

## LA PROTECCION PENAL DE LA INTIMIDAD Y LA CRIMINALIDAD INFORMATICA<sup>1</sup>

RENATO JAVIER JIJENA LEIVA  
Universidad Católica de Valparaíso

### I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se sostiene que los computadores constituyen la amenaza por excelencia contra el derecho a la intimidad.<sup>2</sup> Ciertamente, la extraordinaria importancia para éste, radica en que la masificación en el uso de los ordenadores ha enfatizado un problema preexistente: El que *la acumulación de información personal en bases y bancos de datos posibilita la injerencia en la vida privada de las personas...*, por cuanto quien recopile la información obtendrá una imagen inmaterial respecto de aquel cuyos datos son recolectados.

Creemos, con Pérez Luño<sup>3</sup>, que efectivamente la informática ha ocasionado una verdadera revolución en el ámbito del registro, la organización y la utilización de las informaciones, especialmente las nominativas. La dimensión cuantitativa de las que pueden ser almacenadas y transmitidas es de tal magnitud que ha dado lugar a un cambio cualitativo, obli-

---

<sup>1</sup> Este trabajo corresponde, fundamentalmente, a las ideas contenidas en el II de los seis capítulos que comprende nuestra Tesis de Licenciatura, titulada *Chile, La Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático: ¿Un problema de tipificación?*

<sup>2</sup> FARIÑAS M., Luis María. *El Derecho a la Intimidad* (Madrid 1983), p. 28 ss.

<sup>3</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (España 1984), p. 317 ss.

gándonos a considerar el problema de las relaciones entre la intimidad y la información bajo un nuevo prisma.

Sus mecanismos de protección pueden ubicarse en tres ámbitos, o analizarse bajo la perspectiva de tres de las ramas tradicionales del derecho: Por una parte está el tema de la protección civil de la intimidad<sup>4</sup>; por otra el de la protección administrativa<sup>5</sup> y además, el de la *protección penal de la intimidad, especialmente frente al mal uso o abuso de la tecnología informática*<sup>6</sup>. El último de los señalados es el tema central de nuestro estudio y creemos que nos debe llevar, en definitiva, a sostener la necesidad de que en una sociedad tecnológicamente avanzada aquella sea implementada mediante la tipificación de delitos informáticos. Analizar las implicancias de la informática bajo el prisma del Derecho Penal es una tarea novedosa, que abordamos por considerar que ante los radicales cambios ocasionados por el desarrollo tecnológico en general y por el de la informática en particular, el delito no siempre puede ser analizado con las perspectivas tradicionales de la criminología.

Asumimos en nuestro estudio dos interrogantes formuladas hace ya algunos años, pero cuya vigencia es indiscutible<sup>7</sup>: *¿Cuál es la incidencia del*

---

<sup>4</sup> Sobre el particular, véase la memoria elaborada en 1988 por nuestra compañera de Escuela Marian ALVARADO, para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCV, titulada *La Protección Civil del Derecho a la Intimidad*.

<sup>5</sup> Al respecto formulamos algunas ideas en nuestra Tesis de Licenciatura, especialmente sobre la conveniencia de que en Chile exista una Superintendencia de Bases y Bancos de Datos y sobre la importancia de que el Ombudsman o Defensor del Pueblo vele por el tratamiento automatizado de la información nominativa.

<sup>6</sup> Sobre los problemas que ha significado el desarrollo de otro elemento tecnológico..., esto es, sobre el tema de la *Protección Penal de la Intimidad y las Escuchas Clandestinas* (captación técnica de sonidos e imágenes), véase el excelente trabajo que con este título ha publicado don Luis GONZALEZ GUITIAN, en la *Revista de Derecho Público "Comentarios a la Legislación Penal"* (1986) 7, p. 49 ss., sobre Delitos Contra el Secreto de las Comunicaciones.

<sup>7</sup> Estas interrogantes no son nuevas. En 1983 las planteó el profesor español don Javier BOIX REIG en su trabajo titulado *Consideraciones Sobre la Protección Penal de la Intimidad y del Honor e Informática*, publicado en la *Revista Informática e Diritto* (Mayo-Agosto 1983), p. 33 ss.; y prácticamente en los mismos términos las formuló el Magistrado don Abelardo RIVERA LLANO, en una Ponencia presentada al II Foro Nacional de Informática Jurídica y Gestión Judicial, realizado en Bogotá-Colombia a fines de 1983.

*Derecho Penal en la informática?; cómo debe ser la protección jurídico penal de ciertos derechos y libertades fundamentales, frente a las extralimitaciones que puede producir el mal uso de la tecnología computacional?*

La tesis sostenida es que, en el ámbito de las limitaciones a la utilización de la informática en general y de las bases y bancos de datos en particular, pueden y deben articularse normas penales o tipificarse delitos para sancionar la hipótesis en que se lesionen derechos dignos y necesitados de protección penal. La dificultad principal radicaría en concebir una figura comprensiva de todos los posibles delitos informáticos que eventualmente se cometan, problema que, en nuestra opinión, el Proyecto Chileno de Legislación Informática logra sortear al tipificar en forma amplia un delito específicamente informático<sup>8</sup>.

