cit., pág. 11.

Por su parte, el diputado Nicolás Monckeberg coincidió con la necesidad de la existencia de causales para que el Servicio pueda solicitar el acceso a la información, como también *“que el proyecto no señalaba bases o argumentos a que podría recurrir el contribuyente para oponerse en la instancia jurisdiccional”*³⁸.

La defensa de los representantes del Ejecutivo consistió, básicamente, en que una autorización judicial previa para el acceso a la información implicaría un trámite burocrático que podría significar un costo adicional para las pequeñas empresas, dada la necesidad de asistencia letrada, sin perjuicio además, del riesgo de posibles filtraciones derivadas de haber recurrido a la justicia, lo que afectaría la privacidad del investigado.

En el contexto de esta discusión, el diputado Burgos advirtió que *“el dar a conocer una información por parte del banco, podría constituir una violación a la garantía constitucional del derecho a la privacidad”*.

En razón de lo anterior y no obstante que el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva que velaba porque el Servicio de Impuestos Internos, ante la sospecha de un potencial ilícito primero debía investigar, recabar antecedentes y sólo, como última medida, solicitar el levantamiento del secreto bancario para evitar caer en una “expedición de pesca”³⁹, el proyecto no llegó a convertirse en ley.

Derechamente relacionado con el resguardo a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas está la protección del secreto bancario. Para la doctrina nacional el fundamento del secreto bancario es el derecho a la intimidad y privacidad. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir siquiera con una toma de conocimiento.

En este contexto, Vergara Blanco define secreto bancario *“como lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos, derecho que constituye un interés jurídicamente tutelado”*⁴⁰.

Por su parte, Shitermann sostiene que constituye *“el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus*

³⁸ Informe de la Comisión de Constitución (...), ob. cit., pág. 11.

³⁹ Senado de la República. Noticia publicada en la página web www.senado.cl, el 5 de agosto de 2009.

⁴⁰ Vergara Blanco, Alejandro (1990). *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 20.

*clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente*⁴¹.

El derecho comparado tampoco se ha visto ajeno a esta relación. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que se reconoce ante todo que la investigación de las cuentas corrientes puede afectar el derecho a la intimidad de las personas, lo que relaciona a este último con el secreto bancario. Y agrega que *“el secreto no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente, que es reconocida en el artículo 18 N° 1 de la Constitución española, pues no hay una consagración explícita y reformada de este tipo de secreto, como lo hay del secreto profesional*⁴². Para el Tribunal español el secreto bancario es una exigencia del derecho a la intimidad, lo que supone la prohibición de intromisiones arbitrarias e ilimitadas en dicho ámbito protegido. En este contexto, pueden producirse actuaciones abusivas en el desarrollo de investigaciones que generen una lesión al derecho a la intimidad y ser, en consecuencia, inconstitucionales⁴³.

La Corte Suprema de Estados Unidos por su parte, en un fallo de 1974⁴⁴, ha dicho que *“la mantención obligatoria de archivos por parte de los bancos (que exige el acta de secreto bancario de tal país) no puede constituir una invasión del terreno legal ni una violación de la privacidad de las personas”*.

No obstante el reconocimiento del secreto bancario por la jurisprudencia norteamericana, recién en agosto de 2009, se firmó entre Estados Unidos y Suiza un tratado en virtud del cual se da acceso a las autoridades estadounidenses a la información de las cuentas de sus ciudadanos en el banco UBS AG. (mayor banco de Suiza) y en otros bancos suizos. Según la prensa especializada, *“el pacto trata la perforación del secreto bancario, por largo tiempo sacrosanto en Suiza, como un tema que cae bajo el tratado tributario de Estados*

⁴¹ Este autor fue citado por Morera, Renzo (1965). *Orientamenti Dottrinali e Giurisprudenziali Germanici in tema di Segreto Bancario*. Banca, Borsa e Titoli di Credito, XVIII, fascículo II, p. 276.

⁴² Pinel López, E. (1985). *El Tribunal Constitucional Español y el secreto bancario. Comentario de la sentencia de 26 de noviembre de 1984*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 17, año V, p. 121 y siguientes.

⁴³ Lobos Fuentes, Rodrigo (2003). *Consideraciones sobre el Secreto Bancario en Chile y Suiza*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁴⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, Sentencia del caso California Bankers Ass’n versus Schultz, 1974, citada por Vergara Blanco, Alejandro en *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*, ob. cit., pág. 49.

*Unidos con Suiza en 1996. Este tratado se enmendará para permitir investigaciones estadounidenses más amplias en las cuentas sospechosas*⁴⁵.

La razón de esta drástica medida fue la sospecha de que más de 4.000 contribuyentes norteamericanos tenían cuentas en Suiza, con el solo objeto de evadir impuestos en Estados Unidos, ocultando dinero en el extranjero. En razón del tratado suscrito entre ambos países, el gobierno suizo recibió peticiones estadounidenses sobre cuentas sospechosas y las dirigió a UBS. El banco informó a los titulares de las cuentas, que tuvieron el derecho de apelar en la Corte Administrativa Federal Suiza. Sólo entonces, el banco pudo hacer entrega de los detalles al recaudador de impuestos norteamericano (IRS).

