

Alfonso Banda Vergara\*

# La vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura

## 1.- Planteamiento del problema

El ser humano, en su compleja realidad existencial, se presenta simultáneamente como un ser que busca ejercer «su libertad» para -con legítima razón- desplegar sus atributos que le otorgan su propia identidad personal, pero al mismo tiempo, en la vorágine de relaciones que lo agobian dentro de la vida cotidiana de nuestra «aldea global», ve cada vez más reducidos aquellos espacios que le permiten desarrollarse y enriquecerse como individuo mediante un repliegue introspectivo facilitado, sin duda, por ese espacio exclusivo de su «castillo personal» -otrotra más amplio- y que ahora ve invadido por multiplicidad de intromisiones surgidas del «progreso» tecnológico. Conocemos, medimos y constatamos la existencia de esa interioridad individual cuando éste ve transgredidos sus derechos en el seno de la sociedad que integra pues es allí, en sus vinculaciones con los demás cuando adquiere relevancia la intimidad de la persona.<sup>1</sup>

La interrogante que nos motiva es si aquella injerencia, cada día más acuciante en aspectos propios de la privacidad e intimidad, fundamentalmente por el enorme caudal de informaciones personales de diversa índole que se manejan hoy en día por bancos de datos públicos y privados, es en alguna medida lesiva al derecho fundamental de respeto y protección de la vida privada. En nuestra sociedad de la tecnología e informática ¿es posible controlar el caudal de información personal que circula? Y, ¿es posible regular adecuadamente el tratamiento de dichos datos de manera de circunscribir algunos aspectos de la privacidad para sustraerlos del torrente informativo?

El problema reside en que estos bienes jurídicos -patrimonio inalienable de la persona- se ven tan fuertemente atacados y violados que, incluso, corren el riesgo de que en el futuro lleguen a reducirse drásticamente e incluso a desaparecer. El ser humano se debate en un ambiente hostil en que las amenazas cualitativas y cuantitativas a su

\* Profesor de la  
Facultad de  
Ciencias  
Jurídicas y  
Sociales  
Universidad  
Austral de  
Chile

1 Luis M. Fariñas Matoni, «El Derecho a la Intimidad» Editorial Trivium S.A., Madrid, 1983, pág. 3.

intimidad son cada vez más frecuentes<sup>2</sup> y, lo complejo de la materia estriba en que, por la incommensurable variedad de ataques, resulta muy complicada su regulación jurídica, por cuanto la aparición cotidiana de nuevas formas de intromisión ideadas al amparo de una tecnología en constante renovación, traen por consecuencia que la normativa existente prontamente queda obsoleta y pierde rápidamente eficacia la protección que pretende otorgar.<sup>3</sup>

Sin duda que en una sociedad altamente tecnologizada como la nuestra las injerencias de todo tipo en la esfera de la intimidad provenientes especialmente del uso de las herramientas que provee la informática y la multiplicidad de informaciones privadas que circulan y la creciente recopilación y almacenamiento de datos personales de la más diversa índole, han traído como consecuencia un cambio substancial en valores como la intimidad y la vida privada. Por ello, fuera de indagar en la significación que este derecho tiene y ha tenido en épocas pasadas, interesa precisar su verdadero alcance en el presente, considerando la normativa vigente, de reciente data, y que constituye un intento de regulación de los límites hasta dónde a terceros les es permitido adentrarse legítimamente<sup>4</sup> a través del manejo de datos e informaciones personales<sup>5</sup>, conocer y divulgar aspectos de la vida del titular de esta prerrogativa que antiguamente escapaban al conocimiento público.

¿Hay un interés social involucrado que exige conocer aspectos personales y manejar la información pertinente proporcionándola legítimamente a quienes la requieren, y sin afectar con ello el ámbito de lo privado? ¿Está adecuadamente protegido el titular del

2. Inútil y casi imposible estimamos sería intentar una enumeración de los medios utilizados en el presente para atentar contra la intimidad o vida privada de las personas, pues allí radica la enorme complejidad de su regulación jurídica de manera que ésta abarque todas las hipótesis de violación de este derecho; sin perjuicio de la referida dificultad señalaremos entre estos múltiples medios utilizados, los siguientes: violaciones de domicilio; registros de éstos por la policía con o sin orden; interceptación de correspondencia; captación de mensajes telefónicos o telegráficos; utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o sistemas de escucha; grabaciones sonoras o toma de películas o fotos sin consentimiento, desde luego; acoso periodístico o de encuestadores diversos; actuaciones o investigaciones policiales con o sin orden competente; acción de investigadores privados, agencias de información, oficiales o no; recopilación de datos diversos para múltiples gestiones para ser utilizados posteriormente sin conocimiento del afectado, como ser por ejemplo: datos sobre salud, tomas de muestras de sangre, orina u otros, datos sobre situación patrimonial o comercial de una persona, datos solicitados en declaraciones tributarias, para obtención de créditos, tarjetas y muchas otras gestiones similares, datos solicitados para incorporarse a determinados trabajos o cargos; la actividad periodística en general a través de los diversos medios de comunicación social; la utilización por empresas privadas o autoridades públicas de ordenadores electrónicos para la recopilación, manejo y transmisión de datos personales de la más diversa índole, etcétera.

3. Luis M. Fariñas Matoni, ob. cit., pág. 4 y siguientes.

4. Importante en este sentido es que se tenga presente lo establecido en nuestra Constitución Política de 1980, art. 19 N° 26 que estatuye, como derecho constitucionalmente asegurado, que la actividad del legislador al regiar o complementar las garantías constitucionales o al fijar límites cuando así lo permite la Carta «no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.»

5. Con fecha 28 de agosto de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.628 de «Protección de datos de carácter personal» la cual conforme a sus propias normas entró en vigencia en el mes de octubre, esto es, sesenta días después de la referida publicación. Esta ley ha venido a regular aspectos que dicen directa relación con los derechos a la vida privada e intimidad que se encuentran garantizados constitucionalmente en los números 4 y 5 de la carta de 1980, aun cuando si examinamos la normativa legal dictada, no se hace explícita alusión a ello.

derecho de manera de impedir intromisiones no deseadas o una indebida utilización de la información obtenida?

