



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO: TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y CONTROL

**DECRETO N°866 SOBRE INTERCEPTACIÓN DE LAS
COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y DE OTRAS FORMAS DE
TELECOMUNICACIÓN Y DE CONSERVACION DE DATOS
COMUNICACIONALES, A LA LUZ DE LA NORMATIVA
CONSTITUCIONAL**

PAZ GUIÑEZ NAVARRO

Artículo académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Magíster en Derecho Público: transparencia, regulaciones y control.

Profesor Guía: Sr. Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2018

Palabras clave: interceptación de las comunicaciones, derechos fundamentales, derecho a la vida privada, datos personales

INTRODUCCION

Durante el año 2017, uno de los temas que estuvo en la palestra informativa y en la órbita de distintos organismos y personas comprometidas con la defensa y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, fue el decreto impulsado por la Subsecretaría de Interior sobre interceptación y almacenamiento de datos comunicacionales, denominado por sus opositores como “decreto espía”.

En opinión de muchos, dicho decreto y sus exigencias implicaban un potencial riesgo de vulneración a las libertades y derechos de los ciudadanos, con relación a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrados en la Constitución Política de la República, en sus numerales 4 y 5 del artículo 19¹.

En relación con lo anterior, la Subsecretaria del Interior del gobierno de la Sra. Michelle Bachelet, envió a la Contraloría General de la República en agosto de 2017 para su toma de razón, el **Decreto N° 866 que “Establece reglamento sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación y de conservación de datos comunicacionales”**, de fecha 13 de junio de 2017. Dicha normativa tenía por finalidad derogar el actual Decreto Supremo N°142 de 2005, que reglamenta la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación.

¹ “Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...) 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”

Finalmente, y luego de intenso debate, con fecha 4 de noviembre de 2017, la Contraloría General de la República decide no tomar razón del Decreto N° 866 precitado.

En atención a los antecedentes expuestos, el presente artículo pretende:

- Exponer de manera sucinta, la historia y desarrollo de la normativa sobre interceptación de las comunicaciones en Chile y su choque o incompatibilidad con los derechos fundamentales de las personas establecidos y garantizados en la Constitución Política de la Republica, y
- Por otra parte, entregar algunos elementos de juicio que permitan abrir una discusión referente a este tipo de normativas, que tienen una directa injerencia en el derecho a nuestra vida privada.

Para abordar lo expuesto, el presente artículo se estructurará de la siguiente manera: el **punto n°1**, expondrá acerca de los argumentos que tuvieron en cuenta los países para adecuar las legislaciones internas que permitieran el uso de este tipo de técnica especial de investigación, plasmado en la firma de la “Convención de Palermo” en el año 2000. En el **punto n°2**, se observará la evolución que ha presentado la normativa en materia de interceptación de las comunicaciones en Chile, a partir de la entrada en vigencia del artículo N° 222 de Código Procesal Penal (en adelante CPP). El **punto n°3**, señalará el alcance del Decreto Supremo N°142 “Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de comunicación”, de 2005. En el **punto n° 4**, se analizarán los cambios que pretendía efectuar el Decreto N° 886 en comento. En base a lo anterior, en el **punto n°5** se indicarán y analizarán las normas constitucionales que habrían sido transgredidas por el decreto precitado; para finalmente, en el **punto n°6** presentar brevemente los argumentos esgrimidos por la Contraloría para no tomar razón de este decreto y **n° 7** entregar la respectiva conclusión del presente artículo.

1.- ARGUMENTOS CONSIDERADOS EN LA CONVENCION DE PALERMO

En noviembre del año 2000, la República de Chile suscribió un tratado multilateral patrocinado por las Naciones Unidas denominado “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*”², más conocido como la

² “<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>”

Convención de Palermo, ya que se firmó en esa ciudad de Italia; constando con 41 artículos y tres protocolos que forman parte del Derecho Penal Internacional.

La Convención está en directa relación con la lucha en contra del crimen organizado transnacional respecto de la trata de personas, contrabando de migrantes y la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego y sus piezas.

La Convención tiene dos objetivos principales:

- i) Eliminar las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos nacionales, a través de la armonización de la tipificación de los delitos, ello con la finalidad de lograr la compatibilidad de las acciones.
- ii) Establecer normas para las leyes domésticas, de manera que se pueda combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada. De esta manera, el acuerdo está básicamente orientado a promover la cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada, y en él se prevén medidas que los países firmantes pueden adoptar en áreas como la asistencia legal mutua, el control de la corrupción o el blanqueo de activos. También se abordan asuntos como las medidas judiciales, la cooperación informal, las pesquisas judiciales conjuntas y las técnicas especiales de investigación criminal. Dentro de estas últimas se encuentra la vigilancia electrónica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 del Convenio³.

En el mismo artículo, en su inciso primero, en función de los derechos fundamentales de las personas de cada país que deben ser rigurosamente resguardados, se establece que las técnicas especiales de investigación deben ser instauradas y utilizadas en

³ “ARTICULO 20 Técnicas especiales de investigación

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.”

la medida que; “1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno...” (énfasis es nuestro)

Con fecha 20 de diciembre de 2004, se promulgó en nuestro país la convención en comento, publicándose su respectivo decreto, N°342, el 16 de febrero de 2005⁴.

Esta convención, en principio, es la base teórica que ha permitido que en muchos países se haya legislado acerca de la materia de marras, con diferentes énfasis y limitaciones.

El análisis del derecho comparado no es materia del presente artículo, pero estimamos que, si el lector pretende tener mayores elementos de juicio, se hace muy necesario leer al respecto.