La trascendencia de la intimidad, en cuanto bien jurídico a tutelar, requiere de la especial protección que brinda el Derecho Penal, a la que, por cierto, debe recurrirse en última instancia. No cabe duda de que *la intimidad debe ser considerada como un interés superior penalmente protegible*, máxime, porque el derecho a no ver lesionada la privacidad mediante el uso indebido de la informática no queda garantizado conforme al ordenamiento jurídico chileno vigente.

Ante las interrogantes de si es necesaria la creación de nuevas formas penales que salgan al paso de posibles extralimitaciones en el uso de la informática, o de si estamos ante un fenómeno tecnológico que requiera la intervención del *ius puniendi* del Estado, la respuesta indudablemente debe ser afirmativa. Ocurre que la tecnología computacional, no obstante lo trascendente que ha sido y seguirá siendo para las sociedades modernas, va camino de convertirse en una variante cada vez más presente en los delitos, situación que se agrava, por cuanto los tipos penales vigentes en la actualidad no abarcan, en forma suficiente, los hechos ilícitos realizados por medio del computador o en contra de un sistema de tratamiento automatizado de información.

---

<sup>8</sup> Al análisis del título relativo a los delitos informáticos dedicamos toda la sección segunda del Capítulo V, páginas 147 ss. de nuestra memoria.

Este proyecto de ley, a partir de agosto de 1991, ha recobrado vigencia al ser sometido a trámite parlamentario en el Congreso Nacional. Una moción presentada por los diputados Hernán Bosselin y Sergio Pizarro M. (Boletín N° 458-07), lo recogió y sometió a consideración de la Cámara, buscando abrir cauce a un amplio y profundo debate que culmine en dar lugar a una nueva legislación, colocando así nuestras instituciones jurídicas a la altura de los tiempos modernos. Con inteligencia, dejaron de lado la tradicional costumbre de sólo criticar y hacer tabla rasa de lo elaborado por un gobierno anterior.

Hay que plantear la siguiente equivalencia conceptual, para el mejor desarrollo de nuestras explicaciones:

"Intimidad = datos nominativos = información personal automatizada". En nuestra Tesis de Licenciatura<sup>9</sup>, en el acápite específicamente dedicado a analizar cuáles son los diversos bienes jurídicos que eventualmente pueden, en nuestra opinión, verse afectados por la criminalidad informática, concluimos en que lo que requiere de amparo son los contenidos informativos de un sistema, la información misma, ...sin apellidos. El no calificarla inicialmente, nos permite concebirla genéricamente y proyectable a los restantes bienes jurídicos envueltos o afectados con un delito informático: Si la información fuese nominativa se atentaría contra la intimidad; de ser económica, contra la propiedad o el patrimonio; y de ser estratégica o relacionada con la seguridad o la soberanía de un Estado contra lo que hemos denominado la intimidad nacional. Incluso más, y no sabemos de alguien que comparta este desdoblamiento, nosotros creemos que la información (el conjunto organizado de datos o el soporte "lógico" informático) constituye el objeto material de los delitos informáticos, no obstante ser intangible e incorporal, con lo cual, retomando la configuración genérica que recién formulamos y para mantener la coherencia con la misma, tenemos que plantear un doble alcance para ella: Sería un bien jurídico esencial para la sociedad y, además, los datos organizados en un sistema informático o de tratamiento automatizado de los mismos, se verían afectados directa y materialmente por los ilícitos informáticos.

## II. HACIA UN ESTATUTO DE LA INTIMIDAD

Personalmente consideramos como sinónimos una serie de términos que manejan los autores: Intimidad, privacidad, *privacy*, vida privada, esfera íntima y esfera privada. Parte de la doctrina jurídica que analiza el tema distingue entre la "esfera íntima o intimidad", para aludir a aquel sector del hombre perteneciente a su ámbito interno, al que no tiene acceso el mundo y sobre el que puede disponer sin ser moleestado y la "esfera privada o vida privada", concepto más amplio que el anterior, que aludiría a aquel sector vital que se manifiesta y es accesible a cualquier persona, ya que se le considera como la proyección social del individuo. Vida privada

---

<sup>9</sup> Véase el acápite E del Capítulo III de la misma, páginas 76 ss.

sería el género que incluiría como núcleo central y más reducido a la intimidad<sup>10</sup>.