El problema es complejo en la medida que se han ideado infinitas maneras para atentar en contra de la «privacidad» utilizando los instrumentos o adelantos tecnológicos que permiten impunemente -por lo general- entrometerse en la esfera de lo íntimo o personal. Además esa complejidad está dada por tratarse en realidad de un derecho multifacético en que lo tutelado puede ser, tanto aquella parte de la vida que su titular no desea que sea conocida por terceros sin su asentimiento, como, igualmente algunos rasgos determinados de la individualidad personal, como lo son el nombre, el honor o la imagen de cada individuo. O quizás, según algunos esta multiplicidad de medios para traspasar las barreras de la intimidad se trataría, más bien, no de un derecho único sino que de una pluralidad de ellos o una diversidad multifacética de situaciones atentatorias que podrían alcanzar la categoría de derechos.<sup>6</sup>

## 2.- Una primera aproximación al concepto de privacidad e intimidad

Se hace imprescindible abordar un concepto de la intimidad o privacidad del individuo, pues en la época actual - dados los problemas que agobian a este respecto al ser humano - enfrentamos la necesidad de una adecuada regulación y protección jurídica de dichos derechos.<sup>7</sup> Tal como señala FARIÑAS, la intimidad es algo útil para el hombre y de la toma de conciencia en el seno de la comunidad de esa utilidad, surge el deseo de una regulación y protección de ese interés, pues la intimidad le sirve al individuo para conocerse, autoanalizarse, afirmarse ante los demás, distinguirse de ellos, caracterizarse.<sup>8</sup>

Primeramente cabe una delimitación entre lo que entendemos por vida privada y la intimidad, pues la primera estaría constituida por una esfera reducida y delimitable, a diferencia de la vida pública, e integrada por todo lo que queda fuera de aquella.<sup>9</sup> Dentro de tal interioridad de la vida privada personal hay otra esfera de más pequeño radio, cuyo centro coincide con el núcleo de la personalidad, que es la intimidad.<sup>10</sup>

6 Pérez Luño, Antonio Enrique, «Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1995, página 328.

7 No es el propósito llegar a una definición de lo que debe entenderse por vida privada o privacidad e intimidad, sino que pretendemos que se delimite el derecho y de tal forma proteger su «contenido esencial» de manera que éste no se vea afectado por las múltiples argucias ideadas y por el notable auge de la informática que permiten intromisiones no deseadas en el círculo de lo privado o íntimo y reunir, almacenar o distribuir toda clase de datos personales, y manejarlos haciendo cada vez más difícil su control.

8 Luis M. Fariñas Matoni, ob. cit., pág. 301.

9 José María Desantes Guantier, «El derecho fundamental a la intimidad», en Estudios Públicos, N° 46, del Centro de Estudios Públicos, 1992, pág. 270.

10 José María Desantes G., ob. cit. pág. 270.

La doctrina plantea, pues, algunas disquisiciones conceptuales referentes a lo que se tutela en este caso, si es la intimidad, la vida privada, en sentido más amplio aún, o la dignidad de la persona. Para algunos aunque se trata de términos que no difieren grandemente en su significado, establecen entre ellos una relación de género a especie en que la vida privada abarca una serie de facetas de la personalidad que en conjunto caracterizan al individuo y quien tiene el derecho a mantenerlas reservadas del conocimiento ajeno; en cambio, la intimidad es un círculo más estrecho, comprensivo de algunos de estos aspectos como la vida sentimental, sexual, lo vinculado a su salud, ideas políticas, religiosas, o filosóficas, lo atinente a su correspondencia, comunicaciones telefónicas y papeles privados.<sup>11</sup> Se trata, sin duda de conceptos que están estrechamente vinculados con la libertad individual, puesto que ésta no podría ejercerse plenamente si no existiera una zona totalmente ajena a las interferencias extrañas-libertad o derecho de autodeterminación personal-, aquella parte que entendemos comprensiva del derecho de toda persona «a ser dejado solo», aquel derecho fundamental de toda persona a la soledad.<sup>12</sup>

Si analizamos la cuestión desde el punto de vista de la información, debemos concluir que a diferencia de la vida pública, en que todo lo que a ella concierne, en cuanto vida pública, puede y debe ser objeto de mensajes informativos,<sup>13</sup> en cambio la intromisión en la vida privada sólo excepcionalmente será permisible si la ley así lo posibilita en aquellos supuestos en que se legitima dicha injerencia, quedando fuera de la publicidad, como regla general todos los demás aspectos de la vida privada. La esfera de lo íntimo está absolutamente vedada a la información y su contenido no podrá jamás trascender a la publicidad. El núcleo del problema parece consistir, en consecuencia, en encontrar la delimitación de lo que es la intimidad para dejarla sustraída absolutamente del conocimiento público, y separarla de lo que configura la vida privada, a cuyo respecto la ley determinará los supuestos que permitan una legítima intromi-

11 Para Enrique Evans de la Cuadra, el concepto de «*vida privada*» se encuentra directamente vinculado a la «*intimidad*», a ese ámbito en que el ser humano y los seres de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello *sin la intervención o presencia de terceros* (cursiva agregada). Cfr. Enrique Evans de la Cuadra, «*Los Derechos Constitucionales*», Tomo I, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 213.

12 Esto adquiere alguna relevancia, sin duda, en la medida que al otorgar protección al derecho se establezcan algunas diferencias en la definición de su contenido esencial.

13 En este sentido se ha sostenido que la persona en su actividad o círculo privado tiene derecho a que su intimidad le sea protegida y respetada, pero si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos, éstos tienen el derecho a conocer datos de su círculo íntimo, datos que sean verdaderos; si son falsos, la persona tendrá la protección de su derecho al honor; pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina, es decir, disminuye, en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. (Xavier O'Callaghan Muñoz, «*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*», Cuarta conferencia, en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 577).

sión.<sup>14</sup> Pero debe recalarse en esta búsqueda de un concepto que lo que no puede variar es el alcance del derecho, sino que el concepto o idea que se tenga de privacidad o intimidad, ya que el círculo de lo íntimo varía según la persona, en razón fundamentalmente de su cargo o actividad que despliega en la sociedad.<sup>15</sup>

Hechas estas aclaraciones preliminares y, con el propósito de aproximarnos a un concepto actualizado de vida privada e intimidad, debemos igualmente tener presente el alcance que ha tenido a través de su evolución histórica considerando que en su más moderna regulación por los diversos ordenamientos jurídicos, se le reconoce una novedosa significación social o colectiva, perdiendo poco a poco su impronta netamente individualista característica que lo identificaba en una sociedad como aquella coetánea a la declaración de derechos nacida de la revolución burguesa. En efecto, según apunta acertadamente FARIÑAS, el nivel de civilización actualmente alcanzado por el ser humano trae como consecuencia inevitable la enorme ampliación de la dimensión social del sujeto, donde la soledad o «derecho a la soledad» se ha ido convirtiendo en un bien cada vez más difícilmente alcanzable.<sup>16</sup>

En esta primera aproximación diremos que la «vida privada» o, usando un anglicismo, la «privacidad», o «intimidad» de las personas la entendemos como una prerrogativa del individuo para sustraer de toda injerencia extraña un círculo de asuntos, hechos o actuaciones que le conciernen y que no desea que sean conocidos por terceros a menos que él mismo, como titular del derecho, así lo permita.<sup>17</sup> La cuestión fundamental -si pretendemos delimitar el derecho- estriba no tanto en determinar con meridiana precisión su exacto contenido, sino más bien, y para los efectos de dilucidar su alcance, será imperativo indagar hasta qué punto las intromisiones externas están jurídicamente legitimadas. Es decir, para definirlo y determinar su esencia, nos vemos necesariamente compelidos a delimitarlo.

Pareciera darse una generalizada concordancia en punto a reconocer a todas las personas este derecho a la vida privada o intimidad -*right to privacy* para los anglosajones- como uno de los derechos fundamentales asentado axiológicamente en la dignidad de

14 Según García Morente (citado por José M. Desantes, ob. cit., págs. 273 y 274), la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices oscilando entre el polo de la absoluta publicidad, cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social, y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica y que el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas, pero a medida que los planos van acercándose al vértice y alejándose de la publicidad van reduciéndose en su extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso. Esta cúspide es la intimidad.

