

**Facultad de Derecho Universidad de Chile**

**Departamento de Derecho Público**

**“DERECHO A LA PRIVACIDAD, SU CONTENIDO ESENCIAL,  
LIMITACIONES Y COLISIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES”**

**Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la  
Universidad de Chile**

**Autor**

**FABIÁN DUFFAU GARCÍA**

**Profesor guía**

**ALVARO F. TEJOS CANALES**

**Santiago de Chile, Julio de 2008**

## ÍNDICE

Portada.....	1
Indice .....	2
Introducción.....	4
Capítulo I: la sociedad informacional y la crisis de la modernidad.....	10
1.- El cambio de paradigma.....	10
2.-La sociedad red.....	12
3.- El constitucionalismo frente a la crisis de la modernidad.....	17
Capítulo II: Fundamento material de la protección al derecho a la vida privada.....	21
1.- La identidad personal.....	21
1.1.-Estigma .....	22
1.2.- La construcción de la identidad.....	27
1.3.- Diferencia e identidad.....	41
2.- Amenazas a la privacidad en la sociedad informacional.....	43
3.- Lo público y lo privado .....	46
3.1.- El sentido de lo público en la antigüedad.....	46
3.2.- Política y familia.....	48
3.3.- Lo social.....	49
3.4.- Lo público.....	50
3.5.- Lo privado.....	52
3.6.- Lo íntimo.....	54
4.-Conclusión.....	55
Capítulo III: El derecho a la Intimidad, a la Vida Privada y la Libertad Informática.....	57
1.- Historia del Derecho a la Privacidad.....	57
1.1.- Los inicios:.....	57
1.2.- Los derechos humanos.....	58
1.3.- El derecho a la vida privada propiamente tal.....	61
2.- Desde el concepto tradicional de intimidad al artículo de Brandeis y Warren.....	74
2.1.- La intimidad como derivado de la propiedad.....	74

2.2.- The Right to Privacy: el ensayo de Brandeis y Warren.....	76
3.- La vida privada.....	83
3.1.-La intimidad.....	83
3.2.- La vida privada en sentido positivo.....	92
4.-La Libertad Informática.....	95
4.1.-Los fundamentos.....	95
4.2.- La protección de datos personales y el derecho a la libertad informática.....	98
4.3.- Las concreciones del derecho a la libertad informática y el <i>Habeas Data</i> .....	102
4.4.- La autoridad de control de datos.....	103
4.5.- Limitaciones a la libertad informática.....	106
4.6.- Sanciones.....	108
Capítulo IV: Derecho a la vida privada: relaciones y conflicto con otros Derechos fundamentales.....	116
1.- Los Derechos vinculados a la vida privada.....	116
1.1.- Protección a la vida familiar: .....	117
1.2.- El Derecho a la Honra.....	119
1.3.- El derecho a la inviolabilidad del domicilio, el teléfono y la correspondencia.....	121
1.4.-El derecho a la vida sexual.....	121
1.5.- Derecho a la Imagen.....	122
2.- El derecho a la vida privada en conflicto con otros derechos fundamentales.....	124
2.1.- El conflicto de derechos fundamentales.....	124
2.2.- El derecho a la vida privada y las garantías procesales.....	125
2.3.- El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada.....	128
Conclusión:.....	134
Bibliografía:.....	142

## INTRODUCCIÓN

Prácticamente no hay Chile un lugar abierto al público, donde sus acciones no sean registradas por cámaras de seguridad. Supermercados, bancos, bares y tiendas; pero también avenidas, plazas y municipalidades, disponen de sistemas de vigilancia destinados al control de las actividades de los ciudadanos o consumidores.

Durante los últimos cuatro meses, mi hogar ha recibido aproximadamente cuarenta llamados de una compañía telefónica que intenta vender (u ofrecer) un producto que jamás hemos solicitado.

Al navegar por internet, los sitios y páginas que usted visita sirven de base para para armar un artificio conforme al cual se pueden monitorear (y suele hacerse) sus gustos y adhesiones - e inclinaciones -; saber que está buscando, cuánto tiempo pasó en determinado sitio, y a partir de todo ello configurar su perfil de consumo según los click que efectúa. Y si hace alguna compra, su dirección IP y su nombre. Todo, sin que usted ni siquiera se de cuenta. Incluso, a través del uso de *cookies*, es posible efectuar un itinerario completo de qué es lo que usted ve, hace y dice en internet.

El diez de mayo de 2008, los datos personales de seis millones de chilenos – nombre, dirección, teléfono, correo electrónico, e incluso información comercial y académica –, fueron subidos a internet. El destino de muchos de esos datos aún no se ha determinado.

Las situaciones descritas son propias de la vida diaria de un sujeto común. No de un individuo famoso, ni de un político, o un personaje de connotación pública. Son amenazas a las que la mayoría de nosotros nos enfrentamos continuamente. Sin embargo, la molestia que causan nos parece soportable, e incluso legítima. Después de todo, se encuentran justificadas, ya sea en interés del orden público, el libre desarrollo de una actividad económica, o la libertad de expresión.

Pero la molestia persiste. Porque cuando somos grabados, recibimos llamados telefónicos de desconocidos que además de conocer nuestro nombre, saben nuestro estado financiero, domicilio o cuántas veces llamamos al extranjero; o somos fotografiados sin prestar consentimiento al pasear por Huérfanos, algo nos dice que

estamos siendo vulnerados en un aspecto de nuestra personalidad. La sensación de estar siendo vigilado, incluso controlado, es desagradable y coarta nuestra libertad.

¿ En qué consiste ese malestar ?. ¿ Es lo suficientemente serio como para constituir una limitación a los intereses sociales ?. ¿ Se trata, al fin y al cabo, de un derecho fundamental, o un simple límite ?. Nuestra trabajo intenta responder a dichas preguntas.

Partimos de la premisa de que la constitución, las leyes, y en general las normas jurídicas, tienen sobre todo una dimensión funcional<sup>1</sup>: luego, no se regula para que exista una norma, sino para controlar una situación social determinada. Con esto no queremos afirmar que el derecho sea sólo un instrumento de la organización social; mas, deseamos explicitar el carácter finalista de las normas jurídicas y la relevancia de saber la causa que les da origen.

De lo anterior se trasunta un importante efecto: clarificado qué fin persigue la norma, podrá interpretársela y aplicarla haciéndola mas idónea en la faz regulatoria de la realidad. Entonces, surge el problema de cómo determinar el fin de las normas jurídicas, lo cual no es un dilema menor; de hecho, es la razón de existir de abogados y jueces. La cuestión será de mayor o menor interés, dependiendo, fundamentalmente, de la relevancia social del problema analizado, cuanto de la jerarquía normativa jurídica que lo regula (si es que existe tal norma)<sup>2</sup>. No será lo mismo analizar el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, o el artículo 1437 del Código Civil, que el artículo 1829<sup>3</sup> del mismo código.

A su vez, no existen dudas serias acerca de que el bien jurídico lesionado por las actividades anteriormente descritas y otras similares, es el derecho constitucional a la privacidad que se comprende inicialmente en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República de 1980. El objetivo principal de esta memoria, entonces, es demostrar que el derecho a la vida privada se halla provisto de un contenido autónomo, y de una configuración jurídica distinta a la de un mero límite, ya sea a la libertad de

---

<sup>1</sup> En un sentido finalista, no utilitarista

<sup>2</sup> Si es específica o general, su redacción, si tiene un sistema de *numerus clausus* o *numerus apertus*, su carácter prescriptivo o permisivo, si es de derecho público o privado, etc.

<sup>3</sup> Art. 1829 Código Civil: La venta de una vaca, yegua u otra hembra comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o que amamanta; pero no la del que puede paecer y alimentarse por sí solo.

expresión o a otros derechos o intereses sociales. Por tanto, hemos de proporcionar un concepto del derecho a la vida privada independiente de la libertad de informar.

Así, consideramos necesarios los siguientes pasos, cuyo correlato serán los respectivos capítulos de la obra.

En primer lugar, hemos de establecer el escenario en que se desenvuelve el derecho a la vida privada. La vida actual no es la misma que hace cien años atrás; tampoco la sociedad, ni los medios de los que dispone para hurgar en la vida privada de las personas. Actualmente, el mundo atraviesa por un cambio de paradigma donde la modernidad está siendo reemplazada por la posmodernidad. Sus características y rasgos distintivos serán resumidos en la primera parte del capítulo I. Por ahora, podemos adelantar que la información cumple un rol clave.

Tal como señala la máxima latina, *omnia mutantur, nos et mutamur in illis*<sup>4</sup>. La transformación de la sociedad en una distinta, tiene como primera etapa la crisis o derechamente el fracaso de sus instituciones. Y el derecho no escapa a ese proceso. Los derechos que se fundamentaban en el desarrollo de la personalidad del individuo, ideal propio de la época moderna, se encuentran en dificultades, y deben ser reformulados de tal modo que puedan seguir cumpliendo su propósito.

La cita de pie de página del artículo 1829 del Código Civil representa el desuso y la obsolescencia; dicho precepto antes fue relevante porque la situación social se la daba, se asociaba a una circunstancia vital en el entramado social, pero, ahora, ya no tanto. En sentido inverso, nuevas situaciones requieren nuevas reglas; y todo contribuye al desfase, pues parece que la regulación siempre “llega tarde”. La segunda parte del capítulo primero consistirá en presentar someramente la crisis de la modernidad en sus aspectos jurídico-constitucionales.

El segundo capítulo se torna como el esencial, ya que a su través intentaremos hallar el fundamento material del derecho a la vida privada. Si nuestro propósito, tal como lo hemos declarado, consiste en dotar de un contenido autónomo al derecho a la vida privada, entonces es fundamental entender la causa que le da origen, y determinar si es lo suficientemente poderosa como para explicar su consagración constitucional.

---

<sup>4</sup> Las cosas cambian, y nosotros cambiamos con ellas

Raz indica que la justificación de los derechos *“consiste en que éstos protegen un interés del titular del mismo”*<sup>5</sup>. Luego, lo que debemos descubrir es el interés detrás del derecho constitucional a la vida privada. En otras palabras, buscamos determinar cuál es el bien jurídico protegido por el derecho a la vida privada. Debemos indicar que el bien jurídico protegido no equivale a la ratio legis, sino a *“las circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*<sup>6</sup>.

Para ello, estudiaremos las teorías Erving Goffman acerca del desarrollo de la identidad personal. A través de este análisis pretendemos establecer que el derecho a la vida privada es un requisito para la construcción de la identidad personal, y la mejor herramienta jurídica para evitar los efectos perniciosos de la estigmatización, que también examinaremos.

Es menester indicar que el tratamiento de los estigmatizados que efectúa Goffman, y que aquí adoptamos en la medida que lo permiten nuestras capacidades, es un punto de vista científico, en el sentido de que es analíticamente neutral. El fenómeno de la estigmatización, las reacciones de los individuos y la sociedad, así como las actitudes del estigmatizado, son parte de una teoría más amplia destinada a entender la forma en que los seres humanos construyen y protegen su identidad. No es, por lo tanto, una valoración de tales comportamientos, y no debe ser entendida como tal.

Respecto de la importancia de la identidad en el mundo actual, y las nuevas formas que adquiere su defensa, examinaremos las propuestas de Castells en relación a la identidad y la sociedad informacional. Por último, respecto a este punto, diferenciaremos los ámbitos de lo público y lo privado basándonos en la obra de la socióloga y filósofa alemana Hanna Arendt.

Así, la conclusión del capítulo segundo contendrá la definición del objeto de protección del derecho a la vida privada, su relación con la sociedad informacional, y una distinción conceptual entre lo público y lo privado.

---

<sup>5</sup> RAZ, JOSEPH, *“La ética en el ámbito público”*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001, pág. 163

<sup>6</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1997

Establecidas las causas y el fundamento del derecho a la vida privada, podremos pasar a analizarlo desde el punto de vista del derecho. En efecto, el tercer capítulo consistirá en la elaboración jurídica del derecho a la vida privada.

Comenzaremos examinando la historia del derecho a la vida privada, desde sus inicios hasta sus últimas formulaciones. Añadiremos el tratamiento que se le otorga a la vida privada y su variante informacional; la libertad informática, en el derecho comparado.

Luego, y en el orden histórico antes mencionado, estudiaremos la estructura y configuración jurídica de las distintas facetas o dimensiones del derecho a la vida privada.

Desde los inicios de la modernidad, y hasta fines del siglo XIX, la vida privada no fue considerada un objeto de protección independiente de otros derechos o intereses. La protección dispensada al ámbito privado provenía principalmente del derecho de propiedad, bajo la fórmula de la inviolabilidad del hogar y la correspondencia. También recibía protección por parte del derecho de propiedad intelectual, del principio de buena fe contractual, de la legislación sobre abuso de confianza, y de la tipificación de la injuria y la calumnia. Sin embargo, todas estas formas de amparo sólo protegen a la vida privada por añadidura; su fin fundamental está en función de un bien jurídico distinto, ya sea el dominio, el honor o la buena fe.

La primera formulación del derecho a la vida privada como una categoría jurídica autónoma se produjo en 1890, a través del ensayo "*The Right to Privacy*", obra de los juristas norteamericanos Louis Brandeis y Samuel Warren. Brandeis y Warren proponen la existencia en el Common Law de un derecho general a la privacy, independiente de otros derechos.

Luego, analizaremos el derecho a la intimidad. Se trata de un derecho negativo, en el sentido de que requiere de la sociedad y el estado un deber de abstención. Ese deber consistirá en no afectar arbitraria o ilegítimamente la intimidad de las personas. Su eficacia requiere dotar al intérprete de definiciones y guías para definir la intimidad; de lo primero, nos ocupamos en el capítulo II; respecto a lo segundo, será necesario sentar los principios básicos del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada.



Es una confusión común equiparar el derecho a la intimidad con el derecho a la vida privada. Como estableceremos a lo largo de esta memoria, la vida privada tiene un contenido positivo o de participación que ha sido inconvenientemente eclipsado por la tensión intimidad-libertad de expresión. Definiremos, por tanto, el derecho a la vida privada en sentido positivo.

En la última parte del capítulo tercero, nos referiremos a la libertad informática o autodeterminación informativa, que en términos generales es la vida privada proyectada al ámbito informacional. Si bien su conceptualización es similar a la vida privada en sentido positivo, tiene una función específica que la caracteriza y distingue, al punto de ser considerada un derecho fundamental distinto. Esa función es el control de información sobre datos personales. Lo que es de ningún modo superfluo: basta recordar que hace algunas semanas, los datos personales de seis millones de chilenos fueron expuestos en Internet. De contar con una legislación adecuada, y protección constitucional a la libertad informática, ello podría haberse evitado.

El capítulo cuarto y final analizaremos dos situaciones. Por una parte, examinaremos las relaciones del derecho a la vida privada con otros derechos fundamentales a los que se encuentra emparentado, con el objeto de diferenciarlos y de este modo explicar el distinto trato que reciben. Por ejemplo, haremos la distinción entre vida privada y honor. Por otra parte, estudiaremos el conflicto del derecho a la vida privada con intereses sociales relevantes, como el debido proceso, y el derecho a la libertad de expresión.

Concluiremos nuestro análisis presentando una definición autónoma del derecho a la vida privada, e interpretando de una forma distinta a la tradicional el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República.

## Capítulo I

### LA SOCIEDAD INFORMACIONAL Y LA CRISIS DE LA MODERNIDAD

#### 1) El cambio de paradigma

Durante el período feudal surgían como inquietudes de algunos filósofos escolásticos determinar cuantos ángeles cabían en el extremo de una aguja, o cual era la ubicación exacta del intelecto humano. Inquietudes al parecer absurdas; pero que trasuntaban cuestiones apremiantes del espíritu: saber, si un ser espiritual, ya sea ángel o intelecto, individual o colectivo, ocupaba lugar en el espacio. Todo, con un sentido preciso; descubrir la existencia espacial de los seres espirituales, entre ellos el alma. Nada menor, considerando que para la filosofía medieval toda respuesta provenía de Dios, y a Dios se le conocía a través de la contemplación del alma o el ejercicio del intelecto<sup>7</sup>.

Pero hoy en día los criterios para determinar el espacio en que el ser humano existe, se representan también por una mentalidad y filosofía distintas. Tanto, que las respuestas medievales nos parecen bromas o intelectualmente deficientes.

Pues bien, ¿ es esto así ?.

Thomas Khun se hizo cargo de estas evidentes contradicciones entre una época y otra, creando la noción de paradigma. Un paradigma propone el marco de debate y solución de las investigaciones científicas. Toda investigación tiene sentido dentro de un paradigma; no puede existir afuera del mismo. De hacerlo, se convierte en anomalía, que a medida que aumentan y crean su propia lógica de investigación, devienen en una crisis del paradigma y posterior cambio del mismo. Los paradigmas son incompatibles entre sí, e inconmensurables, lo que niega cualquier posibilidad de entendimiento entre ambos.

Esta última característica ha suscitado críticas a la teoría de Khun. Las más relevantes en la filosofía de las ciencias, provienen de Karl Popper e Imre Lakatos.

---

<sup>7</sup> Según se trate de la vertiente escolástica platónica o aristotélica, respectivamente

Popper desarrolló el falsacionismo. Entiende que el status científico de una teoría cualquiera se mide por su refutabilidad o testabilidad: una teoría se falsea, cuando es incompatible con ciertos resultados de la observación, de acuerdo a los criterios de investigación de la misma teoría. Para Popper, los paradigmas son compatibles. Existe la posibilidad de entendimiento, porque no hay tal cosa como un corte epistemológico impecable entre un paradigma y otro. Lakatos añade a esta noción la de “*falsacionismo metodológico*”: una teoría no resulta falseada por una o dos anomalías, sino cuando las anomalías se convierten en la regla general. De esta forma, las teorías son mejores o peores científicamente cuando dan respuesta a una mayor o menor cantidad de interrogantes. Así, los paradigmas, que reemplaza por la noción de programa de investigación científica, son incompatibles, pero conmensurables.

Actualmente vivimos en una sociedad que algunos<sup>8</sup> ven como el origen de un nuevo paradigma. Se ha llamado a la crisis del paradigma de la modernidad, posmodernidad. Ahora bien, independientemente de si existe o no un nuevo paradigma, lo relevante es que el núcleo duro del programa de investigación científica de la modernidad ha sido sometido a duras críticas. Los valores o ideales de libertad, igualdad y fraternidad que inspiraron a los revolucionarios franceses, así como la creencia en la razón como la mejor y única forma de obtener el conocimiento, son puestos a prueba por una serie de acontecimientos que llevan a la conclusión de que el ideal moderno está sufriendo una profunda transformación. Esto no es menor: cualquiera sea el valor que protege el derecho a la privacidad, encuentra su fundamentación en el paradigma moderno. Ya sea la intimidad, la vida privada o la libertad informática, lo relevante es la conducta del individuo y la libertad que este tiene para ser dejado a solas, para ejercer el control exclusivo los ámbitos relevantes de su vida privada, o para controlar sus datos personales. Por lo tanto, si el paradigma moderno colapsa, la sociedad podría perfectamente dejar de proteger bienes que no le son relevantes<sup>9</sup>.

La noción de posmodernidad no es clara. Se trata, en efecto, del surgimiento de un nuevo paradigma, si bien sus cualidades y marcos propios aún están en desarrollo

---

<sup>8</sup> J.F. Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Minit, 1972

<sup>9</sup> A modo ejemplar, cabría mencionar la situación de los adolescentes chilenos actuales: muchos de ellos exhiben su vida privada en Internet, lo que revela una actitud ante la intimidad radicalmente distinta de generaciones anteriores.

Sus características comunes consisten en el despliegue de una serie de valores culturales distintos e incluso antagónicos a los de la modernidad. A continuación, analizaré cuáles son esos nuevos valores, en general, y luego en particular desde el punto de vista del derecho constitucional.

## 2) La sociedad red

La posmodernidad como fenómeno cultural se comienza a advertir con mayor claridad por el 1970; no habiendo todavía alguna definición consensuada de dicha categoría, por lo que se dificulta su comprensión para estudiantes de derecho y abogados, acostumbrados a trabajar con definiciones. Un autor que desarrolla con cierta lucidez las características de la posmodernidad es Manuel Castells. Con todo, Castells no habla de posmodernidad, sino de sociedad red o informacional<sup>10</sup>.

La sociedad red es consecuencia de la interrelación de tres procesos independientes; la revolución de la tecnología de la información, la transformación económica global al capitalismo informacional, y el surgimiento de nuevos movimientos o discursos sociales, como el feminismo y el ecologismo.

El primero de estos elementos requiere analizar la relación existente entre tecnología y sociedad: ¿ Está determinada la sociedad por la tecnología, o por el contrario, es la sociedad la que crea la tecnología y se sirve de ella ? . No hay duda que el determinismo tecnológico es un problema aparte, puesto que la tecnología, al fin y al cabo, surge dentro de la sociedad, y no puede entenderse sin ella. Pero asimismo, la sociedad no tiene un control exclusivo sobre el cambio tecnológico. La relación dialéctica entre ambas es resumida por Castells como sigue: *“la tecnología no determina la sociedad: la plasma. Pero la sociedad tampoco determina la tecnología: la utiliza”*<sup>11</sup>. Sin perjuicio de ello, la sociedad puede influir en el desarrollo tecnológico sobre todo a través del Estado<sup>12</sup>. Así también, las sociedades más exitosas son

---

<sup>10</sup> Sin perjuicio de ello, es el mismo fenómeno: también recibe el nombre de “aldea global” y “globalización”.

<sup>11</sup> CASTELLS, MANUEL, *“La Era de la información”* en Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red, Siglo XXI editores. México, 1999. Vol. I, pág. 31

<sup>12</sup> Tomando como ejemplo el desarrollo tecnológico de la China de la dinastía Ming, por una parte, y del estado Soviético, por otra, Castells indica que *“ el Estado puede ser, y lo ha sido en la historia, en China y otros lugares, una fuerza dirigente de la innovación tecnológica; por otra parte, precisamente debido a*

aquellas tecnológicamente más avanzadas, de tal modo que el desarrollo tecnológico, si bien no determina la sociedad, puede ser decisivo en su desempeño. Señala Castells que *“La tecnología (o su carencia) plasma la capacidad de las sociedades para transformarse, así como los usos a los que estas sociedades, siempre en un proceso conflictivo, deciden dedicar su potencial tecnológico”*<sup>13</sup>.

La revolución tecnológica actual surge en un período de crisis de la economía global, tanto del estatismo, como del capitalismo keynesiano. La tecnología de la información jugó un papel fundamental en el cambio del paradigma del capitalismo industrial; tanto así, que el nuevo capitalismo se caracteriza precisamente porque la principal fuente de riqueza proviene del manejo de la información. Consistió, precisamente, en la introducción del informacionalismo como nueva base material de la sociedad.

El informacionalismo se caracteriza porque *“la generación de riqueza, el ejercicio del poder y la creación de códigos culturales han pasado a depender de la capacidad tecnológica de las sociedades y las personas, siendo la tecnología de la información el núcleo de esa capacidad”*<sup>14</sup>.

Indisolublemente ligado con lo anterior se encuentra el surgimiento del capitalismo informacional. Históricamente, surge a finales del siglo XX, como consecuencia de la reestructuración del modo de producción capitalista.

Para entender claramente la diferencia entre el capitalismo preinformacional y el sistema actual es menester dar ciertas nociones respecto al cambio social, es decir, determinar los criterios en base a los cuales se estructura la sociedad.

De acuerdo a Castells, *“las sociedades están organizadas en torno a procesos humanos estructurados por relaciones de producción, experiencia y poder determinadas históricamente”*<sup>15</sup>. La producción es la acción humana sobre la materia, para apropiársela y transformarla en un producto, consumirlo y guardar el excedente para la inversión. La experiencia es la acción de los individuos sobre si mismos, por la

---

*ello, cuando cambia su interés por el desarrollo tecnológico, o se vuelve incapaz de llevarlo a cabo en condiciones nuevas, el modelo estatista de innovación conduce al estancamiento debido a la esterilización de la energía innovadora autónoma de la sociedad o para crear y aplicar la tecnología”* CASTELLS, op.cit., pág. 36

<sup>13</sup> CASTELLS, ibid., pag. 30

<sup>14</sup> CASTELLS, ibidem., pag. 370

<sup>15</sup> CASTELLS, ibid., pag. 40

interacción de sus identidades biológicas y culturales, entre sí, y entre ellos y el entorno. Se construye en torno a la satisfacción de necesidades. El poder, por último, es la relación entre sujetos donde se impone la voluntad de unos por sobre la de otros, a través del uso o la amenaza del uso de la fuerza, física o simbólica.

La producción es un proceso complejo, cuyo fin principal es la creación de un producto para ser aprovechado por la sociedad, como consumo y excedente. La forma en que se distribuye y controla el excedente es un modo de producción. Durante el siglo XX, existieron dos grandes modos de producción: el estatismo, y el capitalismo. En el primero, el control del excedente pertenece al Estado que busca el aumento de la capacidad militar e ideológica para lograr sus metas; siendo la principal, imponer su voluntad a los súbditos en niveles profundos. En el capitalismo, el excedente es controlado por los capitalistas, que buscan la maximización de su beneficio económico o utilidad. Ahora bien, el estatismo dejó de existir como modo de producción a finales de la década del 80, salvo excepciones<sup>16</sup>.

El capitalismo informacional se diferencia del capitalismo industrial en el *modo de desarrollo*, entendiendo por tal a los medios tecnológicos que usa el trabajo para transformar la materia y crear el producto, determinado la cantidad y valor del excedente. En el modo de desarrollo industrial la principal fuente de producción es la introducción de nuevas fuentes de energía, y la capacidad de descentralizar su uso durante la producción. En el informacionalismo, la productividad radica en la tecnología de generación del conocimiento, el proceso de información y la comunicación de símbolos. Se distingue porque es *“la acción del conocimiento sobre si mismo la principal fuente de productividad”*<sup>17</sup>. Señala entre nosotros Reusser que *“actualmente el área económica fundamental de los países desarrollados está constituida por la información, que es inmaterial e ilimitada, y los bienes y servicios relacionados directamente con ella”*<sup>18</sup>.

En las relaciones de poder, el cambio de paradigma se manifiesta por la crisis del estado-nación y la democracia política. El fracaso del modelo keynesiano, el estado

---

<sup>16</sup> Corea de Norte, Cuba. Aún existe un modelo estatista en China, pero se trata más bien de un capitalismo dirigido por el estado.

<sup>17</sup> CASTELLS, op.cit. pág. 39

<sup>18</sup> REUSSER, CARLOS, *¿Qué es la sociedad de la información?* Revista Chilena de Derecho Informático, LOM ediciones, 2002 pág. 143

de bienestar y sus promesas incumplidas pone en duda la autoridad y legitimidad del estado mismo. El poder se desenvuelve principalmente a través de los medios de comunicación de masas, desplazándose desde el estado y la política tradicional a un poder inmaterial; la posibilidad de imponer la voluntad radica en *“la posibilidad de encuadrar la experiencia vital en categorías que predispongan a una conducta determinada y puedan presentarse e favor de un liderazgo determinado”*. Así, gran parte de las personas no elige a sus líderes por las ideas que representan, sino por su actitud ante un problema determinado y aceptado por la sociedad como relevante; por ejemplo, la delincuencia, el conflicto ambiental, la inmigración, y otros.

Por todo, Castells indica que *“el poder, como capacidad de imponer la conducta, radica en las redes de intercambio de información y manipulación de símbolos, que relacionan a los actores sociales a través de íconos, portavoces y amplificadores intelectuales”*<sup>19</sup>. Pérez Luño añade que *“en la sociedades informatizadas del presente el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin recurrir a medios coactivos”*<sup>20</sup>.

En tercer lugar, las relaciones de experiencia en la modernidad sufren una crisis, llamada por Castells *“crisis del patriarcado”*. La inclusión de las mujeres en el ámbito político y laboral, ocasionó un cambio radical en las relaciones de familia, género, sexualidad, y por lo tanto de la personalidad. En la modernidad los roles sociales fueron determinados por la familia<sup>21</sup>, caracterizada por la autoridad paterna, una madre dedicada a la crianza de los hijos, y la supresión del instinto sexual. Por un lado, las luchas del feminismo y la liberación sexual, y por otro, la dinámica de la economía informacional; acaban con esta forma de identificación que se traslada hacia lo que Castells denomina, *experiencia de la relación*: las personas al definir su rol social no siguen modelos de conducta, sino que a través de una personalidad flexible reconstruyen constantemente su yo. La clave es el cambio desde códigos de conducta a formas de sociabilidad.

---

<sup>19</sup> CASTELLS, op. cit., pág. 382

<sup>20</sup> PEREZ LUÑO, ENRIQUE *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica, en Libertad Informática y Leyes sobre Protección de Datos Personales*, , Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 138

<sup>21</sup> Esta es una de las razones por las que el Art. 1º de la Constitución Política de la República de 1980 habla de la familia como *“núcleo fundamental de la sociedad”*

La última característica distintiva del paradigma posmoderno es la virtualidad. Todas las sociedades anteriores se dieron y establecieron en un dominio espacio temporal compartido: en la sociedad informacional los lugares se reemplazan por flujos, y el tiempo deja de ser un factor relevante. Corolario, una virtualidad de hecho en la que la propia realidad está inmersa en mundo de representación, donde los símbolos no son imágenes, sino que constituyen la experiencia real. Los medios electrónicos son indispensables para entender como funciona dicha virtualidad real<sup>22</sup>.

Luego, valores y funciones de la sociedad se organizan simultáneamente y sin orden aparente; existen en movimiento o flujos de información, fuera del espacio, en redes informáticas. En estas redes todas las expresiones humanas se vuelven instantáneas o sin secuencia predecible; atemporales. Es en esta virtualidad real donde se construyen las categorías e imágenes que determina nuestra conducta.

A modo de conclusión, puede definirse a la sociedad informacional o red como *“aquella que está compuesta por redes de producción, poder y experiencia, que construyen una cultura de la virtualidad en los flujos globales que trascienden el tiempo y el espacio”*<sup>23</sup>.

A esta altura cabe indicar que todo lo anterior es relevante para esta memoria atendidas dos razones: primero, da pie para entender el nuevo tipo de sociedad en que debe justificarse la protección del derecho a la privacidad; y segundo, torna evidente la relevancia actual de la información, su manejo, y aprovechamiento<sup>24</sup>. Si, como hemos afirmado, la información es el factor clave de la riqueza en sociedad, la protección del derecho a la privacidad adquiere una nueva dimensión, porque la posibilidad de infracción a este derecho, tanto por el estado como de particulares, se ha vuelto

---

<sup>22</sup> Al respecto, señala AGUADERO FERNÁNDEZ que *la tecnología no determina la configuración y el desarrollo de los procesos sociales, pero incide directamente en los aspectos materiales de la realidad, con lo que transforma la estructura y organización social*”. Francisco Aguadero Fernández, citado por REUSSER, op. cit., pág. 146

<sup>23</sup> CASTELLS, op.cit. pág. 385

<sup>24</sup> dada la importancia de la información y el conocimiento, es menester intentar alguna definición. La respuesta la da el mismo Castells, citando a Porat: *“la información son los datos que se han organizado y comunicado”* y en un sentido amplio, *transmisión del conocimiento* ( Machlup). El conocimiento (cita a Bell) es *“ una serie de afirmaciones organizadas de hechos o ideas que presentan un juicio razonado o un resultado experimental, que se transmite a los demás mediante algún medio de comunicación en alguna forma sistemática ”*. La información que es la materia prima de la producción en la sociedad informacional es información en sentido amplio



sustancialmente mayor por el uso de las nuevas tecnologías y el constante flujo de información.

### **3) El constitucionalismo frente a la crisis de la modernidad**

Los derechos humanos surgen en la modernidad y su fundamentación doctrinaria e ideológica arranca del liberalismo político iluminista. Por ello mismo, son de obvio carácter individualista y se estructuran como libertades individuales frente a la acción del Estado. Las libertades individuales forman la primera generación de derechos humanos.

Ahora, evoluciona o cambia la sociedad y también el concepto de derechos humanos. Frente a la demanda de justicia social asociada a luchas y reivindicaciones de movimientos obreros del siglo XIX y principios del siglo XX, se va concretando una nueva generación de derechos humanos, complementaria a la anterior, que se caracteriza por exigir una función activa del estado. Se instala, una segunda generación de categorización conformada por derechos económicos, sociales y culturales; cuya expresión institucional se reconoce en cuerpos legales tan propios del denominado Estado Social de Derecho.

Actualmente, existe una tercera generación de derechos humanos, que coincide con la crisis del paradigma moderno. Se configuran como un reclamo social de libertades frente a las amenazas provenientes de las nuevas tecnologías. Los derechos humanos de tercera generación no reciben un nombre específico, pero en general son propios de ciertos grupos de la sociedad: Denninger explica que esto es así, porque la época posmoderna se caracteriza porque los actores sociales relevantes no son los individuos sino los discursos sociales<sup>25</sup>. Algunos de estos derechos son el derecho a la paz, de los consumidores, de los indígenas, a la calidad de vida, o la libertad informática. Su defensa y solución requiere una acción conjunta de toda la sociedad. Por ello, se ha señalado que el valor que los inspira no es la libertad, o la igualdad, sino la solidaridad.

---

<sup>25</sup> DENNINGER, ERHARD, “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho posmoderno”, traducción de E. Mikunda y E. Pérez Luño ,en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio* , Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1996, pág. 33

En la primera parte de este capítulo fue esbozado el cambio de paradigma constituido por la sociedad informacional. En el ámbito del derecho constitucional convergen otra serie de nuevos problemas o dilemas, derivados en propiedad de la agitación posmodernista.

De acuerdo a Pérez Luño, estos dilemas son los siguientes:

1. *Dilema contextual, nacionalismo o universalismo*: los derechos humanos tienen como uno de sus atributos fundamentales la universalidad. Son garantías comunes a todas las personas, independientemente de su color, sexo, raza o condición. El nacionalismo de cualquier tipo, parte de una observación fáctica que establece una diferencia entre un grupo de personas y el resto del mundo, de la que deduce una superioridad a favor de quienes la postulan. Hoy, existe una tendencia a resaltar las particularidades individuales de los hombres, contra la igualdad a tábula rasa del constitucionalismo clásico. Ahora, lo que haría éticamente inaceptable a los nacionalismos es su consecuencia de imponer discriminaciones basadas sin apelar a la diferencia meramente fáctica. El peligro consiste en la posibilidad del reemplazo de la idea de los valores y derechos de las personas como ideales universales, por nacionalismos. Se da, entonces, una pugna entre los ideales cosmopolitas e igualitarios del universalismo, y las demandas individualistas del nacionalismo, *“una de las manifestaciones más burdas en la falacia naturalista”*<sup>26</sup>. La realización de la personalidad del individuo en condiciones igualitarias se traslada de un plano universal (todos iguales) a uno parcial (todos nosotros iguales).

2. *Dilema de los fines, economía o ética*: para la modernidad la función del Estado residía en propender al desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos, a través de la técnica de los derechos fundamentales y la forma jurídica del Estado de derecho. Coherentemente ha de comprenderse a la persona humana como provista de una dignidad natural que orienta los fines del estado en aras de precaver su bienestar. Entonces, la creación del estado y su actividad se justifica y legitima en valores éticos

---

<sup>26</sup> De acuerdo a lo indicado por Pérez Luño, la falacia naturalista, diagnosticada por David Hume, consiste en derivar el “deber ser”, del “ser”. PÉREZ LUÑO, ENRIQUE ANTONIO, *Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad ¿Continuidad o cambio de paradigma?*, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio*, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1996, pág. 33

(la dignidad humana). Hoy, estos fines de carácter ético-jurídicos se reemplazan por fines económicos, las llamadas leyes del mercado.

Así, el estado en la búsqueda del bienestar supedita los derechos y la política estatal al condicionamiento económico, y en rigor, a la ideología neoliberal. No hay duda de que el estado no puede satisfacer todos los derechos humanos, en especial los llamados sociales; pero, advierte Pérez Luño, que eso es radicalmente distinto a fijar la política y los fines estatales a partir de las leyes del mercado.

Esta tergiversación y equívoco se basa en dos falacias: una variante de la falacia naturalista, que confunde la fundamentación de los derechos (deber ser) con su realización (ser), toda vez que si el estado sólo debe propender a realizar lo que los medios económicos le permiten satisfacer, se cae en la “Lógica de Palmstrom”<sup>27</sup>. Los derechos humanos pierden su esencia axiológica, y se identifican con los fines utilitaristas del sistema político.