La elaboración doctrinal sobre el bien jurídico privacidad se estima una tarea singularmente dificultosa, dada la falta de una tradición cultural y jurídica en torno de aquellas (más en las culturas latinas que en las anglosajonas) y dado lo importante que es salvaguardar otros derechos igualmente valiosos como la libertad de información, que en atención a legítimos intereses de orden público emana de la sociabilidad natural del hombre.

Efectivamente los datos inherentes a una persona, que *lo individualizan frente a la sociedad*, son de propiedad pública y por ende de uso común (verbigracia, nombre, domicilio, teléfono, profesión, lugar de trabajo, estado civil, etc.), pero existen otros que *no son vinculatorios con la sociedad* y, en consecuencia, tienen el carácter de privados (enfermedades, monto de sus bienes y deudas, religión, ideología política, etc.). Estos últimos sólo debieran poder ser utilizados por organismos estatales y para fines determinados por ley. Los primeros constituyen lo que se denomina la *esfera social* de una persona y los segundos serían, a nuestro parecer, aquellos que el proyecto suizo de Ley Federal de Protección de Datos Personales denomina datos sensibles, los que configuran la denominada *esfera íntima* y son especialmente dignos de protección.

### III. IMPORTANCIA DE RESCATAR LA CONCEPCION CONTEMPORANEA

La teoría jurídica tradicional considera a la intimidad como una expresión o como una manifestación del valor de la *dignidad humana*. Analizando el significado de este planteamiento, Pérez Luño<sup>11</sup> comienza por precisar que ella consiste -negativamente- en que una persona no debe ser el objeto de ofensas o humillaciones, pero que además -en un enfoque positivo- importa el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. En la misma doctrina no se discute que la dignidad representa *el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad*, ámbito en el cual se inserta la privacidad.

En sus orígenes fue concebida como *el derecho a ser dejado solo* ("to be let alone"), "...esto es, como la garantía del individuo a la protección de

---

<sup>10</sup> ALVARADO, Marian (n. 4), p. 4.

<sup>11</sup> PEREZ LUÑO (n. 3), p. 318.

su persona y su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica"<sup>12</sup>. Cien años después de su formulación, y desde ya lo advertimos, en una sociedad informatizada esta noción es a todas luces insuficiente.

Los autores -sobre todo europeos- más modernos, ...o que en forma reciente han publicado trabajos, estudios, ponencias o comunicaciones al respecto, se perfilan por un nuevo rumbo. Atrás está quedando la concepción del derecho a la vida privada como la facultad de aislarse o permanecer ajeno a la sociedad, noción que fue formulada en una época acentuadamente individualista. En la actualidad, por muchos ha dejado de concebirse como la libertad negativa de rechazar u oponerse al manejo de información sobre sí mismo, para pasar a ser *la libertad positiva que permite supervisar el uso que de aquella se hace*.

En la misma línea de pensamiento, creemos marcada por el profesor Vittorio Frosini<sup>13</sup>, se considera que la intimidad reviste verdaderamente un valor positivo, en cuanto su contenido está integrado por facultades de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad, sobre todo de los datos personales automatizados<sup>14</sup>. Estas facultades, por ejemplo, serían los derechos de acceso, anulación, corrección y actualización ejercidos sobre la circulación de los datos.

#### IV. ¿ES NECESARIO ELABORAR UN CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD?

Las numerosas definiciones legales, así como el conjunto de decisiones jurisprudenciales que intentan tutelar este derecho, no contienen un con-

---

<sup>12</sup> PEREZ LUÑO (n. 3), p. 323.

<sup>13</sup> FROSINI, Vittorio, *La Protezione della Riservatezza nella Società Informatica*, en *Revista "Informatica e Diritto"* (Trad. M. Leiva, Enero-Abril 1981), p. 5 ss. A juicio de este autor la *privacy* se define como la *libertad que debe ser reconocida al individuo para controlar la veracidad y el uso que pueda hacerse de las informaciones que le conciernan*, concepto en el que subyace la idea de una libertad informática "positiva", para conocer, corregir o eliminar datos personales, y para nada considera una idea "negativa" de la misma, esto es, el derecho de no volver de dominio público ciertas informaciones. Califica a la privacidad absoluta como "un mito Puritano".

<sup>14</sup> MORALES PRATS, Fermín, *Privacy y Reforma Penal: La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP)*, de 1983, en *Revista Documentación Jurídica* (Enero-Diciembre 1983) 1, p. 575 ss.

cepto unívoco y preciso del mismo<sup>15</sup>. Generalmente sólo se establecen las hipótesis que constituyen atentados en su contra..., lo que Pérez Luño atribuye a la propia extensión y amplitud de las circunstancias que en una sociedad tecnológicamente avanzada pueden afectar su ejercicio.