2.- ENTRADA EN VIGENCIA DEL ARTICULO 222 DE LA LEY N° 19.696 y MODIFICACIONES PERTINENTES

La Ley N° N°19.696, publicada en Diario Oficial 12 de octubre del 2000, estableció el nuevo Código Procesal Penal⁵, estableciendo en su artículo N° 222 la posibilidad de interceptar las comunicaciones telefónicas.

Es importante señalar que esta norma no estuvo exenta de intensa discusión. Tanto es así que, en su primer trámite constitucional, la Cámara de Diputados rechazó este articulado.

⁴ “<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583>”

⁵ “Artículo 222.- Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios. No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes. Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento. Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.”

En el segundo trámite constitucional, los Senadores entendiendo las dificultades que presenta la investigación de los delitos cometidos por el crimen organizado⁶ resolvieron reponer la técnica de investigación de interceptación telefónica, estableciendo un nuevo artículo, 253⁷.

En el tercer trámite constitucional la cámara de diputados rechazó la enmienda propuesta por los senadores⁸, con el fin que las discrepancias sobre el alcance de estas medidas intrusivas se discutieran en la comisión mixta⁹.

⁶ Senado. Fecha 20 de junio, 2000. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 5. Legislatura 342.

“La Comisión concordó en las dificultades que presenta la investigación de los delitos cometidos por el crimen organizado, el cual va más allá del tráfico de drogas, porque está también el terrorismo, la pornografía, etc. Sin embargo, fue de parecer que el Código, por su naturaleza, está llamado a contener las reglas comunes, de manera que aquellas especiales que convenga introducir para facilitar las investigaciones en otra clase de delitos más complejos, deberán incorporarse en las leyes particulares que los sancionan. Además, en esos casos lo deseable, como demuestra el derecho comparado, es que la investigación se encuentre muy avanzada, o, si fuera posible, completa, antes de proceder a la detención de los partícipes, y con vistas a ese propósito se contemplan diligencias como la interceptación de comunicaciones, que fue eliminada por la H. Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional del Código, y que esta Comisión ha resuelto reponer, como se indicará en su oportunidad”.

⁷ 2.10. Oficio de Cámara Revisora a Cámara de Origen. Oficio Aprobación con Modificaciones. Fecha 14 de julio, 2000. Oficio en Sesión 17. Legislatura 342.

“Artículo 253.- Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquéllas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.

⁸ 3.3. Oficio de Cámara Origen a Cámara Revisora. Oficio Rechazo de Modificaciones. Fecha 08 de agosto, 2000. Oficio en Sesión 15. Legislatura 342.

⁹ 20° Los artículos 291, 292 y 253, nuevo, implican una especie de medida intrusiva, ya que afectan a las empresas de telégrafos, de cables o de otros sistemas de comunicación, en cuanto a incautación de documentos y a interceptaciones telefónicas.

Se rechazan dichos artículos para adoptar algunos resguardos, como la intervención en todos ellos del juez de garantía, con el objeto de que ordene y precise las condiciones o circunstancias en que ha de actuarse con motivo de esta diligencia.

Estas disposiciones tampoco resguardan el secreto profesional respecto de las personas que lo poseen. Asimismo, tampoco establecen la prohibición de interceptar los teléfonos o comunicaciones entre el imputado y su abogado. La Comisión, respecto de esta última

Finalmente, el informe de la Comisión Mixta reincorpora la posibilidad de interceptación telefónica, incorporándolo en el artículo 222¹⁰. De esta manera, la posibilidad de interceptación de las comunicaciones quedó consagrada en nuestra legislación.

Entre las modificaciones a esta ley podemos mencionar:

Ley 19.927 de 2004¹¹. Esta ley efectuó modificaciones en materia de delitos de pornografía infantil, obligando a las empresas a mantener en carácter reservado (a disposición del Ministerio Público), un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, **no inferior a seis meses**, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. Todo esto en el menor plazo posible.

Por otra parte, la Ley 20.074 de 2005, modificó diversos artículos del Código Penal y del Código Procesal Penal, entre los cuales se reemplazó la oración final del artículo 222,

situación, estimó que, incluso, el teléfono podría ser intervenido si el abogado tuviere responsabilidad penal en los hechos que se investigan.

Para solucionar la falencia de estas normas sobre medidas intrusivas, se recomienda rechazarlas para resolver el asunto en la comisión mixta.

¹⁰ “Artículo 222. Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

La orden a que se refiere el inciso precedente sólo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que faciliten sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta días. El juez podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes.

Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente.”.

¹¹ Artículo 3°.- Incorpórense las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

a) En el inciso quinto del artículo 222, a continuación de las palabras "a cabo", reemplácese el punto seguido (.) por una coma (,) e intercalése el siguiente texto: "en el menor plazo posible. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados."

obligando a las empresas telefónicas a dar las facilidades respectivas a los funcionarios encargados.¹²

Por último, la Ley 20.526 de 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, modificó el inciso quinto aumentando el plazo de mantención de la información por parte de las empresas de telefonía de **seis meses a un plazo no inferior a un año**.¹³

Es importante mencionar que, todas las modificaciones legales efectuadas se realizaron a solicitud de las policías y Ministerio Público, debido a los diversos inconvenientes surgidos entre éstos y las compañías al momento de solicitarles información en sus requerimientos judiciales (en relación a los plazos y formas de respuesta de los prestadores de servicios).

Como se puede observar, todo cambio en los plazos, obligaciones de las empresas proveedoras del servicio, información a ser solicitada, fue realizado mediante modificaciones legales al artículo N° 222 del Código Procesal Penal, discutidas y aprobadas en el Congreso Nacional.