La segunda falacia es la falacia determinista, el sofisma desarrollado por Fukuyama, llamado el “fin de la historia”. Esta idea consiste en que la democracia liberal y la economía de mercado son el punto culmine de la evolución social humana. Pérez Luño le refuta citando a Chomsky, en el sentido de que la idea en comento es sólo una justificación de la actual concentración del poder. Debe recordarse que las leyes del mercado, que muchos obedecen ciegamente, no son leyes físicas, sino creaciones del hombre, y como tales, su obediencia depende en definitiva de la voluntad soberana.

3. *Dilema de los medios, pragmatismo o retórica*: este dilema radica en cuáles derechos humanos estamos dispuestos a proteger, y cómo. La alternativa retórica se identifica con las constituciones semánticas en la tipografía de Karl Lowenstein – aquellas cuyos contenidos no se reflejan en la práctica –, y la pragmática, con la constituciones normativas – las efectivamente aplicadas–. Los derechos humanos, sin embargo, poseen una dimensión retórica en sentido no peyorativo, que se define como la argumentación dirigida a convencer, no engañar, con la mayor dosis de eficacia comunicativa. Los derechos humanos son retóricos en sentido no peyorativo porque constantemente buscan ser aceptados por las sociedades políticas: la evolución de un derecho humano parte de su mera enunciación informal hacia la declaración, y luego

---

<sup>27</sup> “Debe ser porque así es”. En PÉREZ LUÑO, , op.cit., pp.37

adquiere formas jurídicas más eficaces. La retórica tiene como función incentivar el proceso de positivación y garantización de los derechos humanos; por ende constituye un paso previo y complementario al pragmatismo.

4. *Dilema de los resultados, libertades modernas o libertades posmodernas*: las libertades modernas son garantías del individuo contra el Estado. La persona es el fin del Estado, cuyo objetivo principal sea el medio para facilitar su desarrollo integral; exigiéndose de dicho poder estatal un suerte de rol pasivo en cuanto no vulneración de la esfera de la personalidad de cada cual.

En la posmodernidad existe un desplazamiento de las libertades desde el individuo hacia la comunidad. El sujeto relevante en sociedad pasa a ser el discurso social, y no el individuo. A la libertad individual se opone la libertad solidaria y comunitaria posmoderna. La libertad posmoderna es intersubjetiva, y se entiende como expresión de un tiempo (es decir, como producto histórico), negándose la visión abstracta de la modernidad.

Ante estos dilemas y el evidente cambio de paradigma que hoy vivimos, el derecho constitucional debe reformular, al menos en parte, los derechos humanos que constituyen el Estado de Derecho. Uno de los objetivos de esta memoria es precisamente lograr una formulación en clave posmoderna del derecho a la privacidad. Por ahora, podemos adelantar que el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República en adelante se distinguirá más por su protección a la vida privada que a la honra.

## Capítulo II

### **FUNDAMENTO MATERIAL DE LA PROTECCIÓN** **AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA**

El diccionario de la Real Academia española define a lo privado como aquello “*particular y personal de cada uno*”; definición que a nuestro entender no resulta suficiente para entender la privacidad en el sentido que permita establecerla como fundamento material de protección constitucional. Sin embargo, nos indica la dirección correcta: lo particular y personal de cada uno es, por una parte, aquello que nos diferencia del resto, y por otra, lo que nos construye.

El ser humano existe en la interacción con sus semejantes. La identidad y la personalidad de un individuo se construye a partir de ideas pero, principalmente, en base a relaciones. Estas relaciones, a su vez, requieren de dos sujetos, uno que emita el mensaje y otro que reciba la información transmitida, como también de un medio para comunicar esa información. Aquel sujeto distinto son, en definitiva, los otros individuos y la sociedad. El modo en que interactuamos con el resto, es el lenguaje. La paradoja de la privacidad es que pretende ser un ámbito de sucederes ajeno al resto del mundo; sin embargo que, tal como toda otra actividad humana, es por definición colectiva.

Encontrar aquel espacio requiere desde mi punto de vista al menos tres operaciones: en primer lugar, entender su contenido, luego tratar brevemente su situación en la sociedad actual; y en tercer lugar, limitar sus bordes operacionales, es decir, distinguirlo de otros sistemas en los que el agente se relaciona.

#### **1) La identidad personal**

Para conceptuar la identidad personal como determinante para entender la protección a la privacidad, es menester analizar una serie de conceptos previos. En

este efecto, me basaré en la obra del sociólogo norteamericano Erving Goffman, específicamente en su libro *“Estigma, la identidad deteriorada”*.

La exposición de las teorías de Goffman seguirá el siguiente orden: primero, establecerse los supuestos básicos de la teoría. Luego, intentar especificar que es un estigma, y sus principales efectos sobre la personalidad del individuo. Por último, abordar la identidad personal y el control de información pertinente a ella.

## **1.1. Estigma**

### 1.1.1. Conceptos básicos

La sociedad y las personas que la constituyen comparten información continuamente; y cuando esa información un sujeto la presenta sobre sí mismo, se denomina *“información social”*. Siendo la sociedad la que establece formas, categorías y atributos para que reconozcamos en ella a sus miembros. Como indica Goffman, *“El medio social establece las categorías de personas que en él se puede encontrar”*<sup>28</sup>. La *“identidad social”* son los atributos que posee un extraño, y que tras sus primeras apariencias, nos permiten encuadrarlo en alguna categoría determinada.

Estos criterios de reconocimiento, provenientes de la sociedad, toman en la interacción intersubjetiva la forma de expectativas normativas<sup>29</sup>, demandas de comportamiento. Estas demandas son inconscientes; se efectúan permanentemente y en toda relación humana.

El carácter que se le atribuye a un sujeto en base a estas demandas es siempre una *“imputación hecha con una mirada retrospectiva en potencia”*. No sabemos si realmente tiene esos atributos, por lo que la caracterización que efectuamos está sujeta a una comprobación posterior y eventual. A este tipo de atribución, a la identidad no comprobada del interlocutor, se le denomina *“identidad social virtual”*. La categoría y

---

<sup>28</sup> GOFFMAN, ERVING.. *Estigma: La identidad deteriorada.*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1970, pág. 12

<sup>29</sup> Las expectativas normativas son propias del operar deontico, toda vez que su defraudamiento no requiere cambiar la regla, mientras que en las expectativas cognitivas, su defraudamiento por la experiencia obliga a cambiar la regla. Como señala Habermas, “Las expectativas cognitivas aprenden de la decepción; las expectativas normativas se mantienen a pesar de la decepción”.

atributos que de hecho le pertenecen, son su *"identidad social real"*. A modo de ejemplo: una persona de voz grave, pelo corto y canoso, de porte mediano, que viste formalmente y se encuentra en pasillos de los Tribunales de Familia puede ser reconocida por un alto número de individuos como un abogado, y tratarse sin embargo de un lego esperando una audiencia.

### 1.1.2. Estigmatización

Entre los atributos que poseen las personas, existen algunos que la convierten en alguien menos apetecible. Dejamos de considerar a la persona como un ser humano normal, y la vemos como un ser reducido, menospreciado. Este tipo de atributo es un estigma. Constituye una discrepancia especial entre la identidad social virtual y la identidad social real. Especial, por dos razones: una, porque se trata de un atributo indeseable, incompatible con el estereotipo de una especie de individuos a la que el sujeto pertenecería de no poseerlo. Y dos, el estigma es un atributo profundamente desacreditador. Existen incompatibilidades, como la del ejemplo de más arriba, que no son profundas. Goffman señala tres tipos de estigma: las abominaciones del cuerpo (deformidades físicas y enfermedades), los defectos de carácter (pasiones antinaturales, fundamentalismos, deshonestidad), y los tribales (pertenencia a comunidad estigmatizada históricamente; homosexualidad, inmigrantes, indígenas). El estigma es un concepto relacional: se tiene respecto a una comunidad considerada normal, es decir, libre de la diferencia indeseable, que se impone a la interacción y dificulta enormemente el intercambio social corriente. Los normales son *"aquellos que no se apartan negativamente de las expectativas particulares que están en discusión"*<sup>30</sup>.

Los estigmatizados pueden ser vistos desde dos perspectivas, respecto a si su cualidad diferenciadora es conocida en el acto, o sea, si es inmediatamente perceptible. Si lo es, el individuo es un desacreditado. Si no, es desacreditable. Esta distinción es clave. Los problemas que enfrentan cada uno son distintos, y en especial nos interesa la situación del desacreditable, quien debe mantener oculto su estigma. Pero la razón de ese ocultamiento, es no convertirse en un individuo desacreditado.

---

<sup>30</sup> GOFFMAN, op. cit., pág. 15

Así que es necesario precisar cuáles son las dificultades a las que se enfrenta un desacreditado.

La primera consecuencia del estigma para el individuo desacreditado es la discriminación. La persona que tiene un estigma es considerada por la comunidad como no totalmente humana, y recibe un trato distinto por ello. Pensamos el estigma, racionalizando la diferencia que constituye, y justificando su inferioridad. Esta “*teoría del estigma*” opera imputándole a la circunstancia desacreditadora una serie de calidades que no tiene: en su mayoría imperfecciones, pero a veces atributos deseables, pero no deseados por el interesado<sup>31</sup>.

La discriminación, en general, será una situación incómoda, provocada por la presencia de la persona estigmatizada en una interacción social, donde se le enrostrará permanentemente su calidad no-humana en sociedad. Es fundamental el hecho de que el individuo estigmatizado tiende a tener las mismas creencias y parámetros que los normales respecto a la identidad. La pretensión de ser normal suele ser uno de sus mayores anhelos. Pretende establecer con los demás una relación “normal”, en igualdad de oportunidades, porque su reclamo se basa en lo que él piensa se merece como parte de una categoría social en la que encaja. La discriminación es para él la confirmación diaria de su diferencia, que acepta como una carga que le impide ser como debería. Esta disociación entre las autodemandas y el yo produce vergüenza, entendida como la percepción que tiene el individuo de uno de sus atributos como una posesión impura de la que podría imaginarse exento. La vergüenza se ve reforzada por la presencia de los normales, pero puede darse en soledad. Sin embargo, el individuo puede enfrentar la discriminación de forma distinta: convierte su estigma en motivo de orgullo, y así serán los normales quienes son menos que humanos por no tener el atributo en cuestión. En general, esta actitud, denominada

---

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, el caso de los ciegos: algunas personas dudan la tocarlos, otros les gritan o ayudan a incorporarse como si fuesen sordos o inválidos. Por el contrario, se les atribuyen facultades como sentido superior del olfato, o incluso tipos de conocimiento inalcanzable para los normales. Esta cualidad incluso ha inspirado diversa literatura: el *Informe sobre ciegos* de Ernesto Sábato, o el *País de los ciegos*, de H.G. Wells.



divergencia, se da en los estigmas tribales; gitanos, mapuches, judíos ortodoxos e incluso criminales<sup>32</sup>.

Con todo, la regla general es que frente a la discriminación el individuo estigmatizado responda primero avergonzándose, y luego mediante la aceptación del estigma. La aceptación es el centro de personalidad del estigmatizado. Su demanda de trato igualitario, en principio legítima, es rechazada, y descubre que alguno de sus atributos justifica ese rechazo. La consecuencia de la aceptación tomará alguna de las siguientes formas:

a) intentar corregir directamente el atributo desacreditador, fundamento objetivo de su diferencia; cirugía plástica, internación en centros de salud mental, curas milagrosas para la caída del cabello. Puede ocurrir la llamada “victimización”, que consiste en el peligro para la persona estigmatizada de caer en manos de agentes fraudulentos, que le ofrecen medios inoperantes para corregir su estigma. La disposición a caer en tales remedios revela lo doloroso que puede ser llevar un estigma, y lo que está dispuesto a hacer el individuo para deshacerse de ellos.

b) Corregir su estigma de forma indirecta, mediante el manejo de áreas de actividad comúnmente consideradas inabarcables para quienes poseen su defecto. A modo ejemplar, inválidos que juegan básquetbol o aprenden a nadar, o el indígena que se titula de un doctorado.

c) Utilizar su estigma para justificar la falta de éxito que padece a causa de otras razones.

La segunda gran consecuencia del estigma en personas desacreditadas, se da en un ámbito distinto. Se trata de la forma en que los desacreditados enfrentan la interacción social, específicamente aquella que se da en la misma “*situación social*”, es decir, estando presentes normal y estigmatizado, ya sea una conversación o simplemente copresencia en un encuentro. En estos momentos ambas partes deberán enfrentar directamente las causas y efectos del estigma.

El estigmatizado se sentirá inseguro ante la forma en que los normales lo recibirán. El control que debe ejercer sobre la impresión que produce, es mucho mayor

---

<sup>32</sup> Resulta interesante en este aspecto que actualmente algunos criminales entienden su actividad como un oficio regular. Llega a producirse el fenómeno que en sectores desposeídos, los narcotraficantes y otros antisociales sean tratados como héroes.

que la de un individuo común. Se encuentra en una situación de “*exhibición*”, donde su defecto fija la atención de los normales, aún de forma casi involuntaria (para ambos lados) y es expuesto sin resguardo alguno a la invasión de su vida privada. Ante una intromisión inevitable y no deseada de este tipo, el estigmatizado reaccionará de dos formas: puede intentar un retraimiento defensivo, es decir, ocultarse, o puede establecer contacto mediante actitudes agresivas y prepotentes, o combinar ambas.

Del otro lado del intercambio social cotidiano, los normales sienten que el estigmatizado percibe el malestar, que sabe que lo percibimos e incluso que sabemos que él lo sabe. Por ello, la interacción se vuelve desagradable. El individuo no sólo se encuentra expuesto a través de su estigma, sino que de antemano sabe que las interacciones estarán invariablemente condicionadas por su defecto, tendiendo a al malestar para ambas partes. No es normal, y no puede interactuar con los normales sin una cuota importante de incomodidad que vuelve difíciles los intercambios sociales corrientes.

Hay ciertos grupos de individuos sensibles al estigma, dentro de los cuales el individuo estigmatizado puede funcionar como normal. El primero, es el de aquellos que comparten su estigma. La desventaja, en este caso, es común y no presenta incomodidad. Pero al vivir entre estigmatizados, el individuo opera en un mundo incompleto. Es parte integrante y en plenitud de una sociedad, pero de una sociedad marginal. Y en dicha sociedad, el estigma ocupará un papel preponderante. Todo, las historias, anécdotas, descripciones, girarán en torno al estigma. La vida se centra en el estigma.

El segundo grupo es el de los “*sabios*”; personas normales cuya situación especial les permite estar informadas acerca de los estigmatizados, simpatizar con ellos, y al mismo tiempo, gozar de aceptación por parte del clan. El sabio puede estar familiarizado con el estigma por su cargo en algún establecimiento (médicos, terapeutas, incluso policías), o por el lugar que ocupa en la estructura social (familia, amigos). Pero la regla general es que los normales sean discriminadores.

El estigma tiene la tendencia de difundirse desde el estigmatizado hacia sus relaciones más cercanas<sup>33</sup>. Esto explica porqué dichas relaciones tienden a evitarse, o

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, la presión social a familiares de ex presidiarios o de antiguos pacientes de instituciones psiquiátricas.

en caso de ser preexistentes, a disminuir en duración e intensidad. En el caso de los individuos que adquieren su estigma tardíamente (por ejemplo, desfiguración por un accidente automovilístico, o reconocimiento público de homosexualidad), la situación es más terrible. Las dificultades para entablar relaciones se extienden a las que ya tenían: sus conocidos tienen enfrente a un sujeto con un atributo nuevo y desagradable, quien ya no es el mismo de antes, en el sentido de que no sabrán tratar a su nuevo yo y la comparación constante con quien solía ser puede imposibilitar la continuación de la relación.

La situación del estigmatizado desacreditado, entonces, dificulta el libre desarrollo de su personalidad por las siguientes razones: a) es considerado y tratado como un ser menos que humano; b) por ser menos que humano, es discriminado, ocasionándole vergüenza, y posteriormente aceptación de su estigma (calidad de no humano); c) intenta corregir su estigma, es decir, cambiarse a si mismo, de forma directa o indirecta, exponiéndose a fraudes; d) debe enfrentar trabas a la comunicación en intercambios sociales corrientes, por la presencia del estigma, que exhibe al individuo estigmatizado y condiciona la interacción, volviéndola desagradable; e) posibilidad de reducir su círculo social a la esfera de sus compañeros de estigma, ocasionando una focalización de su plan de vida en el atributo desacreditador, y f) tendencia del estigma a desplazarse hacia las relaciones cercanas del estigmatizado.

## **1.2. La construcción de la identidad**

Goffman distingue dos clases de individuos estigmatizados. Cuando la contradicción entre la identidad social virtual de un individuo y su identidad social real, se advierte antes de entrar en contacto con él, o en bien si se pone de manifiesto al contactarlo, se trata de un individuo desacreditado. De esta clase de personas se ha hablado hasta este punto. Pero existe una segunda clase. Aquellos individuos que poseen un atributo desacreditador, cuya existencia no se manifiesta de inmediato, y de la que el interlocutor no tiene un conocimiento previo. Son personas *desacreditables*. Su problema fundamental *“no consiste en manejar la tensión que se genera durante los contactos sociales (caso del desacreditado), sino más bien en manejar la información*

que se posee acerca de su diferencia. Exhibirla u ocultarla”<sup>34</sup>. Lo central en los individuos desacreditables es el manejo de la información oculta que desacredita el yo, operación denominada “*encubrimiento*”.

### 1.2.1. La información social

La información transmitida tiene ciertas características. En primer lugar, se refiere al sujeto; si se transmite por el mismo sujeto al que se refiere, a través de la expresión corporal y en presencia de quienes reciben la información, se trata de “*información social*”. Segundo, algunos signos portadores de información social son usuales y rutinarios. Se denominan “*símbolos*”. Dentro de ellos, existen los *símbolos de estigma*<sup>35</sup>. Esto es, aquellos que llaman la atención sobre un atributo que revela una incongruencia de la identidad, y que al hacerlo, resulta degradante, y evita una imagen coherente con nuestra valorización (normal) del individuo. Si un signo no transmite rutinariamente información social, y se formula como demanda de prestigio, se denomina “*punto*”. Si desacreditan reclamos tácitos, son “*errores*”. Los signos pueden ser o no congénitos (en el sentido de originarios de la persona, por ejemplo, el color de la piel, pertenencia a una etnia, deformidades de nacimiento), y también varían entre momentáneos y permanentes, según si puede o no desprenderse de ellos (usar una cruz alrededor del cuello, la cabeza rapada de los militares; quemaduras, deformidades producto de accidentes, enfermedades).

Si el signo transmite información social y es usado contra la voluntad del sujeto, tiende a ser símbolo de estigma (por ejemplo, los grilletes, o la cabeza de cerdo metálica que debían usar las prostitutas en el medioevo, o incluso *La Letra Escarlata* de Hawthorne). El valor informativo de un signo variará según las circunstancias. Una cicatriz de herida punzante, puede intimidar a ciertas personas, y ganar el respeto de otras.

Por último, el carácter informativo de un signo influye en el operar relacional. Puede utilizarse la identidad social de las personas que están con un sujeto, para

---

<sup>34</sup> GOFFMAN, *Ibid.*, pág. 56

<sup>35</sup> Existen otros tipos de símbolos. Algunos constituyen un reclamo de clase- símbolos de prestigio- y otros buscan formar dudas en torno a la identidad social virtual- desidentificadores-.

suponer la identidad social de ese sujeto en base a lo que los otros son. La formulación popular de este fenómeno se resume en el viejo refrán “*dime con quien andas, y te diré quien eres*”. El manejo de la información transmitida requiere enfrentar la eventualidad de ser vistos con “*otros*”, que pueden tener un efecto desacreditador (por ejemplo, ser visto con un homosexual famoso, o en compañía de criminales).

### 1.2.2. La visibilidad

La visibilidad consiste en el grado de perceptibilidad de un estigma. Es decir, en qué medida ese estigma comunica que el individuo lo posee. Cuando la persona decide la forma en que enfrentará su estigma, y crea un plan de acción para hacerlo, lo básico es que cantidad de información habitualmente se transmite acerca de ella. La percepción que sus cercanos tienen de él es de gran importancia para el estigmatizado. Un encuentro social forzoso puede no ser de gran importancia para las relaciones particulares, pero varios unidos producirán un efecto pernicioso.

Para controlar la información que transmite, debe actuar de cierto modo ocultándola o exhibiéndola, según sea el caso. Cualquier cambio en esa forma de operar le producirá consecuencias nefastas. Por ejemplo, algunos ciegos usan anteojos oscuros para evitar el contacto visual o esconder deformidades. Si bien el uso de anteojos oscuros puede ser indicio de ceguera, transmite menos información sobre el estigma.

El concepto de visibilidad (o evidenciabilidad) debe diferenciarse de tres nociones: a) *conocimiento*: conocer la existencia del estigma puede deberse al simple contacto, o bien a conocimiento previo, por ejemplo, en base a contactos anteriores donde la visibilidad del estigma era distinta, o rumores; b) *imposición del estigma*: la presentación del estigma en el contacto social es base de la visibilidad, pero distinta de ella. El problema que presenta un estigma percibido (caso del desacreditado), es el de su interferencia con el fluir de la interacción (tensión) que puede tener distinto grado de intensidad de acuerdo a su imposición; es decir, si su efecto opera al presentarse (el bastón de un ciego), o continuamente (dificultad de los ciegos de mirar a los ojos), y c) *foco de percepción*: es el ámbito de operares donde el estigma se asume como atributo desacreditador. Por ejemplo, la fealdad es un estigma que opera en situaciones

sociales, pero no produce efectos sobre nuestra percepción de la idoneidad de esa persona para realizar tareas solitarias. El foco de percepción se relaciona a la capacidad decodificadora de la audiencia: un médico puede observar en un sujeto atributos desacreditadores que para las personas comunes no son estigmas.

### 1.2.3. La identificación y el concepto de identidad personal

Hasta ahora se han tratado los efectos del estigma en la interacción social basada en contactos sociales impersonales. El supuesto es que el individuo estigmatizado es para el interlocutor normal una persona desconocida, a la que identifica a través de estereotipos de categorías, que el estigmatizado no cumple.

El sentido común permite suponer que cuando se trata de contactos más cercanos, el panorama es diferente. En principio, a medida que se interioriza la personalidad del estigmatizado, vale decir, se le conoce; ya no se le evalúa por estereotipos, sino por sus cualidades personales. El área de manejo del estigma, entonces, pertenece fundamentalmente a la vida pública. Sus consecuencias perjudiciales en general se dan en la esfera social, en el contacto impersonal. La discriminación al estigmatizado es menor o inexistente a nivel íntimo.

Sin embargo, la familiaridad no siempre reduce el menosprecio. Hay ciertas expectativas socialmente estandarizadas respecto a su conducta y naturaleza que se mantienen. La influencia social se sentirá sea que se trate con amigos íntimos o extraños. En el caso del individuo desacreditable, esa influencia es decisiva. En efecto, su estigma no es visible a primera vista y es precisamente de aquellos que tienen un mayor conocimiento acerca suyo, que debe encubrir el estigma. En esta situación se encuentran, por ejemplo, los homosexuales. Otros estigmas son fáciles de ocultar, y producirán sus efectos casi únicamente respecto a los íntimos. Por ejemplo, la impotencia y la frigidez. En menor medida, el alcoholismo y la drogadicción.

Con todo, el hecho de conocer o no al estigmatizado influye directamente en el manejo de la información que aquel realiza. En todos los casos, contactos sociales personales e impersonales, manejará la información. Y que tanta información comparte, será en definitiva el límite de su vida privada.

Para entender el manejo de la información es necesario formular el concepto de identidad personal. Goffman define a la identidad personal como *“las marcas positivas de la identidad, y la combinación única de los ítems de la historia vital, adherida al individuo por medio de esos soportes de su identidad”*<sup>36</sup>. La definición se compone de dos ideas: por una parte, las *marcas positivas de la identidad*; se trata de la noción de unicidad, es decir, soportes o atributos que sólo una persona tiene. Por ejemplo, el rostro, su ubicación en una red de parentesco, la escritura, la voz o la impresión digital<sup>37</sup>. Por otra parte, la definición hace referencia a *“la combinación única de los ítems de la historia vital, adherida al individuo por medio de esos soportes de su identidad”*. La unicidad, en este caso, viene dada porque en ninguna persona encontramos la totalidad de los hechos que se dan en la que identificamos. Incluso los gemelos idénticos tienen distintas formas de caminar, propias de cada uno, o determinadas actitudes que les diferencian. Y estos hechos se encuentran unidos a la persona, por sus marcas positivas de identidad. Por ejemplo, mediante una fotografía podemos reconocer a alguien. Luego, recordar que se trata de un antiguo compañero de colegio, su nombre, que estudió y quizás alguna anécdota. La identidad personal puede cumplir, y lo hace, un rol identificador en la organización social, debido precisamente a su unicidad.

Complementaria a la noción de identidad personal es la de Biografía. La noción se basa en que *“todo individuo es una entidad alrededor de la cual es posible estructurar una historia”*<sup>38</sup>. Esa historia es su biografía; todo lo que ha hecho y puede hacer. Es el núcleo central de la personalidad del individuo, que contrasta con la multiplicidad de roles que puede desempeñar. Un sujeto “A” tiene una sola biografía (historia ligada a su identidad personal y social), pero a la vez puede ser más de un “yo”; padre, profesional, deportista, ex paciente psiquiátrico, drogadicto y miembro del Club de la Unión. Una persona es capaz incluso de ocultar un yo que no le acomoda, y pretender no ser lo que ha sido.

Dado que todos los hechos en la vida de un sujeto están ligados por su biografía, el *“grado de conexión informativa”* entre esos hechos será fundamental para

---

<sup>36</sup> GOFFMAN, op. cit., pág. 73

<sup>37</sup> Algunos de estos atributos, si bien sirven para identificar a las personas, también las hacen esencialmente similares.

<sup>38</sup> Goffman, op.cit., pág. 79

el manejo de la información. Si conozco cierta cantidad de hechos respecto de un individuo, ¿en qué medida puedo conocer el resto? .Por ejemplo, el caso de un hombre de mediana edad, casado, que se encuentra en la calle con el amigo de una antigua amante<sup>39</sup>. Al presentarlo a su mujer, ella adquirirá conocimiento sobre su identidad personal que el no estaba dispuesto a compartir, y saber este hecho puede inducir a averiguar más sobre aquella identidad secreta. De ahí se desprende la dificultad que tiene para las personas públicas el control de información acerca de su identidad personal.

Las normas relativas a la identidad personal no se relacionan con el ámbito de los contactos sociales y las expectativas normativas que estos generan, sino con el tipo de control de información que el individuo puede ejercer apropiadamente. Un estigma es en principio un problema de identidad social, pero ocultar o compartir información no disponible al contacto social acerca de ese estigma, es una cuestión de identificación personal. El manejo de la identidad personal requiere que el individuo estigmatizado elija a los sujetos a los que esconderá información, y a los que se la revelará. Deberá saber a quienes dar una información abundante, y a quienes una información mínima.

En efecto, el impacto de un defecto desacreditable, tiene mayor intensidad cuando las personas que no conocen el secreto, son cercanos, y no extraños. El contacto social sólo presenta el problema del manejo de la información, que en definitiva no será compartida. Pero en el caso de los contactos establecidos, no sólo la información se volverá más difícil de ocultar por la prolongación de la interacción, sino que una vez revelada tendrá efectos perniciosos sobre la relación, tanto en el presente como a futuro. El manejo de la información acerca del estigma y los esfuerzos por corregirlo se fijan en la identidad personal. Por esta razón, en ocasiones que estamos frente a audiencias donde el contacto social se mantendrá en la simple interacción, tendemos a mostrar más información que frente a casos donde el contacto será más prolongado. Y así también, la protección jurídica al control de información legítimo es menor en caso de un contacto social cotidiano.

---

<sup>39</sup> Un ejemplo reciente en el cine lo constituye la película “A History of violence”, de David Cronenberg, donde un hombre modelo se enfrenta a la fuerza a un pasado criminal oscuro. Cabría destacar que su identidad se expone precisamente por la acción de los medios de comunicación.



El problema de la manejo del información dependerá, por un lado, del conocimiento, o falta del mismo, que tengan los presentes en una interacción social, y por otro, del conocimiento del propio estigmatizado acerca de ese hecho ( que tanto sabe que saben). Como se señaló anteriormente, en relaciones anónimas el mayor riesgo es que los desconocidos empiecen a identificar al estigmatizado, en base se su identidad personal aparente. El *reconocimiento cognoscitivo* consiste en “el acto perceptual de “ubicar” a un individuo, en tanto poseedor de una identidad social o particular”<sup>40</sup>; y ello constituye un acto de mera percepción.

Aquellos que poseen mayor información biográfica del individuo, están capacitados para reconocerlo a un nivel más personal. El reconocimiento que efectúan es un *reconocimiento social*, que consiste en el papel asignado a un sujeto en el acto comunicacional, en atención a características de su identidad personal. Ejemplos de reconocimiento social cotidiano se dan en regiones rurales de pocos habitantes (donde todos se “conocen”), o en el caso de la fama.

La fama es un atributo en virtud del cual el círculo de personas que está enterado de la existencia de un sujeto es de amplias proporciones, y a la vez, mucho mayor que el círculo de los que lo conocen personalmente. El problema asociado a la fama es que “son cada vez más numerosos los actos que se asimilan a la biografía como acontecimientos dignos de atención”<sup>41</sup>. Acciones que por regla general son anónimas, al provenir de una persona famosa, tienen una cantidad de espectadores tan amplia que se convierten en hechos biográficos. Por ejemplo, si un individuo cualquiera se emborracha y se involucra en un accidente de tránsito, sólo le importará a aquellos que lo conocen personalmente (más allá del intercambio social cotidiano). La misma situación para una persona famosa es de mayor gravedad, porque los que lo conocen son demasiados. A modo de contrapartida, el trato que reciben las personas famosas en base a su identidad social, es de mayor condescendencia en atención a su misma identidad personal.

En el lado opuesto de la fama se encuentra la mala reputación o infamia; el mal concepto de un individuo que tienen varias personas, sin conocerlo personalmente. La gran consecuencia de la infamia es el control social en dos variantes: por una parte, el

---

<sup>40</sup> GOFFMAN, op.cit., pág. 85

<sup>41</sup> GOFFMAN, *Ibid.*, pág. 87

control social formal, aquel efectuado por sujetos cuya ocupación consiste en hacer identificaciones personales (policías, guardias privados, dueños de cine o cafeterías), y por otra, el control social material, realizado por el público en general, que se expresa en un peor trato basado en la identidad personal.

Los medios de comunicación de masas desempeñan un rol fundamental al tener el poder de convertir a una persona privada en figura pública<sup>42</sup>. La imagen pública de un individuo, esto es, la percepción que tienen de él sujetos que no lo conocen personalmente, es en general distinta de la identificación realizada por sus contactos personales. Señala Goffman que *“la imagen pública de un individuo parecería estar constituida por una reducida selección de acontecimientos verdaderos que se inflan hasta adquirir una apariencia dramática y llamativa, y que se utilizan entonces como descripción completa de su persona”*<sup>43</sup>. La imagen pública involucra un tipo especial de estigma: las demandas sociales generadas por ella pueden empequeñecer y dañar la imagen que el individuo presenta a sus contactos personales. La identidad personal se hace dependiente de la imagen pública. Por lo mismo, el grado de sofisticación a que llegan las personas públicas, famosas o infames, en el manejo de su información, es muy alto.

El círculo de personas que conocen personalmente a un individuo común, puede ser más o menos amplio, pero siempre tiene distintos grupos. Sabrán de la existencia de la persona por circunstancias diferentes. El caso de un hombre paseando por el parque que se encuentra con su jefe es un ejemplo. Es la misma persona o estructura, que cumple o contiene dos roles, que configuran una multiplicidad de yoes. Mientras la audiencia sea distinta, el yo puede serlo. Incluso, un hombre puede cumplir el mismo rol frente a audiencias distintas, pero en general ocasionará problemas (el rol de padre, por ejemplo; o el de trabajador, en el caso de los políticos).

---

<sup>42</sup> Un muy buen ejemplo lo encontramos en el libro de Heinrich Boll, *“El honor perdido de Katharina Blum”*.

<sup>43</sup> GOFFMAN, op.cit., pág. 89

#### 1.2.4. Encubrimiento

El encubrimiento es el manejo de la información oculta que desacredita el yo. La información disponible acerca de un estigma varía entre el conocimiento total del estigma, y su absoluta ignorancia. Ninguno de estos casos presenta interés para el estudio del encubrimiento: el primero, corresponde a la situación del desacreditado, donde el encubrimiento es secundario. La ignorancia total, en cambio, equivale a la no existencia del estigma.

La gran mayoría de los casos se mueven entre estos dos extremos. Hay estigmas que presentan un nivel de visibilidad bajo, y pueden mantenerse ocultos del general de la población, pero deben revelarse ante determinadas personas. Es el caso, por ejemplo, de la drogadicción, los criminales y la homosexualidad. Deben confesar su condición ya sea frente a proveedores, colegas o amantes. Además, cualquiera sea el estigma, deberá eventualmente compartirse cuando el individuo estigmatizado establezca relaciones íntimas, *“ratificadas en nuestra sociedad por la confesión mutua de defectos invisibles”*<sup>44</sup>. Deberá revelar la información, o sentirse culpable por esconderla.

Ante la amplia gama de posibilidades entre la desinformación o el conocimiento completos, los problemas de manejo de la información de los estigmatizados parecen similares a los que tiene la mayoría de las personas en algún momento. La normalidad es relativa: todos tienen, han tenido o tendrán algo que ocultar, y es probable que intenten encubrirlo.

Una eventualidad básica del encubrimiento es la posibilidad de ser descubierto. Ya sea por alguna acción del individuo, que pone de manifiesto el atributo desacreditador, generando una incompatibilidad entre la identidad social virtual y la real, o por el surgimiento de un hecho o personaje biográfico incompatible con sus pretensiones actuales, el encubrimiento siempre está bajo amenaza. En el primer caso, una amenaza de la identidad social, y en el segundo, de la identificación personal. Esta amenaza suele tomar la forma de chantaje. En sí mismo, el chantaje no presenta mayor interés. En cambio, las operaciones para evitarlo y las relaciones que tiene el

---

<sup>44</sup> GOFFMAN, *Ibíd.*, pág. 92

individuo con las personas que eventualmente podrían descubrirlo y chantajearlo, si lo son.

El secreto puede, entonces, ser compartido por muchos o pocos. La biografía del individuo, pese a tener una estructura única, puede ser doble desde el punto de vista del espectador. La idea de la “*doble vida*” se basa en la existencia de audiencias distintas, que crean biografías separadas del sujeto. El grado de conexión informativa (posibilidad de conocer hechos del sujeto, a través de otros hechos), en este caso, es bajo. Pero existe, y es amenazado ya sea por el chantaje, o en casos más complejos, por la posibilidad una revelación accidental (a medida que aumenta el grado de conexión informativa).

La biografía estará compuesta por cuantas audiencias perciban al sujeto, y cada una pensará conocer al individuo en forma íntegra. La discontinuidad entre estas biografías puede o no ser desacreditadora. En la mayoría de los casos, el ser de las personas no desacredita su yo anterior, ni su pasado tampoco las desacredita actualmente. En la situación inversa, el individuo deberá enfrentar el problema del estigma y el encubrimiento<sup>45</sup>. El proceso de aprendizaje del estigma es de tres fases: conocer el atributo desacreditador, adoptando el punto de vista normal; aprender la forma en que los normales tratan con la clase de persona a la que pertenece, y posteriormente, aprender a encubrirse (técnicas de control de la información). Antes de examinar las técnicas de control de la información, es menester revisar someramente algunos de los problemas que presenta el control de la información, que hasta ahora no han sido convenientemente recalcados.

En primer lugar, la identidad personal y social dividen espacialmente el mundo del individuo. Existirán lugares donde será altamente probable encontrarse con alguien que conozca personalmente al estigmatizado, y otros donde dicha oportunidad será escasa. Las regiones se dividirán de acuerdo a las contingencias contenidas en ellas, del mismo modo que el nivel de cuidado en el manejo de la información.

