

¿SE VULNERA EL DERECHO A LA PRIVACIDAD SI LA POLICÍA UTILIZA, PARA EFECTOS DE UNA INVESTIGACIÓN CRIMINAL, FOTOGRAFÍAS DEL IMPUTADO OBTENIDAS DESDE FACEBOOK?

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 3-2017 DE LA CORTE SUPREMA*

JAVIER ESCOBAR VEAS**

Universidad Mayor

javier.escobar@mail.udp.cl

1. INTRODUCCIÓN

El presente comentario aborda la sentencia Rol N° 7-2017, de la Corte Suprema (en adelante “la Corte”, indistintamente), que rechazó el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria pronunciada por el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

En términos resumidos, la cuestión jurídica planteada consistió en que, en el marco de una investigación criminal, la policía accedió al perfil de Facebook de dos de los imputados en la causa, obteniendo fotografías de los mismos, las cuales posteriormente fueron utilizadas en diversas diligencias de investigación. La defensa de los imputados interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, alegando la infracción de derechos fundamentales, específicamente el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación, contemplado en el artículo 19 N° 5 de nuestra Constitución. La Corte Suprema rechazó cualquier eventual infracción a los derechos de los imputados, argumentando principalmente que éstos no tenían, en el caso concreto, una expectativa legítima de privacidad.

La relevancia del caso específico radica en el derecho de que se trata –la privacidad– y el contexto en que se habría producido la supuesta infracción. En efecto, el uso de las redes sociales tiene cada vez mayor extensión en nuestra sociedad, no siendo difícil imaginar que su presencia en decisiones jurisprudenciales aumentará

* Trabajo recibido el 14 de mayo de 2017 y aceptado el 24 de mayo de 2017.

** Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Penal e Investigador del Centro de Estudios Penales, Universidad Mayor.

en el futuro, de modo tal que contar con criterios claros al respecto se presenta como necesario.

La estructura del comentario se dividirá en tres partes: En la primera se transcribirán los hechos que el tribunal tuvo por acreditados, y en virtud de los cuales condenó a los imputados; en la segunda expondremos la cuestión jurídica discutida por la defensa en su recurso de nulidad¹ y el razonamiento de la Corte; finalmente, en la tercera y última parte, analizaremos específicamente la sentencia pronunciada y los tópicos jurídicos relevantes.

2. HECHOS ACREDITADOS POR EL 4º TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

Como se señaló precedentemente, en este apartado se indicarán los hechos que el tribunal tuvo por acreditados y la calificación jurídica asignada. Los hechos probados fueron:

“Hecho N° 1: El día 16 de julio de 2015, en el local comercial (...), ubicado en Avenida Libertador Bernardo O’Higgins (...), comuna de Santiago, siendo las 18:30 horas aproximadamente, el imputado M., previamente concertado con los imputados A. y G., ingresa a dicho local simulando ser cliente para luego colocarse en el acceso en actitud de vigilancia mientras los imputados A. y G. proceden a intimidar a la dueña (...), mediante la utilización de un arma aparentemente de fuego, para luego reducirla, arrojándola al piso, procediendo el imputado M. a ingresar nuevamente a la tienda y correr unos exhibidores para evitar que se pudiera ver el accionar de los co-imputados, luego de unos minutos huyen del lugar, logrando apropiarse del dinero en efectivo producto de la recaudación de las ventas del día, además de un teléfono celular y una cartera con documentación personal, todos de propiedad de la víctima

Hecho N° 2: El día 22 de agosto de 2015, a las 18:00 horas aproximadamente, los imputados A., G. y L., hacen ingreso al local comercial (...) ubicado en calle Victoria (...), comuna de Santiago, y mediante la utilización de armas aparentemente de fuego, proceden a intimidar a la cajera (...) y a la propietaria (...), registrando el lugar, sustrayendo \$250.000 en dinero en efectivo, y la cartera de la cajera, dándose a la fuga con el dinero y especies.