3.- DECRETO SUPREMO N°142 DE 2005 “REGLAMENTO SOBRE INTERCEPTACION Y GRABACION DE COMUNICACIONES TELEFONICAS Y DE OTRAS FORMAS DE COMUNICACION”¹⁴

A través de la dictación de este decreto (entendiendo que la autoridad judicial ya contaba con las atribuciones legales para ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación), se estableció un procedimiento que fijó en forma clara a los prestadores de servicios de telecomunicaciones los plazos, condiciones, medios y forma en que debían dar respuesta a los requerimientos

¹² 23) Reemplácese la oración inicial del inciso quinto del artículo 222, por la siguiente: "Las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera."

¹³ Artículo 3°.- Sustitúyase en el inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal Penal, la expresión "seis meses" por "un año".

Artículo transitorio.- Las modificaciones que el artículo 3° introduce en el artículo 222 del Código Procesal Penal entrarán en vigencia ciento ochenta días después de la publicación de esta ley."

¹⁴ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242261>

judiciales, sin que esta situación afectara el normal ejercicio de la actividad económica que desarrollaban.

En lo principal, se estableció a los prestadores del servicio:

- Deberán dar cumplimiento a lo requerido por el tribunal que conozca de la causa, en el plazo y la forma establecida en el oficio respectivo.
- Deberán tener disponibles para los organismos operativos policiales correspondientes, los medios necesarios para proceder a llevar a efecto las diligencias.
- Los prestadores requeridos, deberán evitar cualquier tipo de intromisión de las comunicaciones cuya interceptación y grabación no haya sido autorizada.
- Se deberán adoptar las medidas de resguardo necesarias, para no alertar a las personas cuyas comunicaciones se ha ordenado interceptar y grabar.
- Deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público y de toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen los abonados.

De lo señalado se puede colegir que el Decreto Supremo N°142, únicamente vino a regular normas administrativas que sólo le permitieron complementar o señalar la forma en que se ejecutaría la normativa establecida en el artículo N° 222 y siguientes del CPP y el resguardo de las normas constitucionales vigentes, principalmente la establecida en el artículo 19 N° 5.

4.- DECRETO N° 866, DE JUNIO DE 2017 “ESTABLECE REGLAMENTO SOBRE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y DE OTRAS FORMAS DE TELECOMUNICACIÓN Y DE CONSERVACION DE DATOS COMUNICACIONALES Y SUS MODIFICACIONES”

En lo tocante al contenido de este controvertido decreto, podemos señalar en resumen lo siguiente:

- 1.- Deroga el Decreto Supremo N°142 de 2005 analizado precedentemente.

2.- En el artículo 2 N°4 del Decreto N° 866, se define comunicación como “la emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e información de cualquier naturaleza”. A su vez, en su artículo 8 obliga a las empresas de telecomunicaciones a almacenar “todos los datos comunicacionales”. Por último, en el artículo 10, entrega una lista de los datos mínimos que deberán ser recolectados por las empresas de telecomunicaciones, entre las cuales se encuentran: la información sobre los participantes de la comunicación; datos de geolocalización; y antecedentes que permitan conocer los datos administrativos y financieros del suscriptor, etc. Es decir, se debe recolectar todo contenido de las comunicaciones de los usuarios.

3.- El artículo 8 del decreto N° 866, establece que los datos comunicacionales deben ser almacenados por un plazo no menor a dos años.

4.- En el artículo 1 del decreto en comento, se establece que la información recolectada por las compañías de telecomunicaciones debe estar a disposición del Ministerio Público y de “toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo”.

Al respecto, en su artículo 5 el decreto establece la necesidad de contar con una orden judicial para solicitar la interceptación de las comunicaciones. Sin embargo, este requisito no está presente en relación a la conservación y entrega de datos comunicacionales, tratados en el artículo 8 y siguientes.

5.- El artículo 3 i) del decreto prohíbe a las empresas mantener e incorporar tecnología o equipamiento que dificulte o impida la recolección de los datos de las comunicaciones.

De la lectura del contenido del Decreto N° 866, nos encontramos con cambios significativos al decreto anterior N° 142, ya que modifica aspectos sustanciales de la normativa establecida en el artículo N° 222 del CPP, en cuanto a datos que puedan ser solicitados, plazos de mantención de información e instituciones que pueden solicitar estos.

El conocimiento de este decreto por parte de la ciudadanía inmediatamente provocó gran controversia, esto porque desde su inicio se señaló que adolecía de indicios de inconstitucionalidad en cuanto a su forma y fondo, porque mediante un reglamento se pretendía modificar una ley (artículo 222 del CPP), y luego, porque los alcances de este decreto afectarían derechos fundamentales de las personas, como la vida privada e inviolabilidad de sus comunicaciones, contraviniendo lo establecido en el artículo N° 5 de la Constitución Política de la República, el cual en su inciso segundo señala: “... *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

Con relación a lo anterior, surgieron las siguientes controversias:

4.1.-Datos y comunicaciones

- El artículo 222 del Código Procesal Penal establece el deber de las empresas telefónicas y de comunicaciones, de mantener el listado y registro por un año, de las de sus abonados y de las direcciones IP de las conexiones que estos realicen.¹⁵
- El decreto en comento, vía reglamentaria, pretendía aumentar los “datos comunicacionales” que deben mantenerse por tales proveedores. Como ya hemos señalado, los datos podrían ser: la fecha y hora de una llamada; a quién se llamó; cuánto duró la llamada; desde qué dirección de internet (IP) se realizó la llamada; qué sitios de internet visitó una persona; cuántos mensajes se enviaron y a quién; qué aplicaciones usa un usuario; qué tipo de teléfono tiene; cuál es su número de registro; ubicación geográfica, etc.
- La inespecificidad con que se definen las comunicaciones en el decreto no pone límites a lo que se pueda acceder, pues lo que hace es que toda esa información pueda quedar al acceso de las autoridades.

¹⁵ Artículo 222.- “... Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados...”