Desde otra perspectiva, el espacio se divide en tres tipos de lugares: a) lugares prohibidos, aquellos donde la persona estigmatizada no puede entrar, y en los que la

---

<sup>45</sup> El panorama es similar al del trato legal en las reglas de capacidad (Art. 1446 del Código Civil): por regla general, todos son capaces, y la incapacidad sólo es la excepción. La norma refleja lo que ocurre en la sociedad a través de la estigmatización. De hecho, todos los incapaces son en alguna medida estigmatizados.

exposición significa el rechazo inmediato, con una posible interacción social profundamente desagradable (por ejemplo, un pedófilo conocido intentando entrar a un jardín infantil, o un caso menos evidente); b) lugares corteses o neutros, donde la persona estigmatizada identificada como tal es aceptada, pero con el supuesto subyacente de que no está calificada para la interacción social normal, y c) lugares de retiro: aquellos en que el estigmatizado puede exponerse sin necesidad de encubrimiento (en general, entre sus pares, o entre “sabios”).

Segundo, aunque el encubrimiento sea perfecto, el individuo estigmatizado puede enfrentar situaciones donde sea vea obligado a compartir información; cobrar el seguro por desempleo o una pensión por invalidez, un drogadicto enfrentado a explicar la dilapidación de su dinero, o un imputado enfrentado a un proceso<sup>46</sup>. En algunos casos, el estigmatizado podrá mentir para evitar compartir información, pero esa nueva mentira requerirá su propio encubrimiento. La exposición accidental suele producir este efecto.

Tercero, el control de información sobre la identidad en relaciones íntimas, tiene un doble inconveniente: por un lado, la perdurabilidad de la relación a lo largo del tiempo aumenta las probabilidades de adquirir información que desacredite al individuo estigmatizado. De otro lado, toda relación íntima obliga a las personas a compartir información sobre sí para buena prueba de confianza y compromiso. Los efectos del estigma sobre los cercanos, mencionados anteriormente, consisten básicamente en una extensión del atributo desacreditador y un cambio en la percepción del individuo que tiende a menospreciarlo. Las relaciones íntimas anteriores se pierden, o mutan, y las nuevas se vuelven difíciles de adquirir.

Por último, la exposición constante al descubrimiento, y por ende al derrumbamiento de la identidad, provoca en los individuos desacreditables un estado psíquico de enorme ansiedad. La persona que se encubre enfrenta las situaciones sociales desde una perspectiva distinta al resto de nosotros. La necesidad permanente de encubrir requiere un cuidado y cálculo especiales a los que los normales no están

---

<sup>46</sup> Este último caso es de especial interés. Un individuo sometido a proceso se presume inocente por ley, pero la estigmatización no ocurre con la sentencia, sino con la detención o al menos con la formalización de la investigación. El atributo desacreditador, eso sí, puede verse corregido, aunque no en su totalidad, por una sentencia absolutoria. La estigmatización ocurre, por así decirlo, bajo condición.

sometidos. En casos extremos, puede verse obligado a permanecer cerca del lugar donde puede retocar su disfraz, para mantener el control de la información.

#### 1.2.5. Técnicas de control de la información

Hemos señalado que un individuo tiene una sola biografía, pero puede presentar varios yo distintos de acuerdo a la audiencia que tenga enfrente. La rutina diaria presenta la característica de vincular al individuo con sus diversas situaciones sociales. Los individuos desacreditados incluyen en su rutina las restricciones habituales que enfrenta respecto a la aceptación social (tensión), y los desacreditables, las contingencias que enfrentan para manejar la información sobre si mismos.

Goffman distingue cuatro técnicas de control de la información. La primera consiste en ocultar o borrar los signos que constituyen símbolos de estigma. Es la más básica de todas, pero tiene una variante algo más complicada, que es el uso de desidentificadores, esto es, signos utilizados por el individuo tendientes a suscitar dudas sobre la validez de la imagen virtual; por ejemplo, el caso de un homosexual que se casa con una mujer, o de un criminal que se convierte al evangelismo<sup>47</sup>.

En segundo lugar, el individuo puede presentar su defecto como signo de otro atributo, cuya carga desacreditadora sea menor. Un sordo puede memorizar preguntas y respuestas, para aparentar ser una persona callada y distraída. Una persona que sufre los primeros estados de la enfermedad de Alzheimer, contar anécdotas y monopolizar la conversación para evitar preguntas comprometedoras. O un adúltero, mentir diciendo que se encontraba bebiendo con amistades.

La tercera es minimizar los riesgos, dividiendo al mundo en dos partes: una amplia mayoría, a la que se le esconde toda la información, y un grupo reducido, al que se le cuenta todo y en cuya ayuda se confía. Los íntimos funcionan como auxilio a la simulación y como círculo protector. No obstante, este tipo de intercambio ocasiona algunos problemas, ya tratados anteriormente (expansión del estigma). Los peligros

---

<sup>47</sup> En la literatura, el encubrimiento, el uso de desidentificadores y la ansiedad que ocasiona el manejo de la información puede apreciarse en la obra de Víctor Hugo *“Los Miserables”*. En efecto, Jean Valjean es un ex presidiario que se convierte en alcalde: el desidentificador es tan potente que las suposiciones de la policía sobre su pasado, no encuentran eco sino hasta que confiesa.

que trae aparejados la propuesta de intimidad, explican porqué el círculo de confianza es tan pequeño.

La cuarta posibilidad es que el individuo se descubra voluntariamente. Transformará su situación de individuo que debe manejar información, a individuo que debe manejar situaciones sociales difíciles (tensión). De desacreditable a desacreditado. Esta forma no es propiamente control de la información, sino una aceptación sincera de la identidad que requiere respeto por sí mismo.

Las personas que aceptan su estigma y renuncian al encubrimiento, suelen adoptar una nueva actitud, el *enmascaramiento*. El objetivo del enmascaramiento es evitar que el estigma destaque, no por ocultarlo, sino para reducir la tensión que provoca en el contacto social y de este modo poder gozar de un intercambio social más fluido. Los individuos que se enmascaran deben informarse de la estructura de la interacción, para saber como orientar su conducta de modo que minimice el impacto del estigma.

#### 1.2.6. Alienación

La diferencia entre identidad personal y social, parte del criterio de distinción basado en las expectativas y definiciones que tienen otros sujetos respecto de la identidad de individuo. La identidad social permite elaborar la noción de estigma; la identidad personal, el control de la información acerca de ese estigma. Hay un tercer tipo de identidad, que no participa del mismo criterio: es netamente subjetiva, y consiste en la actitud del individuo ante el estigma y su manejo. Goffman la denomina "*identidad del yo*". Lo importante de este tipo de identidad para esta memoria, es que evidencia los efectos perjudiciales del estigma sobre la persona en su relación consigo misma.

El individuo estigmatizado se enfrenta a una disyuntiva existencial. Se piensa como humano, pero a la vez es definido por quienes lo rodean y por sí mismo, como marginal. Los estándares de identidad que a él se aplican son incompatibles con su pretensión de humanidad. Esta contradicción genera ambivalencia respecto del ser; no puede aceptar a su grupo como humano, pero no puede abandonarlo.

La reacción ante la alienación está condicionada por los grupos en que participe el sujeto. Todo estigmatizado participa en dos grupos: el de sus compañeros de infortunio, y el de la sociedad en general.

La alienación proveniente del grupo de sus compañeros estigmatizados, radica en que los miembros de aquel afirman, justamente, que el verdadero grupo del individuo y donde pertenece naturalmente es el suyo. El resto son grupos secundarios. Y lo particular de esta postura es que se centra en el atributo desacreditador: lo principal es la categoría que lo desacredita. El individuo será identificado de acuerdo a la postura que tenga respecto del grupo; si se acerca, es auténtico, y se aleja, es un cobarde. El resultado es la generación de una subcultura en que los estigmatizados se convierten en normales pero, por definición, nunca serán partícipes de la sociedad normal. Incluso, la necesidad de pertenencia puede obligar al individuo a renunciar a sus pretensiones de normalidad; y ante este escenario, es probable que sienta odio ante el grupo al que se ve relegado por su estigma (autoinquina).

El segundo grupo, el de los normales, genera una forma de alienación distinta. El panorama que se le presenta al estigmatizado es el siguiente: en su condición de distinto, ha de satisfacer los estándares de la normalidad lo mejor que pueda, sin negar su diferencia. La aceptación de los normales tendrá su límite en las situaciones donde la diferencia se haga evidente, y produzca dificultades en la interacción. La tolerancia es, en verdad, un convenio: el estigmatizado no participará en contactos donde su categoría resulte desagradable. La tolerancia alcanza hasta la comodidad, y en el peor de los casos, la incomodidad. Lo desagradable no se tolera. Y dado que las situaciones difíciles son definidas desde el punto de vista de los normales, no enfrentados al dolor del estigma, estos no tendrán que enfrentar la injusticia y lo limitado de su tolerancia.

Las creencias de la identidad del grupo normal estarán a salvo de la intromisión del estigmatizado. La aceptación es ilusoria; por un lado, se le acepta como miembro de la sociedad, y por otro, se le dice que no debe negar sus diferencias, y que ha de mantener un comportamiento tal que esa diferencia no se perciba. Se le dice que es normal, y que no lo es.



### 1.3. Diferencia e identidad

La distinción entre normales y estigmatizados, genera dos grupos de individuos: los humanos, y los menos que humanos. Pero la división no es absoluta. La mayoría de los normales tiene algún defecto oculto, y por pequeño que sea ese defecto, existirá una interacción social donde se destaque y ocasione una incompatibilidad vergonzosa entre la identidad social virtual y la real. La comprensión de la situación de los estigmatizados radica en este punto: todos tenemos defectos, y la estructura que usamos para esconderlos, es la misma que usan los estigmatizados. Dicho de otro modo, entender la diferencia no requiere observar lo diferente, sino lo corriente: *“el interés debe centrarse menos en las divergencias poco habituales que se apartan de lo corriente, que en las divergencias corrientes que se apartan de lo habitual”*<sup>48</sup>.

Las normas sociales se configuran como expectativas normativas. Sin embargo, aquellas que se refieren a la identidad tienen un carácter especial: su defraudamiento no puede ser restaurado, porque atañen a la condición del individuo, y no a su voluntad. El deseo del sujeto no es suficiente para cumplir la norma social de identidad, por lo que el problema es de ajuste, y no de obediencia. La voluntad jugará un rol, cuando la persona conozca y mantenga el lugar que le pertenece por su condición social. Un estigmatizado infringe una norma de identidad al intentar participar de la vida social como un normal.

Las normas de identidad por lo general tienen estándares que la mayoría de la población puede cumplir: por ejemplo, la visión y el alfabetismo. Pero existen otras que toman la forma de ideales, y presentan niveles de cumplimiento ante los cuales la mayoría fracasa en algún momento. En especial, las relacionadas con la apariencia física. Pero también con del nivel educacional, posición socioeconómica, etnia, orientación sexual y otras<sup>49</sup>. Los valores de la identidad, establecidos o no, se proyectan a los encuentros de la vida diaria. En la actualidad, esta proyección ha

---

<sup>48</sup> GOFFMAN, op.cit., pág. 149

<sup>49</sup> Goffman señala el ejemplo, que reproduzco a continuación, del estadounidense que no tiene nada de que avergonzarse, según el consenso general: joven, casado, padre de familia, blanco, urbano, norteamericano, heterosexual, protestante, recibió educación superior, buen empleo, aspecto, peso y altura adecuados, y un reciente triunfo en los deportes. GOFFMAN, *Ibíd.*, pág. 150

adquirido una fuerza mucho mayor por la influencia de nuevas formas de comunicación y transmisión de la información que alimentan la producción de normas de identidad<sup>50</sup>.

Enfrentado al fracaso en el cumplimiento de los estándares de la norma de identidad, el individuo que no pudo mantenerlos tiene dos opciones, que ya hemos señalado: se ajusta, sustentando la norma, pero definiéndose y siendo definido por los demás como parte de una categoría inapropiada para vivir en la norma, o diverge, y se separa de la comunidad que apoya la norma, o al menos se abstiene de desarrollar un vínculo con la comunidad.

Una tercera opción es que se ajuste a la norma, y sin embargo participe como miembro pleno en la sociedad: controla su imagen, y la información sobre sí mismo, para cumplir la norma en apariencia. De eso se trata el control de la información, el encubrimiento y el enmascaramiento. Implica una cooperación tácita entre normales y estigmatizados: el que no cumple la norma se mantendrá ligado a ella porque los demás pasarán por alto su secreto, mientras se abstenga de reclamar una aceptación más allá de los límites que los normales consideran cómodos.

El manejo del estigma en estos términos es un rasgo general de la sociedad. Las operaciones son las mismas, sea que se trate de un atributo profundamente desacreditador, o de un defecto insignificante que produzca vergüenza en una situación dada. El normal y el estigmatizado tienen las mismas características mentales, y cada uno tiene lo que se necesita para desempeñar el rol del otro. La persona es normal y estigmatizado a la vez. Por ello, está capacitado para resistir la transformación de estigmatizado a normal, y viceversa. Por esta razón es que es tan doloroso adquirir un estigma. El sujeto no sufre por la confusión que le produce su nueva identidad, sino porque sabe exactamente el estado de su nueva situación.

La división entre normal y estigmatizado, entonces, no es en dos grupos de individuos, sino en dos tipos de roles. El estigma constituye un proceso social, un operar donde el individuo adoptará ambos roles, al menos en ciertos contextos. Indica Goffman que *“el normal y el estigmatizado no son personas, sino, más bien, perspectivas”*<sup>51</sup>. Los atributos estigmatizantes no determinan la naturaleza de los roles, sino la frecuencia con que se adoptara cada uno. Las discrepancias entre identidad

---

<sup>50</sup> Principalmente la televisión e internet.

<sup>51</sup> GOFFMAN, op. cit., pág.160

social virtual y real se producirán siempre, y darán lugar a manejo de la tensión o control de la información.

Al principio de este capítulo se indicó que el fundamento del derecho a la privacidad es la identidad personal. La identidad se basa en la noción de unicidad: la persona se define en su identidad por ser única en dos sentidos: de acuerdo a los atributos que posee, y por su historia. En otras palabras, información, sobre sí (lo que es), y sobre su biografía (lo que ha sido). Las normas sociales de identidad requieren del individuo el cumplimiento de ciertos requisitos, cuya satisfacción basta en apariencia. Y para hacerlo, lo crucial es el control de información. Así que, en rigor, el fundamento del derecho a la privacidad es **el control de información sobre la identidad personal**. Y la protección consistirá en **evitar la revelación involuntaria de información desacreditadora**. Es importante destacar que, desde este punto de vista, la información debe ser exhibida. Jamás pertenecerá a la vida privada, una vez que el individuo decide revelarla socialmente. Del mismo modo, mientras el sujeto no haga pública la información, no es legítima ninguna intromisión en la biografía del individuo.

## **2. Amenazas a la privacidad en la sociedad informacional**

La identidad se construye a partir del control de la información sobre la biografía del individuo. Y en la sociedad actual, los flujos de información son tan importantes que configuran la principal expresión del poder y las estructuras dominantes en ella. Por lo mismo, la invasión de la sociedad en la esfera privada, que involucra la identidad, es hoy mucho más potente que en el pasado. Y así también, debido a la crisis de las instituciones y los grupos sociales (Estado, partidos políticos), la identidad como parte de la intimidad, se convierte en la máxima fuente de atribución de sentido para el individuo, y en el núcleo de su defensa contra la sociedad. Señala Castells que *“En un mundo de flujos globales de riqueza, poder e imágenes, la búsqueda de la identidad, colectiva o individual, atribuida o construida, se convierte en la fuente fundamental de significado social”*<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> CASTELLS, op.cit., pag. 29

Castells centra el análisis de la identidad en los actores sociales. La define como el *“proceso de construcción del sentido atendiendo a un atributo cultural, o un conjunto relacionado de atributos culturales, al que se da prioridad sobre el resto de fuentes de sentido”*. El concepto es análogo al elaborado por Goffman. Al igual que el autor norteamericano, Castells señala que un individuo puede tener una pluralidad de identidades. La distingue de los roles, que son condicionados enteramente por las instituciones y las organizaciones de la sociedad (por ejemplo, padre, hijo, empleado, creyente, futbolista). La diferencia consiste en que la identidad es construida por el individuo, y aunque puede contener un rol, el proceso de individualización que conlleva lo sobrepasa. Además, aunque gran parte de la identidad puede estar basada en una condición social o un rol, dicho rol sólo se convertirá en identidad una vez que el agente lo interiorice y construya en torno a él el resto de su identidad.

Al contener este componente de autoidentificación, la identidad es una fuente de atribución de sentido más poderosa que el rol. De nuevo, Castells señala que *“las identidades organizan el sentido, y los roles las funciones”*, entendiendo por sentido *“la identificación simbólica que realiza un actor social del objetivo de su acción”*<sup>53</sup>.

La crisis de las instituciones y la falta de sentido propia de la sociedad informacional, en contraposición al individuo y la identidad como única fuente confiable de sentido, originan en los sujetos una tensión entre las exigencias de la sociedad, ávida de información, y los intereses del individuo. Castells trata este conflicto desde la perspectiva de la identidad de los actores sociales. Sin embargo, su análisis es aplicable a éste porque permite comprender cómo se construye la identidad en oposición a la sociedad, y además porque una vez logrado lo anterior, podrá distinguir con una base sociológica el derecho a la privacidad en sus tres acepciones.

Castells distingue tres formas de construcción de la identidad: identidad legitimadora, proveniente de las instituciones dominantes de la sociedad, para legitimar, extender y consolidar su dominación; identidad de resistencia, compuesta por personas que se encuentran en una situación socialmente desventajosa en la lógica de la dominación y, por último; identidad proyecto, que consiste en la construcción cultural

---

<sup>53</sup>CASTELLS, MANUEL, *“La Era de la información”* en Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red, Siglo XXI editores. México, 1999. Vol. II, pág. 29

de una nueva identidad en oposición a la identidad social dominante, que busca una transformación de la estructura social.

Estos procesos generan distintos tipos de sociedades: la identidad legitimadora, produce una sociedad civil, compuesta por instituciones y organizaciones que reproducen de forma mas o menos conflictiva la identidad que fundamenta la estructura de dominación social. La identidad de resistencia, origina comunidades caracterizadas por la resistencia colectiva a la opresión de la estructura dominante. Castells define su operar con la fórmula *“exclusión de los exclusores por los excluidos”*; las comunidades construyen su identidad fuera de las instituciones dominantes, estableciendo una frontera clara entre ellas. La identidad proyecto produce sujetos, que son *“el actor social colectivo mediante el cual los individuos alcanzan un sentido holístico de su experiencia”*<sup>54</sup>. El sujeto construye su identidad en oposición a la estructura dominante, pero a la vez busca transformar la sociedad para proyectar su identidad como legítima.

En los términos de Goffman, la identidad legitimadora/sociedad civil equivale a los normales, la identidad de resistencia/comunidades a los estigmatizados, y la identidad proyecto/sujetos a los divergentes.

Actualmente las sociedades civiles se encuentran en una profunda crisis como procesos de construcción de la identidad. La sociedad informacional, y el debilitamiento de las instituciones que conlleva, induce a los individuos a buscar su identidad en torno a principios comunales que otorguen un terreno seguro contra la invasión de la sociedad. Al respecto, Castells propone que *“los sujetos, cuando se construyen, y no lo hacen basándose en las sociedades civiles, que están en un proceso de desintegración, sino como una prolongación de la resistencia comunal”*<sup>55</sup>.

Una protección adecuada del derecho a la privacidad, permitirá disponer de una herramienta jurídica para afirmar un proyecto de identidad aún en oposición a la cultura dominante. El derecho a la privacidad tiene un carácter más amplio que el control de información: justifica además la proyección de la identidad aún en contra del sentir de la mayoría o de las estructuras dominantes.

---

<sup>54</sup> CASTELLS, op.cit., Vol.II, Pag.32

<sup>55</sup> CASTELLS, Ibíd., Vol.II, Pag.34

Este modo de entender la privacidad le otorga una dimensión completamente nueva al derecho. Lo convierte en una exigencia de reconocimiento del individuo frente a la sociedad. El sentido positivo de la privacidad es un fundamento liberal para la autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad, toda vez que ya no se trata únicamente de control de la información en sentido negativo (no revelarla), sino de un reforzamiento de la versión positiva del control de la información, en donde la construcción de la identidad pasa a requerir de la sociedad respeto de la información revelada, además de la encubierta. Así, la protección de la identidad viene dada por dos tipos de control de información: el que la encubre, destinado a excluir al resto, y aquel que la revela, exigiendo del resto el respeto a la identidad, aún siendo considerada anormal.

### **3. Lo público y lo privado**

#### **3.1. El sentido de lo público en la antigüedad**

Tras analizar las ideas de Goffman sobre la identidad, podemos afirmar que el derecho a la privacidad tiene su fundamento material en el control de la información sobre la identidad personal y social del individuo. Esta información debe permanecer oculta, mientras la persona que la controla no decida manifestarla. Pero, ¿a quién le ocultamos esa información?. En principio, a todos, pero como ya se ha indicado anteriormente, la mayoría de las personas controla la información de acuerdo a la audiencia que tiene al frente. Un individuo posee uno o más espacios donde la información es compartida en mucha mayor cantidad, y eso no quiere decir que esté renunciando a ocultarla en un nivel más amplio. La pregunta ahora consiste en que ámbitos una persona puede compartir información sobre si misma, y al mismo tiempo evitar que esa información sea de dominio público. En otras palabras, debemos distinguir lo público de lo privado. Una de las aproximaciones más lúcidas a esta distinción fue desarrollada por la socióloga norteamericana Hanna Arendt, en su obra "*La condición Humana*". A continuación, se intentará resumir sus ideas para establecer que debemos entender como privado.

Primero que todo, es menester recalcar un carácter común y esencial a las esferas pública y privada. En ambos casos se trata de actividades humanas, lo que implica la necesidad de interactuar con otros. Pero es necesario distinguir entre la actividad destinada a satisfacer necesidades, la labor, de la acción, que es la capacidad de iniciativa, de iniciar procesos, portadora de sentido y que requiere por entero de la presencia de los demás. Indica Arendt que *“sólo la acción es prerrogativa exclusiva del hombre: ni una bestia ni un dios son capaces de ella”*<sup>56</sup>. Por ello, para los griegos la vida auténticamente humana se daba en la polis: los que vivían fuera de la polis eran animales (menos que humanos) o dioses.

Aristóteles define al hombre como *zoon politikon*, animal político. Séneca y posteriormente Santo Tomás de Aquino tradujeron la definición como “animal social”, cuya acepción, sin embargo, requiere mayor precisión conceptual. Para los griegos, la organización política es diferente e incluso opuesta a la basada en el hogar y la familia. En la polis, el hombre podía vivir de dos formas: privadamente, es decir, inmiscuido en los asuntos del hogar y la familia, o políticamente. La vida política constituía una segunda vida, de mayor nivel que la primera, porque excluía todo lo meramente necesario y útil. La acción política se desarrollaba a través de la palabra y el discurso: la violencia se consideraba una forma de interacción prepolítica, usada en los contactos con seres no políticos (y por lo tanto, inferiores). Por ejemplo, esclavos, bárbaros y subordinados. Ser político exigía el uso exclusivo de la palabra como forma de interacción. Por esta razón, Aristóteles complementa su definición señalando que el hombre es un *“ser vivo capaz de discurso”* (*zoon logon ekhon*). Esta noción fue traducida como *“animal racional”*, que no concuerda exactamente con la idea original. Al definir al hombre como *zoon politikon* y *zoon legon ekhon*, Aristóteles pretendía explicar la forma de vida política. Todo el que vivía fuera de la polis, entonces, era menos que humano en el sentido de que estaba desprovisto de la forma de vida donde sólo el discurso tiene relevancia como forma de interacción.

Actualmente lo político se relaciona con los asuntos de estado. Y el Estado como modo de organización social, se basa en el ejercicio monopólico de la fuerza

---

<sup>56</sup> ARENDT, HANNA, “La Condición Humana”, editorial Paidós, Barcelona, 2005, traducción de Ramón Gil Novales, pág. 38.

administrada por un soberano. La forma en que opera el estado es más parecida a la clase de mando en las relaciones de la familia, que al gobierno de la polis. A continuación, analizaré las características de la esfera pública y privada como la entendían en la antigüedad, para luego referirme a la esfera de lo social, propia de nuestro tiempo.

### **3.2. Política y familia**

Para los griegos, la distinción entre público y privado equivalía a la de político y familiar; las actividades relacionadas con el mundo común de la polis, y aquellas referidas a la conservación de la vida. La economía, hoy probablemente el más importante de los asuntos estatales, era una actividad opuesta a la política. Todo aquello relacionado con la satisfacción de necesidades era netamente privado.

Lo propio de la esfera privada o familiar es que los sujetos se relacionan entre sí y con el ambiente de acuerdo a sus necesidades. La sobrevivencia y la supervivencia de la especie eran los asuntos privados por excelencia. Pero también lo era la acumulación de riqueza. La esfera pública, en cambio, es la esfera de la libertad. Pero la participación en esa libertad, requiere haber satisfecho anteriormente las necesidades vitales que componen la vida privada. La necesidad es un fenómeno prepolítico, que requiere ser superado para llegar a ser libre y los medios para tratar con ellas no son la razón y el discurso, sino la fuerza y la violencia.

Por esta razón el gobierno, en el sentido actual, pertenece más a la esfera privada que a la pública. Tanto en su estructura, gobernantes y gobernados, como en sus medios, monopolio de la fuerza. En la polis sólo se trata de iguales: las interacciones no son de mando, como en la esfera familiar, donde la desigualdad y la obligación de obediencia al gobernante es absoluta.

Sin embargo, esta igualdad de la polis es radicalmente distinta a nuestro concepto de igualdad. Dado que participar en la polis requiere poder abandonar la esfera de las necesidades, no todos pueden hacerlo. Sólo un selecto grupo de pares será parte de la igualdad de la polis. La mayoría de la ciudad-estado forma parte del grupo desigual. La libertad consiste precisamente en ser libre de la desigualdad existente en las relaciones de familia y servidumbre. Y entrar a esa igualdad lleva



implícita la decisión de no preocuparse por la supervivencia, o al menos que ésta pase a un claro segundo plano, lo que se traduce en un grave riesgo para el hombre. Esta decisión requiere valor, considerado por los griegos como la virtud política por excelencia. Así y todo, sigue ligado a la necesidad: la dominación de la esfera privada es un requisito para entrar en la pública.

### **3.3. Lo social**

Para los antiguos, un individuo que se limitase a vivir en la esfera privada estaba desprovisto de las cualidades humanas más elevadas. Era, en este sentido, menos que humano. Lo privado se peculiarizaba por lo privativo en sentido auténtico, es decir, no disponer de algo; cual era requisito para convertir al sujeto en miembro pleno de la sociedad humana.

La estructura de la esfera privada se desplazó desde las relaciones familiares y domésticas a la esfera pública. Los límites tal como eran entendidos por lo griegos fueron borrados y surgió una nueva esfera, la social. Esta esfera opera de la forma en que lo hacía la privada, pero en el ámbito público. La organización de la sociedad deja de basarse en decisiones tomadas por iguales, y es reemplazada por decisiones impuestas por un gobernante. La esfera social es opuesta a la esfera pública, porque la absorbe y elimina. En este escenario, lo privado ya no equivale a lo necesario, que se entiende ahora también como necesidad pública (un contrasentido para los antiguos), sino como protección de lo íntimo. La esfera opuesta a la social no es la pública, ni la privada, sino la esfera de la intimidad.

La intimidad es una reacción ante las exigencias de lo social, exigencias que Hanna Arendt denomina "*conformismo inherente a toda sociedad*"<sup>57</sup>. La sociedad se comporta como si fuese una gran familia, dentro de la cual existe una igualdad entre súbditos, que en el fondo se trata de subordinación ante un desigual. Aquel desigual es el poder del estado, ya sea el monarca o la burocracia. La posibilidad de acción en la sociedad se elimina. En vez de ello, se espera que los sujetos se comporten de determinada forma, definida por innumerables normas de conducta, considerada

---

<sup>57</sup> ARENDT, op.cit., pág. 52

“normal”<sup>58</sup>. Y la tendencia de la sociedad es a normalizar a sus miembros. Con el advenimiento de la sociedad de masas, y hoy de la sociedad informacional, la esfera social y su fuerza equiparadora influyen por igual a todos los miembros de la sociedad.

La igualdad moderna es radicalmente distinta de la igualdad antigua. Para los griegos, la igualdad era un privilegio, una autorización para vivir entre unos pocos iguales, en la esfera pública. La igualdad era fundamento de la libertad, que a su vez generaba individualidad y la posibilidad de que los hombres actuaran. La igualdad actual se basa en la obediencia de normas de conducta, que suprimen la individualidad y reemplazan la acción por comportamiento. Quienes no cumplen las normas son considerados anormales. La economía se basa precisamente en el supuesto de que los hombres se comportan y no actúan.

Mientras mayor sea la población en una sociedad, mayor será la posibilidad de que lo social reemplace a lo político en la esfera pública. Por esta razón los griegos reservaban el espacio público para un grupo selecto y reducido de individuos. La esfera social crece y absorbe a lo político, lo privado e incluso a lo íntimo. Este crecimiento constante se debe a que la esfera social traslada el proceso de la vida a la esfera pública. La sociedad actual se configura como *“la organización pública del propio proceso de la vida”*<sup>59</sup>. La labor y el trabajo pasan a ser lo distintivo de lo humano, y la comunidad se convierte en una sociedad de trabajadores y empleados. La actividad laboral era netamente privada, y pasó a ser parte central del ámbito público.

### **3.4. Lo público**

Existen dos perspectivas complementarias para entender qué es la esfera pública. Por un lado, lo público significa aquello que puede ser visto y oído por todo el mundo. Es decir, apariencia<sup>60</sup>. Y esto es así porque para nosotros la apariencia y el contraste de la misma con la ajena, constituye la realidad. La vida íntima tiene un déficit de realidad precisamente porque por definición está oculta del resto. Para lograr

---

<sup>58</sup> Esta “normalidad” es el mismo criterio a través del cual se estigmatiza a la diferencia

<sup>59</sup> ARENDT, op.cit., pág. 56

<sup>60</sup> Algo que ven y oyen otros al igual que nosotros

un estándar de realidad equivalente al de la esfera pública, es necesario que las sensaciones, sentimientos, pasiones y pensamientos que componen la intimidad se expresen (exterioricen). Esta expresión puede ser simplemente el habla, o alguna forma de arte. La presencia de otros otorga seguridad respecto a la realidad del mundo, de nosotros y de nuestros sentimientos.

Si nuestra percepción de la realidad se basa en la apariencia, y por lo tanto, en la existencia de un espacio público donde surja la apariencia; todo nuestro ser, incluso lo más íntimo, depende en alguna medida de la esfera pública. Y el espacio público no tolera cualquier tipo de información: sólo puede mostrarse aquello que es apropiado, digno de verse u oírse. Todo lo inapropiado se transforma en privado. Lo que no implica que todo lo privado sea inapropiado.

Por otro lado, lo público significa el propio mundo, en tanto lugar común a todos y distinto del lugar que se posee privadamente. No equivale al mundo natural, sino que está relacionado con los asuntos humanos. Vivir en el mundo significa que hay un suceder de cosas entre quienes lo tienen en común. Desde esta perspectiva, la esfera pública cumple la función de enlace entre los individuos. La sociedad de masas diluye esta función, y disminuye la capacidad de la esfera pública para relacionar a las personas.

El mundo común (la esfera pública) es crucial para unir a la comunidad y mantener relacionados a sus miembros. Pero hoy esa función está en crisis. Históricamente, la esfera pública como principio de enlace entre las personas fue remplazada una sola vez, por la primera filosofía cristiana. La no-mundanidad propuesta por el cristianismo, y la exigencia de que la comunidad se comportara como hermanos de una misma familia excluyó la esfera pública. Era posible bajo el supuesto de que el mundo no perduraría.

La esfera pública, en cambio, depende de la permanencia. El mundo como comunidad aglutinadora de hombres y cosas, es perdurable y permanente, tanto así, que la actividad en el mundo (pública) es la única que puede dotar de permanencia al humano, existencialmente mortal. Dejar una *"huella en la historia"*, justificaba entrar a

la esfera pública. La permanencia requiere una acción pública. Para los griegos, la polis era la *“garantía contra la futilidad de la vida individual”*<sup>61</sup>.

El reemplazo de lo político por lo social en la esfera pública, cambió la percepción de la misma. Lo social, al funcionar bajo los criterios de lo privado, presentó nuevos criterios acerca de la realidad, y equiparó la presencia en un mundo común, a la satisfacción de necesidades más o menos urgentes que dependen por entero de quien las padece. La satisfacción de necesidades es esencialmente fútil, por lo que el cambio de estándar de validación de lo real, generó la pérdida de la permanencia. La admiración pública se convierte en un bien de consumo, y como tal, menos real y objetiva que la generación de riqueza. La objetividad se fundamenta en el dinero, como medio para satisfacer todas las necesidades.

En la esfera pública, en cambio, existen distintas perspectivas y no hay un medio para satisfacerlas a todas. Ser visto y oído por otros, implica que el sujeto se encuentra en una posición diferente a la del resto. La existencia de un objeto único en la esfera pública sólo es posible en tanto se subentiende que existen distintas formas de entender ese objeto. Lo que agrupa la comunidad no es un objeto, sino el interés por el mismo objeto: las personas ven lo mismo en distintos aspectos. La realidad está garantizada por ese interés. Si desaparece, la esfera pública decae. Y la destrucción del mundo común comienza cuando los individuos se vuelven esencialmente privados. Y eso es precisamente lo que ocurre en la sociedad informacional; los sujetos se encierran en su subjetividad. El mundo común desaparece definitivamente cuando *“se ve bajo un aspecto y se le permite presentarse únicamente bajo una perspectiva”*<sup>62</sup>.

### **3.5. Lo privado**

En oposición a lo público, el sentido descrito arriba, lo privado se configura como un ámbito desprovisto de la relación con otros, y del mundo común de cosas que sirve de enlace o intermediario para esa relación. El sentido privativo de lo privado, que era tan importante para lo griegos, en este caso consiste en no disponer de la

---

<sup>61</sup> ARENDT, op.cit., pág. 65

<sup>62</sup> ARENDT, Ibíd., pág. 67

presencia del resto. Entonces, lo privado es aquello que se realiza en ausencia de los demás y cuyo sentido y significado sólo es relevante para el sujeto que lo realiza.

La sociedad informacional y el auge de lo social también han tenido un efecto nocivo para la esfera privada. La esfera social priva al hombre del mundo común, y también del espacio privado. En el caso de lo privado, la amenaza proviene de la confusión entre propiedad y riqueza.

La propiedad es sin duda parte de la esfera privada. Lo fue para los griegos, y lo es hoy también. Pero provee de un atributo especial: se transforma en el requisito para entrar a la esfera pública. En un principio, la propiedad consistía en tener un sitio en el mundo, lo que habilitaba para pertenecer a la esfera pública. Tenía un carácter sagrado, similar al de lo oculto. Lo oculto estaba compuesto por los procesos biológicos inabarcables por el conocimiento humano: el nacimiento, la muerte. Así como la muerte significaba el fin de toda existencia, la pérdida de la propiedad conllevaba la expulsión de la esfera pública y volver a una vida menos que humana; el fin de la existencia pública.

La riqueza privada, en cambio, se identifica con la satisfacción de necesidades y por lo tanto con el rasgo privativo de lo privado. Era condición de entrada a la esfera pública, en la medida que la satisfacción de necesidades fuese lo suficientemente completa para permitir al sujeto dedicarse a la actividad pública. Una persona que sólo acumulaba riqueza en lugar de utilizarla para la vida pública era considerada un siervo de la necesidad. La riqueza privada coincidió con la propiedad privada cuando se identificó el lugar poseído en el mundo con la fuente de riqueza; la sociedad agrícola.

Hoy en día, la propiedad privada se entiende como riqueza. La sociedad actual ha mostrado una clara tendencia a sacrificar la propiedad privada cuando entra en conflicto con la acumulación de riqueza<sup>63</sup>. Lo privado, la propiedad en el sentido griego, obstaculiza la producción, que fundamenta las decisiones públicas en la esfera social. El interés privado por la propiedad se transformó en un interés público. Por lo mismo, en la sociedad informacional la esfera pública en su sentido político desaparece, y la esfera privada corre el riesgo de ser eliminada.

Este riesgo proviene de dos fuentes complementarias: por una parte, la conversión del estado en un garante de la acumulación de riqueza privada, condujo a

---

<sup>63</sup> Un ejemplo claro de esto es el principio de libre circulación de los bienes, del Código Civil.

la pérdida de la durabilidad del mundo propia de la esfera pública. Al efecto, las posesiones privadas son por esencia menos permanentes que la pretensión de durabilidad de los individuos en el mundo común; las cosas son para consumirse. La riqueza sólo adquirió permanencia cuando se transformó en capital destinado a producir más riqueza. Pero a diferencia de la permanencia otorgada por la esfera pública, la del capital no es una estructura, sino un proceso.