¹ Cabe señalar que, si bien en el presente trabajo se hablará de la “defensa” como singular, los distintos imputados contaban con diferentes defensores. No obstante, para efectos de este comentario, sólo nos referiremos al recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, toda vez que ellos argumentaron la conculcación del derecho a la privacidad y éste es el tópico relevante a analizar.

Hecho N° 3: El 22 de octubre de 2015 a las 19:30 horas aproximadamente, al interior del local comercial (...) ubicado en calle San Pablo (...), comuna de Santiago, en circunstancia que el empleado y víctima (...) estaba en proceso de cierre de local, llegaron los imputados L., A. y G. quienes portando armas de fuego, lo intimidaron, lo redujeron y sustrajeron la suma aproximada de \$ 200.000 desde la caja registradora, además del teléfono celular y \$ 40.000 de propiedad de la víctima, huyendo con dichas especies del lugar.

Hecho N° 4: El día 16 de diciembre de 2015 a las 00:15 horas al interior del restaurante (...) ubicado en calle Santa Rosa (...), comuna de Santiago, los imputados A. y L., ingresan simulando ser clientes, para luego retirarse y regresar junto con el imputado G. y otro sujeto que se encuentra sin identificar, proceden a intimidar a la víctima (...) y a los trabajadores y clientes que se encontraban en el lugar, utilizando para el efecto armas aparentemente de fuego logrando sustraer dinero en efectivo ascendente a \$ 3.500.000 y diversas especies de valor, como computador y celulares.

Hecho N° 5: El 18 de diciembre de 2015, a las 18:30 horas, al interior del domicilio ubicado en calle Padre Hurtado (...), comuna Estación Central, llegaron los imputados G., A., y un tercer sujeto no identificado, quienes portando armas de fuego, intimidaron y agredieron a la víctima (...) y a personas que se encontraban en el lugar, logrando sustraer un maletín en cuyo interior la víctima mantenía la suma de \$ 5.000.000, dinero destinado al pago de trabajadores, además de su teléfono celular y documentación personal, huyendo los imputados con estas especies”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como cinco delitos consumados de robo con intimidación, ilícito previsto y sancionado en los artículos 432 y 436, inciso 1°, en relación al artículo 439 del Código Penal.

3. CUESTIÓN JURÍDICA PLANTEADA POR LA DEFENSA EN SU RECURSO DE NULIDAD Y RAZONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA PARA RECHAZARLO

La defensa de los condenados interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, fundado en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

El recurso argumentaba dos tipos de cuestiones:

Primero, una supuesta infracción al debido proceso, alegación basada en que los funcionarios policiales habrían realizado diligencias de investigación sin contar con instrucción u orden del Fiscal de la causa.

Segundo, una supuesta conculcación del derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, reconocido en los artículos 19 N° 5 de la Constitución, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para efectos del presente comentario, sólo abordaremos la segunda línea argumentativa indicada.

3.1. Argumentos de la defensa

Resulta un hecho no controvertido que durante la etapa de investigación, funcionarios de la Policía de Investigaciones procedieron a acceder a los perfiles de Facebook de dos de los imputados, revisaron su historial de fotografías, y descargaron desde dicha red social determinadas fotografías, las cuales luego fueron utilizadas en diversos informes policiales y reconocimientos de víctimas.

Estos hechos, en opinión de la defensa, vulnerarían el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, derecho reconocido en nuestro país desde el Reglamento Constitucional de 1812. Actualmente el artículo 19 N° 5 de la Constitución expresa:

“La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

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

En este sentido, se cita un voto de minoría del Ministro Sergio Muñoz, en sentencia de causa Rol N° 5322-2012, quien señala en el Considerando 3°:

“Que cabe precisar que ‘Facebook’ es un sitio web que permite a sus usuarios el poder comunicarse e intercambiar opiniones entre ellos, para lo cual el interesado debe solicitar autorización expresa a un tercero para incorporarlos en sus contactos y dicho tercero solo se integrará a los mismos luego de consentir expresamente en ello, de lo que se desprende que sólo entre quienes así han consentido la información y sus comunicaciones es pública, no existiendo habilitación para que dicha información sea utilizada por otras personas”.