V. IDEAS FINALES

Bien se ha afirmado que “la procedencia de establecer un procedimiento rápido —que respete las reglas del debido proceso— para dar cumplimiento a convenios internacionales o a compromisos de intercambio de información, no merece reparos”.

Como hemos señalado previamente, la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, en fin, la protección de la intimidad y con ella, la dignidad del ser humano, son valores presentes en el artículo 1º y en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política. Todos ellos cubren el derecho de toda persona a que no se desvelen ciertos aspectos de su vida personal ligados a su dignidad, a la construcción de su personalidad, a la materialización de sus sueños, caprichos, tendencias, afanes, etcétera.

Hoy, uno de los encuentros de tensión constitucional se da entre estos derechos fundamentales, cuya titularidad no decae por el ejercicio de una función pública, y el derecho de la comunidad, de los ciudadanos, de conocer los fundamentos de las decisiones y de los actos de autoridad, ello considerando la publicidad de los actos de los órganos del Estado como una de las bases institucionales de nuestro ordenamiento constitucional. Como ha quedado expuesto, el Consejo para la Transparencia ha mantenido una

⁴⁵ Diario Financiero, “Toque de muerte para el Secreto Bancario”, viernes 21 de agosto de 2009, pág. 27.

opinión constante en el sentido que los correos electrónicos emanados en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios (ministros, jefes de servicios, etcétera) no se encuentran cautelados por los citados preceptos constitucionales, siendo más bien acogida esa opinión por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando ellos contienen fundamentos de los actos y decisiones administrativas. Por su parte, el Tribunal Constitucional es del parecer contrario, según se expuso, previa y extendidamente.

En el caso del acceso por la autoridad fiscalizadora tributaria a las cuentas corrientes y demás operaciones bancarias de los contribuyentes, se arriesgan muy intensamente todas las expresiones de la vida privada. En efecto, en nuestros días, por medio de esas operaciones, se materializan un gran número y muy elementales actos de la vida privada, a saber, decisiones de consumo, donativos a instituciones u otros actos de solidaridad, preferencias políticas, deportivas, en fin, hechos, actos y opciones que las personas pueden, legítimamente, no querer compartir con nadie. Variados de esos movimientos, de ser conocidos, pueden terminar derivando en cuestionamientos tributarios injustos, tremendamente incómodos y que obliguen al contribuyente a dar una serie de explicaciones u ofrecer pruebas sobre actos o hechos que siempre han estado en el ámbito de sus decisiones personales.

Por cierto y lo reiteramos, hay casos en los que procederá el alzamiento del secreto bancario en las situaciones en las que debe ceder para la investigación de un quebrantamiento del orden jurídico. Sin embargo, son excepcionales y se contemplan en Ley General de Bancos con ciertos requisitos:

- i. sólo puede ser decretado por un tribunal,
- ii. en las causas que esté conociendo,
- iii. respecto de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso,
- iv. y en relación a las operaciones que hayan realizado las personas que tengan la calidad de partes o imputados.

Creemos que el fundamento del secreto bancario es resguardar la intimidad de las personas en lo relativo a la información comercial y económica y, por ello, constituye una clara manifestación del derecho constitucional a la privacidad que resguardan los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución. Por ello, si es que se pretende su sacrificio en aras de hacer más eficaz el combate a la evasión, tal sacrificio sólo podrá ser legítimo frente

a la Constitución en la medida que se adopten los resguardos que exijan dar por establecidas una causa justificada por la autoridad y autorización previa de un Tribunal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Alcaraz, Hubert (2007). *El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, N° 18.

Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi. José Luis Depalma Editor.

Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. “Derechos, Deberes y Garantías”. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Consejo de Ética de Medios de Comunicación Social, Resolución N° 55, junio de 1977.

Corral T., Hernán (2000). *Derecho a la privacidad*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1.

Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gálvez B., Ricardo (1992). *Intervención de Teléfonos en la Legislación Chilena*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N°3.

Lobos Fuentes, Rodrigo (2003). *Consideraciones sobre el secreto bancario en Chile y Suiza*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Maturana, Cristián (2004). *Informe en Derecho* (no publicado).

Morera, Renzo (1965). *Orientamenti Dottrinali e Giurisprudenziali Germanici in tema di Segreto Bancario*. Banca, Borsa e Titoli di Credito, Abril-Junio, XVIII, fascículo II.

Pinel López, E. (1985). *El Tribunal Constitucional Español y el secreto bancario. Comentario de la sentencia de 26 de noviembre de 1984*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 17, año V.

Posner, Richard (1978). *The right of privacy*. Georgia Law Review, 12.

Rodríguez Pinto, María Sara (1999). *Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, N° 3.

Rodríguez Silva, Eduardo (2003). *El correo electrónico*. Revista Chilena de Derecho Informático N° 3, Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Saldaña, María Nieves (2007). *La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica*. Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, N° 18.

Sánchez de Diego, Manuel. “Intimidad y privacidad en la red. Consideraciones jurídicas del derecho español”. Disponible en página web www.robertexto.com

Silva B., Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vergara Blanco, Alejandro (1990). *El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 389, de fecha 28 de octubre de 2003.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 417, de fecha 3 de septiembre de 2004.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 433, de fecha 25 de enero de 2005.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 521, de fecha 1 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 943, de fecha 10 de junio de 2008.

Corte Suprema, sentencia rol N° 52, de fecha 12 de enero de 2009.