Por otra parte, la función de enlace de la esfera pública también cambió con el advenimiento de lo social. La riqueza es estrictamente privada, y lo común es el espacio garantizado para competir en la generación de riqueza (el mercado). La esfera pública desaparece porque su estructura se ha vuelto privada, y la privada porque pasa a ser el único interés común. Un ejemplo claro de lo anterior es la confusión que actualmente existe entre cosas fungibles y consumibles: hoy todo bien es un objeto de consumo, y su valor está determinado por la intercambiabilidad. Los bienes consumibles, en cambio, tenían un valor de uso, que dependía de su posición. Y en estas circunstancias, el mayor bien que posee una persona, su habilidad, preparación y fuerza de trabajo, se confunde con la misma persona. Luego, lo mundano se localiza en la persona.

### **3.6. Lo íntimo**

La subjetividad del individuo históricamente pertenecía a la esfera privada. La asimilación de esta esfera por la social, ocasiona el surgimiento de una nueva esfera, que pretende contener el mundo interior de la persona. Se trata de la esfera de la intimidad. Sin embargo, esta nueva esfera no cumple a cabalidad importantes funciones de lo privado, que radican en el rasgo no privativo de lo privado. En primer lugar, las necesidades, que pertenecen al ámbito privado, tienen un aspecto positivo (el negativo siendo estar sometido a ellas, careciendo de libertad): son la primera preocupación de todo ser, y la búsqueda de su satisfacción impide la desaparición de la iniciativa que afecta a las comunidades ricas. La eliminación de la necesidad no crea libertad, sino que borra el límite entre necesidad y libertad.

En segundo lugar, lo privado constituía un lugar seguro respecto del mundo público, tanto de la existencia en comunidad, como de la posibilidad de ser visto y oído

(publicidad). Una vida sin ocultamiento se hace superficial. La profundidad requiere la posibilidad de operar desde un lugar oculto al mundo. Y para que ese ocultamiento sea posible, es indispensable la existencia de un lugar en el mundo donde se garantice la no injerencia del resto. Dicho de otro modo, propiedad privada. Desde el punto de vista de lo privado, la diferencia con lo público (como político) *“es la misma que entre cosas que deben mostrarse, y cosas que han de permanecer ocultas”*<sup>64</sup>.

Actualmente la intimidad es nuestro lugar fuera del mundo. Históricamente, lo que debía mantenerse oculto siempre estaba relacionado con las funciones corporales. Así ocurría con los trabajadores y mujeres. Los unos, porque su trabajo está destinado a satisfacer necesidades: las otras, porque su función consistía en asegurar la supervivencia de la especie. El cambio de paradigma que supone la sociedad informacional tanto en los aspectos económicos, como en la emancipación de la mujer, revela que la sociedad actual ya no ve a las funciones corporales como información que debe permanecer oculta.

El objeto de este análisis fue determinar que debe entenderse por público y privado. La importancia de la diferencia consiste en que al estudiar lo privado desde un punto de vista sociológico, el establecimiento de las características y el contenido del derecho a la privacidad deberá ser consecuente con este concepto. Además, la gran mayoría de las lesiones al derecho a la privacidad son consecuencia de la invasión de lo social a la esfera privada. Del mismo modo, justifica la protección del espacio íntimo por ser éste necesario para la existencia del mundo interior del individuo.

#### **4. Conclusión:**

El estudio de la identidad personal como fundamento material del derecho a la privacidad permite entender que esta cumple al menos dos grandes funciones: por una parte, justifica el control de información sobre la identidad personal, y la obligación del estado de evitar la revelación involuntaria de información desacreditadora, o al menos, asegurar la reparación de los daños causados por ella. Por otra parte, es una defensa contra la invasión de las estructuras sociales dominantes, y en este sentido su protección justifica las libertades otorgadas al individuo y los derechos de las minorías.

---

<sup>64</sup> ARENDT, *Ibidem*, pág. 77

El primer sentido es negativo; el segundo, positivo. La diferencia entre las esferas pública y privada, hoy social e íntima, radica en las cosas que algunas cosas deben ocultarse, y otras exhibirse para existir. Los bordes del derecho a la privacidad son dobles: por un lado, el aseguramiento de la intimidad, y por otro, la posibilidad de invadir lo social desde lo íntimo.



## Capítulo III

### **EL DERECHO A LA INTIMIDAD, A LA VIDA PRIVADA Y LA LIBERTAD INFORMÁTICA**

#### **1. Historia del Derecho a la Privacidad**

Al tratar el desarrollo histórico y la evolución normativa de un derecho es difícil no definirlo al mismo tiempo, pues su nacimiento y el posterior cambio que experimenta en distintas épocas se caracteriza precisamente por las distintas facetas que va adquiriendo. Por lo tanto, lo que interesa en este apartado no es un análisis de las estructuras y definiciones que ha tenido el derecho a la privacidad, sino desde cuándo se habla de derecho a la privacidad, cómo pasó de ser una preocupación social a un derecho positivo, luego a un derecho humano, y posteriormente que tipo de derecho humano, con sus respectivas concreciones legales.

La raíz del derecho a la privacidad puede encontrarse incluso en las primeras sociedades humanas. Cuando por primera vez una persona decidió ocultar algo de sus semejantes, estaba creando el espacio íntimo. En lo que estimamos como el mito católico de la creación, la vergüenza y el encubrimiento serían las primeras características humanas que Adán y Eva adquieren al ser expulsados del paraíso. La configuración de un espacio donde las acciones están ocultas, es parte de la naturaleza humana. Sin embargo, la conciencia de la necesidad de protección de ese ámbito, es un fenómeno social propio de la modernidad.

#### **1.1. Los inicios**

El concepto de los griegos y romanos acerca de la privacidad, para los efectos que nos interesa, ya fue analizado al tratar la distinción entre lo público y lo privado en el capítulo II. Sin perjuicio de ello, cabría recordar al menos lo siguiente. En primer lugar, para los griegos, a la esfera privada pertenecía todo aquello relacionado con la conservación de la vida; por ejemplo, la economía y la vida familiar. La esfera pública,

en cambio, era la esfera de la libertad, de la vida en la polis, donde se decidía los destinos de la comunidad en base a la razón y el discurso. En segundo lugar, la privacidad tenía un importante sentido privativo que consistía en la imposibilidad de intervenir en la vida pública, por estar sometido a las necesidades. En tercer lugar, y muy relacionado con lo anterior, la participación en la esfera pública requería la dominación de la privada en el sentido de que una vez satisfechas las necesidades básicas de la vida, se podía entrar a la esfera pública. La libertad así entendida tenía un sentido más político que individual. Es por esta razón que Benjamín Constant indica que *“mientras los antiguos gozaban del derecho a intervenir en los asuntos públicos pero carecían de libertades individuales, los modernos sin renunciar a las libertades políticas, ponemos todo el acento en las individuales”*<sup>65</sup>. La intimidad tal como se entendió en la modernidad aparece recién a finales del siglo XIX.

## 1.2. Los derechos humanos

El origen del derecho a la privacidad no puede entenderse sin antes examinar brevemente el surgimiento de la clase de derechos a la que pertenece. Me refiero a los derechos humanos.

En cierta perspectiva, los derechos humanos pueden enfocarse como un ingrediente esencial de un estado de derecho. En general, el grado de desarrollo y cumplimiento de la normativa sobre derechos humanos nos podrían revelar que tan democrática es una sociedad determinada. El nacimiento de la idea de los derechos humanos puede buscarse en distintas ocasiones de acuerdo al punto de vista que se adopte; como señala Brerns, *“la primera base para los derechos humanos se sitúa al momento en que las sociedades formulan reglas éticas o legales acerca del comportamiento apropiado respecto de otros seres humanos. Todos los conceptos de equidad, justicia y dignidad humana pueden aproximarse de alguna forma a los derechos humanos”*<sup>66</sup>. Es así como a la largo de la historia se han dictado distintas

---

<sup>65</sup> CONSTANT, BENJAMÍN, *Sobre el espíritu de conquista*, en GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ ARANGO, LUIS, *Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 15

<sup>66</sup> BRERNS, EVA, *Human Rights; Universality and Diversity*, The Hague, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, traducción libre, pág. 17

cartas y documentos, que otorgan libertades a los individuos contra el abuso de poder de los gobernantes y se asocian a precursores de la idea de derechos humanos: el pacto de las Cortes de León entre Alfonso X y su reino (1188); la Carta Magna inglesa (1215), la Petición de Derechos (1628), el Acta de Habeas Corpus (1679) y la Bill of Rights inglesa (1689).

Con todo, el inicio de la doctrina de los derechos humanos propiamente tal se produce en la Ilustración, específicamente bajo la idea racionalista del derecho natural. La influencia de Hobbes, Locke y Rousseau, sirvió de fundamento jurídico y filosófico a las declaraciones de derechos de Francia – Declaración de los derechos del Hombre y el ciudadano, 26 de agosto de 1789 – y los Estados Unidos de América – Declaración de Independencia (1776) y Bill of Rights de los Estados Unidos de América (1791). Estas dos declaraciones tienen en común, además de su inspiración liberal e individualista, que adoptan la idea de la naturaleza humana como fundamento único del derecho y límite absoluto al poder del estado.

La noción contemporánea de derechos humanos surge con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Mientras *“La Declaración francesa supuso un hito decisivo en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, es decir, en su trayectoria desde las exigencias filosóficas al ámbito de los preceptos jurídico-positivos de la máxima jerarquía normativa. La Declaración de la ONU, pensada para reconocer las garantías básicas de la persona, representó el primer catálogo de derechos establecido a escala, prácticamente, universal”*<sup>67</sup>. La declaración reemplazó la idea de naturaleza humana por la de dignidad humana. La dignidad humana es lo que da origen y contenido a todos los derechos humanos, incluido el derecho a la privacidad. Es un concepto que permite la inclusión permanente de nuevos derechos, en la medida que aparecen nuevas amenazas a la dignidad humana.

En efecto, la historia de los derechos humanos es una historia de intentos por establecer en el catálogo de derechos, nuevos derechos que protejan nuevas aspiraciones. Esta lucha da origen a lo que se conoce como generaciones de derechos humanos. La primera generación, de derechos civiles y políticos, surge por la revolución de los burgueses contra los aristócratas y el rey. La segunda generación, de

---

<sup>67</sup> PÉREZ LUÑO, ENRIQUE, *Intimidad y protección de datos personales; del habeas corpus al habeas data*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 36

derechos económicos, sociales y culturales, es consecuencia de las luchas sociales del movimiento obrero contra los burgueses en el siglo XX. Mientras la primera exige pasividad y respeto por parte del estado, la segunda demanda una postura activa, tendiente a solucionar los problemas de equidad en la sociedad.

Actualmente, nos enfrentamos además a una tercera generación de derechos, propios de la posmodernidad, caracterizados por lo que se ha denominado por la doctrina anglosajona “contaminación de las libertades” (*liberties pollution*); que según Pérez Luño consiste en “la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales frente a determinados usos de las nuevas tecnologías”<sup>68</sup>. Además, exigen del estado y la sociedad una postura *solidaria*, pues para su satisfacción no basta la mera pasividad estatal ni tampoco su actividad, sino que requieren un comportamiento de la sociedad en su conjunto, incluso a nivel internacional. Por ejemplo, son derechos de tercera generación el derecho de los consumidores, derecho a la paz, derecho de los pueblos indígenas, de los homosexuales, de las mujeres y de los niños.

La dinámica de construcción permanente de los derechos fundamentales permite que los nuevos peligros que afectan a la dignidad humana sean confrontados con una base jurídica adecuada. Sin embargo, cabría agregar que por su mismo funcionamiento hay un momento en que los derechos humanos no brindan protección contra una determinada amenaza. En efecto, esa amenaza debe probar ser lo suficientemente grave como para justificar la creación de un nuevo derecho fundamental, o bien la adaptación de uno antiguo<sup>69</sup>. Mientras no sea así, se encontrará en una relativa indefensión. Respecto al derecho a la privacidad, se advierten formulaciones tanto en la primera como en la tercera generación, aunque en esta última la doctrina mayoritariamente plantea tratarlo como un derecho distinto, según razones que se verán mas adelante.

---

<sup>68</sup> PÉREZ LUÑO, , *Los Derechos...* op.cit., pág. 144

<sup>69</sup> Señala Eva Brerns que “(...) el reclamo de categorías de personas por su inclusión en el sistema de protección de derechos humanos va de la mano con el reclamo de que ese sistema reconozca y responda a sus necesidades particulares”. BRERNS, op.cit., pág. 21

### 1.3. El derecho a la vida privada propiamente tal

Hasta finales del siglo XIX las amenazas a la privacidad no eran lo suficientemente graves como para justificar el desarrollo jurídico de un derecho autónomo. El ámbito íntimo se protegía mediante el derecho de propiedad, y más específicamente por la declaración de inviolabilidad de ciertos lugares o cosas. De ahí la vieja frase inglesa conforme a la cual *“La casa de un hombre es su castillo”*; además del establecimiento positivo de normas que consagran ciertos espacios donde la intromisión es considerada ilegítima. Así, por ejemplo, la cuarta enmienda a la Constitución Norteamericana si bien está dirigida principalmente a asegurar la libertad personal, incluye también la protección del hogar y las cartas de la persona. En Chile, la inviolabilidad del hogar y la correspondencia que fue establecida ya en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 (Nº XVI, en una redacción similar a la de la 4ª enmienda norteamericana); también se contenía en el Proyecto de Constitución de 1818 (artículo 5º); en la Constitución de 1828 (artículos 16º y 19º), y la Constitución de 1833 (artículo 146). Sin embargo, no debe perderse de vista que toda la protección se funda en una postura patrimonialista decimonónica, por lo que la inviolabilidad está más relacionada a la propiedad que a la intimidad. Cabría mencionar, tal vez a modo de curiosidad, que la Constitución de 1828, de reconocido carácter liberal, funda expresamente la inviolabilidad de la correspondencia en la seguridad personal y no en la propiedad (artículo 19º).

La mayoría de la doctrina<sup>70</sup> coincide en que el comienzo del desarrollo jurídico del derecho a la vida privada radica en la publicación en 1890 en la *Harvard Law Review*<sup>71</sup>, del famoso artículo de los juristas norteamericanos Brandeis y Warren, *“The right to privacy”*. Con anterioridad a este artículo, la protección a la privacidad no se consideraba una categoría jurídica autónoma, sino dependiente del derecho de

---

<sup>70</sup> En este sentido, LOSANO, MARIO, *“Los orígenes del data protection act inglesa de 1984”*, en Libertad Informática y Leyes sobre Protección de Datos Personales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 15; GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS, op.cit. pág. 15; y entre nosotros, CERDA SILVA, ALBERTO, *“Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”* en revista Chilena de Derecho Informático. LOM ediciones. Santiago, 2003, pp 48;

<sup>71</sup> BRANDEIS y WARREN *“The right to privacy”*, en *Harvard Law Review*, Vol IV, núm. 5, 1890. Disponible en la WWW: [http://swiss.csail.mit.edu/6805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://swiss.csail.mit.edu/6805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)

propiedad: sólo se protegía la vida privada cuando la acción transgresora a la vez constituía una violación al derecho de propiedad. Brandeis y Warren postulan la independencia del derecho general a la privacidad, tanto del derecho a la propiedad como de la violación de confianza y los casos de difamación; cuya definición se tiene como el derecho a estar a solas, *“the right to be let alone”*.

En definitiva, la amenaza que justifica la creación del nuevo derecho, se deriva del poder que había adquirido la prensa para hurgar en la vida privada de los ciudadanos. El artículo de Brandeis y Warren fue de hecho una respuesta al acoso de la prensa, en un espacio donde los autores consideraron que el público no tenía acceso. Sin embargo, el derecho que presentan como la base jurídica que legitima la defensa de ese espacio, no depende de la propiedad, sino que reconoce la protección de bienes inmateriales, incluyendo las emociones y sentimientos de una persona.

Mario G. Losano plantea que la historia del derecho a la privacidad es eminentemente anglosajona; distinguiendo cuatro etapas o períodos principales de desarrollo de este derecho. Luego, y basándonos en lo propuesto por este autor<sup>72</sup>, habrá de analizarse cada una de esas etapas.

El primer período corresponde a la etapa previa al artículo de Brandeis y Warren, que como ya se indicó anteriormente, constituye el comienzo de la historia moderna de la privacy. Coincide con lo que he analizado hasta ahora.

El segundo período se caracteriza por la fricción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de información y expresión; todavía presente tanto en Estados Unidos como en Chile, pues gran parte de la doctrina se preocupa de la vida privada como límite a la libertad de expresión<sup>73</sup> y no como un derecho autónomo. Al efecto, la indicación sustitutiva del ejecutivo al Proyecto de Ley sobre Protección civil del honor y la intimidad de las personas, boletín N° 2370-07, indica expresamente:

---

<sup>72</sup> LOSANO, MARIO, op.cit, pág 13- 57. Si bien el estudio de Losano se refiere a la Data Protection Act inglesa, la relación que hace este autor de la evolución de la privacy permite, en primer lugar, distinguir con claridad los cambios que tuvo el derecho a la privacidad en el siglo XX, y en segundo lugar, evidencia la cantidad de tiempo y esfuerzo que se requiere, incluso en un país como Gran Bretaña, para legislar sobre la privacy.

<sup>73</sup> En Chile, por ejemplo: Nogueira, Humberto, *“El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites”*, Martínez Estay, José Ignacio, *“El derecho a la honra, el derecho a la intimidad, la libertad de conciencia y la libertad religiosa, como límites y contenido de las libertades de expresión e información”*; Vives Dibarrat, Francisco, *“La libertad de emitir opinión y la de informar en la constitución política de 1980.”*

*“Agrega el Mensaje que la finalidad de la indicación substitutiva es, precisamente, regular la relación entre la protección civil de la privacidad y el ejercicio de la actividad de buscar y difundir la información”; y que “(...) junto al respeto a la privacidad, deba velarse escrupulosamente por el respeto a la libertad de expresión y de información”.*

Ahora, y sin perjuicio del interés que presenta un análisis crítico del proyecto, lo importante en este aspecto es evidenciar que toda la preocupación del legislador y la doctrina que cooperó en la redacción del proyecto, se centra en el segundo período.

El tercer período se desarrolla en Gran Bretaña, que a partir de este momento será el centro del debate desplazando a Estados Unidos. La tensión con la libertad de informar seguirá siendo la preocupación central, pero a la acción de la prensa se añade la amenaza de la tecnología proveniente de los medios de comunicación de masas, principalmente la radio y la televisión.

El cuarto período comienza a finales de los años 60 y comienzos de los 70. Lo particular de este proyecto es que se distancia de la discusión tradicional de la privacy, tratando de extender la regulación al tratamiento de datos personales por ordenadores. De esta manera, la protección de datos personales en contra de las necesidades del estado y el mercado de obtener información, reemplaza a la tensión libertad de informar - privacidad como eje problemático del derecho a la privacidad. A continuación, se examinan cada uno de los períodos distinguidos por Mario Losano, y las normas que los caracterizan, partiendo por el segundo, toda vez que el primero ya fue tratado.

El segundo período está centrado en el conflicto entre libertad de expresión, en particular aquella ejercida a través de los medios de prensa, y derecho a la privacidad. Tiene su punto más importante en la publicación en 1960 del ensayo “Privacy” de William Prosser. El aporte de Prosser consistió en la sistematización del concepto de privacy desarrollado por el Common Law en casos particulares. Distingue cuatro tipos de violaciones a la privacy, cuya ilegitimidad ha sido reconocida por el Common Law<sup>74</sup>:

- a) intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados
- b) divulgación de hechos embarazoso que afecten a la persona
- c) publicidad que podría desprestigiar a la persona frente a la opinión pública

---

<sup>74</sup> PROSSER, WILLIAM, “Privacy”, California Law Review, agosto 1960, en LOSANO, MARIO, op. cit., pág. 16

d) apropiación (con ventaja para la otra parte) del nombre o del aspecto físico del querellante

Prosser tuvo en contra a quienes defendían la postura del derecho general a la privacy, que en la formulación de Brandeis y Warren contiene además de las anteriores hipótesis toda intromisión grave en la intimidad de la persona.

El tercer período comienza en 1961 con la presentación del proyecto acerca del derecho a la privacy presentado por Lord Mancroft. En primer lugar, pone énfasis en la falta de penas y sanciones suficientes en el derecho inglés para proteger la privacidad en contra de la capacidad invasora de los medios de comunicación de masas. En segundo lugar, plantea el establecimiento de un derecho general a la privacy en conflicto con la libertad de información de los medios, que incluyen a la prensa, la radio, la televisión y el cine. Se preocupa en especial de establecer criterios para solucionar la tensión entre libertad de informar y privacidad. Propone que una noticia puede divulgarse sin consentimiento del ciudadano, de acuerdo al siguiente principio: *“todo lo que es razonablemente de interés público debe ser ponderado con la conducta o la posición del individuo en el momento de la publicación”*<sup>75</sup>.

El proyecto fue rechazado por considerarse excesivamente lesivo de la libertad de prensa. Confiar a los tribunales la decisión de cuando un interés público constituía suficiente fundamento para vulnerar la privacidad, era equivalente, para el legislador inglés, a otorgarle a los tribunales un poder discrecional demasiado amplio convirtiéndolos en el equivalente a censores de la libertad de prensa.

Seis años después del fracaso del proyecto Mancroft, fue presentado un nuevo proyecto, el proyecto Lyon; que supone un cambio respecto a la forma de la invasividad. La divulgación, para ser ilegítima, debe tratarse además de una interferencia en la vida privada, irrazonable y seria. Cumplidos estos requisitos, quien haya efectuado la invasión deberá probar la existencia de un interés público que la justifique. El proyecto Lyon también fue rechazado.

Entretanto, en 1964 la Corte Suprema de Estados Unidos dictó la sentencia *New York Times vs. Sullivan*, la cual impone como elemento indispensable para juzgar la legitimidad de una conducta invasora de la vida privada, el grado de interés público

---

<sup>75</sup> Kenneth Younger, *Report of the comitee on privacy*, HMSO, Londres, 1972, pág. 635, en LOSANO, MARIO, op.cit., pág. 18



comprometido en la conducta o la persona; mas aun, tratándose de las personas y personajes públicos. Asimismo, en 1967 el mismo Tribunal Supremo Norteamericano, en la sentencia *Katz vs. United States* declaró que el espionaje electrónico (la utilización de aparatos de escucha para grabar conversaciones privadas) era contrario a la 4ª Enmienda. Con ello, se reemplaza definitivamente la intimidad ligada a la propiedad, por un concepto basado en el sujeto, o sea, mas bien en la persona. De todo se sigue que el tipo de aparato o medio usado para la invasión es irrelevante.

Desde finales de los años 70, la discusión progresivamente dejará de versar sobre el conflicto entre privacidad y libertad de informar para centrarse en la protección de datos personales. Este proceso comienza en Gran Bretaña en 1969, con la presentación de un nuevo proyecto destinado a regular la privacidad. El autor fue Brian Walden. El proyecto planteaba las siguientes propuestas:

- a) definición general de la privacy: explicaba la privacy a través de un concepto amplio en base a una serie de ejemplos para delimitarlo; típica técnica legislativa del Common Law.
- b) La protección es independiente de la forma o el medio usado para la invasión.
- c) Se aumentan las posibilidades de defensa del sujeto al que le ha sido lesionado su privacy: por un lado, otorga el derecho a indemnización de perjuicios por el daño causado, que procederá cuando la indemnización sea justa y conveniente (es decir, cuando la intrusión sea irrazonable y seria, conforme a lo planteado por el Proyecto Lyon). Por otra parte, otorga facultades anexas al Tribunal (en especial, ordenar al demandado que rinda cuenta de los beneficios obtenidos con la violación, y que devuelva todo artículo o documento sobre el que verse la litis).
- d) El invasor de la privacidad no recibirá sanción si logra justificar que la publicación es de interés público, en la medida que sea razonable creer que ese interés existe.
- e) Introduce por primera vez en la discusión el problema de la protección de datos personales recogidos en ordenadores, constituyendo así el inicio del cuarto período

El proyecto Walden fue retirado, y en su lugar se acordó el establecimiento de un comité que estudiara y propusiera una ley sobre la privacy.

También en 1969 se presenta el proyecto Baker, referido a los problemas de la privacy en el tratamiento electrónico de datos personales. La amenaza que preocupa al legislador, ya no es la prensa, sino el posible abuso de la tecnología. El proyecto define los bancos de datos y exige el respeto del principio de finalidad para el tratamiento, pues sólo podrán usarse los datos en la medida que ese uso sea acorde con la finalidad con que se recogieron, y se creó el banco de datos. Crea una oficina (conservador) donde se registran los bancos de datos con facultades para borrarlos si no son pertinentes (no cumplen principio de finalidad) o son accesibles a persona son legitimadas. Desde Baker en adelante la discusión pasa a centrarse en la protección de datos personales, entrando de lleno en cuarto período. En 1971, el Proyecto Huckfield intenta, al igual que Baker en 1969, regular el tratamiento automatizado de datos personales en ordenadores. La novedad es que propone un segundo órgano de control, el Tribunal de la informática, cuya principal facultad es la de conceder la autorización previa para la creación de un banco de datos.

Una postura distinta a las anteriores es la del “National Council for Civil Liberties”. No se preocupa del problema de la protección de datos personales, y niega que la privacy se vea afectada en forma grave por los medios de comunicación de masas. De hecho, propone una regulación de la privacy que no comprende la acción de los medios, excluyéndolos como sujetos pasivos de la protección. También hace referencia al secreto profesional.

El Younger Report de 1972 tiene la particularidad de ser a la vez el punto final definitivo del tercer período y uno de los proyectos más relevantes del cuarto. Tomando como base la Right of Privacy Bill de Walden, el “*Younger Comitee*” elabora un informe completo sobre la privacidad y sus posibles vulneraciones. El informe se divide en cuatro partes: a) concepto general de privacy; b) delimitación de espacios problemáticos, tales como la prensa, radio, televisión, y desde el punto de vista de la protección de datos, las universidades y escuelas, hospitales, bancos y administración pública; c) valor probatorio información obtenida ilegítimamente; d) proyecto de ley de regulación de la privacy. En la discusión del informe se discutió la aplicabilidad de la ley sobre privacy a las personas jurídicas.

Al definir la privacy, el comité evita dar un concepto definido y opta por una noción indeterminada con un núcleo duro y un amplio círculo auxiliar debatible. En

otras palabras, al mismo tiempo que establece un contenido mínimo básico, deja la puerta abierta para complementar el concepto conforme a las necesidades y objetivos de la sociedad. No le da valor al concepto moderno de privacidad, como derecho a ser dejado a solas. Plantea que tal noción es incompatible con la naturaleza eminentemente social del ser humano, y por lo tanto irreal. Para su reemplazo, toma en consideración las ideas propuestas, entre otros, por Alan Westin, acerca de la nueva forma de entender la privacidad.

Esta consiste en otorgar a la privacidad un sentido positivo: no basta con esconder o negar acceso a la información personal, sino también el control de que tanta cantidad de esa información, y de que calidad, está disponible al público. La privacidad, con esta nueva faceta, justifica tanto la protección tradicional (intimidad) como la protección de datos personales (libertad informática). Para que una conducta sea considerada una intromisión relevante desde el punto de vista de protección de la privacy, se deben cumplir las siguientes exigencias: a) ser dañina y molesta (injurious or annoyng conduct); b) afectar voluntariamente a una persona o grupo de persona, y c) ser el principal ilícito objeto de queja.

Respecto al tratamiento de datos personales en ordenadores, en primer lugar estudia los mayores peligros que dicho tratamiento puede crear. Distingue tres: a) la creación de perfiles personales, vale decir, compilaciones de información acerca de una persona que contiene todo tipo de datos, cuyo riesgo sea eliminación de la autodeterminación y la posibilidad de un poder descontrolado del encargado del tratamiento<sup>76</sup> para dirigir la vida de los ciudadanos, en base a la información que disponen de este; b) la conexión informativa, es decir, el grado de interrelación que existe entre los distintos datos de la persona, que permite conectarlos entre sí y perfeccionar perfiles de la personalidad; c) la posibilidad cierta de que un tercero acceda a la información contenida en el banco de datos, con facilidad y sin barreras importantes. Corolario, propone la solución basada en el cumplimiento a cabalidad del principio de finalidad y la creación de medidas de seguridad estrictas.

En segundo lugar, el comité construye un decálogo de principios destinados a la regulación del tratamiento de datos personales. Entre ellos, los siguientes: principio de finalidad; seguridad; separación entre datos estadísticos y datos personales;

---

<sup>76</sup> Que incluye, entre otros, a la administración del estado

información; rectificación y cancelación; temporalidad, y exigencia de autoridad de control de datos.

Por último, el comité considera indispensable la existencia de una autoridad de control de datos que vele por el cumplimiento de la normativa, y de un encargado o responsable de esos datos, en todos los bancos.

A su vez, consideraba pendiente el problema de las sanciones aplicables, y sugería que la publicación de una ley de protección de datos que incluyere al sector privado y al público.

En 1975, la discusión sobre la privacy ya se refiere exclusivamente a la protección de datos personales. Surge una nueva propuesta, el libro blanco de Jenkins, que plantea una serie de medidas y principios orientados a proteger al ciudadano del abuso de la informática. Esas medidas son las siguientes:

- a) necesidad de que la información contenida en los bancos de datos sea completa y cuidadosa. Para asegurar esto, propone el derecho del titular de los datos, esto es, la persona a la que se refieren, a controlarlos y corregirlos.
- b) acceso a los datos debe estar limitado a personas con autorización expresa
- c) principio de finalidad: los datos pueden usarse para el fin con el que fueron recogidos

Propone como garantía adicional la adopción de medidas de seguridad para la protección de los datos. El gobierno inglés acoge estas propuestas, al delimitar dos ámbitos fundamentales en la protección de datos personales: por una parte, el establecimiento de estándares normativos a cumplir, y por otra, la necesidad de existencia de una autoridad de control. La protección exceptuaría los bancos de datos relativos a la seguridad nacional, de la policía respecto a prevención y represión del crimen, y expedientes clínicos.

El último paso previo a la Data Protection Act fue el Lindop Report de 1975. Pretendía llenar las lagunas del libro blanco y detallar el objeto de protección. En primer lugar, se preocupa de expresar el conflicto que da origen a la regulación: la necesidad de información de la sociedad, en contra del derecho de la persona a controlar la cantidad de información que está dispuesto a ceder. Argumenta que la necesidad de armonizar ambos intereses lleva a concluir que la protección habrá de

referirse, por regla muy general, al tratamiento de datos personales en sistemas informatizados (en oposición a manuales).

Respecto al ámbito de protección, indica que la protección brindada por futura ley sólo abarcará a las de personas naturales. Las personas jurídicas deberán regirse por la normativa sectorial, ya sea derecho societario, de propiedad intelectual, marcario o comercial. Entiende “dato” como toda información que pueda revelar parte de la identidad del sujeto, otorgando protección a todos ellos y no únicamente al resultado final de su comparación (que denomina “*información personal*”).

Propone la creación de una autoridad de control (Data Protection Authority), cuya función principal consistiría en garantizar el cumplimiento de los principios rectores de la ley; y en tal efecto, crear “*códigos de conducta*” para las distintas clases de operadores y gestores de bancos de datos. Los códigos de conducta tendrían valor legal, y su infracción produciría sanciones penales. Este tipo de regulación había de garantizar la flexibilidad necesaria para el desempeño de la actividad de los gestores, y a la vez brindaría amplia protección a los titulares de los datos. Por último, se requerirá que los operadores de bancos de datos se inscriban en un registro llevado por la Data Protection Authority, con anterioridad al inicio de sus funciones. El objetivo es de publicidad: que los ciudadanos sepan quién maneja sus datos. Orgánicamente, la Data Protection Authority debiera ser un organismo independiente, con autonomía económica, y el consiguiente nivel de responsabilidad.

En el resto de Europa el derecho a la privacidad siguió el mismo camino. Desde 1970, comienzan a surgir por todo el viejo continente leyes destinadas a la protección de datos personales. En ese orden, Ahti Saarenpää<sup>77</sup> distingue cinco etapas o generaciones de protección de datos en Europa.

En la primera generación, la protección de datos no tiene una forma jurídica autónoma sino que opera a través de distintas leyes y disposiciones que regulan actividades determinadas. Dicho de otro modo, es sectorial, y sin independencia como objeto de regulación.

La segunda generación de protección de datos, se caracteriza por el surgimiento de leyes que introducen la protección de datos como objeto de regulación

---

<sup>77</sup> SARENPÄÄ, AHTI, *Europa y la protección de datos personales*, Revista Chilena de Derecho Informático, LOM ediciones, 2003, pág. 18-19

independiente. Cerda se refiere a esta normativa como “*leyes de primera generación*”<sup>78</sup>; incluyendo en esta primera etapa los siguientes cuerpos normativos:

a) Ley de Protección de Datos de Hesse: el 7 de Octubre de 1970 en el estado de Hesse, Alemania Federal, se dicta la primera ley de protección de datos personales de personas naturales, en contra del tratamiento automatizado por parte de la administración pública y organismos estatales; instituyéndose una autoridad de control.

b) Ley de Protección de Datos de Suecia: en 1973 Suecia promulga la Data Lag 1973/289; mediante la cual establece un sistema de registro como requisito operacional para los operadores de bancos de datos con tratamiento automatizado, respecto de personas físicas. Creaba una autoridad de control, que llevaba el registro de los bancos de datos y tenía facultades reglamentarias y fiscalizadoras, mas la capacidad procesal para solicitar la intervención de los tribunales en caso de incumplimiento de las normas de la ley.

c) Ley Federal de Protección de Datos de la República Federal Alemana: de 1977, el ámbito de protección incluye el tratamiento automatizado de datos de personas naturales, tanto del sector público como del privado. Contempla la creación de una autoridad de control.

Estas leyes tienen en común que la protección está dada por la imposición de una serie requisitos que deben cumplir los gestores o usuarios de bancos de datos: por ejemplo, la necesidad de registro, o de autorización (ley sueca). La autoridad de control tiene facultades inspectoras tanto en la instauración de los bancos de datos, como en su funcionamiento.

Las leyes de primera generación pronto derivaron en obsoletas, debido, por una parte, al avance tecnológico y de la capacidad procesadora de datos; y por la otra, a que la necesidad de fluidez en el comercio, y la siempre creciente necesidad de información del mercado, demandaban una legislación que impusiere menores obstáculos a la circulación de los datos personales.

Es así como surge lo que Cerda llama la segunda generación de leyes protectoras de datos, un nuevo tipo de legislación que cambia la forma de protección

---

<sup>78</sup> CERDA SILVA, ALBERTO, op. cit., pág. 56-65 . no hay, en verdad, una divergencia con el autor finlandés, porque las leyes que Cerda denomina de primera generación son, en efecto, las primeras en dictarse, sin perjuicio de que anteriormente haya existido un a protección dispersa, a la que Sarenpää llama de “primera generación”, pero que se define por la inexistencia de leyes de protección de datos.

desde las barreras a la creación y funcionamiento de bancos de datos, al otorgamiento de una serie de derechos al titular de esos datos; esto es, a la persona a la que esos datos se refieren. El objetivo es que la persona a quien afecta el tratamiento de los datos, sea quien ejerce el control sobre quien los usa.

Luego, estos derechos o facultades tienen como objetivo principal permitir al titular de los datos el control de la información. Tales derechos son los de información, acceso, rectificación y cancelación; a más de la protección adicional a los datos sensibles, que son aquellos referidos a características particularmente íntimas de la persona, o que pueden originar discriminación ilícita o arbitraria. Dentro de estas leyes de segunda generación están:

a) Privacy Act de Estados Unidos de 1974: que restringe su aplicación al sector público y no distingue entre bancos de datos automatizados o manuales. Impone el consentimiento del titular para proceder al tratamiento de los datos, y le confiere los derechos de acceso y de modificación. No contempla la creación de un órgano de control.

b) Ley de protección de datos de Francia de 1978: su aplicación comprende al tratamiento automatizado de datos efectuado tanto por el sector público, como por el privado. Otorga al titular los derechos de acceso, información, rectificación y cancelación, e impone al usuario de los datos la obligación de corregir los datos de oficio. Crea un órgano de control, y prohíbe la adopción de medidas judiciales o administrativas basadas exclusivamente en datos tratados automatizadamente.