15 Xavier O'Callaghan M., ob. cit., pág. 577.

16 Luis María Fariñas Matoni, ob. cit., pág. 297.

17 A pesar de que Fariñas estima una empresa con muchas dificultades la de encontrar una definición de la *intimidad*, propone tres en sus conclusiones (en ob. cit., pág. 357) de las que citaremos la siguiente: «Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimida erga omnes, consistente en poder graduar el eje «mismidad-alteridad» que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada.»

la persona humana. Es sin duda un atributo personalísimo que se desprende de la necesidad de resguardo de esos valores esenciales del ser humano cuya sola vulneración destruye en su médula la dignidad, la libertad y la personalidad del sujeto, sea éste un particular, su familia, o la autoridad.<sup>18</sup> Pero, para los propósitos de este estudio importa precisar dónde se sitúa el lindero de lo amparado y lo que no lo está respecto a este derecho fundamental, es decir, cuál es el campo de las injerencias legítimas por parte de la autoridad, de las empresas informáticas, de los medios de comunicación social o de los particulares sin vulnerar el derecho en su contenido esencial. Sin duda que los mayores problemas los acarrea aquellas intromisiones realizadas utilizando los «adelantos» tecnológicos alcanzados en nuestra actual sociedad informática.

### 3.- Un breve enfoque histórico

Un análisis del concepto desde un punto de vista histórico nos conduce a identificar las primeras manifestaciones de la intimidad o privacidad, como un concepto cuya aparición se halla ligada estrechamente al nacimiento de la burguesía,<sup>19</sup> vinculado en un principio a la idea de considerarlo como una extensión de la tutela al derecho de propiedad. Así, en la época medieval el «aislamiento» aparece como un «privilegio de unos pocos»<sup>20</sup> desde el momento que la mayoría vivía inserta en una comunidad que por condiciones sociales de su existencia, difícilmente les permitía aspirar a un mínimo grado de privacidad. Por ello, en esta etapa se traza una marcada conexión entre *privacy* y propiedad, al punto que esta última surge como la condición necesaria para acceder a la intimidad.<sup>21</sup> En este panorama marcadamente individualista empieza a desarrollarse el concepto de intimidad al constituirse en la aspiración de la burguesía de acceder al privilegio de los altos estratos sociales, por lo que el nacimiento de la

18 José Luis Cea Egaña, informe en derecho «Procedencia del Recurso de Protección para evitar lesiones a la Honra» evacuado con fecha 14 de mayo de 1993 en la causa sobre protección de Andrónico Luksic contra Francisco Martoreli y Jorge García Arenas.

19 Pérez Luño, Antonio Enrique, ob. cit., página 321.

20 Ello, según Pérez Luño (cifr. Ob. cit., pág. 321 y siguientes), quien explica que en la época medieval el aislamiento era privilegio de las más altas esferas de la nobleza o de quienes por libre elección o necesidad renunciaban a la vivencia comunitaria -monjes, pastores, bandidos- y la posibilidad de aislarse se va convirtiendo en un anhelo creciente a medida que se desarrollan los núcleos urbanos al aparecer algunas formas de división del trabajo marcando una diferencia entre el lugar en que se vive -la casa privada- y el establecimiento donde se trabaja, a diferencia de la prolongación del hogar que suponía el taller artesanal. Así la intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes era «privilegio de unos pocos», aspiración potenciada por las nuevas condiciones de vida y ello explica en esa época su marcado matiz individualista que se concreta en la reivindicación de algunas prerrogativas destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente, recordando los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad. Así, la propiedad aparece como condición para acceder a la intimidad. La vida privada aparece como un «derecho a la soledad» a la reserva y al aislamiento. La máxima inglesa *my home is my castle*, refleja dicho espíritu en forma elocuente. Es el hombre burgués «encastillado» en su aislamiento el prototipo del sujeto activo de este derecho. Por ello, concluye Pérez Luño, el nacimiento de la intimidad, que cronológicamente coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre, no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase.

21 Pérez Luño, Antonio Enrique, ob. cit., págs. 321 y siguientes.

intimidad coincide con la declaración revolucionaria de los derechos del hombre y del ciudadano.<sup>22</sup>

Es en el seno de la sociedad norteamericana en que surge la noción de *privacy* configurándolo como aquel derecho máspreciado del ser humano civilizado a estar solo *-the right to be let alone-* a no ser molestado, impidiendo toda intromisión en su vida privada y doméstica.<sup>23-24</sup> Se fundaba esta exigencia de respeto de la intimidad individual contra la intromisión injustificada en su privacidad, proviniera ella no tanto de la acción de otras personas, sino que principalmente se le reconocía como una prerrogativa frente a la intromisión del Gobierno en los recintos privados, cualquiera fuesen los medios utilizados. Se explicaba aquello como una exigencia emanada de la Cuarta Enmienda de la Constitución americana, en tanto en ella se garantizaba la seguridad de sus personas, sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida.<sup>25</sup>

A partir de ese momento se ha desarrollado el concepto de *privacy* equivalente a nuestra «*vida privada*» o «*intimidad*», pero en Estados Unidos, en esa época, con una característica muy marcada como un derecho ante las crecientes irrupciones periodísticas en cuestiones íntimas de las personas, ya que la prensa estaba alcanzando una relevante injerencia en la vida social. Así, este derecho, nacido como un privilegio de unos pocos, que fue ampliando su cobertura luego de la revolución burguesa, ha llegado a partir principalmente del auge de los movimientos constitucionalistas en pro de la protección y reconocimiento de los derechos humanos, desde el término de la segunda conflagración mundial, a adquirir rango constitucional, siendo incluido en la gran mayoría de los Códigos Políticos y en las declaraciones y tratados sobre derechos fundamentales.

22 Pérez Luño, ob. cit., páginas 321, 322 y 323.

23 Pérez Luño, Antonio Enrique, ob. cit., págs. 327 y ss.

24 Por su parte, Luis M. Fariñas Matoni, en ob. cit., págs. 296 a 298, difiere de la opinión de Pérez Luño en cuanto estima que si bien el aislamiento constituye una parte importante de la intimidad, no se identifica con ella, puesto que definirla como el derecho a estar solo no deja de ser una mera aproximación puesto que la intimidad tiene un contenido variable según épocas, concepciones, autores, países. Se trata de un concepto muy relativo, por lo que prefiere antes que una definición, una enumeración de los contenidos habituales, lo que siempre resultará más aproximado a la verdadera naturaleza de la intimidad que una definición, por muy genial que sea.

25 En 1890 Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis dieron a publicidad su obra *The right to privacy* en que sientan las bases de la noción sobre privacidad (*the right to be let alone*) como garantía fundamental del individuo o derecho a la soledad. Más tarde Brandeis llegó a ser nombrado como juez de la Suprema Corte y allí emitió una opinión disidente en el caso *Olmstead v. United States* en que sostuvo que los autores de la Constitución norteamericana al proclamar el derecho a la búsqueda de la felicidad por parte de los ciudadanos, desearon proteger sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sensaciones y que, al mismo tiempo, reconocieron frente al gobierno el derecho a la soledad, el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados. La protección de este derecho frente a cualquier intrusión injustificada del gobierno que traspasase la esfera de la vida privada del individuo se consideraba como una vulneración de lo establecido en la cuarta enmienda. Cfr. Antonio Enrique Pérez Luño, ob. cit., página 323.