Creemos que, llevados al campo de las delimitaciones conceptuales, es conveniente configurar la noción en comento considerándola como *una categoría amplia y flexible*, que sea "...apta para ofrecer un marco unitario para el tratamiento de una serie de problemas conexos"<sup>16</sup>, a pesar del riesgo de no ser precisos en su alcance.

Vale la pena analizar el intento que realiza el colombiano Gilberto Peña Castrillón<sup>17</sup>, para precisar el sentido y contenido del derecho a la privacidad, buscando identificar qué es lo que probablemente está en peligro con el aumento del proceso electrónico de la información y en qué medida las entidades que procesan información (financiera) personal deben tomar las precauciones necesarias para no lesionar este derecho personalísimo. Sin embargo este autor no define el derecho a la intimidad, porque considera que *hacerlo es impropio metodológicamente*, ya que sus elementos están dispersos en el entorno cultural específico en que sea formulado. Efectivamente, toda comunidad tiene un entendimiento general de lo que aquel comprende y de las formas que pueden revestir sus posibles violaciones, idea que Peña Castrillón cree que es "algo así como el derecho de que se ignore y no se divulguen ciertos aspectos de la persona".

En la misma línea de pensamiento, se ha elogiado *el acierto de que la vida privada no se defina*, evitándose así establecer un principio cerrado que el paso del tiempo podría convertir en un obstáculo ante futuros cambios<sup>18</sup>.

Frente a las tecnologías de la información y de la comunicación, *lo que se encuentra de manera general es que este derecho no se define sino*

---

15 PEREZ LUÑO (n.3), p.327.

16 PEREZ LUÑO (n.3), p. 329.

17 PEÑA CASTRILLON, Gilberto, *Informática, Derecho Bancario y Derecho a la Intimidad*; trabajo presentado al II Foro Nacional de Informática Jurídica, realizado en Bogotá-Colombia del 14 al 18 de noviembre de 1983, y publicado con el mismo título en 1984.

18 URABAYEN, Miguel, *Vida Privada e Información: Un Conflicto Permanente* (Pamplona-España 1977), p. 294 a 297.

que se declara, como lo demuestran las leyes de protección de la privacidad o leyes de protección de datos personales. Así, por ejemplo, un año después de la promulgación de la ley francesa de 1978 sobre la informática, los ficheros y las libertades, ya se reparaba en lo significativo del hecho de que este cuerpo legal -en el capítulo que tiene tareas definitorias- no aclarase la definición de *vie privée*, ...omisión que obviamente no podía ser casual<sup>19</sup>.

#### V. LA INTIMIDAD Y LA PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES O NOMINATIVOS: LEYES DE PROTECCION DE DATOS, DATA PROTECTION, DATENSCHUTZ.

El gran riesgo de la privacidad frente a la informática ya lo hemos enunciado<sup>20</sup>. El empleo de computadores permite recopilar una amplia información sobre cada persona, reuniendo un conjunto de datos que aisladamente nada dicen, pero que al ser presentados en forma sistematizada pueden dar lugar a una información que el afectado no se imagina ni le agradaría ver en poder de otros. Tengamos presente que un computador puede clasificar y relacionar rápidamente, por ejemplo, nuestros datos económicos, legales, laborales y de salud, construyendo un detallado perfil de cada individuo.

Precisamente, peligra la intimidad cuando se relacionan entre sí archivos nominativos. No obstante y si tenemos presente que en una sociedad moderna se hace imposible prescindir de los medios informáticos, sólo nos queda intentar desarrollar la más acabada protección legal posible. Por lo dicho, se alcanza a entender la necesidad y la importancia de una *legislación protectora de datos nominativos*, la que ha sido considerada como la respuesta más adecuada para proteger el derecho a la intimidad y que es contemplada por el profesor Catalá como un verdadero "islotte de regulación" de la información en cuanto bien jurídico<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> El alcance es formulado por Pierre A. WEILL, en su trabajo titulado *Etat de la Législation et Tendances de la Jurisprudence relatives à la Protection des Données Personnelles en Droit Pénal Français*, publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé* (Julio-Septiembre 1987), p. 655 ss.

<sup>20</sup> JUENA LEIVA, Renato, *Bases de una Legislación Informática y Delito Informático*, en *Revista "Polémica"*, del Centro de Alumnos de la Escuela de Derecho de la UCV. 1 (Agosto de 1987), p. 17 a 20.

<sup>21</sup> CATALA, Pierre, *La Propiedad Intelectual de los Bancos de Datos sobre sus pro-*

Estos cuerpos normativos constituyen, básicamente, la reglamentación de la búsqueda, registro, almacenamiento y transmisión de informaciones personales. En ellos se busca consagrar facultades que permitan el control de la información personal por parte de los interesados o titulares de la misma. Estas leyes se generan ante la necesidad de nuevas reglas que equilibren los intereses jurídicos en juego o, para ser precisos, en conflicto. Estos son, el derecho a *controlar la propia información* (para proteger, supervisando, los datos que a una persona le conciernan y el uso que de ellos se haga) y el principio de la *libertad de dar y de recibir información* (en especial si está involucrado el interés social), el que actualmente está sobredimensionado en virtud de la tecnología informática.