En la década de los 80, la protección de datos enfrentaría un nuevo escenario; la circulación internacional de datos personales. De este modo, la Comunidad Económica Europea en 1981 dicta el Convenio 108 para la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de datos personales. El convenio otorga a la protección de datos personales el carácter de derecho fundamental. Se refiere al tratamiento automatizado de datos del sector público y privado, respecto de personas naturales. El flujo internacional de datos requiere una protección equivalente a la del estado de origen.

En 1983 el Tribunal Constitucional Alemán dicta la Sentencia sobre Ley de Censos; cuyo análisis marca un hito en la historia del derecho a la privacidad. Por lo

pronto, baste con señalar que fue el origen jurídico del derecho a la autodeterminación informativa.

Anteriormente, la Constitución Española de 1978 había consagrado en el artículo 18.4 la protección de la privacidad en contra del uso de la informática. Y la Constitución de Portugal de 1976, en su artículo 35 contiene el derecho de los ciudadanos a controlar las informaciones que sobre ellos circulan. Sin embargo, estos derechos no tendrían una concreción legal sino hasta 1992 y 1991, respectivamente.

Saarenpää indica que con el Convenio 108 comienza la tercera generación de protección de datos. Dentro de ella, de acuerdo a Cerda, se encuentran las siguientes leyes:

a) Data Protection Act inglesa: de 1984, se refiere al tratamiento automatizado realizado por el sector público y privado, contempla un organismo de control, encargado de la vigilancia de la legislación y de la protección a los titulares. Sus decisiones son revisables por un segundo organismo administrativo, sin perjuicio de la acción judicial.

b) Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, dictada en 1992 en España. Se aplica al tratamiento automatizado de datos proveniente del sector público y privado respecto de personas naturales. Otorga un nivel de protección similar al del Convenio 108 y crea una Agencia de Protección de Datos.

c) Ley de Datos de la República Federal Alemana: a consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional Alemán acerca de la Ley de Censos en 1983, se modificó la ley de 1977 extendiendo la tutela al tratamiento manual, además del automatizado. Los derechos del titular pasan a ser irrenunciables, estableciéndose un sistema de responsabilidad objetiva para la vulneración proveniente de organismos públicos, a la vez que hace recaer la carga de la prueba sobre el ofensor cuando la vulneración proviene del sector privado.

La potencia de la circulación de datos en Europa instó al legislador europeo a dictar un cuerpo normativo de carácter obligatorio para todos sus miembros, en reemplazo del convenio 108. Esta norma fue la Directiva sobre Tratamiento de Datos Personales de 1995 (Directiva 95/46), que para Saarenpää configura la cuarta generación de protección de datos.



La Directiva otorga protección sólo a las personas naturales. Incluye al tratamiento automatizado y manual, desde la recogida de los datos. Dicho tratamiento puede provenir del sector público o del privado. Establece el principio del consentimiento como requisito del tratamiento, con excepciones, complementado por el principio de finalidad como parámetro de la legitimidad de las operaciones. Confiere al titular los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación. Impone obligaciones de oficio al usuario de los datos, y prohíbe la adopción de medidas con consecuencias jurídicas basadas exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos.

Respecto al flujo internacional, establece como requisito la existencia de un nivel de protección adecuado en el país destino de los datos, o bien el otorgamiento de garantías en el caso de que no exista ese nivel.

La existencia de una autoridad de control es considerada indispensable por la directiva. Debe ser independiente, con capacidad normativa y procesal, pero sus decisiones podrán ser sometidas a revisión judicial.

La directiva obligó a varios países europeos a elevar sus niveles de protección, entre ellos Suecia, que debió incorporar las materias relativas al flujo internacional; Inglaterra, que agregó el tratamiento manual y mayores facultades al órgano de control, y España, que incluyó el tratamiento manual, la prohibición de decisiones en base a tratamiento automatizado de datos.

Desde la inviolabilidad del hogar a la protección de datos personales, el derecho a la privacidad recorre un largo camino de adquisición de nuevas facetas, a la vez que abandonaba las antiguas.

A continuación, pretendo analizar en detalle cada una de sus formulaciones, en el mismo orden que las he expuesto aquí, como pasos en la historia del derecho a la privacidad.

En primer lugar, desde la intimidad como derivado de la propiedad, al artículo de Brandeis y Warren; y en segundo lugar, la transformación de la intimidad a la vida privada con alcances positivos, para derivar finalmente a la autodeterminación informativa.

## 2. Desde el concepto tradicional de intimidad al artículo de Brandeis y Warren

### 2.1. La intimidad como derivado de la propiedad

La protección de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales ha sido una preocupación del Estado de Derecho desde su creación. Pero esta salvaguarda no ha tenido siempre la extensión que tiene hoy; incluso un derecho que actualmente nos parece casi básico, y que se encuentra contenido en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, algún día, no muy lejano, fue objeto de discusión. Es el caso del derecho a la vida privada.

A diferencia de otros principios y derechos como la igualdad, la libertad de informar, la libertad de culto y la propiedad; la vida privada no tuvo existencia jurídica autónoma sino hasta finales del siglo XIX, cuando por primera vez se habla de un derecho a la vida privada sin dependencia de la propiedad. Esto no quiere decir, sin embargo, que el bien jurídico protegido por la vida privada se haya encontrado exento de protección. Esta existía, pero no era íntegra, sino incompleta, y no pocas veces demostraba ser inútil.

La protección a la que hacemos referencia venía dada por el derecho de propiedad. Se origina en el derecho anglosajón, bajo la fórmula *privacy-property*, que consistía en que las intromisiones a la esfera íntima de la persona sólo eran ilegítimas, cuando a la vez lesionaban el derecho de propiedad. Hassemer denomina a esta etapa como la concepción *patrimonialista* de la vida privada<sup>79</sup>. El concepto patrimonialista tiene su origen en la sociedad burguesa, y como objetivo, los intereses de dicha clase social.

En efecto, el derecho a la intimidad en clave patrimonialista no es un derecho igualitario. Sólo extiende su tutela a quienes poseen la propiedad. Sin propiedad, no hay privacidad alguna. Por ende, la privacidad adquiere un rol identificador de clase, puesto que al ser una cualidad de la propiedad, es también una cualidad de los propietarios. Hassemer, al referirse a la evolución de la tutela penal de la intimidad,

---

<sup>79</sup> HASSEMER, WINFRIED, Y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO, “*El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*” Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 91

indica que “(...) el acento de la tutela se concentra en proteger un ámbito de intimidad que podríamos llamar “de carácter exclusivo y excluyente”, que rima con el deseo burgués de alcanzar la intimidad como una condición más de reivindicación de clase. Es la intimidad, por ello, una condición de carácter individual, que suele pertenecer a aquellos que también ostentan la propiedad”<sup>80</sup>.

Lo interesante de este análisis es que permite entender porqué el derecho a la vida privada - en rigor, la privacy - nació como un derecho de exclusión. La dimensión negativa del derecho proviene de esta necesidad de diferenciación, primero de la clase burguesa respecto del resto, y luego del individuo respecto de lo social, en el sentido de Hanna Arendt.

Jurídicamente, para la teoría patrimonialista la intimidad es objeto de propiedad privada, tal como una casa, o un libro, y los medios de protección para su defensa, son los mismos que los diseñados para la tutela del dominio. Por esta razón es que durante décadas, las únicas materias relacionadas a la intimidad que fueron consideradas relevantes para el derecho eran las que tenían algún grado de conexión con la propiedad.

La protección patrimonialista se traduce principalmente en la inviolabilidad del hogar y la correspondencia. La protección del honor en cuanto honra, es decir, al prestigio de una persona frente a la sociedad, también tiene que ver con esta doctrina, y en la misma medida la protección penal tradicional al ámbito íntimo, vale decir, los delitos de calumnia y difamación.

Suárez indica que además de la técnica del derecho de propiedad, en la etapa patrimonialista del derecho de privacidad, éste también gozó de protección en virtud del principio de buena fe<sup>81</sup>, propio de la teoría de los contratos. La teoría del pacto justificaba la protección en ámbitos como los deberes de reserva relativos a reproducción de imágenes o escritos, o al secreto profesional o marital.

---

<sup>80</sup> HASSEMER, op.cit., pág. 90

<sup>81</sup> SUAREZ CROTHERS, CHRISTIAN. “El Concepto de derecho a la Vida privada en el Derecho Anglosajón y Europeo” Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2000, Vol. 11 [citado 11 Abril 2008], pp. 105. Disponible en la WWW: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502000000100010&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100010&lng=es&nrm=iso)>.ISSN 0718-0950

## 2.2. The Right to Privacy: el ensayo de Brandeis y Warren

La propiedad y la buena fe fueron suficientes para mantener a salvo el espacio privado, o al menos el espacio privado burgués, hasta la aparición de la prensa como un actor relevante en la vida pública. Es más, el hecho que indujo a Brandeis y Warren a publicar su artículo, de acuerdo a Losano, fue que *“el senador Samuel Warren consideró que la prensa de Boston había exagerado al divulgar noticias reservadas sobre el matrimonio de su propia hija”*<sup>82</sup>. Más allá de la anécdota, lo cierto es que el sistema del Common Law no contenía una norma que regulara las acciones invasivas de la prensa.

Brandeis y Warren hacen un análisis de la protección que hasta entonces brindaba el Common Law a la vida privada, para determinar si existe una tutela general a la privacidad en el derecho norteamericano. Estudian cada supuesto, y luego indican porqué no es satisfactorio como medio de protección. Diferencian las siguientes hipótesis:

A) La difamación y la calumnia: la conducta sancionada por lo que Brandeis llama el derecho o las leyes de difamación (law of defamation), es parecida a la acción lesiva en contra del derecho a la privacidad. Sin embargo, señala que esa similitud es tan sólo aparente, pues el bien jurídico subyacente a las normas en cuestión es distinto. Y esa diferencia se debe, en primer lugar, a que en la difamación lo tutelado es la reputación. La violación al derecho consiste en un ataque que ocasione una baja en la estima que los otros tienen de la víctima. En segundo lugar, ese ataque debe tener la intención positiva y directa de causar daño a la víctima en sus relaciones sociales, sometiéndole al odio, la burla o al desprecio de sus semejantes. Tercero, la estima no se refiere a los sentimientos o emociones, sino que tiene una raíz material. La reputación, en este sentido, es aquella condición social necesaria para participar en el mercado y asegurar la acumulación de riqueza. Señala Brandeis que *“In short, the wrongs and correlative rights recognized by the law of slander and libel are in their nature material rather than spiritual. That branch of the law simply extends the protection surrounding physical property to certain of the conditions necessary or*

---

<sup>82</sup> LOSANO, MARIO, op. cit., pág. 15

*helpful to worldly prosperity*<sup>83</sup>. Luego, la identidad personal en si misma no es objeto de protección.

B) Propiedad intelectual (*copyright law*): en Estados Unidos hasta el día de hoy, las leyes de propiedad intelectual aseguran al autor derechos materiales sobre sus obras, y no se preocupan de lo que en el derecho continental llama “*derechos morales*<sup>84</sup>”, como el derecho de paternidad de la obra, de integridad, de divulgación e inédito, de anónimo y en algunas legislaciones de retracto o arrepentimiento. El objetivo de las normas sobre *copyright* no es otro que asegurar al autor las ganancias provenientes de la publicación de su obra. Con todo, Brandeis reconoce que el Common Law otorga al autor el derecho de decidir si publica o no su obra, independientemente del soporte material o la calidad: y ese derecho no está contenido, por su naturaleza no económica, en las leyes sobre *copyright*. Al publicar la obra, empieza a operar el *copyright*, a la vez que se extingue el derecho a decidir si publicar o no la obra. La pregunta, entonces, es cual es la naturaleza jurídica de este derecho a publicar. Para Brandeis, las opciones son dos.

La primera opción es que el derecho a publicar es una consecuencia o derivado del derecho de propiedad. El tratamiento en base a la propiedad es adecuado tratándose de la publicación, pero no da respuestas satisfactorias e el caso de que el autor decida no publicar. Las razones para evitar la publicación o aparecer relacionado a la obra pueden ser muchas: al escribir un cuento, o pintar un cuadro, el autor puede

---

<sup>83</sup> “En resumen, las faltas y los derechos correlativos reconocidos por las leyes de difamación y calumnia poseen una naturaleza más material que espiritual. Aquella rama del Derecho simplemente extiende la protección que envuelve a la propiedad física a algunas de las condiciones necesarias o convenientes para la prosperidad mundana”. BRANDEIS Y WARREN, op. cit., pág. 198 en el original, traducción libre

<sup>84</sup> Los derechos morales son considerados irrenunciables e inalienables. Señala Antequera que “En cuanto a los derechos morales (o derechos de orden personal del autor), el sistema del “*copyright*” admite dos tendencias: omitir cualquier referencia en la ley a tales derechos y diferir a los tribunales su aplicación y protección (generalmente bajo las normas del derecho común sobre los derechos de la personalidad), o reconocer en la ley solamente los derechos morales “básicos ” (paternidad del autor e integridad de la obra), pero admitiendo generalmente su renunciabilidad” ANTEQUERA PARILLI, RICARDO, *Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, y Derechos Conexos*, en Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: "Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos Desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva" Aug 28, 2000 a Sep 5, 2000, San José, Costa Rica

querer evitar la publicación para salvaguardar su vida familiar, laboral, o sexual<sup>85</sup>. Cualquiera sea el motivo, lo que está claro es que el derecho de propiedad no es la herramienta jurídica adecuada para tratarlo, pues no hay una cosa sobre la que hacerla efectiva, ni uso, o goce, ni siquiera disposición de algo que permita ver en esta decisión de mantener oculto algún tipo de ejercicio del derecho de propiedad. Una postura consecuente con la idea de la propiedad como base del derecho a publicar, explica porqué las cortes norteamericanas negaron durante años las reclamaciones contra a publicación de cartas personales, que no tenían valor artístico. Puesto que si esas cartas no tenían valor literario, y por lo tanto económico, entonces no eran dignas de protección.

La segunda opción no tiene que ver con la propiedad. Brandeis cita como antecedente la sentencia de la Corte Suprema Estadounidense *Prince Albert vs. Strange*. En ella, aparece un nuevo principio normativo, más amplio que la propiedad, donde puede tener cabida el derecho a no publicar. La disyuntiva consistía en que no había una lesión material en la publicación de cartas privadas del requirente, que justificare una protección en virtud de la propiedad. El daño, en efecto, se producía por la publicación de hechos de la vida privada, que el actor había decidido mantener ocultos. El derecho a no publicar es, en verdad, una manifestación del derecho a controlar la información acerca de la identidad personal; del deseo de mantener una información encubierta, ya sea que esté o no plasmada materialmente, y sin importar su mérito artístico. Al respecto, Brandeis postula que la naturaleza jurídica de este derecho no es la inviolabilidad de la propiedad, sino directamente la dignidad humana. Señala que “(...) *no basis is discerned upon which the right to restrain publication and reproduction of such so-called literary and artistic works can be rested, except the right to privacy, as a part of the more general right to the immunity of the person, the right to one`s personality*”<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, se dice que la razón de que Pablo Neruda haya publicado anónimamente su libro “Los versos del capitán”, que dedicaba a Matilde Urrutia, fue evitar herir a su cónyuge, Delia del Carril.

<sup>86</sup> “*no se distingue base alguna sobre la cual el derecho a restringir la publicación y reproducción de las así llamadas obras literarias y artísticas pueda fundamentarse, salvo el derecho a la privacy, como parte de un derecho general a la inmunidad de la persona, el derecho a la personalidad de cada uno*” BRANDEIS Y WARREN, op. cit., pág.209 en el original, traducción libre

C) Abuso de confianza: no se trata únicamente del abuso de confianza tal como lo entendemos, sino mas bien de la infracción a normas del derecho de los contratos y, en especial, del principio de la buena fe contractual (objetiva). De hecho, Brandeis diagnostica este tipo de tutela como la protección basada en el incumplimiento de un contrato implícito, o abuso de una confianza implícita; para cuya justificación cita tres sentencias que también facilitan comprender esta forma de protección.

En primer lugar, *Abernethy vs. Hutchinson*. Los hechos, en resumen, son los siguientes: un médico intenta impedir la publicación de sus cátedras no publicadas, pero dictadas en un hospital, en una revista. Para el tribunal la regla de propiedad no era clara, pero dio lugar a la demanda por haber existido un abuso de confianza por parte de los asistentes, toda vez que en su calidad de alumnos podían retener la clase para su formación, pero no para obtener utilidades. Segundo, la decisión en *Tuck vs. Priester*. Los demandantes habían encargado al demandado cierto número de réplicas de una pintura que les pertenecía; quién hizo más réplicas y vendió el exceso. No hubo acuerdo respecto de derechos de *copyright*, pero sí en que había existido una infracción a las normas implícitas de un contrato. En tercer lugar, *Prince Albert vs. Strange*; en que el tribunal añadió como argumento adicional que la posesión del demandado tenía su origen en un abuso de confianza. Por último, en *Pollard vs. Photographic Co.*, se prohibió a un fotógrafo la exhibición y la venta de una fotografía tomada a una muchacha en circunstancias comunes. La razón principal de la determinación judicial se basó en el derecho de propiedad, y en todo caso, en el incumplimiento de la norma contractual implícita, y el abuso de confianza.

En todos los casos, el razonamiento jurídico parte de algunas de las siguientes bases: a) la conducta lesiva de la vida privada configura una infracción a una regla contractual implícita, que en la doctrina continental equivale al principio de buena fe, tal como lo indicaba Suárez<sup>87</sup> o b) es un quebrantamiento de una relación donde existe confianza implícita, lo cual impide la divulgación de información. Si es publicada, entonces el infractor incumple las reglas del contrato, o abusa de la confianza otorgada. En otras ocasiones, también se otorgó protección en base a la infracción del secreto comercial.

---

<sup>87</sup> Supra, pág 129

En síntesis, no obstante, aparece que la protección dispensada a partir del derecho de propiedad se vuelve inadecuada frente al poder de la prensa y la información en general, atendida la capacidad de escudriñamiento en el espacio privado de las personas. Ergo, la defensa adecuada de la identidad personal requiere el establecimiento de un derecho más amplio, necesidad ya visualizada en la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, *Prince Albert vs. Strange*.

Ante el escenario adverso, Brandeis plantea la urgencia de gozar de un derecho que proteja los sentimientos, emociones y estados de ánimo de una persona; que justifique la negativa a dar o publicar información, y legitime la necesidad humana de pertenecer a un lugar fuera del mundo.

A este derecho lo denomina *the right to privacy*, derecho a la privacidad, y lo conceptúa sirviéndose de la formulación del Juez Cooley, como *the right to be let alone*, el derecho a ser dejado a solas. En todo, se trata de un derecho general, esto es, no de un derecho subjetivo en contra de una determinada persona, sino que efectivo contra toda la sociedad; añadiendo que implica una categoría jurídica autónoma, distinta a la propiedad, cuyo objeto es garantizar la inmunidad de la persona y la elaboración su personalidad, derivándose directamente de la dignidad humana<sup>88</sup>.

Su aplicación va desde el respeto a la decisión conciente de no participar en la vida pública (por ejemplo, el derecho a no publicar), a impedir la exposición no autorizada de la vida privada por la prensa o terceros. Al respecto, señala Brandeis que *“The right of one who has remained a private individual to prevent his public portraiture, presents the simpler case for such extension; the right to protect one`s self from pen portraiture, form the discussion by the press of one`s privatte affairs, would be a more important and far reaching one”*<sup>89</sup>.

Así formulado, el derecho a la privacy parece absoluto. Por lo mismo, Brandeis se preocupa de proponer límites a su ejercicio, conforme el siguiente plan de análisis:

a) El derecho a la privacy no prohíbe la publicación de cualquier asunto de interés público o general (*matter of public or general interest*): el objetivo de la ley debe ser

---

<sup>88</sup> BRANDEIS Y WARREN, *Ibíd.*,pág. 195 y 209 en el original

<sup>89</sup> “El derecho de aquel que ha decidido mantenerse como individuo privado para impedir su presentación en público, es el caso más simple de dicha extensión (del derecho a la privacy); el derecho a protegerse del encasillamiento público, de la discusión por la prensa de sus asuntos privados, sería uno más importante y de más alcance”. BRANDEIS Y WARREN, *ibídem*, pág. 214 en el original, traducción libre.



proteger a aquellas personas en cuyos asuntos la comunidad no tiene un interés legítimo de ser sometidas al escrutinio público, en contra de su voluntad. La invasión, entonces, debe ser injustificada.

La justificación del interés público dependerá en gran medida de la persona ofendida. Si el individuo es un sujeto normal, entonces su alegato de permanecer fuera del ojo del público es razonable. Pero como señala Brandeis, "*There are others who, in varying degrees, have renounced their right to live their lives screened from public observation*"<sup>90</sup>. Entonces, circunstancias de la vida diaria que en general deben permanecer ocultas e indiferentes a la sociedad, si en cambio se refieren a un personaje público, como un candidato a un puesto político, adquieren verdadera relevancia pública. Agrega que los hechos que han de ser considerados de interés público no pueden estar predeterminados, mas son dependientes de cada caso, y de cada víctima.

Los hechos que por regla general pueden considerarse como parte de la vida privada, y por ello protegidos por el derecho a la privacy, son descritos como "*those which concern the private life, habits, acts, and relations of an individual, and have no legitimate connections with his fitness for a public office which he seeks or for which he is suggested, or for any public or quasi public position which he seeks or for which he is suggested, and have no legitimate relation to or bearing upon any act done by him in a public or quasi public capacity*"<sup>91</sup>.

La definición no precisa con exactitud que debe entenderse por "público", pero esa omisión es conciente y deliberada. Brandeis postula que el interés público depende en su mayor parte del caso concreto, y que la definición es tan sólo una guía para el juez. Reconoce, sin embargo, que existe un reducto ineluctable de vida privada, común a los hombres públicos y privados.

---

<sup>90</sup> Hay otros que, en mayor o menor grado, han renunciado a su derecho a vivir protegidos de la observación del público ". BRANDEIS Y WARREN, *Ibid.*, pág. 214 en el original, traducción libre.

<sup>91</sup> "Aquellos relativos a la vida privada, los hábitos, acciones y relaciones de un individuo, que no tienen conexiones legítimas con su idoneidad para un cargo público que busca o al que es presentado, o para cualquier posición pública o cuasi pública que busca o a la que es presentado, y que no tiene relación o nexo legítimo con un acto suyo hecho en calidad pública o cuasi pública" BRANDEIS Y WARREN, *Ibid.*, pág. 216 en el original, traducción libre

b) El derecho a la privacy no prohíbe la comunicación de cualquier asunto que, sin perjuicio de su naturaleza privada, se haga en circunstancias en que configure información privilegiada de acuerdo a las leyes de difamación: la información privilegiada hace referencia a la obligación de guardar secreto respecto a la información compartida que tiene una persona respecto del emisor del mensaje. Por ejemplo, el secreto profesional o el marital. El objeto de protección en este caso es el uso de cierta información para desacreditar acusaciones o imputaciones de mal comportamiento, legal o moral, en el ámbito público o privado, donde el interés particular esté presente. Así, el derecho a la privacy no se entiende lesionado por la publicación de esta clase de información en tribunales, cuerpos legislativos o comités de dichos cuerpos, en asambleas municipales o en general, en cualquier órgano público o cuasi público, cuando tenga el objetivo de enmendar una información errónea respecto al particular.

c) Presencia de daño: la invasión a la privacy debe ser lo suficientemente grave y seria como para producir daño en la víctima. El derecho a la privacy no protege de ofensas nimias.

d) El consentimiento del afectado en la publicación: si existe voluntad de la persona a quien se refiere la información para publicarla, o para que otro la publique, no existe ofensa al derecho a la privacy. Con todo, si la información fue comunicada a un público específico (por ejemplo, una reunión familiar o de negocios) entonces no es lícito publicarla en otro ámbito. La finalidad de la revelación de la información es el principio fundamental.

e) La verdad de lo publicado no es causal de justificación: atendido el bien jurídico lesionado, a saber, el derecho a la privacy, el hecho de que la información publicada sea cierta o no es irrelevante, pues de todas formas viola el derecho. La privacy persigue impedir la intromisión en la vida privada, en todas sus formas, sin importar la exactitud de la información publicada.

f) Del mismo modo, la ausencia de mala intención de quien publica la información, no es causal de justificación: la invasión a la privacidad es de la misma intensidad sea que el ofensor tenga la intención positiva de causar daño, sea negligente al publicar o incluso si adopta el nivel de cuidado de un hombre responsable. También son

indiferentes los motivos que tuvo al publicar. Lo único relevante es que la acción del ofensor debe ser voluntaria.

Brandeis se refiere también a las sanciones o remedios para los casos de violación a la privacy. Especifica dos; en primer lugar, una acción de indemnización de perjuicios por los daños causados en todos los casos, y en segundo, alguna medida judicial que imponga a una de las partes determinada conducta. Al referirse a las posibles sanciones penales, Brandeis plantea que de existir, han de considerarse bajo parámetros mucho más estrictos que los considerados para la procedencia de la acción civil. En cualquier caso, el mismo autor admite que los intereses de la sociedad son lo suficientemente fuertes como para justificar la protección penal de la privacy.

El derecho a la privacy propuesto por Brandeis y Warren se configura así como un derecho autónomo, negativo, en el sentido de que exige un no hacer del estado y la sociedad que impone evitar acciones que invadan la vida privada de un individuo. La evolución posterior de la doctrina adoptará la definición del derecho a la privacy como *the right to be left alone*.

### **3. La vida privada**

Habiendo analizado ya el origen y la primera etapa del derecho a la vida privada, corresponde ahora estudiar como se ha entendido la privacidad desde el artículo de Brandeis y Warren hasta el día de hoy, su evolución normativa en la doctrina y el derecho comparado, y delimitar las características del concepto de vida privada que contiene el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República de 1980.

#### **3.1. La intimidad**

Al estudiar la fundamentación material del derecho a la vida privada, concluimos que una de sus dimensiones consistía en ejercer el control de información sobre la identidad personal a objeto de evitar la revelación involuntaria de información desacreditadora. Luego, es esta dimensión la subyacente de la primera forma de

protección del derecho a la vida privada, a saber, el derecho a la intimidad, que en términos generales equivale a la *privacy* de Brandeis<sup>92</sup>.

Pero la intimidad es un concepto que, en rigor, no es sinónimo de vida privada. Etimológicamente proviene del latín *intimus*, que significa “*lo más recóndito*”<sup>93</sup>. Se refiere a los sentimientos, sensaciones e ideas más reservados de una persona. Para su protección basta el derecho a ser dejado a solas, y tiene como punto conflictivo principal la tensión con la libertad de expresión, en especial de los medios de comunicación de masas.

El derecho a la vida privada entendido como derecho a la intimidad es eminentemente negativo. Su único objetivo es impedir la intromisión del resto de la sociedad y del estado, en el ámbito íntimo de la persona. Ya habíamos hecho la distinción entre privado e íntimo siguiendo a Hanna Arendt, para quien lo íntimo configuraba la última defensa del individuo contra la esfera social.

La intimidad es un concepto muy difícil de definir. Aquello que puede ser legítimamente oculto del interés social dependerá siempre de que tan abierta, pluralista y tolerante, o por el contrario, cerrada, dogmática y conservadora es una sociedad determinada. Sin embargo, existe acuerdo<sup>94</sup> en que la intimidad tiene un centro firme<sup>95</sup> independiente del sentir social. Sobre el asunto, Álvarez-Cienfuegos define a ese núcleo duro como la “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo relaciones afectivas, sexuales, sino también la esfera de la confianza, que comprende toda la información de un sujeto, ligado a otro por lazos de afectividad o parentesco, o por razones ideológicas, raciales o profesionales*”<sup>96</sup>.

A diferencia de derechos cuyo contenido es más o menos claro y preciso, como los de libertad de culto, libertad de asociación, libertad de movimiento y debido

---

<sup>92</sup> Con todo, la *privacy* tiene una estructura mucho más flexible, al punto que puede incluso contener la protección de datos personales.

<sup>93</sup> HASSEMER, op. cit., pág. 89

<sup>94</sup> En este sentido, lo expresado por el Younger Comitee al definir la *privacy*, en LOSANO, MARIO, op. cit., pág. 32

<sup>95</sup> En el sentido de Lakatos, es decir, un núcleo convencionalmente aceptado e irrefutable por decisión provisional. LAKATOS, IMRE “*La falsación y la metodología de los programas de investigación científica*” Alianza, Madrid, 1983, pág. 144

<sup>96</sup> ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, *La Defensa de la intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 19

proceso, la intimidad se ha desarrollado jurídicamente en oposición al derecho a la libertad de expresión. Mas como límite que en cuanto derecho autónomo. En esta dinámica se torna dificultoso definir la intimidad no sin entrar en conflicto con la libertad de informar.

Lo dicho, no implica sostener que la intimidad carezca de contenido propio: es ese contenido el que se intentó perfilar en el capítulo II, al tratar la identidad personal. El problema es jurídico: si la intimidad tuviese una amplitud tal que toda información sobre un sujeto, que este decide mantener oculta, estuviese imposibilitada de publicarse, no habría un campo de acción para el derecho a la libertad de informar. Luego, el concepto jurídico de intimidad será en definitiva lo que resulte de las deducciones necesarias, y tal vez las convenientes, para el ejercicio de la libertad de expresión.

La teoría alemana de las esferas postula que la intimidad debe recibir mayor protección en la medida que se acerque al núcleo fundamental de la misma, y que la tutela debe decrecer en la medida que la situación afectada se aleje del centro. El razonamiento jurídico de la teoría de las esferas, según Perez Luño, pretende “establecer una protección gradual situando los comportamientos en sucesiva esferas a tenor de su referencia social” (*socialbezug*)<sup>97</sup>. La esfera íntima contiene lo más oculto y reservado de una persona. La esfera privada es la que abarca la vida familiar y la personal. Además, como señala Hassemer, existen otras esferas: esta teoría sobre el derecho de la personalidad (la teoría de las esferas) contenía varios niveles de tutela: la esfera mas interna (último ámbito inviolable de la libertad humana) y la esfera interna (ámbito íntimo); esfera íntima inviolable, es decir, el ámbito absolutamente protegido de decisión vital. Junto a estas esferas se encuentran también “*otras esferas privadas*”, que constituyen el ámbito privado e incluyen aspectos que no pertenezcan al ámbito íntimo y, finalmente, la “*esfera social*”, que abarca todo lo que en definitiva no pertenezca a otros niveles de la esfera íntima<sup>98</sup>.

De este modo, mientras la esfera mas interna goza de protección absoluta, las exteriores deben sopesarse con los intereses sociales que van envueltos en la ofensa. Las variables, entonces, son dos: por una parte, la cercanía al núcleo, y por otra, el

---

<sup>97</sup> PÉREZ LUÑO, *Los Derechos ...* op.cit., pág. 156-157

<sup>98</sup> HASSEMER, op.cit., pág. 129

grado de interés social. Mientras mayor sea el grado de interés social, más profunda podrá ser la afectación de la intimidad, con el límite infranqueable del núcleo duro.

Con todas sus dificultades, la teoría de las esferas provee un criterio decisivo para resolver el conflicto a partir de la existencia de un interés público.

En Estados Unidos la exigencia del interés público se impuso jurídicamente con la sentencia del Tribunal Supremo *New York Times vs. Sullivan*. La acción se refería a la difamación de que el actor habría sido objeto en su calidad de funcionario público, por un aviso publicado en el *New York Times*.<sup>99</sup> El problema jurídico consistía en decidir si el aviso configuraba una violación a la privacidad autorizada por la libertad de expresión, o por el contrario, una acción ilegítima y por lo tanto sancionable.

De partida, la Corte señala que las publicaciones difamatorias son contrarias a la Constitución; enseguida, se preocupa de prevenir que la situación cambia radicalmente cuando el ofendido es un personaje público. Cita el fallo en *Beauharnais vs. Illinois*, donde se dictaminó que *“los hombres públicos son, por así decirlo, bienes públicos”*. Por ende, la pretensión de inmunidad del derecho a la privacy no puede ser absoluta, sino que ha de sujetarse a los estándares de la libertad de expresión.

De acuerdo a la Corte, el principio rector reside en que la libertad de expresión se encuentra garantizada con respecto de asuntos públicos; señalando existir un *“profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de los asuntos públicos debe ser robusto, abierto de par en par y sin inhibiciones, y que bien pudiera incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente mordaces contra el gobierno y los funcionarios públicos”*.

Ahora bien, así como la libertad de expresión no puede verse limitada en exceso por las pretensiones de inmunidad de la vida privada, esta no puede verse reducida a nada, aún en el caso de los funcionarios públicos. La Corte, entonces, proporciona los

---

<sup>99</sup> Aunque la acción de difamación en rigor no equivale a la protección al derecho a la intimidad, sus supuestos de protección son aplicables analógicamente a este tipo de tutela. Al tratar las limitaciones a la privacy, señala Brandeis que *“To determine in advance of experience the exact line at which the dignity and convenience of the individual must yield to the demands of the public welfare or of private justice would be a difficult task; but the more general rules are furnished by the legal analogies in the law of slander and libel, and in the law of literary and artistic property”* (Determinar a priori la línea exacta en la que la dignidad y el interés del individuo que deben ceder a las demandas del interés común o de la justicia privada sería una tarea difícil; pero las reglas más generales son suministradas por las analogías jurídicas con las normas sobre difamación y calumnia, y las normas de propiedad intelectual). BRANDEIS y WARREN, op. cit., pág. 214 en el original, traducción libre

criterios para decidir cuando una conducta lesiva de la intimidad de un personaje público, se vuelve ilegítima. En este enfoque, la regla general, como ya se dijo, es que los personajes públicos tienen un nivel disminuido de protección de su intimidad para beneficio del desarrollo democrático. Lo que no está claro, es que tan disminuido. En primer lugar, este tribunal se plantea si el error de hecho en la publicación justifica una sanción o la prohibición de la misma, e indica que para el ejercicio adecuado de la libertad de expresión, se requiere de un debate amplio en que exista la posibilidad cierta de que la información comunicada sea falsa, pues la crítica al gobernante es un bien jurídico de mayor relevancia que la veracidad de la información.

Por todo, cita la opinión del Juez Edgerton, quien dijo: *“Los casos que exigen responsabilidades por informes erróneos de la conducta política de funcionarios son espejo de la doctrina anacrónica que mantiene que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes. . . .El interés del público en este caso supera el del apelante o el de cualquier otra persona. La protección del público exige no tan sólo discusión, sino información”*. Por otro lado, si la regla fuese la inversa, esto es, exigir la veracidad de los hechos contenidos en la crítica para que fuese legítima, se haría recaer sobre el ciudadano la obligación de garantizar la veracidad de la información que publica, lo que en la práctica llevaría a autocensura.

En segundo lugar, la Corte señala que las injurias a la reputación no configuran una conducta ilegítima en el caso de que el ofendido sea un funcionario público. El argumento es el mismo: la crítica a la función política o judicial es más importante que la honra del funcionario.

Añade que la combinación de error de hecho y de injuria tampoco es suficiente como para justificar protección en aras de la intimidad. Esto porque ya en 1798 había sido declarada inconstitucional una norma – la Ley de Sedición de 1798 - que castigaba la crítica falsa y maliciosa contra los gobernantes. Las razones de la declaración de inconstitucionalidad tendían a consagrar el principio de la libertad de expresión en la crítica al gobernante como una norma fundamental. En efecto, Madison señalaba que para la Constitución *“El pueblo y no el gobierno posee la soberanía absoluta”*, y que *“si reparamos en la naturaleza del gobierno republicano, veremos que el poder de censura lo ejerce el pueblo sobre el gobierno, y no el gobierno sobre el pueblo”*. Para la Corte, este *“derecho a la discusión libre y pública de la labor de los*

*funcionarios públicos” constituía, en la opinión de Madison, el “principio fundamental de la forma norteamericana de gobierno”.*

Entonces, si ni la falsedad de los hechos alegados, ni la injuria, ni tampoco la combinación de ambos, son razón suficiente para deslegitimar la crítica al funcionario público, ¿cuál es el límite? La misma Corte propone la siguiente norma: *“Creemos que las garantías constitucionales exigen una regla federal que le prohíba al funcionario público recibir daños por concepto de falsedades difamatorias relativas a su conducta oficial, a menos que demuestre tal aseveración se hizo con real malicia – es decir, con conocimiento de que era falsa, o con indiferencia temeraria por determinar si lo era o no”.* O sea, lo decisivo es la conducta del crítico: actuar a sabiendas de que la información revelada era falsa, o bien con absoluta negligencia para confirmarla; mas, siempre, la carga de la prueba recae en el ofendido.