#### 4.- Hacia una concepción actual de la intimidad o vida privada

En la actualidad el debate sobre la intimidad o *privacy* no se ubica sólo en el ámbito de una prerrogativa del ser humano que atañe sólo a él individualmente considerado, sino que estas cuestiones han perdido su carácter exclusivamente individual y privado para asumir cada vez más connotaciones públicas y colectivas en que el suministro de datos personales a la administración evidentemente afecta a las personas pero también a la sociedad, e incluso se dice que atañe a los individuos en cuanto pertenecen a un determinado grupo social.<sup>26</sup> Para precisar el concepto, se suele distinguir un *aspecto negativo* de la intimidad, en cuanto el individuo, ante los demás, se encierra en sí mismo excluyendo del conocimiento foráneo algunos aspectos personales que desea mantener ocultos, de un *aspecto positivo*, en cuanto tiene una facultad de control de los datos e informaciones relativos a su persona.<sup>27</sup> No se trata de que se haya perdido absolutamente el enfoque negativo de la intimidad, sino que, manteniéndose en forma importante tal aspecto, se une a una perspectiva de la persona no ya considerada solamente como un ser aislado sino en el contexto de la vida social. Porque allí, en sus vinculaciones sociales es que tiene sentido exigir respeto a la intimidad, carece de sentido si sólo se refiere al ser humano aisladamente considerado, y es allí, en el contexto de la vida en sociedad en que se hace necesaria la protección fundamental que exige.

El derecho en cuestión, entendido como uno de los derechos más fundamentales de la persona, rebasa los límites de las libertades individuales, «para presentarse como condición de la existencia colectiva, cuya reglamentación jurídica no puede ignorar su necesaria dimensión social».<sup>28</sup>

La dificultosa empresa de encontrar un concepto unívoco y más o menos preciso de vida privada o intimidad se estrella, con innumerables dificultades derivadas de la amplitud que, en la sociedad tecnologizada en que vivimos, han alcanzado las diversas maneras de obtener y manejar información personal. Así, más que dar un concepto se termina especificando con mayor o menor amplitud los tipos de atentados que amenazan o vulneran este derecho, pero creemos que en esta cuestión doctrinaria no debiera estar centrado el debate pues carece de sentido si no lo conducimos simultáneamente hacia la manera como hallar la fórmula para garantizar más efectivamente a la persona para que pueda defenderse ante la diversidad de ataques que recibe cotidianamente y salir victoriosa manteniendo incólume su privacidad.

La doctrina y jurisprudencia norteamericanas han aportado interesantes conclusiones en la materia, especialmente al revisar el concepto de *privacy*, adecuando su interpreta-

26 En este sentido se pronuncia Antonio Enrique Pérez Luño, en ob. cit., páginas 324 y ss.

27 Xavier O'Callaghan Muñoz, «Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas» volumen I, editado por la Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 574.

28 Antonio E. Pérez Luño, ob. cit., pág. 324.

ción a las modernas exigencias.<sup>29</sup> Se ha tratado, en definitiva, de considerar las diversas agresiones como una clasificación abierta y no restrictiva,<sup>30</sup> de manera que la noción de *privacy* integre una categoría amplia y flexible, apta para ofrecer un marco unitario para el tratamiento de una serie de problemas conexos.<sup>31</sup>

La importancia de estos estudios del *right of privacy* y su evolución está radicada en que destaca la tendencia moderna a concebir el derecho a la privacidad e intimidad no sólo desde el prisma de una facultad de corte individualista, sino que en su interpretación dinámica como un poder de control sobre el caudal de informaciones que puedan referirse a una persona determinada. Es decir, más que entender la intimidad o vida privada como la total ausencia de información acerca del titular del derecho -en sentido negativo-, debe interpretarse que la *privacy* implica el ejercicio de un control de la persona respecto del flujo de informaciones que se manejan referidas a hechos o datos de su persona, en sentido positivo.

Este es el concepto que estimamos puede considerarse más adecuado para entender la vida privada en la actual sociedad informatizada, esto es, considerado desde la doble vertiente, en que por un lado comprendemos en ella el aspecto negativo de defensa ante intrusiones externas y, por el otro, la moderna concepción dinámica de privacidad que la entiende también como una prerrogativa de control sobre las informaciones personales que circulan.

Esta moderna concepción de la intimidad ha motivado que no sólo la problemática originada por los avances de la informática y sus repercusiones en la vida cotidiana actual ha sido planteada sobre la base de este derecho, sino que igualmente lo han sido otras cuestiones vinculadas con temas bastante polémicos cuyo estudio se ha enfocado desde el punto de vista de este concepto.

## 5.- La Constitución chilena y el derecho a la vida privada e intimidad

El derecho a la protección de la vida privada e intimidad se aborda en el texto constitucional chileno -artículo 19 N° 4°- asegurándolo como un solo derecho en conjunto con la honra, en circunstancias que se trata de derechos conceptual y realmente distintos.<sup>32</sup> La mencionada norma fundamental establece como derecho asegurado a

29 En este sentido se puede verse Antonio E. Pérez L., ob. cit., especialmente págs. 327-331.

30 En este sentido PEREZ LUÑO (ob. cit., pág. 328 y 329) cita un trabajo intitulado «*Privacy*», de William L. Prosser, según el cual la jurisprudencia norteamericana englobaba, considerándolos como agresiones a la privacidad a cuatro tipos de actos ilícitos: a) la intromisión en la esfera de los asuntos privados ajenos; b) la divulgación pública de hechos embarazosos de carácter privado; c) la divulgación de hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública; d) la apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajena.

31 Antonio E. Pérez Luño, ob. cit., pág. 329.

32 José María Desantes, «El derecho fundamental a la intimidad», conferencia publicada en la Revista Estudios Públicos, del Centro de Estudios Públicos, N° 46, otoño de 1992, página 268.

todas las personas «*el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*». Enseguida, en el número 5º del mismo artículo, también es materia de reconocimiento fundamental el derecho a «*la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*».<sup>33</sup> Sin duda, que en este último caso, se trata igualmente de la protección de aspectos de la vida privada -inviolabilidad del hogar y secreto de las comunicaciones privadas- que se desglosaron del aspecto general de la protección otorgada a la intimidad en el numerando anterior. Fuera de dicha especificación, nuestro Código Político no define lo que deba entenderse por «vida privada» ni pormenoriza cuáles serían los contenidos en que pudiera desglosarse tal derecho, y en la comisión constituyente se creyó poco conveniente dar un concepto de «*vida privada*»<sup>34</sup> dejando su concreción a la jurisprudencia.<sup>35</sup> Así, en la sentencia del caso Martorell,<sup>36</sup> se la define sosteniendo que «*se viola la vida privada y origina las sanciones que establezca la ley, la intrusión indebida y maliciosa en asuntos, comunicaciones o recintos íntimos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento, se cause o no con tal motivo sufrimiento o daño al afectado*».<sup>37</sup> La importancia que ha adquirido en el presente el respeto a la intimidad de las personas, involucrando con ello el derecho a llevar una vida individual y familiar al amparo de intromisiones foráneas, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones particulares, se ha acrecentado debido también al auge inconmensurable de las comunica-

33 El Artículo 19 N° 5 de la Constitución agrega que «*el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*».

34 No obstante en la Sesión 129 de 12 de junio de 1975 de la Comisión de estudio del texto constitucional al tratar este tema, se fijaron algunas precisiones conceptuales básicas, como por ejemplo, allí el señor Jaime Guzmán manifiesta que según su opinión el concepto «intimidad» se expresa en forma más adecuada y completa en la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa. Agrega que la intimidad es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad, es algo más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión.