- La evolución tecnológica trajo consigo un aumento explosivo de la producción de datos. La cantidad de datos disponibles, puede ser de gran valor, ya que el análisis y procesamiento de esta información genera día a día un mayor conocimiento.
- En el pasado sólo era posible transformar los datos en informaciones relevantes por intermedio del desarrollo de grandes soluciones informáticas, a las que tenían acceso sólo grandes empresas o corporaciones. Dado el avance tecnológico, esta realidad se viene transformando y, hoy muchas empresas cuentan con sistemas informáticos que les permiten obtener información antes inalcanzable, a través de lo que se denomina análisis de los metadatos (datos de los datos).
- En el mundo público, no podemos olvidar el caso de Edward Joseph Snowden, el ex consultor tecnológico estadounidense, empleado de la “CIA” (Agencia Central de Inteligencia) y de la “NSA”(Agencia de Seguridad Nacional), quien en junio del 2013, hizo públicos, a través de los periódicos The Guardian y The Washington Post, documentos clasificados como alto secreto sobre varios programas de la NSA, incluyendo los programas de vigilancia masiva “PRISM” y “XKeyscore”.
- Sumado a lo anterior, la normativa vigente desde 2009 sobre protección de datos personales ha demostrado su ineficacia, estando obsoleta, además de no cumplir con los estándares que mantienen los países de la OCDE. En todo caso es importante señalar que la Ley N° 19.628 (que vino a regular la protección de datos personales en Chile), en su artículo 4¹⁶ establece que el tratamiento de estos datos sólo puede realizarse cuando la misma ley u otras lo autoricen o el titular de los datos consienta en ello. Actualmente se está tramitando un nuevo proyecto de ley que modifica la actual Ley N° 19.628, sobre la protección de la vida privada y datos de carácter personal.
- En el caso en cuestión, no se trataría sólo de mantener la información de las personas que son sospechosas de una actividad criminal, sino que el decreto

¹⁶ Artículo 4°.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. La autorización debe constar por escrito. La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito. No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

persigue que se mantengan la información de todos los ciudadanos que habitamos el país. (Ver sentencia Rol N° 1894-2011 de 2011, analizada en punto 5 siguiente)

- De lo anterior se podría colegir que, potencialmente, el almacenar los “metadatos” puede llegar a ser una práctica o situación mucho más grave y vulneratoria a la privacidad que el hecho de escuchar una conversación en particular, en la medida que personas con diversos fines puedan tener de cualquier forma de llegar a tener acceso a esta clase de datos. (Ver sentencia Rol N° 1894-2011 año 2011, analizada en punto 5 siguiente)

4.2.-Plazo de mantención

- Tal como señalamos, el artículo 8 del Decreto N° 866 establece que los datos comunicacionales deben ser almacenados por un plazo no menor a dos años.
- Es necesario recordar que la última modificación del plazo fue realizado mediante la Ley 20.526 de 2011 (sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil) que modificó el inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal Penal, aumentando el plazo de mantención de la información por parte de las empresas de telefonía de seis meses a un plazo no inferior a un año.¹⁷
- A la fecha de la dictación del decreto en comento, el ejecutivo no ha mandado al Congreso Nacional una modificación legal al artículo 222 precitado.
- El ejecutivo mediante un decreto pretende cambiar el plazo establecido en la propia ley, sin tomar en consideración que con anterioridad todo cambio a este respecto se había efectuado mediante modificaciones legales, tal como se señaló en la historia del artículo N° 222 del CPP.
- Recordemos que un decreto es una norma dictada por cualquier autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia; cuando emana del Presidente de la República se denomina Decreto Supremo¹⁸, que es un acto administrativo llevado a

¹⁷ Artículo 3°. - Sustituyese en el inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal Penal, la expresión "seis meses" por "un año".
Artículo transitorio.- Las modificaciones que el artículo 3° introduce en el artículo 222 del Código Procesal Penal entrarán en vigencia ciento ochenta días después de la publicación de esta ley."

¹⁸ https://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario

cabo por el Poder Ejecutivo, con contenido normativo reglamentario y que tiene una jerarquía inferior a las leyes.

4.3.- Organismos autorizados para requerir información

- El artículo 1 del decreto establece que la información recolectada por las compañías de telecomunicaciones debe estar a disposición del Ministerio Público y de “toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo”.
- Cabe señalar, que el artículo N° 222 del Código Procesal Penal está escrito en términos restrictivos, como toda actuación del sistema persecutor que requiere autorizaciones judiciales y requisitos de derecho estricto para afectar derechos fundamentales, siendo el Ministerio Público la única institución facultada por la ley para acceder a los datos almacenados por las compañías de telecomunicaciones.
- La justificación para facultar el acceso exclusivamente al Ministerio Público es el resguardo de las garantías del debido proceso. La inclusión de otras entidades, como las policías, pondría en riesgo dichas garantías.
- La ambigüedad o imprecisión en la redacción del decreto, es un hecho relevante, que puede llevar a pensar que este tipo de normativa podría ser usada para permitir el acceso a la información a otras instituciones gubernamentales indeterminadas, prestándose para múltiples abusos, y que potencialmente dicha información almacenada sea requerida sin autorización judicial, situaciones que de suyo son incompatibles con el régimen restrictivo y de excepcionalidad que impone cualquier ley procesal penal, y las de un régimen democrático.