Todos los cuerpos legales reconocen una serie de derechos instrumentales, tendiente, como ya dijimos, a controlar el uso de la información. El más relevante -y del cual se derivan los restantes- es el *derecho de acceso*: El que posee toda persona sujeto de información para conocer los datos que en relación a ella se tienen registrados. Por su similitud con la garantía del *habeas corpus*..., suele denominársele *habeas data* o *habeas scriptum*. En definitiva, es el derecho a la intimidad el que ha pasado a convertirse en un nuevo *habeas* de las personas, garantizador de otras libertades en la sociedad informática de nuestros días<sup>22</sup>, ya que son los aspectos informáticos del bien jurídico intimidad los que configuran esta nueva garantía, de la cual emanan facultades de control sobre los datos personales automatizados.

La verdad, es que se está produciendo un cambio de mentalidad. Siguiendo al maestro Vittorio Frosini, citado por Correa para fundamentar estas nuevas facultades que deben poseer las personas en una sociedad informatizada<sup>23</sup>, recordemos lo ya dicho por nosotros, en el sentido de que la idea del derecho a la vida privada como la facultad de ser dejado a solas corresponde a una época acentuadamente individualista. En la actualidad, ha dejado de concebirse como la libertad negativa de rechazar u oponerse al uso de información sobre sí mismo, para pasar a ser la libertad positiva de supervisar o controlar el uso de la información. Los derechos instrumentales consagrados por la generalidad de las denominadas

---

*prios Datos*; Ponencia presentada al Seminario Banco de Datos y Propiedad Intelectual, organizado por el Instituto Profesional de Santiago los días 24 y 25 de septiembre, de 1987. Fue publicada en la *Revista Trilogía Ciencia Técnica Espíritu*, del mismo instituto organizador, N° 13 (Diciembre-1987) 7, p. 43 a 55.

<sup>22</sup> CORREA, CARLOS y otros. *Derecho Informático* (B. Aires 1987), p. 241.

<sup>23</sup> id. (n. 22).

leyes protectoras de datos personales son, precisamente, una derivación de la concepción contemporánea de la intimidad.

## VI. BANCOS DE DATOS NOMINATIVOS EN PODER DE ORGANOS ESTATALES.

El tantas veces citado profesor Pérez Luño<sup>24</sup>, declara su interés en insistir en el hecho de que "las cuestiones sobre las que gravita la disciplina jurídica de la intimidad han perdido su exclusivo carácter individual y privado, para asumir progresivamente una significación pública y colectiva. *El problema del suministro de datos personales a la administración* es evidente que atañe a los individuos, pero también a toda la sociedad..."

Ocorre, que no obstante requerir la complejidad funcional de los estados modernos una adecuada información para el cumplimiento de sus fines, *el manejo computacional de la misma por parte del ejecutivo significa una gran fuente de poder*, que mal usado puede afectar el normal desarrollo de un Estado democrático. En idéntico sentido -de no alterarse el Estado de Derecho- Boix Reig sostiene<sup>25</sup> que el uso indebido de la informática debe prohibirse no sólo al particular sino y fundamentalmente a los poderes públicos. Ni siquiera la vulneración de la intimidad por parte de éstos podría basarse en la defensa del propio sistema democrático, salvo la necesaria intervención judicial en los casos que las leyes autoricen. Cinco años más tarde, el mismo autor<sup>26</sup> concluirá en que la ausencia de control y protección jurídica de los ciudadanos respecto del Estado, en el campo del uso informático del tratamiento de datos personales, permite a su vez un control total tanto ideológico como político, de aquellos por parte de éste, situación que evidentemente hace peligrar el sistema de las libertades y garantías fundamentales.

El Estado tiene derecho a tener, poseer, tratar o manejar la generalidad de la información acerca de sus nacionales (con excepción de aquellos datos sensibles o impedidos de tratamiento, como los que indican el origen racial, las opiniones políticas o religiosas o los que se relacionan con

---

<sup>24</sup> PEREZ LUÑO (n.3), p. 324.

<sup>25</sup> BOIX REIG (n.7), p. 35.

<sup>26</sup> BOIX REIG, Javier, *Protección Jurídico Penal de la Intimidad e Informática*, Ponencia presentada a las Jornadas de Estudio sobre Nuevas Formas de Delincuencia organizadas por el Centro de Estudios Judiciales de España, y realizadas en Madrid del 28 al 30 de noviembre de 1988.

la vida sexual), ya que sólo así se podrán cumplir los fines promocionales y asistenciales propios del Estado de derecho. Pero esta facultad no puede revertirse contra los ciudadanos, menoscabando sus libertades.