En el caso de autos, los funcionarios de la policía que obtuvieron fotografías desde las páginas de Facebook de los imputados en caso alguno recabaron su consentimiento. De esta forma, siendo las páginas de Facebook una forma de comunicación con otras personas, de carácter privada, sólo el consentimiento previo de los imputados podría haber justificado el actuar de la policía, cuestión que acá, por supuesto, no concurrió.

3.2. Razonamiento de la Corte Suprema

El razonamiento de la Corte, para efectos de rechazar el recurso de nulidad interpuesto, puede resumirse de la siguiente forma:

En primer lugar, resulta efectivamente un hecho no controvertido que funcionarios de la policía obtuvieron fotografías de los perfiles de Facebook de algunos de los imputados; sin embargo, también resulta incontrovertido que dichos perfiles eran públicos, no presentando ninguna restricción para su acceso. Luego, se destaca que hoy en día constituye un hecho público y notorio las características básicas de funcionamiento de Facebook. Una de ellas, esencial para el caso que se analiza, es que dicha red social admite diversas configuraciones de privacidad para la información subida por los usuarios a sus cuentas personales. De esta forma, el contenido al que alguien podrá acceder depende única y exclusivamente del nivel de visibilidad que el propio usuario haya decidido. Pues bien, uno de esos niveles de visibilidad corresponde al de “público”, lo que importa que cualquier persona puede acceder libremente al contenido que el propio usuario ha incluido dentro de esa categoría, a diferencia del material que se publica de manera restringida para que sea conocido sólo por determinadas personas, caso en el cual un tercero o extraño interesado en conocer esa información deberá efectuar una solicitud al titular de la cuenta para que éste le permita el acceso a la misma.

De esta manera, el material (texto, fotografías, videos, etc.) incorporado a Facebook bajo un perfil “público”, equivale a aquel puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, donde el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet².

En este contexto, quien difunde información en la forma expresada no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre ese contenido, menos aún si se tiene en cuenta que, precisamente al contrario, en general con una publicación emitida bajo esas condiciones se persigue que sea conocida por el mayor número de personas³. Consecuentemente, el contenido subido a Facebook por los imputados no puede considerarse privado, no estando amparado entonces por la garantía constitucional en cuestión⁴.

² Considerando Cuarto.

³ Considerando Cuarto.

⁴ Considerando Quinto.

4. COMENTARIO

La sentencia de la Corte Suprema individualizada posee una indudable relevancia para el derecho a la privacidad⁵. En efecto, la Corte debe resolver una cuestión jurídica en el contexto de las nuevas tecnologías –redes sociales–, las cuales inciden en la cada vez mayor exposición a la que voluntariamente estamos sometidos. Además de lo anterior, la circunstancia de que el caso haya consistido en un proceso penal donde se le imputaba a una banda la comisión de varios robos violentos complejizaba aún más la decisión. En el presente capítulo nos referiremos al derecho a la privacidad, abordando el concepto de “expectativa legítima de privacidad” y señalando las cuatro formas de invasión o agresión al derecho a la privacidad, reconocidas por el derecho estadounidense. Nos referiremos asimismo, a modo de excursus, al derecho a la propia imagen. Finalmente, expondremos nuestra opinión sobre la decisión específica adoptada por la Corte, revisando su corrección según los planteamientos que se desarrollarán a continuación.

4.1. Referencia a los derechos a la privacidad y a la propia imagen

4.1.1. Derecho a la privacidad

Actualmente, el derecho a la privacidad está reconocido tanto a nivel nacional como internacional. Nuestra Constitución Política, en su artículo 19 N° 4, asegura a todas personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. A su vez, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

“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”.

⁵ Debemos señalar que, en nuestra opinión, el recurrente habría cometido un error al momento de alegar la infracción del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación, contenido en el artículo 19 N° 5 de nuestra Constitución. Es altamente discutible que el solo hecho de subir una fotografía a internet represente una forma de “comunicación” entre dos o más personas. Por supuesto que ello puede acontecer, por ejemplo, si junto a dicha fotografía existiera un mensaje comunicativo, sin embargo este no fue el caso. De esta forma, lo correcto habría sido invocar el derecho a la vida privada, contenido en el artículo 19 N° 4 del mismo cuerpo normativo.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 11:

“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”.