Estimado lector, usted con todo el derecho, más allá de lo señalado en los puntos anteriores podría estar preguntándose, ¿Cuál sería el verdadero alcance de estos cambios? ¿De qué manera estos cambios podrían afectarle, y por consiguiente, ser motivo de preocupación? Al respecto, podría señalar en síntesis lo siguiente:

En el mundo actual la tecnología ha permitido “voluntaria o forzadamente” una excesiva publicidad de aspectos privados de cada uno de nosotros, que pueden permitir a cualquier persona, institución o entidad efectuar además de lo permitido legalmente, la manipulación de esta información con los más variados fines, ya sea: publicidad, vigilancia, suprimir o fijar conceptos, represión, etc. Además, no podemos desconocer que esta

información almacenada de diversas formas es absolutamente frágil, debido a las posibilidades de que ésta sea obtenida de manera ilegal, como ha sido de pública información como el caso Facebook – Cambridge, Banco de Chile, filtraciones de información de estudios jurídicos, etc.

En el ámbito público, en lo tocante a la fragilidad de nuestros sistemas, se puede señalar de acuerdo a información emitida por Radio Cooperativa (30 de octubre de 2013), en la cual la directora subrogante del Servicio de Registro Civil, Claudia Gallardo, acusó que 50.481.298 registros para documentación de cédulas y pasaportes habían sido copiadas el 12 de septiembre, en pleno paro de los funcionarios¹⁹. Asimismo, sobre la misma materia, el presidente del ICDT Raúl Arrieta, en entrevista recordó estos hechos²⁰.

Sumado a lo anterior, los ciudadanos lectores no pueden olvidar el libro “1984”, famosa novela distópica escrita por George Orwell, publicada en el año 1949, y su concepto del “Big Brother”. Este concepto es de uso frecuente para referirse a ciertos gobiernos autoritarios o democráticos que propenden una vigilancia abusiva de sus ciudadanos, como también del control sobre la información. Otro uso frecuente, ya no de estados, está referido a personas u organizaciones que ejercen un control potencialmente peligroso o invasivo de la intimidad de las personas de un país producto de la información adquirida.

Muchos ciudadanos del mundo, haciendo remembranza de esta novela y otras con símil argumento, cada día más cuestionan este tipo de normas que superan muchas veces el umbral de los límites que potencialmente estemos dispuestos a entregar de nuestros derechos fundamentales, en virtud de algún bien jurídico y social perseguido.

5.- NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSGREDIDAS

En consideración a las normas constitucionales transgredidas, existió desde un inicio consenso entre los diversos actores de la sociedad civil que la normativa aludida

¹⁹Investigan filtración de millones de datos del Registro Civil. Ahora Noticias, 27 de Marzo de 2014 10:22 <http://www.ahoranoticias.cl/noticias/nacional/investigan-filtracion-de-millones-de-datos-del-registro-civil.html>

²⁰ Diario Universidad de Chile; 2 de septiembre 2017 “La cantidad de filtraciones de datos personales que ha tenido en los últimos diez años el Estado es una vergüenza, lo que le ha pasado al Registro Civil, no nos olvidemos que hace no mucho tiempo atrás estaba la duda de si se le había filtrado la mitad de la base de datos del Registro Civil, y nunca se esclareció si eso había pasado o no había pasado. No nos olvidemos el bochorno del Ministerio de Salud con los datos asociados a los enfermos de Sida. Es decir, el Estado ha mostrado no ser un buen tratante de datos”.

afectaría de manera inequívoca derechos reconocidos y garantizados por la Constitución Política de la República en el artículo 19, numerales 4 y 5, como son el respeto a la vida privada y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Así, nuestra carta fundamental en dichos numerales declara:

“La Constitución reconoce a todas las personas:

(...)

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”

Por otra parte, de acuerdo a comunicado emitido por el Colegio de Periodistas, también sería afectado el derecho a la libertad de opinión y de información, numeral 12 del mismo artículo, pudiendo alcanzar esta norma la labor periodística, la reserva de sus fuentes y medios de comunicación. *“La Constitución reconoce a todas las personas:*

(...)

12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

En otro orden de cosas, se advirtió desde el origen de este decreto su contravención con normas legales expresas, al conculcar garantías constitucionales por medio de un reglamento, toda vez que la regulación y limitación de derechos fundamentales de las personas se encuentran garantizados por el principio de reserva legal, consagrado en nuestro sistema de modo genérico en los artículos 19 numeral 26²¹ y 63 numeral 2²² de la Constitución Política de la República. Conforme a este principio, le corresponde a la ley

²¹ El artículo 19, numeral 26 de la Constitución Política de la República, establece que: “26°.- La seguridad 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”

²² Sólo son materias de ley:

1) Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales;
2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;

regular o limitar los derechos fundamentales, de modo que únicamente es ella la habilitada competencialmente para configurar el marco de ejercicio de los derechos fundamentales. Así, como señaló el profesor Silva Bascuñán “*toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa*”²³.

El abogado de la Universidad de Chile, Luis Cordero, ha señalado sobre la reforma reglamentaria en cuestión que: “*El artículo 8 permite construir una base de datos de todos los chilenos por al menos dos años de todas sus comunicaciones, dejándolas en custodia a las compañías de comunicaciones para el requerimiento posterior de la autoridad, (para que) previa autorización judicial se acceda a ella. El problema no es acceder a ellas, el problema central de esto es que una norma de esta envergadura implica un potencial riesgo a las libertades y derechos de los ciudadanos que, de acuerdo a la Constitución, deben ser regulados por ley, no por reglamento*”.²⁴

Por otra parte, es pertinente además mencionar que este decreto es también discordante con proyectos de ley que se están tramitando actualmente en el Congreso, los cuales tendrían un claro objetivo de garantizar la protección de la información que poseen las organizaciones y entidades sobre las personas, como el proyecto de Ley de Datos Personales, el cual, en el evento de ser aprobado, modificará la Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada.²⁵ De igual modo, en junio de este año se publicó la Ley N° 21.096; reforma constitucional que consagra el Derecho a la Protección de los Datos Personales, la cual modifica el N°4 del artículo 19 de la Constitución Política, incorporando un segundo párrafo al mismo texto, que quedó redactado de la siguiente manera: *Artículo 19.-*

La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

Asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.