Ante la amplia justificación que concede el interés público, cabe preguntarse que se entiende por tal. La respuesta dista de ser unívoca. García San Miguel distingue tres criterios para definir el interés público. Este autor parte definiendo la intimidad como *“el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás”*, y añade que se trata de un *“derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos”*<sup>100</sup>. Al plantearse el problema del contenido jurídico del derecho a la intimidad, reconoce la existencia de tres sistemas o criterios que buscan delimitarla.

El primero de estos sistemas es el sistema subjetivo. La característica de esta postura es que centra el interés público en la calidad del sujeto ofendido. Así, distingue entre *public officials* y *public persons*, por una parte, y *private persons*, por otra. García San Miguel traduce estas expresiones como cargo público, persona pública y persona privada.

El *public oficial* es, un sujeto que tiene poder de decisión político, o busca tenerlo, y también el funcionario público. La *public person* no tiene que ver directamente con el estado, y se caracteriza por poseer la facultad de ejercer influencia en el manejo de los asuntos públicos, generalmente a través del acceso a los medios de comunicación. Un oficial público es, por ejemplo, en nuestro ámbito, un intendente, un gobernador, el Contralor General de la República o un juez. La calidad de persona pública depende de que tan fuerte sea la influencia que puede ejercer. En ese sentido,

---

<sup>100</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, op. cit., pág. 22-26



también adquiere la calidad de persona pública un empresario importante, o un lobbyista; toda vez que la cuota de poder que manejan en la sociedad resulta tal vez mayor, incluso, que la de un individuo que calce en la calificación de *public oficial*.

Pero la distinción no está exenta de problemas. No todos aquellos involucrados en la vida política o el servicio público disponen de las mismas cuotas de poder, y no todas las personas que tienen acceso a los medios de comunicación, además tienen influencia. En este aspecto, es básica la diferencia entre la persona pública - que ejerce poder -, y la simplemente famosa, que solo connota una función de mera entretención<sup>101</sup>. La definición de persona pública, entonces, es esquiva.

Incluso, si se dispusiere de un concepto de persona pública satisfactorio, queda todavía pendiente el problema de los límites, esto es, de cuanta intimidad va a gozar esa persona pública. En esto, el sistema subjetivo presenta dos alternativas.

La primera alternativa (llamada radical), niega a la persona pública todo tipo de vida privada. Al mismo tiempo, considera ilegítima toda intromisión en la intimidad de la persona privada. El sujeto privado estaría a salvo de cualquier tipo de incursión, mientras que el sujeto público se encontraría bajo la vigilancia constante de la sociedad. Esta variante de la postura subjetiva es inaceptable, puesto que niega a la persona pública uno de sus derechos fundamentales, afectándolo en su núcleo esencial. Además, los sujetos privados pueden comportarse en ciertos escenarios en forma pública; así, por ejemplo, el caso de un abogado defendiendo a su cliente en un juicio oral en lo penal, o de un ciudadano cualquiera que envía una carta al director de un diario.

La segunda opción le reconoce a la persona pública el derecho a la intimidad, pero lo limita, sin afectar su núcleo. El problema es que esa limitación ha de provenir de una hipótesis auxiliar al criterio de distinción original, tornándolo inútil.

Además, ninguna de las dos formulaciones del criterio subjetivo se hace cargo del hecho de que las personas suelen tener más de una faceta, y que en algunas de ellas se comportan como privados, mientras que en otras lo hacen como personajes

---

<sup>101</sup> Aún así, el acceso a los medios puede convertir a una persona simplemente famosa en una persona pública. Por ejemplo, el no poco común caso de un actor de cine que decide entrar a la vida política, o un cantante famoso que usa su plataforma mediática para enviar mensajes políticos.

públicos. La distinción entre personas exclusivamente públicas y exclusivamente privadas es ilusoria, e inoperante para resolver casos concretos.

El segundo sistema es el criterio espacial. Señala García San Miguel que de acuerdo a este planteamiento *“las conductas, los objetos y situaciones íntimos, serían aquellos que se realizan o sitúan al interior de la vivienda y de otros espacios cuyo uso se atribuye en exclusiva (aunque sea por tiempo limitado) al individuo”*<sup>102</sup>. El criterio espacial tiene una estrecha relación con la visión patrimonialista de la intimidad, y con su principal consecuencia, la inviolabilidad del hogar. Se añade por analogía la inviolabilidad de la correspondencia y del teléfono. Dentro de estos espacios protegidos, la intimidad es sagrada. Fuera de ellos, no existe.

A diferencia de lo que ocurre con el criterio subjetivo, esta postura no presenta problemas de coherencia estructural, por su relativa simpleza. A la tríada hogar – correspondencia – teléfono, se le añaden además los espacios que siendo públicos se convierten en íntimos por algunos momentos: una habitación de hotel, una mesa de un restaurante, una cabina de teléfono. Pero todo lo que rodea a estos espacios es público. El interés público se diluye a tal punto que ya ni siquiera es un factor en la ecuación.

El criterio espacial tiene la característica - bien o mal -, de limitar la intimidad a lo que se entendía previamente al artículo de Brandeis y Warren. Esto es, desconoce la capacidad de invasión de la prensa aumentada por las ventajas tecnológicas de las que se dispone en la actualidad. Todo lo cual vuelve la carga para el individuo como demasiado fuerte; pues, en efecto, sólo podría desarrollar su identidad sin temor a la exposición pública dentro de los espacios protegidos, lo que equivale a negar la identidad ya que, tal señalaba Goffman, los seres humanos construyen su identidad social virtual a partir de las demandas de todos sus semejantes y no únicamente sus familias. El criterio espacial obliga a un encubrimiento constante, siempre expuesto a un descubrimiento sin sanción, cuyo alivio se encontraría en el único lugar donde no es necesario.

El tercer criterio presentado por García San Miguel es el denominado sistema objetivo. El interés público no depende de la persona o el lugar, sino de la conducta. Y la conducta pública sería aquella *“que la persona realiza al servicio de los demás*

---

<sup>102</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, *Ibíd.*, pág. 24

(tenga o no éxito en ello)”, mientras que la conducta privada sería “*todo aquello que la persona realiza para satisfacer necesidades propias*”<sup>103</sup>. Así, tendría interés público todo lo que se realiza en función de intereses ajenos, bien sea la sociedad como un todo, como es el caso de los funcionarios de la administración del estado o de un sector de la sociedad, por ejemplo, el empresariado o los trabajadores asalariados; o en general todo interés que no sea el del particular, en especial en el trabajo.

La regla de protección para el criterio objetivo será que respecto de las conductas públicas no hay intimidad, es decir, el derecho a la libertad de informar rige plenamente. En cambio, no se puede publicar nada respecto de las conductas privadas, independientemente de la persona que las realice o el lugar donde ocurran.

El criterio objetivo tiene la ventaja de presentar un escenario donde existe un margen de respeto amplio a la intimidad, y que a la vez permite el ejercicio pleno del derecho a la libertad de informar. Pero adolece de un defecto, y consiste en la dificultad de distinguir el carácter privado o público de algunas conductas. Y como ya hemos señalado, los conflictos entre intimidad y libertad de expresión suelen producirse en casos que ponen a prueba la distinción. Indica a su tiempo García San Miguel: “*hay conductas o situaciones que, siendo en principio privadas, tienen trascendencia pública, en la medida que afectan lo que un hace al servicio de los demás*”<sup>104</sup>. De ser así, ¿ qué tanto interés de los demás es necesario para que la conducta devenga en pública ?, ¿ basta que esté presente, o debe predominar por sobre el privado ?. El criterio objetivo no propone una respuesta general para estos temas.

El interés público como factor clave en la legitimación de conductas lesivas de la intimidad, requerirá probablemente de una combinación de los criterios antedichos para su aplicación. De esta manera, por ejemplo, una conducta privada en un espacio público tendrá un tratamiento distinto; y las conductas de personas públicas, por regla general, serán de interés público.

---

<sup>103</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, *ibídem*, pág. 25

<sup>104</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, *Ibíd.*, pág. 27

### 3.2. La vida privada en sentido positivo

A partir de finales de la década del 60 del siglo XX el concepto de intimidad comenzó a transformarse. Así como la intimidad se justifica por el control de información sobre la identidad personal, que busca evitar la revelación involuntaria de información desacreditadora, la vida privada se caracteriza por dotar al ámbito íntimo de un aspecto activo, que busca proponer la identidad personal de la persona a la sociedad, en la medida y bajo las condiciones que disponga el sujeto. La invasión de lo íntimo a lo social, consiste precisamente en la facultad del individuo para que la sociedad respete su identidad personal tanto en su propio ámbito privado, donde se entiende protegida por el derecho a la intimidad, como en la vida pública, donde entra en acción la vida privada en sentido positivo.

Al estudiar a Castells señalábamos que el derecho a la privacidad debía ser un medio jurídico apto para afirmar un proyecto de identidad aún en contra del sentir social y de las estructuras dominantes. La intimidad no cumple esta función; y ella sólo tiene por objeto dejar afuera al resto, evitar la invasión del ámbito íntimo y permitir que el individuo lleve una existencia ajena a la sociedad. La vida privada es un derecho que exige una actitud adicional, que es soportar la identidad de una persona aún si nos resulta antipática, socialmente hablando. Este sentido del derecho a la privacidad se parece más a la libertad que a la exclusión, y tiene un fuerte contenido antidiscriminatorio. Al respecto, Frosini afirma que *“Esto representa una nueva dimensión del right to privacy que ya no debe ser entendido en un sentido puramente negativo, de rechazo de las intromisiones perpetradas por extraños en la vida privada, de interdicción de la difusión de informaciones sobre uno mismo, de renuncia a la participación en la vida social (to be let alone). Por el contrario, este derecho pasa a ser contemplado en un sentido positivo, de afirmación de la propia libertad y dignidad de la persona”*<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> FROSINI, VITTORIO, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, en *Banche di dati, telematica e diritti della persona*, AA.VV., Padova, 1984, pág.33, en Morales Prats, Fermín, *Problemática jurídico penal de las libertades informática en España tras 10 años de vigencia de la Constitución de 1978*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España, 1989, pág. 308-309, nota 4, en HASSEMER, op.cit., pág. 93, nota 138.

La intimidad protege una situación específica que consiste en el aseguramiento al individuo de la inviolabilidad de un ámbito, llamado íntimo, donde puede existir sin la intervención del resto de la sociedad. Pero como ya señalaba Hanna Arendt, la sociabilidad forma parte de la esencia del ser humano, y negarla es ilusorio. Lo que pretende el derecho a la intimidad, sin embargo, no es negar la sociabilidad como atributo de la condición humana, sino otorgar salvaguardas al individuo para que su personalidad no sea afectada en términos que nieguen su identidad. Así y todo, no se descarta que la protección a la intimidad supone la existencia de un lugar fuera del mundo en que el ser humano pueda desenvolverse y desarrollarse.

Pero la situación cambia cuando el respeto a la identidad del individuo ya no se satisface con el mero dejar a solas. La proyección de la identidad personal como demanda de reconocimiento social requiere de una configuración jurídica distinta al derecho a la intimidad. Al respecto, Hassemer indica que *“la justificación para otorgar este status positivo al ciudadano se vincula directamente con la tutela de la dignidad de la persona humana, con la necesidad de proteger el libre desarrollo de la personalidad, y con el afianzamiento de la libertad en la sociedad democrática”*<sup>106</sup>.

Esta nueva forma de entender la privacidad ha sido caracterizada por la doctrina como vida privada en sentido positivo<sup>107</sup>. La definición de vida privada como el derecho a ser dejado a solas no resulta adecuada para definir esta nueva dimensión, y se proponen nuevos conceptos. Parker la define como *“el control sobre cuando y quién puede percibir diferentes aspectos sobre nuestra persona”*<sup>108</sup>. Westin, por su parte, señala que la vida privada consiste en el derecho a controlar la información sobre sí mismo (*a right to control information about oneself*)<sup>109</sup>.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vida privada no equivale estrictamente a un derecho de exclusión de la sociedad de un espacio o ámbito reservado para el individuo. Comprende además la integridad psíquica y moral de la

---

<sup>106</sup> HASSEMER, op. cit., pág. 124

<sup>107</sup> CERDA, op.cit., pág. 50; Hassemer, op.cit., pág. 92; Perez Luño, *Los Derechos...* op. cit., pág. 157

<sup>108</sup> PARKER, RICHARD, *A definition of privacy*, en *Values in conflict, Liberty and the rule of law*, Mac Millan, Nueva York, 1981, en GARCÍA SAN MIGUEL, op.cit., pág. 17

<sup>109</sup> WESTIN, ALAN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967, pág. 7, en PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, en CERDA, op.cit., pág 51

persona, incluyendo su vida sexual, y “*el derecho del individuo a anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes*”<sup>110</sup>.

Del mismo modo en que la vida privada en sentido positivo se diferencia de la intimidad, las amenazas, riesgos y violaciones que enfrentan son distintos. Mientras la problemática de la intimidad se traduce principalmente en la tensión entre este derecho y a libertad de informar, la vida privada en sentido positivo exige del Estado y la sociedad el respeto positivo de la identidad personal; es decir, que las personas tengan la facultad de proyectar su identidad personal en sociedad, con libertad y sin ser discriminados. Lo anterior exige que la información acerca de una persona, que es en definitiva lo que le permite adoptar decisiones, y asimismo lo que puede dar lugar a discriminación (especialmente en el caso de ser información desacreditadora) le pertenezca exclusivamente al titular de la misma. No en un sentido negativo, de que esa información sea conocida sólo por él y sus cercanos, sino en el sentido de que el sujeto tenga el control permanente y exclusivo de la información. Por esta razón es que Westin la definió como el derecho a controlar la información sobre si mismo.

Las amenazas que justifican la creación y la defensa de la versión positiva de la vida privada provienen, por una parte, del rechazo de las sociedades democráticas a las conductas discriminatorias, que de acuerdo a Goffman se producían por el reconocimiento de estigmas. El derecho a la vida privada en sentido positivo permite que el estigma permanezca legítimamente encubierto, de tal modo que la persona pueda realizar su identidad, controlando permanentemente la información sobre sí y su estigma (o estigmas). Cabría recordar que la calidad de estigmatizado es un rol, una perspectiva; de tal forma que todos somos en algún momento estigmatizados. Luego, todos debemos poseer el derecho a manejar la información sobre nosotros mismos a fin de que los estigmas no se revelen y conviertan en causa de discriminación.

Por otra parte, el aumento de la capacidad tecnológica para almacenar y transmitir información ha dado lugar a otro tipo de amenaza, tan potente y distinta que incluso la vida privada en sentido positivo puede resultar ineficaz para enfrentarla. Esa amenaza proviene del tratamiento automatizado de datos personales.

---

<sup>110</sup> RUIZ MIGUEL, CARLOS, *El derecho a la protección de la Vida privada en la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 34

## 4. La Libertad Informática

### 4.1. Los fundamentos

Al principio de esta memoria se intentó conceptualizar la sociedad red, con el objetivo de comprender el escenario en que actualmente se desenvuelven las personas y el derecho. En este nuevo mundo, la importancia de la información no puede ser exagerada: la comunicación y transmisión de información es motor de una economía global cada vez más independiente de las fronteras estatales. Es comprensible, entonces, que las demandas de información del mercado sean un interés social equivalente al avance económico. Además, esa información en cuanto factor relevante del ámbito económico, tiene su trasunto político, puesto que en manos del estado se convierte en eficaz instrumento de control social.

Lo fundamental en el concepto de sociedad informacional es el rol de la misma información. Pérez Luño indica que *“En las sociedades informatizadas del presente el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos”*. Y añade que *“Por ello, la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos económicos, sociales o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información”*<sup>111</sup>. Álvarez-Cienfuegos plantea que *“la información de todo tipo, incluso la que revela aspectos íntimos de la personalidad, se ha convertido en un bien de consumo; hay una auténtica demanda social de información (...)”*<sup>112</sup>.

Tal como arriba se manifestó, el proceso evolutivo de los derechos humanos depende de los nuevos peligros que afecten a las personas con una gravedad suficiente, de manera que la respuesta normativa a esas amenazas sea considerada parte de la lista de derechos fundamentales, o como la nueva dimensión de uno existente. Luego, la determinación de la amenaza proveniente del manejo de la información acerca de la persona en la sociedad informacional es relevante porque

---

<sup>111</sup> PEREZ LUÑO, *Los Derechos Humanos...*, op. cit., pág. 138

<sup>112</sup> ALVAREZ-CIENFUEGOS, op cit., pág. 14

permitirá comprender si justifica o no la existencia de protección a nivel de derechos fundamentales, que equivale a decir constitucional e internacional.

Goffman postulaba que la identidad de una persona, y por ende ella misma, se define, por un lado, por sus atributos de unicidad, es decir, aquello que la hace única, y por otro, en virtud de la historia que se puede vincular a ella, llamada biografía (lo que ha hecho, hace y puede hacer). Todo lo anterior es información. La edad de una persona, su condición física, su género y su etnia, o sus gustos, su capacidad económica, el lugar donde vive, la cantidad de hijos que tiene, si está casada o no; todo ello es información. Y se trata de información valiosa, no sólo para el mercado, sino también para el estado. Para el mercado, porque en base a esa información sabe qué, a quién, dónde y cómo vender.

Respecto al estado, porque le permite controlar las acciones de los ciudadanos, previendo las decisiones de los individuos, y obrando acorde a ello. A través del manejo de la información, el estado puede manipular la voluntad y los deseos de los ciudadanos, convirtiéndolos no en su propia finalidad, sino en su instrumento. También, y en un aspecto que se ha vuelto relevante, puede encasillarlos en grupos constitutivos de amenaza para la seguridad nacional, criterio que puede llegar a ser ridículamente amplio.

La información como bien de consumo por sí misma no resulta tan problemática para las personas y el derecho. El riesgo proviene cuando a ello añadimos los avances tecnológicos y telemáticos, la creciente capacidad de almacenamiento y transmisión de datos, y la posibilidad de interrelacionar esos datos para crear perfiles de personalidad. Así se permite que a cada vez más bajos costos, el estado u otro particular averigüe información acerca de mí o de usted, la almacene, venda o transfiera, sin límite alguno, y todo ello sin que siquiera lo sepamos.

Al respecto, Murillo de la Cueva señala que *“el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad cierta, de obtener –mediante el tratamiento de esos datos – nuevos elementos informativos que nos afectan”*. A lo anterior se agrega que del mismo modo puede accederse a información íntima (ampliamente desacreditadora o no), y *“el riesgo de que, a partir de ese cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra*



*personalidad en función de los cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas*<sup>113</sup>. Siendo así, la libertad de tomar decisiones sería ilusoria, puesto que al saber que el Estado y otros particulares pueden acceder a información sobre lo que hacemos, decimos y deseamos, toda decisión estaría condicionada en una medida importante por los intereses de aquellos que controlan la información.

En relación a la creación de perfiles de la personalidad, la tecnología informacional, telemática y su riesgo, Hassemmer plantea que *“Una sociedad democrática no puede funcionar con seres humanos que no pueden actuar en su entorno, que no pueden influir en la esfera de lo público, en virtud de que estas posibilidades le han sido cercenadas. Una forma en que esta “anulación” del individuo puede lograrse es a través de un control absoluto de sus datos personales, por medio de herramientas de catalogación que permitan formar “perfiles de su personalidad” que hagan transparentes su forma de ser, sus escogencias de valores, sus decisiones políticas, religiosas y sexuales, y en esencia, todos los aspectos más sensibles de su personalidad*<sup>114</sup>. La creación de perfiles de personalidad produce lo que el autor llama *“estigmatización electrónica”*. El conocimiento del que puede disponer el estado respecto de una persona, conlleva una capacidad de control de las acciones individuales sin precedentes. Bajo estos supuestos, la autodeterminación sería en definitiva una mera declaración, que se volvería humo ante las presiones que sufriría el individuo de parte del estado o el mercado.

Pero además de perder la facultad de elegir libremente por estar sometida a la vigilancia del estado, y de encontrarse a merced de los intereses particulares del mercado, el nivel actual de la tecnología de la información somete a la persona a otro riesgo. Ese riesgo es una consecuencia de la imposibilidad de manejar la información acerca de sí, y reside en la anulación del individuo como agente en la participación democrática. Un sujeto que no tenga la posibilidad de disponer de sus datos, y de conocer que cantidad de ellos y con que fundamento se encuentran en poder del estado o un tercero, se encontrará cercenado en la facultad de ejercer sus derechos fundamentales.

---

<sup>113</sup> MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, *La Construcción del Derecho a la Autodeterminación Informativa*, disponible en la WWW: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE104037.pdf>

<sup>114</sup> HASSEMER, op.cit., pág. 93-95

Esto ha de ocurrir porque dichas facultades estarán condicionadas por la acción de terceros (del sector público o privado) que pueden imponer sanciones indirectas a su uso, con el objeto de influir en las decisiones del individuo. La prohibición contenida en la Directiva 95/46 del consejo de Europa, a los órganos jurisdiccionales y administrativos de tomar decisiones basadas únicamente en información proveniente del tratamiento de datos personales, tiene su fundamento en esta desconfianza del legislador hacia el uso de la información y en especial de la elaboración de perfiles de la personalidad por los órganos públicos. Si la persona tiene la posibilidad de controlar sus datos y la información acerca de sí, entonces negaría los posibles perjuicios a sus posibilidades de participación en la sociedad.

La relevancia de la protección de la persona contra el tratamiento automatizado de datos personales es tan importante para el sistema democrático, que Pérez Luño ha afirmado que *“la protección de datos personales constituye, por tanto, un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados”*<sup>115</sup>.

Un elemento importante en el tratamiento de datos personales y de información respecto a una persona es el grado de conexión informativa. Algunos datos, en forma aislada, pueden parecer inocuos desde el punto de vista de la protección de la vida privada y la personalidad, pero al relacionarlo con otros datos, pueden servir para obtener nueva información de la persona<sup>116</sup>, y de tal modo, en su conjunto, crear perfiles de la personalidad. Desde este punto de vista, todos los datos personales deben ser protegidos.

#### **4.2. La protección de datos personales y el derecho a la libertad informática**

Entonces, si la protección de información acerca de una persona, de las marcas positivas de su identidad, de su biografía, o sea, de los datos acerca de sí, merecen protección; ¿ en qué debe consistir ?. En principio, en otorgar a las personas la facultad de decidir acerca de la información que les concierne.

---

<sup>115</sup> PÉREZ LUÑO, *Los derechos...* op.cit., pág. 139

<sup>116</sup> En especial en atención al grado de conexión informativa inherente a todo dato o información personal, al que hacía referencia Goffman. Ver Supra., pág. 22

Decimos en principio, porque en efecto, cuando comenzaron los problemas relativos al tratamiento automatizado de datos personales, y ante la insuficiencia de los criterios tradicionales de protección, es decir, la intimidad; la reacción no fue la instauración de un derecho fundamental a controlar la información, sino la dictación de leyes y normas que regulaban aquella actividad<sup>117</sup>. Esta nueva rama del Derecho es la protección de datos personales, definida por Pérez Luño como la que *“hace referencia al conjunto de bienes o intereses que puedan ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas identificadas o identificables”*<sup>118</sup>. Sin embargo, la amenaza de la sociedad informacional probaría ser lo suficientemente poderosa como para que la protección de datos personales gozara de protección constitucional.

Este nuevo derecho ha sido definido por la doctrina como la libertad informática – en el caso español – o autodeterminación informativa – en el caso alemán –; ambos términos como sinónimos. Murillo de la Cueva la define como *“el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”*<sup>119</sup>.

Pérez Luño señala que la autodeterminación informativa consiste en *“la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto”*. Añade que *“su función se cifra en garantizar a las ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen”*, y que *“esa forma de intimidad no se concibe como un valor intrasubjetivo, sino como autodeterminación del sujeto en sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público”*<sup>120</sup>.

Hassemer además establece la diferencia entre la tutela de la intimidad y la vida privada, con la proporcionada por la autodeterminación informativa, al afirmar que *“el derecho a la autodeterminación informativa, como un supuesto para lograr la interacción libre y democrática de los individuos en una sociedad cada vez más compleja, no parte de una tutela de esferas de intimidad, sino más bien del*

---

<sup>117</sup> Al respecto, ver supra, pág. 60-62

<sup>118</sup> PÉREZ LUÑO, *Los derechos...* Ibid., pág. 139

<sup>119</sup> En ÁLVAREZ- CIENFUEGOS, op.cit., pág. 25

<sup>120</sup> PEREZ LUÑO, *Intimididad....* , op.cit., pág. 39

*reconocimiento de la necesidad de que el sujeto decida sobre quién, cuándo, dónde y bajo que circunstancias puede tomar contacto con sus datos personales*<sup>121</sup>.

Luego, aunque la libertad informática tiene sus raíces en el derecho a la vida privada, su configuración jurídica es diferente, al menos a la de la vida privada en sentido negativo o intimidad. Y así como la intimidad se independizó de la propiedad por la falta de idoneidad de ésta para protegerla, el derecho a la autodeterminación informativa justifica su independencia porque la amenaza a la que responde y el modo en que la enfrenta son distintos a aquellos tradicionalmente relacionados a la intimidad.

Con todo, hay quienes postulan que la autodeterminación informativa no es un derecho autónomo, sino tan sólo una concreción del libre desarrollo de la personalidad y de la vida privada en sentido positivo, orientada al tratamiento de datos personales<sup>122</sup>. Este punto de vista considera que la intimidad es suficiente para hacer frente a los peligros de la informática, aunque reformulada como “*intimidad informática*”.

Pérez Luño de nuevo, refuta estas objeciones. En primer lugar, postula que la vida privada ya no se entiende como mera intimidad, sino que tiene una dimensión positiva que es la que se relaciona la libertad informática. En segundo lugar, si bien esa relación es estrecha, las diferencias entre el tratamiento automatizado de datos personales y el control de información personal común son tan grandes que desconocerlas sería negar el carácter evolutivo de los derechos humanos. Por último, la autodeterminación informativa requiere del estatus de derecho fundamental puesto que de otro modo se dificultaría la relación directa de aquella con otros derechos fundamentales.

La libertad informática como derecho fundamental tuvo su primera consagración en la Constitución Portuguesa de 1976, en su artículo 35, y luego en la Española de 1978, en el artículo 18.4. En Alemania el establecimiento de la autodeterminación informativa como derecho fundamental tuvo lugar en 1983 con la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre la ley de Censos. La importancia de esta sentencia requiere que le dediquemos un análisis más detallado.

El hecho impugnado ante el Tribunal fue la llamada “*recogida total*” de datos impuesta por la Ley de Censos. La cantidad de datos solicitados a los ciudadanos

---

<sup>121</sup> HASSEMER, op.cit., pág. 131

<sup>122</sup> Señalados en PÉREZ LUÑO, *Los Derechos...* op. cit., pág. 157-159

incluía desde datos personales comunes, como nombre, dirección o teléfono, hasta datos considerados sensibles, como la ideología política. Sin embargo, la preocupación que justificó el recurso no era la protección de datos determinados, sino el peligro que significaba *“la posible combinación de esos datos y su adscripción a una determinada persona, además del hecho de que se exigía su entrega mediante una ley con la amenaza de sanciones ante cualquier negativa al respecto”*<sup>123</sup>.

El Tribunal llevó a cabo un análisis instalando el derecho a la autodeterminación informativa a nivel de derecho fundamental, los requisitos institucionales mínimos para que fuese efectivo, y sus límites; entendiendo por derecho a la autodeterminación informativa *“la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”*<sup>124</sup>. Este derecho es equivalente a la libertad informática en cuanto ambos se refieren al derecho del ciudadano a controlar quién, cuándo, donde y bajo que circunstancias toma contacto con sus datos personales.

La necesidad de este derecho se hace patente dados los abusos, lesiones y riesgos a los que la tecnología de la información y la sociedad informacional someten al libre desarrollo de la personalidad del individuo. El derecho a la autodeterminación informativa, según la configuración propuesta por el Tribunal, cumple una función de parámetro, puesto que en una sociedad democrática y respetuosa de los derechos esenciales de la persona humana, el derecho a la autodeterminación informativa debe estar consagrado<sup>125</sup>.

Al mismo tiempo, se ocupa del interés, socialmente relevante, del estado y del mercado por obtener información para poder concretar sus fines. Lo hace reconociendo la existencia de límites al derecho a la autodeterminación informativa. Pero esos límites deben estar justificados por un interés social preponderante, y previamente establecidos en una ley. Además, de acuerdo a lo indicado por Hassemer, estas normas deben estar claramente expresadas, sometidas al principio de

---

<sup>123</sup> HEREDERO HIGUERAS, La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de la República Federal de Alemania relativa a la Ley de Censo de población de 1983, Documentación Administrativa, 1983, nº 198, pág. 139, en HASSEMER, op. cit., pág. 161

<sup>124</sup> Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 15 de diciembre de 1983, publicada en BJC Boletín de jurisprudencia Constitucional, número 33, 1984, Publicaciones de las Cortes generales, Madrid, pág. 126-170, en CERDA SILVA, ALBERTO, op.cit., pág. 54

<sup>125</sup> En este sentido, HASSEMER, op.cit., pág. 162-165

proporcionalidad, y estar respaldadas por un aparato organizatorio y procedimental que permita la defensa adecuada del derecho a la autodeterminación informativa.

El tribunal establece además una distinción clave entre datos personales que pueden relacionarse a una persona, y datos recolectados con fines estadísticos, que tendrán un tratamiento distinto.

Posteriormente, el derecho a la autodeterminación informativa fue elevado a la categoría constitucional y de derecho fundamental en diversos cuerpos normativos. Así, por ejemplo, las ya mencionadas Constitución Portuguesa y Española, la Constitución de la Nación Argentina de 1994 (artículo 43°); La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 (artículo 5° N° LXXII); la Constitución Política de Colombia de 1991 (artículo 15°); la Constitución Política del Perú de 1993 (artículo 2° N° 6); la Constitución Política de Paraguay de 1992 (artículo 135°); e internacionalmente, la resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 8°).

#### **4.3. Las concreciones del derecho a la libertad informática y el *Habeas Data***

El derecho a la libertad informática consiste en la facultad de la persona para controlar quién, cuándo y bajo que circunstancias toma contacto con sus datos personales. Pero el ejercicio de esta facultad requiere, por una parte, de las herramientas jurídicas adecuadas para manejar la información, y por otra, de una configuración institucional que permita la ejecución adecuada y eficaz de esos instrumentos.

Respecto a lo primero, esto es, los medios de los que dispone el ciudadano para hacer efectivo su derecho a la autodeterminación informativa, existe una serie de derechos o facultades reconocidas a la persona para limitar la circulación de sus datos y decidir el destino de los mismos. Al estudiar las generaciones de leyes de protección de datos, pudimos identificar las leyes de segunda generación como aquellas orientadas a centrar la protección otorgándole al individuo el papel predominante en el control de sus datos. Por lo mismo, estas leyes, tal como señala Pérez Luño, *“contribuyeron decisivamente a conformar el derecho a la libertad informática, al*

*reconocer y tutelar los derechos al acceso y control de las informaciones por parte de las personas ofendidas*<sup>126</sup>.

Previamente a analizar las facultades conferidas a las personas para el control de sus datos, es conveniente tratar los principios de la protección de datos personales, pues aquellas suelen ser manifestaciones de éstos.

#### **4.3.1. Los principios rectores de la protección de datos personales**<sup>127</sup>

Los principios cumplen la función de servir de base para el ejercicio del derecho a la libertad informática, y de actuar como directrices en la aplicación de las normas de protección de datos. La doctrina ha distinguido los siguientes<sup>128</sup>:

a) Derecho de información en la recogida de los datos: es la base a partir de la cual se ejercen el resto de las facultades. El objetivo es que las personas sepan quién, cómo, cuándo, y dónde está tratando sus datos, para que puedan actuar y controlarlos. Consiste en que previamente a la recogida de los datos, los afectados deben ser informados expresamente y con claridad, de la circunstancias del tratamiento, tales como la existencia del banco de datos, de los derechos de que disponen para su defensa, que clase de datos trata y los destinatarios de los mismos. Este derecho es considerado uno de los principios de la protección de datos por la Ley Española de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 (artículo 5º), y por la Ley argentina 25.326 sobre Protección de Datos Personales (artículo 6º). Está contenido además en el artículo 10º de la Directiva 95/46/CE, y en el N° 4 de la resolución 45/95 de la ONU.

---

<sup>126</sup> Pérez Luño, *Los Derechos...* op. cit., pág. 152

<sup>127</sup> A continuación, utilizaremos ciertos términos que conviene definir desde ya para evitar confusión:

- dato personal: toda información relativa a una persona, identificada o identificable. En general, se trata de una persona física, no jurídica.

- Titular de los datos: sujeto o persona a la que se refieren los datos personales

- Tratamiento de datos personales: operaciones y procedimientos técnicos por regla general de carácter automatizado, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

- Responsable del tratamiento: persona física, jurídica, organismo, servicio o cualquiera que trate datos personales.

<sup>128</sup> Hassemer, op. cit. pág. 175; Murillo de la Cueva, op. cit.; Losano, Mario, *Un Proyecto de Ley sobre la Protección de los Datos Personales en Italia*, en *Libertad Informática y Leyes sobre Protección de Datos Personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 66-70; Álvarez-Cienfuegos, op.cit, pág. 31-44

b) Principio de consentimiento del afectado o de libre decisión sobre el fin u objetivo del procesamiento de sus datos personales: dado que la autodeterminación informativa consiste en el control sobre nuestros datos personales, este principio es el más básico y elemental. Exige que la autorización previa del afectado (titular de los datos) para el tratamiento de datos personales. Sin esta autorización, el tratamiento es considerado ilegítimo. El principio del consentimiento se encuentra establecido en Chile, en el artículo 4º inciso 2º de la ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada; en España, en el artículo 6º de la Ley de Protección de Datos de carácter Personal de 1999; en Francia, en el artículo 7º de la Ley de 2004 relativa a la protección de las personas físicas respecto a la protección de datos de carácter personal; en Argentina en el artículo 5º de la Ley 25.326 sobre Protección de Datos Personales<sup>129</sup>, e internacionalmente en el N° 3 de la resolución 45/95 de la ONU y el artículo 7º a) de la directiva 95/46/CE.

c) Principio de calidad de los datos o de transparencia sobre el tipo, dimensión y fines del procesamiento: los datos deben cumplir las características de veracidad, licitud y exactitud, de tal forma que *“éstos respondan a la realidad vital del afectado”*<sup>130</sup>. Este principio justifica la existencia de los derechos de rectificación y cancelación, pero en algunas legislaciones impone a los responsables del tratamiento la obligación de cancelar o rectificar datos de oficio. Así, por ejemplo, el artículo 5º del Convenio 108; artículo 6.1.d) de la directiva 95/46/CE; artículo 4º de la LOPD; Art. 4º de la Ley Argentina 25.326; artículo 6.1 de la Ley francesa de 2004; y el artículo 6º de la ley 19.628. El principio de calidad de los datos comprende el de finalidad y proporcionalidad, pero dada su relevancia lo trataremos aparte.

d) Principio de finalidad o de sujeción al fin del procesamiento para el cual el ciudadano ha dado su consentimiento informado: la recogida de datos, esto es, la operación mediante la cual el responsable del tratamiento obtiene un dato personal, depende por entero del consentimiento del titular. Por lo tanto, la finalidad por la que han obtenido los datos será lo que determine el nivel de uso de los datos, cuando estarán obsoletos (una vez alcanzada la finalidad para la que han sido recogidos), y cuando su

---

<sup>129</sup> En adelante, nos referiremos a esos cuerpos normativos como: Ley 19.628, LOPD, Ley francesa de 2004, y Ley argentina 25.326

<sup>130</sup> Álvarez-Cienfuegos, *íbid.*, pág. 31



tratamiento será ilegítimo. Luego, el tratamiento de los datos debe estar siempre sujeto a la finalidad con que fueron otorgados por el titular, y su intensidad dependerá también de dicha finalidad, en especial en supuestos de cesión de datos. Existe además el deber de cancelar los datos no necesarios o pertinentes para el fin legítimo del banco de datos. El principio de finalidad está contenido, entre otros cuerpos normativos, en el artículo 9 de la Ley 19.682; artículo 4º N° 1 y 2 de la LOPD; artículo 6.2 de la Ley francesa de 2004; artículo 4º N° 3 de la Ley Argentina 25.326; literal E) de la Privacy Act estadounidense de 1974; artículo 5º literal b) del Convenio 108; artículo 3 de la resolución 45/95 de la ONU, y artículo 6º literal b) de la directiva 95/46/CE.

e) Protección de datos sensibles: los datos sensibles son aquellos que por estar estrechamente relacionados a la intimidad y la vida privada del sujeto, y por su potencial de exponerlo a conductas discriminatorias, reciben protección especial, como la ideología política, su religión o creencias, origen racial o étnico, color, vida sexual, salud o afiliación partidaria o sindical. El principio se encuentra en la mayoría de las legislaciones, entre ellas la chilena (artículo 2º literal G ley 19.628); española (artículo 7º LOPD); de Gran Bretaña (número 2 y schedule 3 de la Privacy Act de 1998); francesa (artículo 8º ley de 2004); argentina (artículo 7º de la Ley 25.326), e internacionalmente en el artículo 6º del Convenio 108; artículo 8º de la directiva 95/46/CE y 5º de la resolución 45/95 de la ONU.

e) Principio de seguridad de los datos o de aseguramiento técnico de los principios de protección del sujeto en el tratamiento de datos personales: la eficacia del derecho a la autodeterminación informativa y de los principios que de él se desprenden, depende en gran medida de la capacidad del responsable del tratamiento de los datos para garantizar la seguridad de su tratamiento. Por lo tanto, tiene la obligación de mantener estándares de seguridad que garanticen el respeto de los principios de la protección de datos personales. Incluye el deber de secreto para todo el que participe en el procesamiento de los datos, y se haya contenido, entre otros, en los artículo 9º y 10 de la LOPD; 7º de la resolución 45/95 de la ONU, y artículos 16 y 17 de la directiva 95/46/CE.

f) Existencia de una autoridad de control: la autoridad de control debe ser independiente y su función consistirá en velar por el cumplimiento de la normativa de datos personales, llevar el registro, notificarse o autorizar el funcionamiento de los

responsables del tratamiento, y conocer de los asuntos que se susciten entre los titulares de los datos y los responsables del tratamiento. La autoridad puede ser única o estar dividida según sus funciones primarias. Este principio forma parte esencial de la regulación institucional del derecho a la libertad informática.

g) Cesión de datos personales: como principio fundamental, la cesión de datos personales requiere el consentimiento del titular de los datos y el respeto de la finalidad con que fueron recogidos. Las excepciones deben encontrarse establecidas por ley. Con todo, la mayoría de las legislaciones contienen excepciones a este principio, en distintas hipótesis: cuando se opone a intereses sociales, tales como la salud pública, la seguridad nacional, actuaciones de la policía o los tribunales, o bien para proteger el interés vital del afectado; cuando la cesión se entiende comprendida dentro de los fines y los poderes conferidos al responsable del tratamiento, o cuando sea consecuencia de una obligación jurídica. En este sentido, el artículo 10º LOPD; B) de la Privacy Act estadounidense de 1974, y Art. 7º de directiva 95/46/CE.