35 El señor Guzmán expresaba en la Sesión 129 de 12 de junio de 1975 que este derecho a la intimidad puede adquirir una importancia muy grande, pero será la jurisprudencia la que en definitiva irá calibrando o precisando a quién y hasta dónde alcanza este derecho a la privacidad, ello le parece inevitable que así sea, pues -agrega- no cree que la Constitución pueda, al tratar de los medios de comunicación, ser demasiado precisa en cuanto hasta dónde se extiende el ámbito de la privacidad porque es evidente, por ejemplo, que la persona que actúa en la vida pública deba entender, en su opinión, que cierta parte de su vida privada está puesta en tela de juicio en una mayor medida que la de una persona que jamás ha intentado actuar en la vida pública. Más adelante, el mismo señor Guzmán observa que se inclina claramente por el hecho de que el ámbito de la privacidad o vida privada quede reservado a la jurisprudencia sin necesidad de que se haga ninguna referencia al legislador, ni menos aún a la jurisprudencia, porque fluye del sentido natural y obvio del derecho que se está consagrando que no se entenderá lesionada la privacidad de una persona porque se diga, por ejemplo, que tiene tres hijos.

36 Ver sentencia en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, año 1993, segunda parte, sección 5ª, páginas 164 - 174. En el fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 7º se lee: «que entre los derechos reconocidos por la Constitución en su artículo 19, como aquellos que emanan de la naturaleza humana se encuentra el derecho a la intimidad, el cual involucra los derechos propios de la personalidad o del patrimonio moral de la persona: respeto y protección a la vida pública y privada por un lado, y a la honra de la persona y su familia por otro.» Agrega que «es menester precisar que por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento, mientras que por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aun sin su consentimiento, siempre que sean de real trascendencia.

37 Se trata de delinear los contornos de lo que se entiende por *vida privada* por la vía de definir aquello que constituye una vulneración a la misma.

ciones tanto en lo que respecta a los medios de comunicación como en vinculación con el manejo de información privada obtenida en ocasiones en forma indebida. La colisión de tales derechos con las libertades informativas constituye antecedente suficiente para justificar la preocupación del legislador en punto a regular el conocimiento y divulgación de datos de carácter personal.

Actualmente -como ya se ha expresado anteriormente-, cuando se trata de precisar los conceptos de vida privada o intimidad se distingue su faz individualista, en cuanto el ser humano se encierra en sí mismo excluyendo del conocimiento ajeno aquellos hechos o circunstancias personales que sólo develará si así lo consiente expresamente, y, por otra parte, se hace presente el aspecto de libertad positiva en que el individuo aparece dotado de una prerrogativa de control sobre los datos e informaciones de diversa índole que circulen y sean relativos a su persona.

## 6.- Regulación legal de la intimidad o privacidad

Nuestro Código Político, al referirse a estos derechos -que proclama en los números 4º y 5º del texto fundamental- no los define ni delimita en su contenido y, según dejó en claro la comisión constituyente, con relación a la privacidad, será la jurisprudencia la que fijará su alcance, sin señalar pautas al legislador para su regulación. Respecto de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada,<sup>38</sup> se remite a la ley para que establezca los casos y formas en que será permisible la intromisión en la vida privada. La ley regula aspectos vinculados a los derechos en cuestión, ya sea para fijar su alcance o para determinar los supuestos de intromisión legitimados. Existen numerosas normas legales relativas a la materia, en la Ley sobre Abusos de Publicidad<sup>39</sup>, en el Código Penal<sup>40</sup> y en otros cuerpos

38 Art. 19 N° 5.

39 La Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad contiene varias normas vinculadas con estos derechos que regulan la libertad de emitir opinión e informar consagrada en el N° 12 del art. 19 de la Carta Fundamental, sancionando los abusos o delitos que se pudieren cometer en el ejercicio de tales libertades. Así, el art. 22 sanciona la imputación de hechos determinados de la vida privada o familiar difundida a través de un medio de comunicación social sin autorización del afectado y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito; la misma norma sanciona al que grabare palabras o capture imágenes de otra persona no destinadas a la publicidad sin su anuencia y las difundiere por uno de esos medios causando las consecuencias señaladas. En el mismo art. 22 se define negativamente los hechos que se consideran relativos a la vida privada o familiar -señala cuáles no se consideran como tales- y, en todo caso establece que pertenecen siempre a la vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal o doméstica de la persona, salvo que sean constitutivos de delitos. El art. 24 prohíbe la divulgación por cualquier medio de la identidad de los menores involucrados en un delito.

40 El art. 161 A, castiga al que en recintos particulares o que no sean de libre acceso del público, sin autorización del afectado capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado, sustraiga, fotocopie o reproduzca documentos privados o capte, grabe o filme imágenes o hechos de carácter privado. El art. 161 B., sanciona al que pretenda obtener dinero o bienes mediante cualquiera de los actos anteriormente señalados.

legales,<sup>41</sup> pero para efectos del presente estudio analizaremos sólo aquella que protege los datos de carácter privado.

La mencionada Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal,<sup>42</sup> regula un aspecto del problema, en cuanto se refiere al tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares, exceptuando del que se efectúa en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que alude la Constitución en el artículo 19 N° 12.<sup>43</sup> No cabe duda que dicho cuerpo legal, regula el ejercicio de derechos vinculados con uno de los derechos fundamentales más importantes de la actual sociedad informatizada como lo es el referido al respeto y protección de la vida privada de las personas y de su familia, quedando en suspenso la posibilidad -más conveniente a nuestro parecer- de que a través de una reforma constitucional se hubiere plasmado, como lo está en otros ordenamientos fundamentales,<sup>44</sup> entre los derechos constitucionalmente proclamados para todas las personas, el derecho a la autodeterminación o libertad informática. Al mismo tiempo se percibe la conveniencia de introducir con rango constitucional el instrumento tutelar de tal prerrogativa, denominado *habeas data*.<sup>45</sup>

Para la protección de la privacidad, establece la ley que el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expre-

41 Entre otras normas legales que regulan materias referentes al derecho a la privacidad o intimidad, mencionaremos las siguientes: la Ley 19.366 sobre tráfico de estupefacientes establece casos en los cuales para la investigación de los delitos relacionados que sanciona, se permite recabar antecedentes de carácter privado y la intervención, apertura o registro de comunicaciones o documentos privados. La ley 19.233 que tipifica y sanciona algunas figuras relacionadas con la informática, penando conductas como apoderarse, usar o conocer indebidamente informaciones contenidas en un sistema de tratamiento de datos o la interfiera o acceda a él y al que maliciosamente revele o difunda datos contenidos en un sistema de información.