²³ Silva Bascuñán, Alejandro. “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.124.

²⁴ www.navarro.cl/wp-content/uploads/2017/08/contraloria-decreto-espia.docx

²⁵ Senado. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletines N° 11144-07 y 11092-07, refundidos)

Esta reforma constitucional viene a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que de manera manifiesta ha reconocido la existencia de un derecho a la **autodeterminación informativa** o derecho a la intimidad, que consiste en “la facultad del individuo para determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación de los datos referentes a su persona”, según lo manifestó el Tribunal Constitucional alemán en su fallo de 1983 sobre Ley de Censo de Población)²⁶.

En relación a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional referente a la **autodeterminación informativa**, podemos mencionar, por ejemplo, sus sentencias Rol N° 1732-10 y 1800-10 (roles acumulados)²⁷ de año 2010 y Rol N° 1894 de año 2011.²⁸

En sentencia Rol N°1800-10, la discusión se centraba en determinar si las remuneraciones de ciertos gerentes de Televisión Nacional de Chile debían publicarse de acuerdo a normativa de transparencia activa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado. Los ejecutivos afectados con la normativa pretendían establecer la preeminencia de la vida privada y que esta se erige como una de las excepciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, por ser de aquellos bienes jurídicamente dignos de tutela de mayor preeminencia en el ordenamiento jurídico laboral.

La argumentación del Tribunal Constitucional (en voto de mayoría), señaló en considerando 25 “... *la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa. Consecuente con lo anterior, la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, define los datos personales como aquellos “relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” (artículo 2°, letra f), y prescribe que esos datos sólo pueden ser almacenados o difundidos previa autorización del titular de los mismos o por mandato de*

²⁶ Citado en El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia “historia”Angela Vivanco Martínez. Libertad y Desarrollo, enero 2018.

²⁷ Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti y Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia.

²⁸ Control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo 4 del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico.

la ley, la que obviamente, para ajustarse a la Constitución, tiene que tener un fin legítimo de interés público....” (Lo ennegrecido es nuestro). A continuación, señala que, “...la protección de la vida privada no es un derecho absoluto. Como se ha señalado en otras oportunidades, “los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación).” (C°. 21, STC Rol N° 1365-09”.

De acuerdo a lo señalado, el Tribunal determinó que ciertos datos que afecten entre otros el orden social o puedan afectar los intereses legítimos de la comunidad no se encontrarían protegidos o amparados, tal como se expresa en la sentencia en comento; *“Que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. Por eso la Ley de Protección de Datos Personales prescribe que éstos pueden ser recolectados, almacenados y difundidos por terceros cuando una ley lo autorice...”*

Finalmente, el Tribunal señaló que el propio artículo 21 de la Ley N° 20.285²⁹ “Sobre Acceso a la Información Pública” enumera la información que podría ser causal de configurar la excepción a la publicidad de los actos públicos por afectar los derechos de las personas, al tenor de lo establecido en el artículo 8° de la Constitución. Al respecto, el Tribunal concluyó, considerando el artículo 2, letra g) de la Ley N° 19.628³⁰, que quedan

²⁹ Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

....

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

³⁰ Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:

....

g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

bajo la excepción y especialmente protegidos, sólo, los datos sensibles que se refieren a datos personales referidos a características físicas o morales, origen racial, las ideologías o las opiniones políticas, etc, entre las cuales no se encuentra la información de carácter económico financiero; *“TRIGESIMOPRIMERO. Que el artículo 21 de la Ley N° 20.285 enumera diversas circunstancias en que se podría configurar la excepción a la publicidad de los actos públicos por afectar los derechos de las personas, al tenor de lo establecido por el artículo 8° de la Constitución, y al hacerlo distingue entre algunos que son propios de la intimidad (datos de salud y seguridad personal) y otros que pertenecen a la vida privada propiamente tal y, por último, en forma separada, se refiere a los datos de carácter comercial o económico. Consecuente con lo anterior, esa ley prescribió la publicidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos y de la plana directiva de las empresas públicas como una exigencia de la transparencia activa. **Las remuneraciones, si bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información sensible especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada amparada por el artículo 19, N° 4°, de la Constitución;**”* (Lo ennegrecido es nuestro).

La sentencia presentó un voto disidente, del ministro Carmona, el cual señalaba que la posibilidad de publicar la remuneración de los ejecutivos adolecía de inconstitucionalidad en el caso concreto, por afectar la vida privada de las personas, sustentando, en síntesis, la siguiente argumentación:

i)La norma objetada es extremadamente gravosa para los sujetos afectados ya que al ser publicada de acuerdo al artículo 4°, inciso quinto, de la Ley N° 19.628, al pasar a ser esta información pública su recopilación no requiere autorización de su titular, lo que significa sus datos relativos a la remuneración podrán ser manejados por cualquiera y circular libremente afectando el derecho a la autodeterminación informativa, pasando a llevar el adecuado respeto y protección que exige la Constitución de la República a un aspecto de la vida privada de las personas.

ii)Las remuneraciones fueron pactadas en el marco del Código del Trabajo, siendo definidas en cuanto su “monto, forma y período de pago” por un contrato de trabajo, no por

una ley. De acuerdo a la normativa laboral, (artículo 5º, Código del Trabajo)³¹ el empleador no puede pasar a llevar “la vida privada” de sus trabajadores.