## VII. TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD, EN ESPECIAL FRENTE AL ABUSO DE LA INFORMÁTICA

En general, se denominan *atentados contra la vida privada* a diversos supuestos en que la intimidad puede ser lesionada o desconocida. En caso de estar tipificados penalmente por la ley constituyen delitos criminalmente sancionados. No es difícil constatar que aquellos son cuantitativamente cada vez más numerosos y cualitativamente cada vez más diversos.

En el ámbito del Derecho Penal reviste mayor importancia la construcción de una teoría jurídica de la intimidad, ya que el concepto material de todo bien jurídico tutelado desempeña el papel de límite del *ius puniendi*.

La regulación o el resguardo de la intimidad es un tema que deben asumir los penalistas, sobre todo frente a los nuevos ataques por medios informáticos, porque estamos convencidos de que la mejor y la principal respuesta es el tipo de tutela que brinda el Derecho Penal. Lo anterior es consecuencia lógica de concebirlo como el sector del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la protección de los bienes vitales y fundamentales del individuo y de la sociedad toda..., los que son elevados a la categoría de bienes jurídicos o intereses sociales más relevantes<sup>27</sup>.

Es necesario también reconocer, que *el carácter fragmentario del Derecho Penal*<sup>28</sup> *se hace especialmente patente en materia de protección de la intimidad*, por la obligada selección de conductas a tipificar, de entre la amplia variedad de acciones atentatorias contra este bien jurídico.

---

<sup>27</sup> CARCAMO, J. CARLOS. *El Descubrimiento y Revelación de Secretos en cuanto Resguardo de la Intimidad Inmaterial en el Derecho Penal español*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2 (1981) 7, p. 55. Este autor constata el fenómeno en relación a los Estados europeos.

<sup>28</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal* (Santiago-1966) 1, p. 28. El profesor Novoa alude al carácter fragmentario del Derecho Penal calificando a éste como "*un sistema discontinuo de ilícitos*", porque no se produce "un ilícito penal que sea un campo continuo comprensivo de todos los hechos punibles y susceptible de ser parcelado en los distintos delitos, sino que se presenta como un verdadero *archipiélago de hechos punibles*, constituido por multitud de islas -representativas de los hechos punibles, cada una de las cuales está separada de las otras por un espacio que corresponde a hechos no punibles".

## VIII. TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA EN LA LEGISLACION CHILENA

La referencia al ámbito constitucional, tanto chileno como extranjero, es relevante, ya que constituye el fundamento necesario y el límite obligado para el desarrollo de la legislación penal y un importante marco de referencia y orientación para las propuestas político criminales en este terreno<sup>29</sup>.

El resguardo de la vida privada se encuentra consagrado, básica y constitucionalmente en el artículo 19 N° 4, inciso primero, de la Constitución Política de 1980, en vigor desde el 11 de marzo de 1981, norma que textualmente señala: "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 4º *El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*".

La norma fundamental transcrita también alude a otros derechos de la personalidad -la honra y la propia imagen ("vida pública")-, distintos de la intimidad.

Además de consagrarse expresamente el respeto -por parte de terceros- y la protección -por el ordenamiento jurídico- de la vida privada de la persona y su familia, también aluden a la intimidad el artículo 19 N° 5, que asegura la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; el artículo 19 N° 6 que consagra las libertades religiosas y, en particular, la libertad de conciencia; el artículo 1º, al reconocer que el ser humano está dotado de una dignidad espiritual y trascendente y el artículo 5º, al señalar que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituye una limitación al ejercicio de la soberanía.

Mención aparte, porque se trata de otro derecho -de reserva o secreto-, hay que hacer del artículo 19 N° 15, norma que en su modificado inciso 5º consagra, como regla general, el que debe guardarse reserva de la nómina de los militantes de partidos políticos que el Servicio Electoral registre.

Creemos que no cabe duda respecto de la consagración de la privacidad como un derecho público subjetivo y así deberá ratificarse por vía de la interpretación judicial. Pero, no obstante declarar expresamente el artículo 20 de la Constitución la procedencia del recurso de protección en favor de quien sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho a la intimidad, lamentablemente y salvo error u omi-

---

<sup>29</sup> MORALES PRATS (n. 14), p. 580.

sión, hasta esta fecha sólo se ha entablado un recurso de protección en relación directa con el artículo 19 N° 4<sup>30</sup>.

## IX. TUTELA PENAL

El ámbito propio de la protección que el ordenamiento penal chileno dispensa al derecho a la intimidad es mínimo y frente a la informática inexistente.