Desde siempre el derecho a la privacidad ha sido considerado de difícil definición y delimitación, debido a su carácter relativo. Lo anterior debido a que se trata de un concepto normativo que evoluciona y permuta en atención al tiempo y lugar⁶. Sin perjuicio de lo anterior, es posible identificar el origen del derecho a la privacidad en el célebre trabajo de Warren y Brandeis⁷, caso que tuvo su razón de ser en una experiencia personal de uno de sus autores. Tal como señala Guerrero, “el gran aporte de esta obra se aprecia en las bases que se sentaron para atribuir entidad propia a la intimidad, argumentando la necesidad de proteger a la persona en tanto individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público o de la prensa en su ámbito personal”⁸.

En consideración a la relatividad del concepto de privacidad, se ha señalado que los esfuerzos debiesen estar dirigidos al reconocimiento de criterios objetivos que permitan dar a conocer la existencia o no de un espacio de privacidad jurídicamente protegido⁹.

Relacionado con lo anterior, se ha señalado que es posible reconocer, a nivel comparado, dos principales nociones sobre la idea de privacidad¹⁰⁻¹¹:

⁶ HERRERA, Paloma (2016), p. 88. Guerrero ha afirmado que la intimidad es uno de los conceptos más complejos, y que constituye todo un desafío a la investigación penal. GUERRERO, Óscar (2011), p. 70.

⁷ ZARATE, Sebastián (2014), p. 105. En el mismo sentido CORRAL, Hernán (2000, I), p. 54. Nos referimos a la publicación WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1890), pp. 193-220.

⁸ GUERRERO, Óscar (2011), p. 57.

⁹ HERRERA, Paloma (2016), p. 89.

¹⁰ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 7.

¹¹ Es menester indicar que ninguna de estas dos nociones se presenta en forma pura en ninguna sociedad. En efecto, lo que es posible apreciar es que, en determinados países, el sistema jurídico pone mayor énfasis en una de ellas.

La primera de ellas, predominante en Estados Unidos, pone su énfasis en la idea de privacidad como control. Esta noción representa la libertad que cada uno tiene sobre aquellos asuntos que nos pertenecen, con el consecuente derecho que nos asiste de escoger libremente quién tiene acceso a ellos. El individuo es soberano para decidir qué asuntos son públicos o privados. El control sobre la información se evidencia en su plenitud en aquellos casos en que el propio sujeto es quien suministra la información a otros¹². “Las sociedades modernas occidentales le otorgan un gran valor a la libertad individual para controlar la información, lo cual significa que las personas pueden elegir libremente quién accede a ella”¹³.

El principal argumento de Warren y Brandeis consistía en que toda persona debía tener la posibilidad de controlar la información y el contenido que pertenecía a su esfera privada¹⁴. En este sentido, “el derecho a la privacidad es el derecho de toda persona a proteger su integridad psicológica ejerciendo control sobre aquella información que afecta a la personalidad individual por reflejar su propia autoestima, de ahí que el derecho a la privacidad forme parte del derecho más general a la inmunidad de la persona”¹⁵.

La segunda noción, mayoritaria en países europeos, señala que los intereses de carácter privado comparten un valor: el respeto por la dignidad del individuo y su integridad. “Una violación a la privacidad deja a la persona a merced de la querrela y el escrutinio público. Esta desnudez ante el mundo exterior entrega a la persona y a su sentido de auto vulnerabilidad de una manera ofensiva a su dignidad humana”¹⁶. La privacidad consistiría en darle la posibilidad al individuo de construir distintas personalidades situacionales, y su lesión se traduciría en una lesión de estas personalidades, vale decir, en un ataque a la esencia del “yo interior” de la persona afectada¹⁷. Desde nuestra perspectiva, es posible reconocer esta concepción en la regulación de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el artículo 11 se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”. A su vez, el N° 1 de esta norma consagra el respeto de la honra y el reconocimiento de la dignidad, para luego, en los N°s. 2 y 3, reconocer el derecho a la privacidad y sus elementos

¹² SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 7.