iii) La transparencia es un principio del ejercicio de la función pública de carácter legal, no constitucional, lo que plantea un conflicto entre un mero principio organizativo y un derecho fundamental, por lo que el voto disidente concluye “...cabe recordar que ha sido justamente la Constitución la que resolvió ese conflicto a favor de los derechos. Según el artículo 8º, “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o éstos, cuando la publicidad afectare... los derechos de las personas”. Es decir, conforme a la Constitución, la publicidad tiene un límite en los derechos fundamentales. Por lo tanto, frente al conflicto que existe en el presente caso entre transparencia y privacidad, debe primar esta última;”

Por otra parte, en sentencia Rol N° 1894 de año 2011 el Tribunal Constitucional, a propósito de la mantención de un registro actualizado de usuarios de establecimientos comerciales cuya actividad principal sea el acceso a internet, señaló en lo principal acerca del ámbito privado de una persona, en el considerando vigésimo primero y siguiente; “...es lo cierto que éste comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados. **Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.**”

“VIGESIMOSEGUNDO: Que, naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles. **De suerte que, esto sentado, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué**

³¹ Art. 5.º El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos....

lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos...” (Lo ennegrecido es nuestro).

A continuación, en lo tocante a la carga u obligación de la mantención de dicho registro y de la entidad privada a cargo, el Tribunal en considerando vigésimo cuarto indicó; “... *Que, sin reparar que se impone un sistema de control cuyo peso recae en entidades privadas ajenas a lo policial, el proyecto, puesto a impedir que se produzcan filtraciones o se trafique con la información contenida en dichos registros ad hoc, personalísima y valiosa, establece un deber de reserva, que resulta insuficiente para resguardar el derecho de que se trata, ...*”.

Por último, y fuera del ámbito constitucional, se advirtió que este decreto sería igualmente atentatorio contra la Política Nacional de Ciberseguridad, en el sentido que en el discurso de presentación de dicha Política, la otrora Presidenta de la República, Michelle Bachelet, señaló textualmente que lo que se buscaba con ella era “*velar por los derechos de las personas en el ciberespacio. Esto significa, por un lado, proteger la vida privada de las personas y garantizar el debido respeto de su información y datos*”³².

6.- DICTAMEN CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Como se indicó al inicio de este artículo, finalmente con fecha 24 de noviembre de 2017, y para satisfacción de los actores relevantes en la discusión, la Contraloría General de la República resolvió abstenerse de dar curso al decreto N°866 “*Establece reglamento sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación y de conservación de datos comunicacionales*”.

Entre los argumentos del citado dictamen, se señala que dicho decreto no se habría ajustado a derecho, puesto que por una parte sus disposiciones buscaban regular materias propias de ley, como las relativas a la conservación de datos comunicacionales por parte de los prestadores de servicios, y las atribuciones de los jueces de garantía y el Ministerio Público, excediendo las normas del Código Procesal Penal, así como contar con una vaga redacción, con referencias poco claras como “*órganos del estado*”, “*toda otra institución*”,

³² <http://www.ciberseguridad.gob.cl/media/2017/04/abr272017arm-politica-ciberseguridad.pdf>

intervinientes”, “autoridad competente” y “autoridad”, expresiones que no se ceñirían de manera precisa a los referidos preceptos legales³³.

7.- CONCLUSION

De todo lo señalado en el presente artículo, se puede concluir que:

7.1.- Un decreto es un acto unilateral de la administración, que únicamente le faculta para complementar o determinar la forma en que se ejecutará una ley. A su vez, la ley es considerada la expresión de la voluntad soberana de la Nación, estando su proceso formación a cargo del Congreso Nacional, compuesto por autoridades que son elegidas por medio del voto universal. El pretender que un decreto pueda regular aspectos que afecten los derechos fundamentales reconocidos en la actual Constitución de la República, contraviene absolutamente lo establecido en su artículo N° 5, y el principio de reserva legal, consagrado en nuestro sistema de modo genérico en los artículos 19 numeral 26 y 63 numeral 2 de la Constitución Política de la República. Reiteramos, conforme a este principio, le corresponde a la ley regular o limitar los derechos fundamentales, de modo que únicamente es ella la habilitada competencialmente para configurar el marco de ejercicio de los derechos fundamentales.

7.2.- Cualquier restricción a la protección del hogar y las comunicaciones privadas, consagrado en el N° 5 de artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, como de cualquier otro derecho fundamental, debe ser de naturaleza absolutamente excepcional, y sujeta a los debidos resguardos con el fin de que esos derechos no sean vulnerados, considerando que, en general, la protección del hogar y las comunicaciones privadas, históricamente ha sido reconocida incluso a nivel internacional, v.gr. los artículos 11 N°2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y 17 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos vigentes en Chile desde enero de 1991 y 29 de abril de 1989, respectivamente.

7.3.- Pese a la reciente reforma constitucional de junio de 2018, que consagra el Derecho a la Protección de los Datos Personales (la cual no cabe duda que tiende a fortalecer la idea

³³ CONTRALORIA General de la República. Representa el Decreto N° 866, de 2017, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: junio 2018]. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/estado-de-tramite>

de mejorar y modernizar la legislación en esta materia), la jurisprudencia constitucional ha sido particularmente tardía en el reconocimiento de la relevancia constitucional de la protección de datos, como, asimismo, la normativa vigente desde 2009 acerca de la protección de datos personales ha demostrado su ineficacia, estando obsoleta, además de no cumplir con los estándares que mantienen los países de la OCDE. Pese a esto, el propio Tribunal Constitucional ha establecido un conjunto de estándares constitucionales, entre los cuales podemos mencionar el principio de legalidad en la protección de datos personales; fundamento en la primacía axiológica del ser humano de la protección de datos personales y el libre desarrollo de la personalidad, el principio del consentimiento para la injerencia en la esfera amparada³⁴ y el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la intimidad.