La legislación penal chilena, al igual que la europea, en general se caracteriza por una falta de tradición histórica en la tutela de la privacidad. El Código Penal chileno se muestra particularmente arcaico en la protección de necesidades humanas que se han decantado con el desarrollo de la tecnología y sólo contiene manifestaciones de una protección penal muy parcial de los bienes jurídicos inmateriales.

En relación a la intimidad se amparan mediata y fundamentalmente la inviolabilidad domiciliaria y la de la correspondencia, la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos. Por la falta de precisión terminológica, tanto de la doctrina como de la legislación, no hacemos mayor cuestión, ahora, sobre la problemática de que la intimidad efectivamente es un derecho distinto del *secreto*. En el Título VII del Código Penal se sanciona el daño causado a ciertos valores espirituales o atributos inmateriales de la persona, conocidos genéricamente como *honra u honor*, al tipificarse los delitos de injuria y calumnia. Mas, como expresa el penalista argentino Soler, el concepto jurídico del honor se

---

<sup>30</sup> Hasta 1983, el profesor don Jorge LOPEZ SANTA MARIA, constataba la total falta de interposición de un recurso de esta naturaleza, en una conferencia que fue publicada bajo el título de *Consideraciones sobre el Derecho a la Privacidad o al Secreto de la Vida Privada*, en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Septiembre-Diciembre 1982) 79. Aunque *sin pronunciarse respecto del legítimo derecho que tiene todo ciudadano al resguardo de su intimidad*, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción acogió, en marzo de 1988, un recurso de protección interpuesto en contra de la empresa "Informes DICOM S.A.", resolviendo que la necesidad de expedir informes comerciales relativos al recurrente debería indicar, expresamente, que no le constaba que dicha persona fuera la misma que aquella otra que aparecía como deudor de seis letras de cambio. El considerando 6º estimó que era incuestionable que se estaba vulnerando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 4 de la C.P.E., puesto que al hacer aparecer al recurrente como una persona que no cumple sus obligaciones comerciales *afecta a la honra de éste*. Para mayores comentarios respecto del fallo en cuestión, véase el artículo de Patricio MUÑOZ N., en *Revista Vigencia* (Marzo 1990) 1, p. 21 s.

refiere a la valoración ético-social de la persona..., es decir, también se trata de un derecho de la personalidad distinto de la intimidad.

Sobre la base de la antigua e individualista concepción de la privacidad, el profesor Alfredo Etcheberry<sup>31</sup> señala como el perfeccionamiento en la protección jurídica de la libertad "ha llevado a tutelar el interés de cada persona en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de la voluntad para determinar su conducta, o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto".

Distingue nuestro destacado penalista un aspecto material de la esfera de la intimidad o reserva, el que estaría tutelado por la figura de la *violación de domicilio* y, confundiendo al secreto con la intimidad, considera un aspecto espiritual que estaría amparado por las hipótesis de *violación de secretos*.

El Código tipifica en sus artículos 144, 145, 155 y 156 el delito de *allanamiento de morada* o *violación de domicilio*, sea que lo cometan los empleados públicos abusando de sus facultades o los particulares. La *violación de la correspondencia* está sancionada en el artículo 146. El mismo Código -que rige desde 1874- consagra en forma asistemática distintas figuras de *violación de secretos* (109, 146, 224, 231, 246 y 247, 284 y 337).

En materia de *Derecho Procesal Penal* y como una forma de proteger la intimidad personal y familiar de las víctimas de ciertos delitos, los artículos 18 y 19 del Código de Procedimientos Penal establecen que el ejercicio de las acciones nacidas de aquellos sólo puede corresponder al ofendido o a su representante legal en caso de acción privada, o previa denuncia de la víctima, sus padres, abuelos o guardadores, en el caso de la acción mixta derivada de los delitos de violación y rapto.

Consignemos aquí que el legislador chileno en cierta medida (también desde la perspectiva del derecho procesal) ha abordado el problema; tengamos presente el inciso tercero del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, norma que, desde diciembre de 1989, señala que no se le dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes.

---

<sup>31</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Curso de Derecho Penal* (Santiago-1976), p. 189.

## X. MODALIDADES DE PROTECCION CONSTITUCIONAL FRENTE A LA TECNOLOGIA INFORMATICA

Algunas constituciones modernas han ido un poco más adelante para otorgar el máximo grado legal posible a la tutela de la intimidad, aludiendo directa y específicamente a la informática: De aquí que sea relevante constatar como estos cuerpos fundamentales están otorgando rango constitucional al derecho de la persona a la protección de sus datos personalizados.

### 1. *La Constitución Portuguesa de 1976*

Llama la atención, porque ha sido la primera en concebir como derecho fundamental del ciudadano la protección de la intimidad en relación con los procesos informáticos, reconociendo un control directo sobre la información que a cada persona le concierna.