42 La ley lleva el N° 19.628 y fue publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999.

43 Artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 19.628.

44 El art. 18.4 de la Constitución española de 1978 establece 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» (ver al respecto: «El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España», de Francisco Fernández Segado, en Revista Ius et Praxis, Editorial Universidad de Talca, año 3 N° 1, Talca, Chile, 1997, páginas 33 y ss.) La Constitución de Brasil de 1988, art. 5 apartado LXXII dispone que «se concede *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidos en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo», (ver en este sentido: «El *Habeas data* en Brasil», en Revista Ius et Praxis, citada, págs. 71 y ss.). La Constitución de Colombia de 1991 también lo consagra en su art. 15, reconociendo que todas las personas «tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas», agregando que «en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución» (ver «El *Habeas Data* en Colombia», en Revista Ius et Praxis, citada, págs. 81 y ss.). Igualmente está consagrada esta garantía y reconocida constitucionalmente la acción de *habeas data* en las Constituciones de Paraguay de 1992 en el artículo 135; en la de Perú, de 1993 en el art. 200 N° 3; en la Carta de Argentina de 1994, en su artículo 43, inciso 3°.

45 Sobre el tema ver las conclusiones de las ponencias presentadas en el seminario «Derecho a la autodeterminación informativa y acción de *Habeas Data* en Iberoamérica», desarrollado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca en abril de 1997, publicadas en la Revista Ius et Praxis, ob. cit., año 3 N° 1, de 1997.

samente en ello.<sup>46</sup> No se requiere autorización si los datos provienen de fuentes accesibles al público, son de carácter económico, financiero, bancario o comercial o se trata de datos que realicen personas jurídicas privadas para su uso exclusivo o de sus asociados o entidades afiliadas con fines estadísticos, de tarificación u otros.<sup>47</sup> Se encuentran especialmente protegidos los datos personales denominados sensibles,<sup>48</sup> los que por regla general no pueden ser objeto de tratamiento, por cuanto se refieren a características físicas o morales de las personas o precisamente a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Además de las definiciones y derechos establecidos en la ley se estableció una acción judicial de tutela<sup>49</sup> para garantizarlos -el *habeas data*<sup>50</sup>- que procede en aquellos casos en que el responsable del registro o banco de datos no se pronuncia oportunamente sobre la solicitud del requeriente que pide información sobre sus datos personales, modificación de los que sean erróneos, equívocos o incompletos, o eliminación de los que carezcan de sentido o estén caducos, o eliminación o bloqueo de aquellos datos proporcionados voluntariamente que no desea que continúen figurando en el registro respectivo, o cuando dicho requerimiento es denegado injustificadamente.<sup>51</sup>

La regulación legal ha venido a llenar un vacío de nuestro ordenamiento jurídico en una materia de tanta trascendencia en la época actual como lo es la relativa a las bases de datos, partiendo del supuesto que el derecho a la vida privada asegurado en la Carta Fundamental comprendería lo que doctrinariamente se conoce como el «derecho a la autodeterminación informativa». Esto es, se trata de un derecho que presenta el doble enfoque ya referido, no sólo comprensivo de la faz negativa destinada a sustraer de intromisiones violatorias de la intimidad los espacios que el titular no desea que sean conocidos por terceros, sino que igualmente debemos entenderlo en su dimensión activa y dinámica consistente en la prerrogativa de conocer, acceder y por

46 Art. 4 inciso 1º de la Ley 19.628.

47 Art. 4 incisos 5º y 6º de la Ley N° 19.628.

48 En el art. 2º letra g) la Ley N° 19.628 define lo que debe entenderse por «datos sensibles» como 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..

49 La acción judicial de tutela se encuentra establecida señalando el procedimiento y recursos procedentes en contra de la sentencia, en el artículo 16 de la ley.

50 Se ha definido la acción tutelar en forma semejante a la acción que pretende defender la libertad personal, el *habeas corpus*, en que fundamentalmente se exige que, con el propósito de resolver acerca de la legalidad de un arresto se ordene traer a la presencia de la Corte al afectado, de manera que esté de «cuerpo» presente para determinar sobre dicho arresto. En el caso de los datos personales, como una aplicación de la figura del *habeas corpus* se pide que «se traigan los datos» a la presencia judicial para resolver sobre la protección que se pide de los derechos vinculados con los datos de carácter personal.

51 Los artículos 12 a 15 de la ley ya referida establecen los derechos que corresponden a los titulares de los datos personales, entendiéndose que es titular de éstos «la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal» (art. 2º letra ñ de la ley los define).

supuesto controlar el flujo de informaciones concernientes a la persona.<sup>52</sup> Este es el aspecto más importante de la privacidad en el mundo actual y permite que el individuo controle el manejo y circulación de la información que sobre su persona ha sido confiada a un tercero.<sup>53</sup>

La vida privada, en su dimensión dinámica, permite un control de la información disponible de la persona, haciendo uso ésta del derecho a la autodeterminación informativa.<sup>54</sup> El titular del mismo debe contar con los instrumentos jurídicos adecuados necesarios para ejercerlo en caso que le sea desconocido, y para ello la ley debe dotarlo de las acciones y recursos eficaces y eficientes que permitan hacer realidad el derecho ante el ataque de terceros. En consecuencia, el derecho a la autodeterminación informativa requiere de una normativa legal que regule el adecuado uso y control de las bases de datos personales y, en ese sentido, la ley N° 19.628 constituye un avance en la materia.<sup>55</sup>

## 7.- Reforma constitucional para asegurar una mejor protección de la vida privada

Atendidas las precisiones conceptuales planteadas acerca del derecho consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, cuyo contenido doctrinario no es fácilmente delimitable debido fundamentalmente al auge experimentado en nuestra época por las comunicaciones con su bagaje de «adelantos» tecnológicos, es evidente que interpretando adecuadamente el texto fundamental éste parece insuficiente. Debemos recordar que la Carta Fundamental ha constituido como de reserva legal exclusiva la

52 Tesis sostenida por el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Carlos Carmona Santander, en «Protección de datos personales. Ley N° 19.628» obtenido de Internet en Informativo Jurídico de Derecho en Línea <<http://www.derechoenlinea.cl/document/publiacac/boletin/protecci.htm>>).

53 Carlos Carmona S., ob. cit.

54 En relación con el denominado «derecho a la autodeterminación informativa», el profesor Humberto Nogueira A., sostiene que éste tiene un carácter implícito, deriva de libertades negativas constituidas por la protección del derecho a la vida privada, a la intimidad, a la propia imagen, a la honra de la persona y de su familia, que emanan de la dignidad de la personalidad, como asimismo de los valores y principios de igualdad, verdad y libertad. Su contenido comprende la facultad de la persona de disponer de la información personal privada, íntima o sensible, que debe ser protegida por el orden social y regulada por el ordenamiento jurídico, evitando las distorsiones del proceso comunicativo informático en especial. Igualmente este derecho a la autodeterminación informativa puede ser concebido -en opinión del profesor Nogueira- como la facultad de la persona concernida por los datos almacenados en un archivo base de datos público o privado, para autorizar su recolección, conservación, uso y circulación, como asimismo para conocerla, actualizarla, rectificarla o cancelarla. Es decir, es una prerrogativa del ser humano, fundada en su dignidad y libertad, para determinar por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede develar situaciones relativas a su propia vida. Se busca, mediante este derecho, resguardar a las personas frente al inmenso poder invisible cada más fuerte que opera en la penumbra constituido por los ficheros, registros y bases de datos informatizados o no, que operan como poderes fácticos dentro de la sociedad, desarrollados por el poder público o por particulares, transformándose en fuentes de poder social, de invasión de la intimidad y de control político. (Ver del profesor Humberto Nogueira «Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del *Hábeas Data...*», en Revista *Ius et Praxis*, ob. cit., páginas 265 y 266).