Estos principios serán los que serán discutidos en cada uno de los casos que en el futuro se puedan plantear ante el Tribunal Constitucional en la medida que algún ciudadano vea conculcado el derecho establecido en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política.

7.4.- En opinión del suscrito, el Decreto N° 866 contraviene absolutamente toda la normativa señalada en el punto 6 del presente, concordando con la abstención de la Contraloría de la República de Chile de dar curso legal a del decreto precitado.

7.5.- El presente artículo pretende, finalmente, abrir la discusión sobre el resguardo del derecho a la protección de nuestros datos personales y nuestras comunicaciones, establecidos en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución vigente, obligando a cada uno de los habitantes de este país a influir significativamente en los actuales congresistas con el fin de lograr que la actual proyecto de ley de protección de datos en discusión, cumpla con los mínimos estándares exigidos actualmente, como asimismo, a ser activos vigilantes ante cualquier intento futuro de legislación o actuación administrativa que pretenda restringir nuestros derechos.

³⁴ Revista Chilena de Derecho y Tecnología. La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Flavio Quezada Rodríguez Centro de estudios En Derecho Informático NRO. 1 (2012) • PÁGS. 125-147
<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/24027/25353/>

BIBLIOGRAFIA CITADA


- IVELIC Mancilla, Alejandro. Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. Revista Jurídica del Ministerio Público [en línea]; septiembre de 2014 n°14 [fecha de consulta: diciembre-julio 2018]. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/interceptaciones_Comunicaciones telefonicas estupefacientes AI.pdf
- CASTRO Hermosilla, Montserrat y LARRAIN Massouh, Ana María. Acceso a la información pública y autodeterminación informativa: publicidad de las remuneraciones de los altos ejecutivos de las empresas públicas. El caso de TVN. Centro de Estudios en Derecho Informático Universidad de Chile [en línea]; VOL. 1 NRO. 1 (2012) [fecha de consulta: septiembre 2018]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126722/Acceso-a-la-informacion-publica-y-autodeterminacion-informativa.pdf?sequence=1>
- NAVARRO Beltrán, Enrique; Carmona Santander, Carlos. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015) Colección conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. [en línea]; [fecha de consulta: junio-septiembre 2018]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/estudios/documentos/textos-publicados>
- QUEZADA Rodríguez, Flavio. La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. [en línea]; 2012 n°1 [fecha de consulta: diciembre-julio 2018]. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/24027/25353/>
- SILVA Bascuñán, Alejandro. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.124.

Leyes, tratados, resoluciones, jurisprudencia

- CHILE, BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Código Procesal Penal: [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: febrero 2018]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>
- CHILE, BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Constitución Política de la República: [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: julio 2018]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- CHILE, BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Decreto N°78 del año 2017 Promulga el convenio sobre la ciberdelincuencia: [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: mayo 2018]. Disponible: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1106936>
- CHILE, BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Decreto N°142 del año 2005 Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones: [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: julio 2018]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242261>
- CHILE, BIBLIOTECA del Congreso Nacional. Decreto N°342 del año 2005 Promulga la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños: [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: diciembre-julio 2018]. Disponible: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583>

- CHILE, CONTRALORIA General de la República. Representa el Decreto N° 866, de 2017, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: junio 2018]. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/estado-de-tramite>
- CHILE, CORTE Suprema. Sentencia N° 18.481-2016, sobre instalación de Globos de Televigilancia en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea. https://microjuriscl.files.wordpress.com/2016/06/mjch_mjj44143.pdf
- CHILE, MINISTERIO del Interior y Seguridad Pública, Transporte y Telecomunicaciones y de Justicia y de los Derechos Humanos. Decreto N°866. Reglamento sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación y de conservación de datos comunicacionales [en línea]; documento electrónico fuente en internet [fecha de consulta: junio 2018]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- SENADO. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletines N° 11144-07 y 11092-07, refundidos) [en línea]; documento electrónico fuente en internet <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>
- TRIBUNAL Constitucional. STC 1732-10 y 1800-10 (acumulados) Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>
- TRIBUNAL Constitucional. STC 1894/2011. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>

Notas de prensa y páginas web

- Derechos Digitales. Decreto N°866 “Establece reglamento sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación y de conservación de datos comunicacionales” <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/decreto-866-2017.pdf>
- Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, disponible en: <https://es.necessaryandproportionate.org/text>
- Los peligrosos alcances del “decreto espía” impulsado por el Ministerio del Interior Macarena García Lorca, The Clinic, 11 Septiembre, 2017 <http://www.theclinic.cl/2017/09/11/los-peligrosos-alcances-del-decreto-espia-impulsado-por-el-ministerio-del-interior/>
- Aleuy Big Brother: polémico reglamento permite la supervigilancia de las comunicaciones por Arak Herrera 21 agosto, 2017 <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/08/21/aleuy-big-brother-polemico-reglamento-permite-la-supervigilancia-de-las-comunicaciones/>
- Decreto del gobierno para guardar datos personales, es anticonstitucional”, Crónica Digital, 28 agosto, 2017 <http://www.cronicadigital.cl/2017/08/28/decreto-del-gobierno-para-guardar-datos-personales-es-anticonstitucional-alejandro-navarro/>
- Decreto 142, una discusión sobre derechos y resguardo a nuestra libertad El Acontecer, 04 Septiembre 2017 <https://www.elacontecer.cl/index.php/tech/item/2169-decreto-142-una-discusion-sobre-derechos-y-resguardo-a-nuestra-libertad>
- Investigan filtración de millones de datos del Registro Civil. Ahora Noticias, 27 de Marzo de 2014  10:22 <http://www.ahoranoticias.cl/noticias/nacional/investigacion-filtracion-de-millones-de-datos-del-registro-civil.ht>