Su artículo 35 tiene la virtud de que engloba en una sola norma los problemas más acuciantes que suscitan las relaciones entre intimidad e informática<sup>32</sup>. En el inciso primero se reconoce a los ciudadanos el derecho al acceso a todas las informaciones que con ellos se relacionen y estén contenidas en registros (bases y bancos de datos), de conocer el uso al que ellas son destinadas y de poder exigir su rectificación y puesta al día. El inciso segundo consigna que la informática no debe servir para el proceso de datos relativos a las convicciones políticas, a las creencias religiosas o a la vida privada, salvo lo que se refiera al tratamiento con fines estadísticos de datos no atribuibles a una persona determinada. De esta manera se le está otorgando a los datos sensibles una protección de rango constitucional.

### 2. *La Constitución Española de 1978*

El artículo 18, en su apartado número 4, alude expresamente a la tutela del derecho a la privacidad frente al uso de la informática señalando: "*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*".

Para un sector de la doctrina española, esta norma constituye una cláusula constitucional de oscura interpretación y una regulación insuficiente del problema. Se critica también su elaboración técnica y su for-

---

<sup>32</sup> PEREZ LUÑO (n.3), p. 338.

mulación literal, al punto de sostenerse que por estar la norma inserta en el ámbito de las libertades públicas (parte dogmática) y por restringirse su alcance a la órbita personal y familiar, existe o emana "...un planteamiento fragmentario e individualista de la compleja serie de cuestiones de matiz personal -y social- que hoy se debaten y suscitan en el marco de las relaciones entre intimidad e informática"<sup>33</sup>. En esta línea de argumentación, por nuestra parte ya sostuvimos que modernamente la privacidad no puede seguir siendo concebida como el mero derecho a ser dejado solo, fundamentalmente porque se hace necesario considerar y sopesar los aspectos sociales y colectivos del problema, verbigracia, las relaciones entre los particulares y la administración<sup>34</sup>.

La disposición se remite a "la ley" para delimitar su alcance y desarrollo, con lo cual se configura una disposición programática -al igual que el artículo 38 inciso 2º de la Constitución chilena de 1980, que antes de la reforma de agosto de 1989 encomendaba a una ley la determinación de los Tribunales Contencioso Administrativos-, aplazándose su necesaria reglamentación y "desconstitucionalizándose su contenido"<sup>35</sup>.

El artículo 105 bis de la Constitución, establece que la ley habrá de regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (hoy en día automatizados), salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado; a la averiguación de los delitos y a la *intimidad* de las personas.

## XI. MODALIDADES DE PROTECCION PENAL FRENTE A LA TECNOLOGIA INFORMATICA

Quisimos en nuestra tesis, antes de abordar algunas de las particularidades del delito informático, establecer sistemáticamente cuáles han sido las modalidades conocidas de protección penal. Se ha optado:

1º. Por la consagración de meras sanciones penales en leyes protectoras de datos, para el eventual incumplimiento de sus disposiciones.

---

33 Id.

34 Id.

35 La expresión es de PEREZ LUÑO (n.3), p. 341.

2º. Por la tipificación de figuras constitutivas de delitos informáticos:

a. Sea insertándolas en dichos cuerpos legales específicos (opción francesa de 1978, española de 1985 y chilena);

b. Sea reformando la legislación penal vigente. Esta modificación se ha concretado:

b.1 Introduciendo en los códigos tipos penales que definan delitos específicamente informáticos (opción de los proyectos españoles del 80 y del 83, alemana de 1986, austríaca de 1987 y francesa de 1988), o

b.2 Agravando la penalidad de los ya existentes, al estar implicados los medios informáticos.

3º. Obviamente consideramos que es insuficiente el pretender que los tipos tradicionales del Derecho Penal sean capaces de brindar la protección necesaria<sup>36</sup>. No podemos dejar de reconocer el hecho de que algunos de los delitos que contempla nuestro ordenamiento penal pueden ser perpetrados utilizándose computadores (los que pasan a ser herramientas específicas de comisión). No obstante, por la complejidad del medio informático, por las posibilidades que éste otorga para desarrollar nuevas figuras delictivas o perfeccionar las existentes, por las nuevas modalidades posibles de comisión y porque la legislación penal vigente no puede contemplar todos los posibles delitos informáticos, creemos que se hace imprescindible la tipificación de una figura específica<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Las relaciones posibles con los tipos penales tradicionales, que demuestran lo concluido por nosotros, las analizamos en el acápite H del Capítulo III de nuestra Tesis, páginas 98 ss.

<sup>37</sup> Con posterioridad a las investigaciones que originaron este trabajo, en julio de 1991, el diputado José Viera Gallo presentó una moción a la Honorable Cámara (Boletín N° 412-07) sometiendo a trámite legislativo un proyecto de ley en que, con sólo cinco artículos aislados, se pretende regular el problema de la criminalidad informática.