#### **4.3.2. Derechos o facultades conferidas a las personas para el control de sus datos personales**

El objetivo de los derechos del titular de los datos es otorgarle un abanico de posibilidades para lograr el control de los mismos. Sin embargo, serían inútiles de no contar con la existencia de un medio procesal para hacerlos efectivos. Ese medio es el *habeas data*. A continuación indicamos cuáles son éstos derechos, y luego nos referiremos al *habeas data*.

a) Derecho de Acceso: Consiste en la facultad del ciudadano para exigir del responsable del tratamiento de datos personales, que confirme si en su tratamiento existen o no datos acerca del titular, de que le informe cuáles datos son, y su origen. Su ejercicio debe ser gratuito (caso de la Ley española) o a bajo costo y periódico. La directiva 95/46/CE añade también el derecho a que se le informe la lógica del tratamiento de los datos.

Se trata de un derecho elemental y básico, consagrado en la mayoría de las legislaciones. Así, por ejemplo, en Chile en el artículo 12 de la Ley 19.628; en España en el Art. 15 de la LOPD; en Francia, en el artículo 39 de la Ley de 2004; en

Gran Bretaña en el N° 7 de la Data Protection Act de 1998; en Estados Unidos en el literal d).1 de la Privacy Act de 1974; artículo 14° de la Ley argentina 25.326, e internacionalmente en el artículo 12 de la directiva 95/46/CE, y en el N° 4 de la resolución 45/95 de la ONU.

b) Derecho de información: se trata de una concreción del principio del derecho a la información. Las personas deben ser informadas, expresamente y con claridad, de todas las circunstancias que rodean al tratamiento; la existencia de un banco de datos, el responsable del mismo, los derechos de los que dispone, que clase de datos maneja y los destinatarios de los mismos. El objetivo es que pueda ejercer eficazmente el resto de las facultades otorgadas por la ley. Está contenido, entre otras, en la LOPD (artículo 5°); la Data Protection Act Inglesa de 1998 (N°. 7.1. a); artículo 13° de la Ley Argentina 25.326, e internacionalmente en el artículo 10° de la Directiva 95/46/CE, y en el N° 4 de la resolución 45/95 de la ONU.

c) Derecho de Rectificación y Cancelación: es la herramienta para hacer efectivos los principios de calidad de los datos y de finalidad y proporcionalidad. Exige del responsable del tratamiento que los datos cumplan los requisitos de veracidad, exactitud, actualidad y que su tratamiento sea conforme al fin para el que se consintió al otorgarlos. El incumplimiento de estos deberes por parte del responsable del tratamiento, para el que dispone de un plazo breve, está sujeto a sanciones.

Este derecho es la esencia el control de información subyacente a la libertad informática. Está contenido en Chile en el artículo 12 inciso 2° de la Ley 19.628; en España en el Art. 16 de LOPD; en Francia en el artículo 40° de la ley de 2004; en Gran Bretaña en el N° 14 de la Data Protection Act de 1998; en Estados Unidos en el literal d.2 de la Privacy Act de 1974; en Argentina en el artículo 16° de la Ley 25.326 e internacionalmente en artículo 6.1 literal b) y 6.2 de la directiva 95/46/CE, y en el N° 4 de la resolución 45/95 de la ONU.

d) Derecho al olvido: catalogado también como un principio, se refiere a la obligación de los responsables del tratamiento de datos de destruir los datos una vez que se ha cumplido el fin para el que fueron recogidos. Goza de amplia aceptación ( así, por ejemplo, artículo 6.5 de la Ley francesa de 2004), y está consagrado internacionalmente en el artículo 6.1 literal e) de la directiva 95/46/CE, y en el N° 3 de la resolución 45/95 de la ONU.

e) Derecho a la impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados: este derecho evidencia el temor de las sociedades democráticas al peligro que significa la construcción de perfiles de personalidad. Prohíbe cualquier decisión de un organismo público, administrativo o judicial (y en algunos casos, como la ley española, también de privados) fundamentada, exclusivamente, en el tratamiento automatizado de datos personales del sujeto. Está contenido, entre otras, en las siguientes legislaciones: en Francia, en el artículo 10 de la Ley francesa de 2004; España, en el artículo 13 de LOPD; en Gran Bretaña en el N° 12 de la Data Protection Act de 1998; en Argentina en el artículo 20° de la Ley 25.326, e internacionalmente en artículo 15.1 de la directiva 95/46/CE.

#### **4.3.3. Habeas Data**

Como es bien sabido por quienes nos dedicamos al estudio del derecho, la eficacia de una norma requiere de su garantía por algún un medio procesal para hacerla valer, bien sea ante los tribunales, o ante un órgano con poder de decisión e imperio. Para la autodeterminación informativa y los derechos que de ella surgen, esa herramienta es lo que la doctrina ha denominado *Habeas Data*.

El *habeas data* es “la facultad de las personas en conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos informatizados”<sup>131</sup>. Recibe esta denominación debido al paralelismo existente entre la institución del *habeas corpus* respecto a la libertad personal, con la del *habeas data* en relación a la libertad informática. En ambos casos se trata de medios garantístico - procesales cuyo objeto es la defensa de una dimensión de la libertad humana.

La garantía jurídica del *habeas data* es considerada por Pérez Luño como uno de los elementos del *status activus processualis*, que Denninger caracteriza como “el reconocimiento de la facultad de cada persona para participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los

---

<sup>131</sup> PÉREZ LUÑO, *Intimidación...* op. cit., pág. 40

*derechos fundamentales*<sup>132</sup>. En una sociedad informatizada democrática, esta garantía requiere la existencia del *habeas data*, puesto que constituye la forma jurídico procesal de los derechos de acceso, información, rectificación y cancelación, y en general de la autodeterminación informativa.

El ejercicio del *habeas data* está estrechamente ligado a la institucionalidad que rodea a la libertad informática. En efecto, como medio procesal es uno de los presupuestos para que esa institucionalidad opere.

#### **4.4.- La autoridad de control de datos**

Uno de los principios de la protección de datos personales, es la necesidad de contar con una autoridad de control. Por lo mismo, prácticamente todas las legislaciones sobre protección de datos personales contemplan el establecimiento de un órgano específico dedicado a la protección de datos personales<sup>133</sup>. La configuración institucional necesaria para la salvaguarda del derecho a la autodeterminación informativa, radica en la existencia de una autoridad de control de datos orientada a fomentar el cumplimiento de la legislación, que deberá gozar de facultades que le permitan el ejercicio adecuado de su función. Esa tarea consistirá primordialmente, por una parte, en la defensa de los ciudadanos contra el tratamiento ilegítimo de sus datos, y por otra, en monitorear el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales por parte de los responsables de los bancos de datos, a través de sistemas de registro, aplicando sanciones y dictando normas de carácter general y obligatorio para complementar las leyes de protección de datos.

---

<sup>132</sup> DENNINGER, *El derecho a la autodeterminación informativa*, en *Problemas Actuales de la documentación y la informática*, Tecnos/ Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, pág. 268 y ss., en PÉREZ LUÑO, *Intimidad...* Ibid. Pág. 43

<sup>133</sup> N° 8 de la resolución 95/45 de la ONU; sección IX (Art.18 y ss.) de la directiva 95/46/CE; Parte VI ( N° 51 y ss.) de la Data Protection Act inglesa de 1998; Capítulo 3, Art. 11 y ss. de la Ley francesa de 2004 relativa a la protección de las personas físicas respecto a la protección de datos de carácter personal; título VI, Art. 35 y ss. Ley española de Protección de Datos de carácter Personal de 1999; capítulo V, Art. 29 y ss. Ley 25.326 Protección de los Datos Personales, Argentina, entre otras.

Aunque las características y atribuciones de cada autoridad de control varían de un país a otro, hay ciertos elementos intrínsecos a la institución que no pueden faltar al hablar de una autoridad de control. A continuación, me referiré brevemente a ellos.

En primer lugar, el requisito básico de una autoridad de control es su independencia. La autoridad de control debe ejercer sus funciones con independencia funcional, orgánica y económica de los órganos administrativos y jurisdiccionales. La independencia se justifica por la relevancia de los bienes jurídicos en conflicto; de una parte, un derecho fundamental, ya sea la libertad informática o la vida privada, y de otra, el desarrollo económico de un pueblo. Alberto Cerda plantea como aspectos jurídicos relevantes para determinar el grado de independencia de una autoridad de control los siguientes: el nombramiento, que involucra los requisitos que debe cumplir quien ha de ocupar el cargo y procedimiento para nombrarlo; las inhabilidades que le afectan: inamovilidad, y reglamentación interna de la institución<sup>134</sup>.

Segundo, la resolución 45/95 de la ONU añade que la autoridad de control también debe ser independiente respecto de quienes procesan los datos. Además, debe *“ofrecer garantías de imparcialidad”* y de competencia técnica. Lo anterior se entiende en razón de las funciones que desempeña, y de la alta complejidad técnica que involucran.

En cuanto a las funciones de la autoridad de control de datos, todas ellas tienen por finalidad principal permitir el funcionamiento adecuado de la institución y el logro de su objetivo, que es garantizar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales. Cuales son las facultades reconocidas a la autoridad de control.

- Asistencia a los interesados, que implica promover la legislación en estudio, informar a las persona sobre sus derechos e instar a los responsables del tratamiento al cumplimiento de la ley. En algunos casos, también contempla la creación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos.
- Debe llevar un sistema de registro, donde conste públicamente *“la individualización suficiente de todas las entidades públicas y privadas que realizan operaciones de tratamiento de datos, así como la precisión de la*

---

<sup>134</sup> CERDA SILVA, ALBERTO, *La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales*. Tesis (Magíster en Derecho), Santiago, Chile Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, 260 pág

*categoría de datos sobre los cuales recae su cometido, y la finalidad del tratamiento, entre otros extremos*<sup>135</sup>. El objetivo es que el ciudadano sepa contra quién dirigirse al ejercer sus derechos. Las características del sistema de registro varían, y existen distintos sistemas para cumplir esta función<sup>136</sup>.

- Facultades fiscalizadoras,
- Facultad de imponer sanciones, generalmente multas,
- Facultades cautelares, ante peligro inminente de tratamiento ilícito,
- Facultades normativas, para dictar normas de carácter particular o general tendientes a la adecuada aplicación, integración e interpretación de la ley.

Dada las amplias e importantes atribuciones de la autoridad de control, es menester que sus actuaciones y decisiones a su vez también se hallen controladas, con tal de hacer efectivo el principio de responsabilidad propio de toda institución pública, corolario de la sujeción a la constitución y las leyes.

Por ende, los actos de la autoridad de control están sujetos a revisión jurisdiccional, y suele existir la obligación impuesta a la autoridad para que rinda periódicamente cuenta de su gestión.

Sin embargo, la ley N° 19.628 no contempla la creación de aquel órgano de control, otorgando un recurso judicial al titular de los datos ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable del tratamiento. No existe tampoco un sistema de registro de los responsables del tratamiento de datos personales, sin perjuicio de la obligación impuesta al registro civil por el artículo 22 de la citada Ley de llevar un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos. Así, y dado que en Chile no existe una institucionalidad idónea para la defensa de la libertad informática, podemos decir que el respeto a este derecho fundamental en nuestro país está lejos de lo ideal.

---

<sup>135</sup> CERDA SILVA, ALBERTO, *La autoridad...* op. cit. pág. 205

<sup>136</sup> Al respecto, el Lindop Report distinguía entre sistemas de autorización, de registro y de notificación; Sir Norman Lindop, *Report of the comitee on Data Protection*, HMSO, Londres, 1978, en LOSANO, MARIO, op. cit., pág. 50-53. Alberto Cerda diferencia los sistemas de inscripción licencia, inscripción constitutiva, inscripción formativa, mixto, notificaciones simplificadas y exentas, y notificaciones reforzadas. CERDA SILVA, ALBERTO, *La autoridad...* ibid. pág. 206-209

### **3.5. Limitaciones a la libertad informática**

El control que ejercen los ciudadanos sobre sus datos personales no puede ser absoluto. El funcionamiento del sistema económico en la sociedad informacional requiere tráfico de información. Luego, hay supuestos en los que la autodeterminación informativa debe ceder ante el interés general de la sociedad. Esos supuestos son las limitaciones o excepciones al derecho a la libertad informática.

Las distintas legislaciones varían en cuanto a la amplitud de las excepciones contempladas al derecho a la libertad informática. Con todo, y atendido que se trata de un derecho fundamental, toda limitación debe estar expresamente contenida en una ley justificada por un interés público preponderante, y su intensidad deberá ajustarse en proporción al interés que la justifica.

Las limitaciones a la libertad informática implican que existirán categorías de datos que no podremos controlar en los términos prescritos para los datos personales, así como situaciones donde el tratamiento será legítimo aún en contra de nuestra voluntad; por ejemplo, no tenemos control sobre los datos estadísticos, y el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del titular se justifica cuando existe grave peligro a su salud de por medio.

La legislación comparada suele contener limitaciones al derecho a la libertad informática, ya sea a propósito de la exigencia del consentimiento del titular para proceder al tratamiento de los datos o de la cesión de los mismos. Tales son los casos de España (artículos 6 N° 2, 7 N° 6 e inciso final, 8 y 11 N° 2); Argentina (artículos 2, 9, 1 N° 3 y 17 Ley 25.326); Francia (artículos 7 y 8 II y IV), y la directiva 95/46/CE (artículos 7° literales b) a f), y 8 N°2 literales b), c), d) y e)); o como un título aparte, forma utilizada por Gran Bretaña (Parte IV, N° 27 a 39) y la resolución 45/95 de la ONU (N° 6). Cabría recordar que tratándose de un derecho fundamental, la interpretación de las limitaciones ha de ser restrictiva.

En Chile, las excepciones al principio del consentimiento previo del titular están tratadas en el artículo 4 incisos 5° y 6° de la Ley 19.628; y respecto a los datos relativos a la situación económica, financiera o bancaria del titular en el artículo 17, conforme el siguiente tenor:



Artículo 4.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

Inciso quinto: No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Inciso sexto: Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el, uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquellos.

Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados, cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales.

También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el asentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.

Las reglas resultan polémicas ya que las hipótesis de ambas normas son muy amplias, pues se incluyen prácticamente todos los supuestos relevantes de tratamiento

de datos personales. Todo lo que la ley califica como disponible al tratamiento sin autorización del titular, es precisamente la base de un perfil de la personalidad.

Luego, la protección brindada por la ley 19.628 denota grave deficiencia puesto que, de una parte, no contempla la regulación institucional necesaria para la adecuada defensa de la libertad informática (o sea, existencia de una autoridad de control), y por otra, en razón de que los derechos del titular de los datos se ven severamente cercenados por causa de excepciones tan amplias a su ejercicio, que en definitiva se transforman en la regla general.

De este modo, la ley 19.628 se vuelve una norma ineficaz y poco garantista, a tal punto que, incluso, contempla la limitación de la libertad informática por la potestad reglamentaria del Presidente de la república, en clara infracción al principio de reserva legal (artículo 17 inciso segundo). Así las cosas, si consideramos la protección de datos personales como una consecuencia de la libertad informática, y esta a su vez como una manifestación de la vida privada, derecho consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, las normas citadas deben considerarse claramente inconstitucionales.

### **3.6. Sanciones**

En una era en que la información es clave de la economía global, el tratamiento automatizado de datos personales se convierte en una de las más importantes actividades para conseguir aquella para beneficio del sector privado, o público, ya sea respecto del consumidor o del súbdito.

La libertad informática, y los derechos que confiere, son la herramienta de la que dispone el ciudadano para defenderse del tratamiento ilegítimo de sus datos. Mas, para que esa defensa sea operativa, debe estar respaldada por sanciones en el caso de incumplimiento de la normativa.

Cualquiera sea el tipo de sanción, su eficacia requerirá que signifique para el responsable del tratamiento un costo mayor al que implica cumplir la ley. La resolución 45/95 de la ONU, N° 8, parte final; impone la necesidad de contar con sanciones penales y de otro tipo para los casos de violación de las normas sobre protección de datos personales. Las distintas legislaciones contemplan sanciones penales,

administrativas y civiles, que varían en intensidad de acuerdo a la gravedad de la conducta infractora. En Argentina, las sanciones se encuentran en el capítulo VI, artículo 31 (administrativas) y 32 (penales) de la Ley 25.326; en Francia, en el capítulo VII (pecuniarias y administrativas) y VIII (penales) de la Ley de 2004; en España, la aplicación de sanciones distingue entre conductas leves, graves, y muy graves, a las que se aplicará una multa de cuantía proporcional a su gravedad (título VII, artículo 43 y ss. Ley de 1999); en Gran Bretaña, en el N° 21 y 60 de la Data Protection Act de 1998, e internacionalmente en los artículos 23 y 24 de la directiva 95/46/CE, y el N° 8 de la resolución 45/95 de la ONU.

En Chile, el artículo 23 de la Ley 19.628 contempla como sanción la obligación del responsable del tratamiento de datos personales de pagar una indemnización de perjuicios, que incluya expresamente el daño moral. Esto quiere decir que el camino elegido por el legislador chileno fue la responsabilidad civil, sin aplicación de multas ni la tipificación de conductas que constituyan una sanción penal. Añádase a esto las ya indicadas fallas de la Ley 19.628, y el escenario para la protección de datos personales es desalentador.

Habiendo delimitado los conceptos de intimidad, vida privada y libertad informática, las necesidades jurídicas y materiales que los justifican, las diferencias que existen entre ellos y su evolución en el derecho comparado; queda pendiente referirnos a las relaciones entre el derecho a la vida privada y otros derechos fundamentales.

## Capítulo IV

### **DERECHO A LA VIDA PRIVADA, RELACIONES Y CONFLICTO CON OTROS** **DERECHOS FUNDAMENTALES**

Como señalamos al inicio, el objetivo fundamental de esta memoria es aproximar un concepto autónomo y de contenido material del derecho a la privacidad, que no dependa de otras instituciones jurídicas para ser definido.

Sin embargo, el derecho a la vida privada tanto en su versión negativa (intimidad), positiva (vida privada en sentido positivo) como informacional (libertad informática), se desarrolla junto con algunos derechos, y en colisión con otros. Es necesario, por tanto, diferenciarla de los primeros. Así también, respecto a los segundos, es menester indicar los aspectos principales del conflicto al que se someten, y establecer al menos los principios generales en virtud de los cuales puede solucionarse.

#### **1. Los Derechos vinculados a la vida privada**

En efecto, la vida privada es la base de otros derechos fundamentales, que pese a estar estrechamente vinculados a ella, tienen ya sea características distintivas, o una importancia tal, que justifican su tratamiento aparte. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la imagen, a la vida sexual, y el honor. A continuación, analizaremos algunos de estos derechos con el propósito de diferenciarlos del derecho a la vida privada tal como lo hemos definido; esto es, el control de información sobre la identidad personal, tanto en forma negativa o de exclusión como positiva o de participación.

La guía que utilizaremos para el estudio de los derechos relacionados será la formulación normativa del derecho a la vida privada contemplado en la Constitución Política de la República, como en algunos de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, que a continuación transcribimos.

A) Constitución Política de la República de 1980: Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: N° 4: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

B) Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

C) Declaración Universal de Derechos Humanos: Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques

D) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

De estas normas pueden desprenderse como derechos relacionados a la vida privada; el derecho a la vida privada familiar, el derecho a la honra o reputación y la inviolabilidad del hogar y correspondencia. Desde otro punto de vista, conforme al cual forma parte de la vida privada toda información acerca de la identidad personal, nos referiremos también al derecho a la imagen, y a la vida sexual.

### **1.1. Protección a la vida familiar**

Qué debe entenderse por familia y cuáles son sus componentes, suponen materias de interés que exceden el propósito del presente análisis; a saber,

conocer los motivos que justifican la inclusión del término vida familiar en las normas acerca del derecho a la vida privada. No obstante, referiremos brevemente la idea de familia mas que su definición.

En el capítulo I de esta memoria aludimos referimos a la familia como una institución social atributiva de sentido para sus miembros, en base a la perpetuación de códigos de conducta. Actualmente, la noción de familia atraviesa por un proceso de cambio originado en la mutación de la familia patriarcal, por una en que la mujer adquiere una función proveedora y decisoria.

Si embargo, la crisis de la familia no implica su extinción, sino tan sólo su modificación. Tal como indica Barros, *“la relación familiar está cada vez más aislada en sí misma, separada de la antigua comunidad local, que tejía fuertes lazos normativos. La familia ha pasado a ser esencialmente un ámbito privado de relaciones”*<sup>137</sup>. De este modo, la familia se configura como una nueva institución distinta a la familia tradicional burguesa, pero que conserva un importante influjo de identificación personal.

Así, y aunque en una versión distinta, la familia todavía presenta dos características vitales en la dimensión de lo íntimo: por un lado, sigue siendo una fuente primaria de atribución de sentido: el ser humano, y en general todo animal, comienza a desarrollarse con las enseñanzas de sus padres, que en el caso de la persona, configuran parte importante de su identidad personal. Por otro lado, el control de información que ejerce el sujeto en el espacio familiar, se entiende protegido por muros de confianza cuya existencia es reconocida y reforzada por el derecho.

La defensa del espacio familiar de las intromisiones ajenas es necesaria, entonces, para el desenvolvimiento adecuado del proceso de aprendizaje básico de la persona, proporcionando a ésta un lugar en que la confianza en el resto sea tal, que pueda relajar el control de información acerca de sí mismo al punto de que no sea necesario ocultar información alguna.

Por tanto, aquello que una persona hace y dice dentro de su familia, es considerado lo privado por antonomasia. Luego, la vida familiar, en su calidad de elemento nuclear de la privacidad, recibe protección especial.

---

<sup>137</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE, *“La ley civil ante las rupturas matrimoniales”*, Estudios Públicos N° 85, CEP, Santiago, Chile, 2002, disponible en la WWW: [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/buscar.html?tipologica=or&textobuscar=familia&pagina=1](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/buscar.html?tipologica=or&textobuscar=familia&pagina=1)

## 1.2. El Derecho a la Honra

La preocupación fundamental del derecho a la honra es la protección de un estado de cosas distinto de aquel resguardado por el derecho a la vida privada. El tratamiento conjunto se da porque, tal como indicaba Brandeis, los medios de ataque o amenaza que lesionan a ambos derechos son similares.

Para la doctrina, la palabra honor tiene distintos significados que varían conforme al criterio empleado para definirla. En primer lugar, la palabra honor tiene un sentido subjetivo, que equivale a la “*estimación de si mismo*”<sup>138</sup> o “*el sentimiento de la propia dignidad*”<sup>139</sup>. Este sentido del honor se orienta a los sentimientos, emociones y autovaloraciones del sujeto. Todo ello, en tanto ocurre y tiene relevancia únicamente en el mundo interior de la persona, no cabe en la protección conferida por la honra. Este hecho fue precisamente lo que indujo a Brandeis y Warren a buscar un derecho que si lo hiciera, al que (como ya hemos visto), catalogaron de “*derecho general a la privacy*”.

En cambio, el honor en sentido objetivo corresponde, por un lado, a “*la fama o prestigio de que una persona goza ante los demás*”<sup>140</sup>, y por otro, a “*el poder que tiene una buena reputación de procurar ciertas ventajas materiales*”<sup>141</sup>. Este sentido del honor es al que hace referencia el derecho a la honra. Así se desprende claramente de las normas arriba transcritas, y de la definición del diccionario de la Real Academia Española<sup>142</sup>.

La reputación es el aspecto principal del derecho a la honra: se trata, entonces, de un asunto distinto al control de información sobre la identidad personal. Mientras en el derecho a la honra el bien jurídico protegido es, en definitiva, la valoración social; el

---

<sup>138</sup> En este sentido, CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *El derecho constitucional a la intimidad*, en Gaceta jurídica Santiago, Chile. N°. 194, 1996, pág. 28

<sup>139</sup> GRISOLÍA CORBATÓN, FRANCISCO, *Libertad de expresión y derecho a la honra*, en Curso de libertad de expresión; dilemas éticos y legales en visión comparada, compilado por Iñigo de la Maza y Tomás Vial, Universidad de Chile, Santiago, 2006, pág. 89

<sup>140</sup> CEA, op.cit., pág. 29

<sup>141</sup> GRISOLÍA, op.cit., pág.90

<sup>142</sup> Honor: (del latín, *-oris*)m. Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y nosotros mismos. 2. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea.

derecho a la vida privada busca amparar el control de la información que permite la construcción de la identidad personal. Lo que incluye, entre otras cosas, formar esa valoración. Por lo mismo, su vulneración, si bien suele tomar medios similares, es distinta.

La diferencia fundamental es el objeto de protección o bien jurídico protegido; para el derecho a la vida privada, lo relevante es la acción cuyo sentido es obtener o revelar información que el sujeto mantenía oculta, o destinada a un fin diferente; en el caso del derecho a la honra, la lesión son las consecuencias perjudiciales que sufre la persona en su valoración social por la revelación de información.

De ahí que la veracidad de la información revelada, sea un criterio secundario en casos de violaciones al derecho a la vida privada, y de primer orden respecto al derecho a la honra. En efecto, cuando se trata de una lesión a la vida privada, tanto la veracidad como la intención son irrelevantes por regla general, y no constituyen causa suficiente para legitimar la intromisión. Sin embargo, cobran importancia en el caso de que exista un interés público involucrado. La situación es radicalmente distinta tratándose de la honra; la veracidad de las alegaciones ofensivas, por regla general, eximirá de responsabilidad al ofensor.

En el sistema Europeo de protección a los derechos humanos, la honra y la vida privada se tratan en normas separadas. En efecto, mientras la vida privada recibe protección el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, el honor se encuentra tratado únicamente como una posible limitación al derecho a la libertad de expresión en el Art. 10.2º. La omisión fue deliberada, debido a la amplitud y dificultad terminológica de los conceptos de honor y reputación<sup>143</sup>.

Lo anterior es relevante, porque la confusión entre el concepto de fama u honor con la protección a la vida privada suele tener consecuencias perjudiciales para esta última. En una sociedad democrática, el control de información y la construcción de la identidad personal por exclusión y participación, tiene mayor relevancia que la mera estima o valoración social de un sujeto.

---

<sup>143</sup> RUIZ MIGUEL, op. cit. pág. 54



Por esta razón, es que la honra se agota en su función de límite de la libertad de expresión, mientras que la vida privada, en tanto derecho fundamental, tiene un contenido mucho mayor.

### **1.3. El derecho a la inviolabilidad del domicilio, el teléfono y la correspondencia**

La trilogía domicilio-teléfono-correspondencia resulta la más clásica, y tal vez más efectiva, forma de protección del derecho a la privacidad. Probablemente, y debido a su amplia consagración constitucional y por estar contenida en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos, es que no hay discusión en la doctrina acerca de su pertenencia al núcleo del derecho a la privacidad.

Hay autores<sup>144</sup> que incluso proponen como única forma de protección a la vida privada la consagración de inviolabilidad de ciertos espacios, añadiendo a la inviolabilidad las normas sobre protección a datos personales.

El bien jurídico protegido por la inviolabilidad clásica fue en sus inicios la propiedad, para luego derivar en la vida privada. Nos parece que ya nos hemos referido a este punto con la extensión suficiente, y con el objeto de no repetirnos, nos remitimos a lo ya señalado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabría mencionar que la Constitución Política de la República trata separadamente el derecho a la vida privada, de la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones. En efecto, mientras el primero está regulado en el artículo 19 N° 4, el segundo está contenido en el artículo 19 N° 5.

### **1.4.- El derecho a la vida sexual**

La identidad personal, como señalaba Goffman, se compone de ciertos atributos o cualidades de la persona, adheridos a ella por su historia personal o biografía. Entre esas características, algunas representan una relevancia decisiva en la construcción de la identidad personal; tal es la vida sexual.

---

<sup>144</sup> En este sentido, ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *“La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 59-60

El derecho a la vida privada, conforme a lo que hemos expuesto, tiene que ver con el control de información acerca de la identidad. Su relación con el derecho a la vida sexual se da porque nuestra identidad se compone, entre otras cosas, por nuestra preferencia sexual, y el modo en que decidimos ejercerla.

La vida sexual de una persona implica su libertad sexual propiamente hablando, y su orientación sexual. En este sentido, el derecho a la vida sexual se encuentra relacionado estrechamente a la vida privada en sentido positivo, en cuanto se trata de demandas de participación.

Exige, por un lado la pasividad del estado respecto del ámbito íntimo que configura la sexualidad, permitiéndole al individuo elegir y desarrollarse sexualmente con libertad, y por otro, el respeto de la orientación sexual en ámbitos donde suele encontrarse en problemas: así, por ejemplo, la prohibición de discriminación a homosexuales en el ejército, o el derecho de un transexual a contraer matrimonio.

A diferencia de lo que ocurre con la vida familiar o el honor, el derecho a la vida sexual tiene un carácter marcadamente participativo. Y tal vez por lo mismo, su aceptación como parte del catálogo de derechos humanos es más polémica. En Europa, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que *“el respeto a la vida privada incluye la vida sexual”*<sup>145</sup>.

El derecho a la vida sexual, o en rigor, el control de información acerca de la misma, que suele implicar una demanda de respeto a la identidad por parte de la sociedad, puede entenderse como una concreción del derecho a la vida privada. Sin embargo, no se encuentra establecido ni en la Constitución, ni en los tratados internacionales ratificados por Chile, dejando como única vía para su establecimiento el desarrollo jurisprudencial.

### **1.5.- Derecho a la Imagen**

El derecho a la imagen es una manifestación del derecho a la privacidad que provee la particularidad de mostrar un carácter mixto, pues presenta características tanto de exclusión como de participación.

---

<sup>145</sup> Ruiz Miguel, op.cit., pág. 35

En primer lugar, es necesario indicar que la imagen, la apariencia en términos generales, es una marca o soporte de la identidad, y única de cada individuo. Los casos en que la imagen está amenazada, se deben a su captación o reproducción no autorizada, lo que la convierte en un ejemplo típico de control de información acerca de sí mismo.

En efecto, si tengo la facultad de decidir que cantidad de información comparto, y si mi imagen plasmada en un soporte cualquiera constituye información, entonces toda publicación no consentida de esa imagen es ilegítima desde el punto de vista del derecho a la vida privada.

Un caso distinto es el de la publicación de imágenes que muestran una apariencia del individuo que no corresponde a la realidad. La lesión no consiste en la publicación misma de la imagen, sino que a través de ella se distorsiona la identidad personal del individuo. Si bien configura un quebrantamiento del derecho a la vida privada (en especial los casos de utilización de una imagen distinta a la consentida autorizada), la publicación de imágenes "*under a false light*", según ha denominado a este tipo de intromisión la doctrina anglosajona, se trata principalmente de una vulneración al derecho a la honra.

Por lo tanto, los criterios para decidir la legitimidad de una intromisión serán los mismos que aquellos utilizados en casos de violación al derecho a la vida privada. Luego, la vulneración será por regla general ilegítima, y sólo estará justificada cuando exista un interés público de por medio.

Desde otro punto de vista, el derecho a la imagen confiere a la persona el poder para decidir quiénes harán uso de su imagen, bajo qué condiciones, y con qué finalidad. Exige el respeto a la integridad de la imagen, y se relaciona con los beneficios económicos que puede obtener o dejar de obtener el sujeto, o quien publica su imagen, por la utilización de la misma.

Ambas formas del derecho a la imagen surgen del derecho a la privacidad. La primera tiene un carácter negativo. Pretende evitar el uso de la imagen de una persona, en atención a que ese individuo no ha consentido tal uso, y por lo tanto se vulneraría su derecho a controlar la información acerca de sí. La segunda, en cambio, supone un derecho cuyo propósito es asegurar la participación del sujeto en la utilización comercial de su imagen, imponiendo sus condiciones. En este segundo

sentido, de carácter utilitarista, aún cuando se trata de control de información sobre la identidad personal, el derecho a la imagen guarda semejanzas importantes con el derecho de propiedad.

## **2. El derecho a la vida privada en conflicto con otros derechos fundamentales**

### **2.1. El conflicto de derechos fundamentales**

Toda pretensión o interés en algún momento se verá enfrentado a uno o más intereses rivales, cuyos componentes son incompatibles con aquellas reivindicaciones. Ahora, cuando estas diferencias alcanzan un nivel donde el derecho que protege el interés material en cuestión se vulnera, y la acción u omisión que ocasiona la lesión se trata también del ejercicio de una facultad legítima, estamos en presencia de un conflicto de derechos.

El conflicto relevante para el derecho es aquel que se produce por la trasgresión de una norma jurídica. Colombo lo define como *“la presencia de intereses discrepantes de dos o más personas que se manifiestan mediante una acción u omisión que produce un cambio en el mundo externo”, donde ese cambio “produce como resultado el quebrantamiento del ordenamiento jurídico”*<sup>146</sup>.

En el caso de los derechos fundamentales, por regla general los conflictos cederán en favor del interés protegido a nivel constitucional, siempre y cuando la conducta lesiva no esté justificada ya sea por las excepciones al derecho en cuestión, o porque se trate del ejercicio de otro derecho fundamental. Éste último caso es el que nos interesa ahora.

La resolución judicial de conflictos parte de la base que tan sólo una de las partes puede resultar victoriosa, toda vez que tratándose de intereses compatibles, ambos no pueden ser legítimos. Así, por ejemplo, la negativa del vendedor a entregar la cosa vendida aduciendo que recibió menos del valor comercial del inmueble, y habiéndose pagado el precio oportuna e íntegramente, es ilegítima, y no merece

---

<sup>146</sup> COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La jurisdicción en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1991, pág. 3 a 5, en MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN, *Derecho procesal orgánico, parte general*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, pág. 2-3.

protección. Luego, aquel interés que no está protegido por el derecho será desestimado, a favor de los bienes jurídicos que si interesan al ordenamiento.

Pero tratándose de un conflicto de derechos humanos, ambas pretensiones representan bienes que son relevantes para el derecho y la sociedad; tan importantes, que se encuentran consagrados en la máxima jerarquía normativa.