55 Carlos Carmona Santander, ob. cit.

regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que al desplegar el legislador su actividad normativa en punto a este objetivo, no podrá en ningún caso afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.<sup>56</sup>

Nuestro Código Político se halla claramente comprometido con valores matrices del constitucionalismo como lo es, sin duda, este derecho a que sea siempre reconocida y respetada por la ley tanto la esencia o núcleo característico de cada derecho asegurado, cuanto el libre ejercicio del mismo.<sup>57</sup> Es decir, la constitucionalidad de los preceptos de la ley sobre protección de datos de carácter personal debiera examinarse a la luz de aquellas de sus disposiciones que posibiliten la invasión de recintos que pudieren estimarse parte integrante de la vida privada de su titular, pero que atendidos los requerimientos sociales, pueden ser conocidos y divulgados asegurando en todo momento un control democrático de la información.

Sin embargo, propugnamos la tesis de que, aun cuando la referida ley constituye un avance en la protección de derechos tan sensibles y de un alto riesgo de vulneración en la actualidad, como lo son la vida privada y la intimidad del hogar y de las comunicaciones personales, se hace imprescindible la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa y de la correspondiente acción tutelar del mismo: el hábeas data. En todo caso, y para evitar que sea afectada en su esencia tal acción tutelar, no basta con que la Ley Fundamental la reconozca y asegure ampliamente a través de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, exento de formalismos, sino que es necesario e imprescindible que la Carta *expresamente* entregue la regulación de su tramitación a la ley y que ésta, al igual que la destinada a reglamentar el ejercicio del derecho, debiera ser de quórum calificado.<sup>58</sup>

La libertad informática se concibe como un nuevo derecho de autotutela de la propia identidad informática. Su función es garantizar a las personas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. La doctrina y jurisprudencia alemana han concebido dicha libertad informática como un derecho a la autodeterminación informativa que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión puede conocer informaciones que conciernen a cada sujeto.

La constitucionalización del derecho a la libertad informática se basa en la necesidad de definir con precisión el núcleo esencial del derecho protegido, garantizándolo ante cualquier limitación que los órganos estatales puedan realizar de él bajo pretexto de regularlo, ya que este contenido esencial del derecho queda garantizado constitucio-

56 Esto es, debe respetarse el «derecho a la seguridad jurídica» establecido en la llamada *supragarantía* de la seguridad jurídica de los derechos en el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta de 1980.

57 José Luis Cea E., «El Sistema Constitucional de Chile», ob. cit., página 31.

58 Se trata, no cabe duda al respecto, que nos estamos refiriendo al destino que ha tenido la acción constitucional de protección mediante su regulación no por ley sino que por autoacordados.

nalmente por la normativa del artículo 19 N° 26, sin perjuicio que el legislador complemente y regule su ejercicio.

Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, creemos que en nuestra sociedad altamente «civilizada» e informatizada, la circulación de información personal es inevitable, de tal forma que lo imperioso es que la regulación del derecho a la vida privada contemple todas las posibilidades de vulneración para que, de tal forma, en el futuro no se vea disminuido o desaparezca este esencial derecho del ser humano.

## 8.- Conclusiones

Los derechos a la vida privada y a la intimidad se sitúan actualmente entre los derechos humanos que han alcanzado mayor trascendencia, por su contenido esencial, pero al mismo tiempo por la multiplicidad de argucias creadas para vulnerarlos con la utilización de «adelantos» tecnológicos cada día más sofisticados. Intromisión que, sin duda, tiene también infinitas razones que la justificarían -de orden político, mercantil, con fines estadísticos, control de criminalidad, razones de salud pública, de seguridad nacional, etcétera-, no todas cabalmente aceptadas o aceptables y provenientes tanto de la administración estatal como de particulares. Lo anterior ha derivado en que para definirlo se dice que está constituido por una variada gama de actuaciones consideradas atentatorias del mismo, lo que conduce a conceptualizarlo negativamente.<sup>59</sup>

Este derecho ha evolucionado notablemente desde las primeras declaraciones de derechos en que se le daba un sesgo marcadamente individualista y vinculado al derecho a la propiedad, transitando por el *right of privacy* entendido con el sentido anglosajón de *derecho a estar solo*, hasta sus modernas manifestaciones en que el problema acuciante para su vigencia estriba en la aparición de un elemento nuevo constituido por el notable desarrollo de las comunicaciones. Por ello concluimos que la protección de la vida íntima de intromisiones no deseadas, se caracteriza más bien como un derecho de la persona a ejercer las prerrogativas incluidas en el llamado derecho a la autodeterminación informativa, en que su titular dispone de la información personal privada, íntima o sensible almacenada o registrada en cualquier sistema adecuado para ello y especialmente en bancos de datos públicos o privados, y tiene la facultad no sólo de conocerla sino que de requerir -utilizando la acción de *habeas data*- su rectificación, actualización o cancelación de manera de proteger aquellos aspectos de la vida privada que estima que no se deben revelar sin vulnerar el derecho.

59 Como el concepto ya analizado y que está inserto en la sentencia del caso Martorell en que para definir la vida privada se sostiene que ella es violada originando las sanciones que establece la ley mediante «la intrusión indebida y maliciosa en asuntos, comunicaciones o recintos íntimos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento, se cause o no con tal motivo sufrimiento o daño al afectado» (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, año 1993, segunda parte, sección quinta, págs. 164-174).

En síntesis, podemos decir que en nuestra época no es posible concebir la intimidad reduciendo el concepto sólo a un derecho garantista -status negativo- de defensa frente a cualquier invasión externa e indebida de la esfera de la vida privada, sin considerarla al mismo tiempo como un derecho activo de control -status positivo- sobre el flujo de informaciones de cualquier tipo que afectan a cada sujeto.<sup>60</sup>

No podemos desconocer la trascendencia que para este derecho han significado los avances tecnológicos en comunicaciones, pero esas transformaciones deben encararse de manera tal que los adelantos alcanzados por la humanidad no terminen destruyendo al ser humano.