Dado que cada contendiente está protegido por un derecho fundamental, la resolución del conflicto jamás puede consistir en la derrota o victoria absoluta de uno de ellos. Sostenido de otra manera; si la solución consistiere en la negación de una de las pretensiones, se estaría vulnerando un derecho fundamental, decisión que se encuentra prohibida por la Constitución. Ni el gobierno, ni el poder judicial o el legislativo pueden tomar ese tipo de decisiones.

Entonces, ¿ cómo ha de resolverse un conflicto entre derechos fundamentales ? La respuesta es difícil y siempre debe atender ponderadamente al caso concreto. Pero como criterio básico, podemos indicar que no podrá lesionarse el contenido esencial del derecho. De acuerdo a determinados antecedentes, uno de los intereses prevalecerá respecto del otro, pero conforme a hechos distintos, puede ocurrir lo contrario. Sin embargo, cualquiera sean las circunstancias del caso, el núcleo esencial del derecho debe permanecer incólume.

Para el caso específico del derecho a la vida privada, el principal conflicto donde se ve enfrentado con otro derecho fundamental consiste en la tensión que se produce entre éste y la libertad de expresión. Pues bien, consideramos - y lo expondremos mas detalladamente -, que la libertad de expresión protege un bien público, más que individual.

En ese sentido, vale decir, en conflictos con bienes públicos de relevancia constitucional, el derecho a la vida privada se enfrenta con el derecho a emprender y a la propiedad – según se expuso al tratar la libertad informática -

## **2.2. El derecho a la vida privada y las garantías procesales**

La resolución de conflictos en las sociedades civilizadas requiere que un tercero imparcial tome la decisión que solucionará el litigio; y necesitará, previamente, conocer las circunstancias del caso, hechos que sean investigados y probados. Pero la

búsqueda de la verdad: ¿ Constituye un interés o bien social lo suficientemente poderoso, como para justificar la lesión de derechos fundamentales ? La pregunta es más relevante en el caso de la prosecución penal, pero empapa a todo el derecho procesal.

La ineficacia de la prueba ilícita se justifica no sólo por los derechos que pueden ser vulnerados por la actividad probatoria, tales como la integridad física y psíquica, la libertad de movimiento o la vida privada; sino también por una exigencia de juego limpio entre el estado y el imputado. Lo anterior requiere el cumplimiento de garantías procesales no relacionadas directamente con derechos constitucionales, sino con la defensa del sujeto ante la acción estatal, propia del estado de derecho.

Al respecto, Maturana señala que *“La cuestión de la prueba ilícita se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio, y desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación”*<sup>147</sup>.

En el mismo sentido, Armenta asevera que *“No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionalmente los derechos (fundamentales o no sólo éstos) tanto de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, de defensa, de asistencia letrada, a utilizar los medio de prueba pertinentes..)”*<sup>148</sup>.

La solución de este conflicto por regla general será la ineficacia de la prueba obtenida ilegítimamente. En Chile, la prueba ilícita es aquella obtenida con infracción de garantías fundamentales. El ministerio público ha interpretado la expresión *“garantías fundamentales”* como *“todo derecho que la Constitución, los tratados internacionales, la ley procesal penal u otras leyes, reconocen a quien debe sufrir un proceso criminal o a otras personas que se vean afectadas por él (especialmente*

---

<sup>147</sup> MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN, *Aspectos Generales de la Prueba*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, pág. 139

<sup>148</sup> ARMENTA DEU, TERESA, *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*, Ius et Praxis. [online]. 2007, vol.13, no.2, p.245-377, Disponible en la WWW: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.

*testigos y peritos)*<sup>149</sup>. A su turno, Maturana define la prueba ilícita como la que es *“obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida con infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a los derechos fundamentales”*.

El derecho a la vida privada tiene un rol importante en la regulación de la prueba lícita, aunque secundario. En efecto, la prueba ilícita es una de las garantías procesales que forma parte del debido proceso; y la protección de la vida privada, en este aspecto, es una de las fuentes de ilicitud probatoria.

De este modo, el conflicto se produce principalmente cuando la búsqueda de la verdad material o formal de un proceso implica la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia o el teléfono. Sobre el particular, la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 5 prescribe que la intromisión en el hogar o en la comunicación privada de una persona, sólo es posible en los términos indicados por la ley<sup>150</sup>.

La prueba ilícita, respecto al derecho a la vida privada, es aquella que no se ha producido conforme a los requisitos legales. No se trata, entonces de una prohibición absoluta, como es el caso, por ejemplo, de la prueba obtenida a través de tortura, o infringiendo gravemente el debido proceso, sino del establecimiento de condiciones de procedencia.

La solución del conflicto dependerá de las condiciones establecidas para la vulneración del derecho a la vida privada-inviolabilidad. El artículo 19 N° 5 antecitado se limita a señalar que deberá efectuarse en la forma establecida por la ley. Ergo, la producción de prueba debe respetar los principios de legalidad y de proporcionalidad.

Armenta, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica que estos principios se satisfacen al cumplir los siguientes requisitos: *“1) previsión legal de la medida; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga; 4) que entre la lesión del Derecho Fundamental y la finalidad perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y*

---

<sup>149</sup> Oficio N° 167, 16 de abril de 2002

<sup>150</sup> Art 19°: La Constitución asegura a todas las personas: N° 5°: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley

*finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos*<sup>151</sup>.

Si la prueba fue efectuada en conformidad estricta a estos requisitos, entonces podemos afirmar que el derecho a la vida privada-inviolabilidad se encuentra lo suficientemente resguardado en contra de la búsqueda de la verdad del proceso.

### **2.3. El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada**

El supuesto básico de esta memoria es que toda norma jurídica, incluidos los derechos fundamentales, existe para satisfacer una necesidad o interés social. Habiendo definido lo que entendemos por conflicto, falta ahora referirnos a los intereses y los derechos que forman parte de esta confrontación en particular. Respecto al derecho a la vida privada, lo hemos definido como la facultad del individuo para controlar la información sobre su identidad personal, tanto en forma negativa o de exclusión como positiva o de participación. Para la determinación de los intereses protegidos por el derecho a la libertad de expresión y sus características, en su calidad de derecho en oposición a la vida privada, adoptaremos una posición.

Joseph Raz indica, en primer lugar, que la libertad de expresión es *“esencialmente un derecho a participar activamente y contribuir a la cultura pública”*<sup>152</sup>. En segundo lugar, plantea que ante la pregunta acerca de por qué protegemos ese derecho, hay cinco respuestas disponibles:

a) Porque las personas tienen un alto interés en la protección de la libertad expresión, a la que consideran esencial para el libre desarrollo de la personalidad: Raz señala que esta posición no guarda correspondencia con la realidad. Para una gran mayoría de las personas, es mucho más importante conservar su empleo, o recibir ayuda económica para obtener una vivienda, que ejercer el derecho a la libertad de expresión. Luego, esta postura presenta faltas de equilibrio reflexivo, es decir, entre los supuestos que la justifican y la realidad, tornándola inútil para servir de sustento a un derecho fundamental.

---

<sup>151</sup> ARMENTA, op. cit.

<sup>152</sup> RAZ, JOSEPH, *“La ética en el ámbito público”*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001, pág. 160



b) Las personas tienen un interés disminuido en la libertad de expresión, pero no existen razones para limitarla: porque, para esta teoría, los actos comunicativos no pueden ser dañinos, y si expresarse no daña, entonces no hay razón para limitarle. El problema es que, como señala el antiguo dicho, *“la pluma es más fuerte que la espada”*. En efecto, el perjuicio que puede ocasionarse a través de la expresión puede significar la ruina o la destrucción de la identidad de una persona.

c) Las personas tienen un interés disminuido en la libertad de expresión, pero las limitaciones conllevan el alto riesgo de convertirse en abusos que eliminen el derecho

d) La relevancia de la libertad de expresión para los intereses individuales puede no ser de importancia, pero su negación igualmente ocasiona grandes perjuicios: la libertad de expresión es el medio para proyectar las ideas y identidad en la vida pública. La censura es, en el fondo, la negación de las ideas y de la identidad ajena; la reducción del ciudadano-fin del estado, a un súbdito- instrumento del mismo. En otras palabras, la utilidad de la libertad de expresión es de interés para los grupos o discursos sociales, no para los privados.

e) La protección de la libertad de expresión se justifica por un interés público, independiente de la relevancia del derecho para sus titulares.

Raz basa su análisis en la 4ª y la 5ª teoría, puesto que ambas consideran a la libertad de expresión como un bien público. Ahora bien, ¿en qué consiste ese bien público? En nada menos que la defensa de la democracia. Raz indica que *“la libertad de expresión forma parte integral de un régimen democrático, vg. uno basado en alguna forma de acuerdo institucional diseñado para asegurar una respuesta significativa del gobierno a los deseos de los gobernados”*<sup>153</sup>.

Para que esto sea así, son necesarias dos condiciones: en primer lugar, los deseos de los gobernados son relevantes en la medida que no se encuentren manipulados por el estado. Este argumento es uno de los puntos de partida de la vida privada en sentido positivo y la libertad informática. En segundo lugar, la libertad de expresión, en tanto derecho a informar, y a ser informado, constituye la mejor forma para que los ciudadanos dispongan de información. Y la información, su cantidad y calidad, es fundamental para ejercer el control de los gobernantes y la defensa de los intereses particulares.

---

<sup>153</sup> RAZ, op. cit., pág. 165

Luego, la relevancia de la libertad de expresión no viene dada por el interés de sus titulares, sino por su condición de elemento esencial para la supervivencia de la democracia. Y dado que la democracia como régimen institucional es beneficiosa para la sociedad, en contraposición a otras formas de gobierno, puede afirmarse que la libertad de expresión encuentra su fundamento principal en la defensa del interés público, de vivir en una sociedad democrática.

Pero la defensa de la democracia que efectúa la libertad de expresión, no consiste únicamente en la entrega y disponibilidad de información que hace posible el control de los gobernantes por los gobernados. Además, cumple la labor fundamental de validar la identidad, de dos formas.

En primer lugar, la libertad de expresión, en cuanto acto comunicativo, transmite información acerca de los estilos de vida y la identidad personal de los individuos. Y esa identidad o estilo de vida que representan, se validan en la comunidad precisamente a través de su comunicación. Dicho de otro modo, la libertad de expresión es el cauce de validación de la identidad ante la sociedad.

Si no existe la posibilidad de expresarse acerca de un estilo de vida, la identidad a la que se refiere se torna oscura, indeseable y ajena a la sociedad, que reacciona estigmatizando a aquellos que se identifican a si mismos con atributos o estilos de vida que corresponden a la identidad no validada. A consecuencia de la validación, el tipo de identidad representada se vuelve una opción de vida real para el resto de los sujetos, que no deberán temer la estigmatización, porque su estilo de vida es conocido por la comunidad.

En segundo lugar, y dependiente de la función de validación que tiene la libertad de expresión, la censura, esto es, el acto de impedir la comunicación de información, equivale a la negación de la identidad, y a su condena. En efecto, si la libertad de expresión es el medio a través del cual el sujeto presenta su identidad en sociedad, y el uso de aquel instrumento le es vedado por el estado, al sujeto se le está negando el reconocimiento de la sociedad a su identidad.

Pero la censura tiene un efecto aún más pernicioso, que es la declaración de un atributo o un estilo de vida como indeseable. Al indicar que cierto atributo o acto no puede comunicarse, lo que se está diciendo en verdad es que aquel hecho es inaceptable para la sociedad. Además, la censura en cuanto símbolo, porta un sentido

de negación que no alcanza únicamente al acto censurado, sino que se extiende al estilo de vida o la identidad donde existe ese atributo. Luego, La censura no sólo impide la validación; implica la desaprobación de la sociedad a un tipo de identidad. Una condena tan amplia, gravosa e intensa, que equivale a la negación de la identidad misma.

Desde este punto de vista, la libertad de expresión equivale a la libertad de identidad, en tanto permite que todo tipo de identidad se valide en sociedad. Y siendo el derecho a la vida privada la facultad de controlar la información acerca de la identidad personal, el supuesto conflicto entre ambos se revela como una ilusión. Podríamos decir incluso que la relación entre vida privada y libertad de expresión, pasa de la tensión a la cooperación.

De hecho, la función de validación de la identidad de la libertad de expresión, en ningún caso acepta ni mucho menos requiere entrometerse en los asuntos del resto; y dado que el derecho a la vida privada consiste en controlar información, no existe, en verdad, una posibilidad de colisión entre ambos.

El escenario es distinto cuando la libertad de expresión se encuentra cumpliendo la función de garantía del régimen democrático. En este supuesto, el criterio fundamental para dirimir los casos donde se infringe el control de información acerca de la identidad, por una revelación de información no consentida, consiste en la existencia de interés público. Al tratar este asunto, indicamos, siguiendo a García San Miguel, que existían tres posturas principales para resolver el conflicto: el criterio espacial, el subjetivo y el objetivo.

El primero de ellos era demasiado gravoso para el derecho a la vida privada en la sociedad informacional, toda vez que equivalía, con ciertas modificaciones, a la protección de la intimidad del siglo XIX. Lo anterior no quiere decir que el lugar donde se encuentre el sujeto es irrelevante para la protección de su vida privada, sino que es inadecuado como criterio decisivo.

El criterio subjetivo y el objetivo, en definitiva, centran la decisión en la condición de público, ya sea de un sujeto, lo que presentaba serias dificultades explicativas y prácticas, o de una conducta, que si bien tenía más coherencia, seguía topando con la necesidad de definir el interés público.

La respuesta García San Miguel es que ante los casos problemáticos, la decisión se habrá de valer tanto de un criterio, como de otro, tomando lo mejor de todos ellos para suplir sus deficiencias.

Nuestra respuesta es similar; el concepto de interés público debe permanecer indeterminado. Su definición no haría sino dificultar su aplicación. Su función fundamental es la de servir de guía para la resolución de casos concretos, y para ello basta que existan directrices y criterios básicos, equivalentes a los que hemos presentado.

Raz concuerda con este análisis: indica que *“(...) el argumento democrático a favor de la libertad de expresión no se ocupa, con algunas excepciones obvias, del discurso referido a personas comunes identificables. Naturalmente, protege muchos comentarios acerca de individuos que son titulares o candidatos a puestos públicos, o que están de alguna otra manera involucrados en política”*<sup>154</sup>. Respecto al interés público no relacionado con la política, señala que la libertad de expresión permite *“el discurso acerca de los individuos que se transforman en símbolos de ciertas culturas, o ideologías, o que han adquirido la calidad de representantes paradigmáticos de cierto estilo de vida, cultura, etc.”*<sup>155</sup>.

Cabría agregar que el interés público no equivale al interés de los medios. La prensa y los periodistas tienen respecto a la libertad de expresión y la vida privada los mismos derechos y obligaciones que el resto de los ciudadanos. Al respecto, indica Walden que *“me han enseñado siempre que la prensa no tiene mayores derechos ni mayores obligaciones que los ciudadanos privados. Si hacemos decaer este principio y decimos que las leyes del país no se aplican a la prensa, gozaría así de cierta inmunidad (...)”*<sup>156</sup>.

Así las cosas, la facultad de los medios para calificar una conducta como constitutiva de interés público es la misma que la del resto de nosotros. Dependerá, de nuevo, del caso concreto, siendo mucho más amplia respecto de los sujetos que actúan en interés de otros, es decir, personas públicas, satisfaciéndose con la creencia razonable en la veracidad y exactitud de la información.

---

<sup>154</sup> RAZ, *Ibíd.*, pág. 173

<sup>155</sup> RAZ, *Ibíd.*, pág. 174

<sup>156</sup> En LOSANO, *op. cit.*, pág. 21

Otros intereses pueden justificar la publicación de información sólo si se encuentra consentida por el individuo al que se refiere. El problema que presentan no involucra a la libertad de expresión, sino al mercado: la satisfacción de una demanda de consumo de información relativa a la vida privada de ciertas categorías de personas. Por lo mismo, son tan dignos de protección como toda otra actividad comercial.

Esos intereses son los de la prensa, escondidos bajo el alero de la libertad de expresión, y los del público, en conocer la vida privada del resto. Ambos son tristemente complementarios, y en definitiva no merecen mayor protección que la brindada por regla general. Coincidimos con García San Miguel, en cuanto propone *“la distinción entre el libre debate e información sobre todo lo que tenga que ver con el bienestar colectivo, y por otra parte, el vulgar cotilleo, la simple voluntad de meterse en la vida de los demás, o dicho de otra forma; en la distinción entre el interés público por lograr una mejor vida para todos y el interés del público por saber lo que hacen con su vida los demás”*<sup>157</sup>.

De esta manera, la libertad de expresión sólo entra en conflicto con la vida privada en los casos donde se ve envuelto un interés público. En todos los otros, no hay ejercicio de libertad de expresión, puesto que no está justificada ni por la validación de la identidad - donde incluso es complementaria a la vida privada -, ni por la defensa de la democracia. Además, el interés público no equivale al interés de los medios de comunicación, ni tampoco al de los consumidores.

---

<sup>157</sup> GARCÍA SAN MIGUEL, op. cit., pág. 35

## C O N C L U S I Ó N

Iniciamos esta memoria proponiendo la siguiente hipótesis: el derecho a la vida privada tiene un contenido autónomo, independiente de su relación con otros derechos fundamentales o intereses socialmente relevantes. La determinación de ese contenido fue, por tanto, nuestra principal tarea.

Pero la definición del derecho la vida privada requiere entender previamente el mundo donde se desenvuelve lo denominado intimidad, vida privada o libertad informática. La razón, es que actualmente nos encontramos ante un cambio de paradigma. Y ello implica que todos los criterios, procesos y formas a través de las cuales se decide que es o no parte del conocimiento, están cambiando; mas siendo el derecho un aspecto de la sociedad en crisis, también se encuentra sometido a esta metamorfosis.

Cualquiera sea la denominación que se le otorgue al nuevo paradigma – postmodernidad, globalización, sociedad red, aldea global –, lo importante es que los criterios de atribución de sentido propios de la modernidad no son necesariamente los mismos que los del nuevo escenario. Nosotros, siguiendo entre otros a Castells, lo llamamos sociedad red o sociedad informacional. El principal factor de distinción entre la sociedad informacional y la moderna es la relevancia de la información y la tecnología: en la segunda, los procesos de producción están determinados por los capitales; en la primera, por el control de información. Y no sólo eso: el informacionalismo se extiende desde la economía al poder, y a la creación de códigos culturales.

Sin embargo, ello no implica que los ideales de libertad, igualdad y fraternidad ya no existan; simplemente han de ser entendidos en su dimensión postmoderna. Lo mismo ocurre en el caso del derecho a la vida privada.

En relación a los efectos de la sociedad informacional sobre el constitucionalismo, Pérez Luño elabora dos diagnósticos de importancia: primero, menciona una serie de dilemas a los que se enfrenta dicho constitucionalismo, que permiten dimensionar la importancia y, por sobre todo, los peligros que significa para el derecho constitucional el nuevo orden mundial. En segundo lugar, se refiere al surgimiento de una nueva clase de derechos fundamentales, los de tercera generación;

caracterizados por la defensa de las personas y sus derechos ante el uso de las nuevas tecnologías, y que requieren de actuación conjunta y solidaria para su mejor concreción.

El derecho a la vida privada trasunta una formulación en la tercera generación de derechos fundamentales, a saber, la libertad informática.

Una vez establecido el escenario, por cierto problemático, conforme al que se desenvuelve actualmente el derecho a la vida privada, podemos adentrarnos en su conceptualización. Y dado que nuestra propuesta parte de la base en atender cual es el interés que justifica un derecho, es en la determinación de aquél interés en que reside todo contenido fundamental.

Al respecto, concluimos en lo siguiente: la identidad personal se basa en la noción de unicidad; la persona se define en su identidad por ser única en dos sentidos, de acuerdo a los atributos que posee, y por su historia. En otras palabras, información sobre sí (lo que es), y sobre su biografía (lo que ha sido). Las normas sociales de identidad requieren del individuo el cumplimiento de ciertos requisitos, cuya satisfacción basta en apariencia. Y para hacerlo, lo crucial es el control de información. Segundo, la identidad personal se ve afectada negativamente por los estigmas; en el caso de los desacreditados, por la discriminación y la tensión social a la que les somete su defecto. Para el caso de los desacreditables, por la posibilidad de que su identidad se derrumbe de fracasar el encubrimiento. El comportamiento, las actitudes y estrategias que utilizan los estigmatizados al controlar la información acerca de su estigma, están destinadas primariamente a encubrirlo.

En tercer lugar, esas técnicas son las mismas que concretan todos los individuos acerca de la información concerniente a su identidad personal, que no desean compartir, lo que convierte a la estigmatización en una perspectiva, no una categoría de personas. Luego, todos, en algún momento, adoptamos las características y el manejo de la información de los estigmatizados.

De este modo, el derecho a la vida privada es la herramienta jurídica que permite el control de información sobre la identidad personal, que busca evitar la revelación involuntaria de información desacreditadora. Y la calificación de la información como tal, corresponderá al sujeto al que se refiere.

No sólo eso, la identidad personal se convierte en la única fuente confiable de atribución de sentido ante una crisis generalizada de las instituciones, propia de la sociedad informacional. A través de la construcción de la identidad, el sujeto tiene la facultad de determinar cuánta información acerca de sí mismo, vale decir, acerca de su identidad personal, puede existir en la sociedad, y proponerla ante sus semejantes exigiendo respeto, aunque sea considerada desagradable.

Por lo tanto, el derecho a la vida privada faculta al individuo para que pueda controlar todo tipo de información que se refiera a él mismo, sea desacreditadora o no, que permita la construcción de un proyecto de identidad aún en oposición a la cultura dominante.

Entonces, el bien jurídico protegido por el derecho a la vida privada es la identidad personal en tanto fuente primaria de autodeterminación y desarrollo de la personalidad, y en rigor, el control de información sobre la misma; bien sea para ocultar información, o decidir el destino de la información compartida.

Conocer el bien jurídico protegido es el primer paso para definir el derecho a la vida privada, pero no equivale a determinar su estructura jurídica. Para ello, estudiamos la historia del derecho a la vida privada en Chile y el derecho comparado. Y previamente, y por tratarse el derecho a la vida privada de un derecho fundamental, es que nos referimos al origen de este tipo de normas jurídicas, a su forma de evolución y a las distintas generaciones de los mismos.

La historia del derecho a la vida privada puede dividirse en cuatro grandes etapas, conforme al peligro o amenaza que afecta al derecho y el nivel de protección otorgado. La primera de ellas corresponde a la que va desde los inicios de la protección, hasta la publicación del artículo de Brandeis y Warren. El segundo período comienza precisamente con dicha publicación, y se caracteriza por la fricción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de información y expresión. Al respecto, cabría mencionar que si bien estos períodos siguen un criterio histórico, eso no quiere decir que ya no tengan vigencia. Tal lo indicamos en su oportunidad, el segundo período sigue teniendo en Chile y el mundo una gran importancia. El tercer período sigue centrándose en el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, pero con una diferencia fundamental, de índole práctica; la aparición de los medios de comunicación de masas, en especial la radio y la televisión, y su amplia



capacidad de penetración en la vida privada. El conflicto central cambia a partir de fines de los años 60 y comienzos de los 70. La discusión se desplaza desde el conflicto libertad de expresión-vida privada, hacia el tratamiento automatizado de datos personales, por parte del estado o el mercado, y su efecto sobre la vida privada y la construcción de la identidad de las personas.

La primera forma de protección de la vida privada consiste en llamada doctrina patrimonialista de la intimidad, o *privacy-property*. Según esta teoría, la privacidad por sí misma no es un bien jurídico digno de protección, y sólo merece amparo cuando la intromisión ocasiona a la vez una lesión ilegítima al derecho de propiedad. La intimidad es un objeto de propiedad privada, y los medios para su defensa son aquellos diseñados para la tutela del dominio.

La principal concreción de la teoría patrimonialista es la inviolabilidad del hogar y la correspondencia. Una variación añade también protección en aras del principio de buena fe objetiva, propio del derecho de contratos. Tanto lo uno como lo otro derivan la protección de una misma raíz, que no es sino el derecho de propiedad.

La vida privada se independiza de la propiedad a fines del siglo XIX. En 1890, Louis Brandeis y Samuel Warren publican su artículo "*The Right to Privacy*", en el Harvard Law Review, que sentaría las bases del derecho a la vida privada. La propuesta de Brandeis se origina por la nueva amenaza que significa la acción de la prensa sobre la intimidad de los ciudadanos, y la insuficiencia de la protección existente en el common law para hacerle frente. Plantea el establecimiento de un nuevo derecho, un derecho general a la *privacy*, que proteja los sentimientos, emociones y estados de ánimo de una persona; que justifique la negativa a dar o publicar información, y legitime la necesidad humana de pertenecer a un lugar fuera del mundo. Denomina a ese derecho *the right to privacy*, derecho a la privacidad, y lo define, sirviéndose de la formulación del Juez Cooley, como *the right to be let alone*, el derecho a ser dejado a solas. Conciente de la amplitud del derecho propuesto, añade lo que considera han de ser las limitaciones al mismo, siendo la principal de ellas la existencia de interés público.

La *privacy* es un concepto más amplio y plástico que la intimidad. Pero la formulación del derecho a la vida privada como el derecho a ser dejado a solas, coincide con el carácter eminentemente negativo de la intimidad. En efecto, el derecho

a la intimidad es la facultad de ocultar información. Ahora bien, que tanta información puede ocultar un sujeto, es una pregunta que dependerá estrictamente de las características de la sociedad que la formule.

Sin perjuicio de lo anterior, existen distintas guías o criterios para determinar ese límite. El principal de ellos, como ya había anticipado Brandeis, es la existencia de interés público. La cuestión a dilucidar, entonces, es qué se debe aceptar como interés público. Al respecto, analizamos la teoría alemana de las esferas, la postura de la Corte Suprema Norteamericana contenida en *New York Times vs. Sullivan*, y los criterios descritos por García San Miguel, que son los siguientes.

Primero, el criterio subjetivo, atendido lo cual el interés público dependerá del individuo al que se refiere la información; si es una persona pública, el nivel de protección a su intimidad disminuye ostensiblemente, o desaparece. Segundo, el criterio espacial, que otorga protección según el lugar donde se encuentre el sujeto; se trata, en verdad, de una reformulación de la inviolabilidad. En tercer lugar, el criterio objetivo. De acuerdo a esta postura, el interés público dependerá del sentido de la conducta; si se efectúa a favor o involucrando intereses de otros, es pública: si cede a favor del individuo, es privada. Todos los criterios presentan deficiencias y virtudes, por lo que la resolución de casos concretos requerirá una debida ponderación.

Pero el bien jurídico protegido por la vida privada no es el ocultamiento de información; o al menos, no sólo eso. Se trata del control de información, lo que no sólo implica ocultarla, sino también compartirla en la cantidad que desee el titular, y a quien le parezca conveniente.

No obstante, el derecho a ser dejado a solas no es suficiente para satisfacer esta pretensión. Por ello es que a fines de los 60 surge una nueva forma de entender la vida privada, que es denominada vida privada en sentido positivo. Westin la definió como el derecho a controlar la información concerniente a si mismo (*the right to control information about oneself*). En este nuevo sentido, la vida privada requiere que el sujeto tenga la facultad de controlar el destino de la información que le concierne.

Casi coetáneamente a la formulación del derecho a la vida privada en sentido positivo, surge la libertad informática. La configuración jurídica del derecho a la libertad informática es similar a la de aquélla: en efecto, el derecho a la libertad informática o autodeterminación informativa es la facultad del sujeto para decidir quién, cuándo,

dónde y bajo que circunstancias puede tomar contacto con sus datos personales. La libertad informática otorga al titular de los datos una serie de derechos, de los cuales el más importante es el *habeas data*, que consiste en una herramienta jurídico procesal destinada a proporcionar a las personas la facultad de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos informatizados.

La gran diferencia entre la vida privada y la libertad informática es la amenaza a la que se enfrentan. La libertad informática es la respuesta del derecho constitucional y la defensa del libre desarrollo de la personalidad en contra de los avances tecnológicos de la telemática y la informática. Actualmente, a través del control de datos personales y la creación de perfiles de la personalidad, los oferentes del mercado pueden saber antes que nosotros que queremos comprar, y el estado puede manipular a los ciudadanos conforme a sus fines.

Por estas características, es que algunos autores han señalado que el nivel de protección a los datos personales es un estándar de medición para determinar la fortaleza de una democracia. Una protección adecuada requiere, entre otras cosas, el otorgamiento de derechos y facultades al titular de los datos, en especial del *habeas data*, la penalización de las conductas infractoras, un registro donde figuren los gestores de bancos de datos o responsables del tratamiento, y la existencia de una autoridad de control de datos.

El último capítulo de esta memoria tuvo por objeto, justamente, diferenciar al derecho a la vida privada de otros derechos fundamentales afines, con el objeto de recalcar su contenido autónomo. Tratamos su relación con el derecho a la vida familiar concluyendo que se trataba de una hipótesis de protección acrecentada por otros bienes jurídicos, específicamente la protección a la familia: con el derecho a la imagen, y la vida sexual. También analizamos su relación con el derecho a la inviolabilidad del hogar, y con el derecho a la honra. Respecto a este último, indicamos que si bien existe una estrecha relación entre ambos, debido principalmente a la similitud de las formas que adopta su lesión, la diferencia es importante, y radica en que protegen bienes jurídicos distintos. Mientras en el derecho a la honra el bien jurídico protegido es, en definitiva, la valoración social; el derecho a la vida privada busca amparar el control de la información que permite la construcción de la identidad personal. Lo que incluye, entre otras cosas, formar esa valoración.

En segundo lugar, en el capítulo cuarto nos ocupamos del conflicto entre el derecho a la vida privada y otros derechos fundamentales. Señalamos que tratándose de un conflicto de derechos fundamentales, no pueden existir ganadores o perdedores absolutos atendida la inexcusable prohibición de afectar el núcleo esencial de los derechos. La adecuada resolución de los casos problemáticos requerirá una solución de compromiso.

Acerca del conflicto entre la vida privada-inviolabilidad y la búsqueda de la verdad en un proceso, establecimos que la protección a la vida privada se ve satisfecha en tanto la afectación respete estrictamente los principios de legalidad y proporcionalidad.

En cuanto a la tensión entre la libertad de expresión y la vida privada, definimos a la libertad de expresión del modo en que la entiende Joseph Raz, esto es, como un bien público, puesto que su fundamento esencial la defensa de la democracia. En seguida, indicamos que la libertad de expresión tiene además la función de legitimar la identidad socialmente, y la censura, la consecuencia de negar la identidad.

En estos términos, el conflicto entre la vida privada y la libertad de expresión se torna mera apariencia, puesto que ambos están destinados a proteger el mismo interés, que es la construcción de la identidad; por un lado, validándola socialmente, y por otro, controlando la información concerniente a ella.

Sin perjuicio de lo anterior, la libertad de expresión, en cuanto instrumento de defensa de la democracia, colisiona con la vida privada en los casos de haber un interés público comprometido. Es decir, los casos donde existe conflicto son precisamente aquellos donde ha de operar el criterio para decidir cuándo existe una afectación ilegítima a la vida privada.

Y el interés público, no equivale al interés del público. Debe efectuarse la separación entre el legítimo interés ya sea de validar la identidad, o defender la democracia, y la mera pretensión de conocer algo acerca del resto. No es que consideremos que los ciudadanos no sepan lo que quieren, o lo intuyan: es precisamente lo contrario. Saben perfectamente lo que quieren, pero el objeto de sus deseos no es sino una demanda de información común, como todas las demás del mercado.

Habremos de finalizar nuestro estudio con dos grandes conclusiones. En primer lugar, el derecho a la vida privada representa un contenido autónomo que no dice relación con el derecho a la libertad de expresión ni ningún otro. Definimos al derecho a la vida privada como la facultad de la persona para el ejercer control de la información sobre su identidad personal, tanto en forma negativa o de exclusión, como positiva o de participación.

Pues bien, el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política señala que *La Constitución asegura a todas las personas: N°4: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.* Por todo, proponemos que el derecho consagrado en esta norma incluye ambas dimensiones del derecho a la vida privada. No existen objeciones de importancia para no interpretar que el derecho a la vida privada en Chile comprende a la intimidad, es decir, la vida privada en sentido negativo.

También concluimos que el conflicto entre la libertad de expresión y la vida privada es aparente; sólo existe en los casos donde se encuentra comprometido un interés público, que es distinto al interés del público, y cuyo contenido dependerá de cada cultura y sociedad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, *Curso de Derecho Civil, Parte general y los Sujetos de Derecho*, 1ª Parte, Editorial Nacimiento. Santiago, 1971
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, *“La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática”*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1999
- ANTEQUERA PARILLI, RICARDO, *Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, y Derechos Conexos*, en Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: "Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos Desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva" Aug 28, 2000 a Sep 5, 2000, San José, Costa Rica
- ARENDT, HANNA, *“La Condición Humana”*, editorial Paidós, España, 2005
- ARMENTA DEU, TERESA, *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*, Ius et Praxis. [online]. 2007, vol.13, no.2, p.245-377, Disponible en la WWW: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200014&lng=pt&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012
- BRANDEIS, LOUIS y WARREN, SAMUEL “The right to privacy”, en *harvard Law review*, núm 5, 1980.
- BRERNS, EVA, *Human Rights; Universality and Diversity*, The Hague, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp 17
- CASTELLS MANUEL, *La Era de la información en Economía, Sociedad y Cultura*. La Sociedad Red, Siglo XXI editores. México, 1999. Vol. I
- CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *El derecho constitucional a la intimidad*, en *Gaceta jurídica* Santiago, Chile. Nº. 194, 1996
- CERDA SILVA ALBERTO, *Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos*, En revista Chilena de Derecho Informático. LOM ediciones. Santiago, 2003
- DENNINGER, ERHARD, *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho posmoderno*, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1996 traducción de E. Mikunda y E. Pérez Luño

- ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1992
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ ARANGO, LUIS, *Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, Madrid, 1992
- GOFFMAN, ERVING, *Estigma: La identidad deteriorada*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1970
- GOFFMAN, ERVING “*The presentation of self in everyday life*”, (1959), Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2001
- GONZALES HOCH, FRANCISCO, *Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal*, Cuadernos de extensión jurídica 5, Ed. Universidad de los Andes, 2001
- GRISOLÍA CORBATÓN, FRANCISCO, *Libertad de expresión y derecho a la honra*, en Curso de libertad de expresión; dilemas éticos y legales en visión comparada, compilado por Iñigo de la Maza y Tomás Vial, Universidad de Chile, Santiago, 2006
- HASSEMER, WINFRIED, Y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 91
- KHUN, THOMAS, *La Estructura De Las Revoluciones Científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983 (1962)
- KOYRE, ALEXANDRE, *Aristotelismo y platonismo en la filosofía de la edad media*, en: del mismo, Estudios de Historia del Pensamiento Científico, Siglo XXI editores, México, 1982
- LAKATOS, IMRE, *La falsación y la metodología de los programas de investigación científica*, editorial Alianza, Madrid, 1983
- LAKATOS, IMRE, *La historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, editorial Alianza, Madrid, 1983
- LOZANO, MARIO G., *Los orígenes de la data protection act inglesa de 1984*, en *Libertad informática y leyes sobre protección de datos personales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989

- MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, *“El derecho a la honra, el derecho a la intimidad, la libertad de conciencia y la libertad religiosa, como límites y contenido de las libertades de expresión e información”* Cuadernos jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, N°12, 1999
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN, *Aspectos Generales de la Prueba*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN, *Derecho procesal orgánico, parte general*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad ¿Continuidad o cambio de paradigma?*, Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1996
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Intimidad y protección de datos personales; del habeas corpus al habeas data*, en Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Editorial Tecnos, 1992
- PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, en *Libertad informática y leyes sobre protección de datos personales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- REUSSER, CARLOS, *¿Qué es la sociedad de la información?* Revista Chilena de Derecho Informático, LOM ediciones, 2002
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1997
- RUIZ MIGUEL, CARLOS, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1994
- RAZ, JOSEPH, *“La ética en el ámbito público”*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001
- SARENPÄÄ, AHTI, *Europa y la protección de datos personales*, Revista Chilena de Derecho Informático, LOM ediciones, 2003
- SUAREZ CROTHERS, CHRISTIAN. *“El Concepto de derecho a la Vida privada en el Derecho Anglosajón y Europeo”* Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2000, Vol. 11pp.,105.Disponible en la WWW:<http://mingaonline.uach.cl/>



[scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502000000100010&lng=es&nrm=iso](http://scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100010&lng=es&nrm=iso) . ISSN 0718-0950