Como corolario, propugnamos por una eficaz protección y respeto de este derecho a la vida privada e intimidad, lo cual sólo se logrará si la norma constitucional, al mismo tiempo que lo reconoce como un derecho humano fundamental, delimita adecuadamente su contenido esencial, incorporando nuevos conceptos o valores como bienes jurídicos dignos de amparo constitucional, como lo son los mencionados que se relacionan con las bases de datos y la informática. Al proclamarlo así la ley fundamental debe acotar los alcances de lo informático ubicando sus límites en un punto en que su utilización no vulnere el espacio vital del individuo, merecedor de respeto y protegido contra ataques externos. De otra forma, desprovisto de tutela constitucional, como en gran medida lo está ahora, puede, bajo pretexto de su regulación legal, violentarse su esencia e ir paulatinamente reduciendo el ámbito de lo privado hasta extremos inaceptables. Antes de definir legalmente cuáles podrían constituirse en intromisiones indeseadas que vulneran la privacidad, debe alcanzar el derecho una concreción constitucional más precisa para otorgar protección a la persona ante la amplia gama de artificios tecnológicos e informáticos que permiten desde las sombras invadir la intimidad personal. Estimamos que no es conveniente mantener la norma sin delimitar su contenido esencial -tal como lo proclamaron los constituyentes, para que sea la jurisprudencia que defina sus alcances-, pues su constitucionalización permite delimitar ese núcleo esencial de la intimidad o vida privada, de manera que éstas queden garantizadas frente a ataques que las desnaturalicen especialmente cuando ellos provengan del propio legislador, quien, al pretender regular su ejercicio, termine afectando el derecho en su esencia. Tal afectación no será posible si constitucionalmente se encuentra definido el contenido esencial, el que queda así tutelado por la garantía otorgada por el derecho a la seguridad jurídica.<sup>61</sup> El catálogo de los derechos humanos no está cerrado; por el contrario, con los avances de la ciencia y de la tecnología se abren paso nuevos derechos que necesitan de una concreción constitucional para su adecuada protección, y su constitucionalización es necesaria precisamente para garantizar su supervivencia.

60 Antonio Enrique Pérez Luño, «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución», ob. cit., pág. 330.

61 En el artículo 19 número 26 de la Carta Fundamental de 1980.

En la sociedad contemporánea es fundamental la regulación y protección de la vida privada e intimidad de las personas para evitar que, atendidas las razones dadas en el presente estudio, se llegue en un futuro no muy lejano a la desaparición de dicha prerrogativa esencial del ser humano. Uno de los aspectos relevantes de esta protección se refiere, indudablemente, a la protección de datos personales ya que con ello se tiende a garantizar el equilibrio de poderes y situaciones que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico protector de la privacidad e intimidad, regulando el uso de la informática, armonizando las exigencias de información propias de un Estado avanzado, con las garantías ciudadanas. Estas quedarán, sin duda, mejor protegidas constitucionalizando la libertad informática y el *habeas data*.

Es necesaria la existencia de un sistema de información que no tenga fundamentalmente como objetivo la vigilancia del individuo, sino más bien la posibilidad de intervenir en cualquier momento allí donde haya creación o constitución de un peligro, allí donde aparezca algo absolutamente intolerable para el poder. Hoy en día en que nuestra intimidad se ve evidentemente amenazada por innumerables peligros no sólo por otras personas, sino que igualmente por el Estado, es urgente ocuparse del problema adoptando las medidas adecuadas con el firme propósito de impedir la disminución o desaparición de este derecho esencial del ser humano. Para ello, evidentemente será necesario estudiar una concepción de la vida privada o intimidad plasmada en el texto constitucional que trate de interpretarla y proyectarla jurídicamente de la manera más flexible que le permita evolucionar y adaptarse a las circunstancias cambiantes sin alterarse su sustancialidad. La principal dificultad no está en formular una teoría más o menos acertada o brillante, sino que en conseguir que sea aplicable y predicable a la mayor parte de los casos de vulneración del derecho que pudieren presentarse en la realidad.<sup>62</sup>

62 Luis M. Fariñas Matoni, ob. cit., págs. 300 y 301.

## Bibliografía utilizada:

**Abreu Dallari, Dalmo de**, «*El hábeas data en Brasil*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 71 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**Albertí Rovira, Enoch**, «*Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos*», en Revista «Ius et Praxis», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, págs. 53 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 2000.

**Cea Egaña, José Luis**, «*Derecho constitucional a la intimidad*», en Revista Gaceta Jurídica, N° 198, año 1996, págs. 7 y ss.

**Cea Egaña, José Luis**, «*Derecho constitucional a la intimidad y a la honra*», en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, N° 5, año 1998, págs. 29 y ss.

**Cea Egaña, José Luis**, «*El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 1999.

**Cifuentes Muñoz, Eduardo**, «*El hábeas data en Colombia*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 81 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**Cumplido Cereceda, Francisco**, «*Análisis del anteproyecto de ley sobre Protección de Datos Personales elaborado por el Ministerio de Justicia (1990-1994)*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 201 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**Dalla Vía, Alberto Ricardo**, «*La libertad de expresión en la sociedad abierta*», en Revista «Ius et Praxis», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, págs. 99 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 2000.

**Dermizaky Peredo, Pablo**, «*El derecho a la intimidad*», en Revista «Ius et Praxis», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, págs. 177 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 2000.

**Desantes, José María**, «*El derecho fundamental a la intimidad*», en Revista «Estudios Públicos» editada por el centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, N° 46, otoño de 1992, págs. 267 y ss.

**Evans de la Cuadra, Enrique**, «*Los Derechos Constitucionales*», Tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

**Fariñas Matoni, Luis M.**, «*El derecho a la intimidad*», Editorial Trivium S.A., Madrid, España, 1983.

**Fernández Segado, Francisco**, «*El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 33 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**Ferreira Rubio, Delia Matilde**, «*El derecho a la intimidad*», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

**Frailé Ovejero, Fidelio**, «*El honor y la fama*», comunicación en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, págs. 641 y ss., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

**Haro, Ricardo**, «*Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Argentina*», en Revista «Ius et Praxis», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, págs. 75 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 2000.

**Meins Olivares, Eduardo**, «*Derecho a la intimidad y a la honra en Chile*», en Revista «Ius et Praxis», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 6 N° 1, págs. 303 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 2000.

**Morales Godó, Juan**, «*El right of privacy norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado*», en «*Derecho Puc*» Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1996, páginas 169 y ss.

**Nogueira Alcalá, Humberto**, «*Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del hábeas data y del proyecto en tramitación parlamentaria sobre la materia*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 265 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**O'Callaghan Muñoz, Xavier**, «*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*», Cuarta Conferencia, en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, págs. 543 y ss., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

**Osorio Iturmendi, Lucas**, «*Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión e información*», comunicación en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, págs. 659 y ss., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

**Otero Parga, Milagros**, «*Consideraciones en torno al derecho a la intimidad*», comunicación en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, págs. 691 y ss., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

**Pérez Luño, Antonio Enrique**, «*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*», quinta edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995.

**Pérez Luño, Antonio Enrique**, «*Aspectos de la tutela del derecho a la intimidad en la Jurisprudencia*», comunicación en XII Jornadas de Estudio «Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», Volumen I, págs. 709 y ss., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

**Pfeffer, Emilio**, «*Comentarios a proyectos de ley relativos a la protección de datos personales en Chile*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 315 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.

**Zúñiga Urbina, Francisco**, «*El derecho a la intimidad y sus paradigmas*», en Revista «Ius et Praxis» de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 3 N° 1, págs. 285 y ss., Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.