¹³ LEVIN, Avner y SÁNCHEZ, Patricia (2009), p. 1009.

¹⁴ SALDAÑA, María Nieves (2012), p. 212.

¹⁵ SALDAÑA, María Nieves (2012), p. 213.

¹⁶ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 8.

¹⁷ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), pp. 8 y 9.

y garantías esenciales. De esta forma, la Convención Americana concibe la honra y la privacidad como derechos inexorablemente ligados a la dignidad de las personas. Esto contrasta con la regulación que contempla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, al momento de regular la privacidad en su artículo 17, no contiene ninguna referencia a la dignidad de las personas.

Ahora bien, ¿cuál de estas dos concepciones predomina en nuestro medio? Según nuestra opinión, en nuestro sistema jurídico es posible apreciar una noción moderada de “privacidad como libertad”. Lo anterior se traduce en que, por regla general, aquella información revelada voluntariamente por el sujeto o producida en lugares públicos no estará amparada por este derecho. No obstante, nuestra propia jurisprudencia ha señalado que, bajo ciertas circunstancias, la privacidad puede extenderse a determinados espacios públicos donde se ejecutan actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos de la intervención ajena¹⁸.

¿Cómo podemos determinar si un hecho está amparado por el derecho a la privacidad? La respuesta será afirmativa en caso de que exista una expectativa razonable de privacidad, concepto acuñado por la jurisprudencia norteamericana el año 1967 en la decisión *Katz vs. U.S.*¹⁹. Estaremos ante una expectativa legítima de privacidad cuando el sujeto pueda, razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su conducta o situación tienen el carácter de privado. En otras palabras, se requerirá determinar si la expectativa de la persona afectada, de mantener algo como privado, se puede calificar como razonable y justificada en consideración a las circunstancias específicas del caso en cuestión²⁰.

En determinados casos nuestra Constitución presume la existencia de una expectativa legítima de privacidad, tal como acontece respecto del contenido de las comunicaciones y al domicilio²¹. En los demás casos, la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad se deberá determinar en la situación concreta de que se trate²², como aconteció en el caso que se comenta²³.

¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 1984-2011, Considerando Vigésimo Tercero.

¹⁹ GUERRERO, Óscar (2011), p. 60.

²⁰ GUTIÉRREZ, Alfredo (2014), p. 243; SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 20.

²¹ Nuestra Constitución es clara en este sentido. Ello explica por qué se distinguió entre el derecho a la privacidad general (consagrado en el artículo 19 N° 4) y la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación (artículo 19 N° 5).

²² En el mismo sentido, GUTIÉRREZ, Alfredo (2014), p. 242.

²³ Sobre la incorrección de haber citado el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación, nos remitimos a lo señalado en la nota N° 5.

4.2. Formas de invasión o agresión al derecho a la privacidad

Las cuatro acciones civiles por invasión a la privacidad reconocidas en el derecho estadounidense son las siguientes²⁴: 1. Intromisión en la esfera privada del afectado; 2. Difusión pública de hechos privados; 3. La publicidad que coloca a la víctima en una imagen falsa ante los ojos del público, y 4. La apropiación del nombre o de la apariencia en provecho del victimario²⁵.

La figura de intromisión comprende las prácticas invasivas de recolección de información. Esta forma de agresión requiere que el demandante demuestre que el agresor (a) intencionalmente se inmiscuyó, (b) en la reclusión o soledad de otro o en sus asuntos o problemas privados, (c) de una manera altamente ofensiva para una persona razonable²⁶.

La difusión pública de hechos privados comprende todos aquellos casos en que el agresor divulga hechos privados y ofensivos de manera pública. La acción requiere que el demandante demuestre que el agresor (1) dio publicidad, (2) a un hecho privado, (3) que no es del interés legítimo del público, y (4) que tal difusión es ofensiva para una persona razonable.

En relación a la distorsión de imagen, ésta comprende los casos en que mediante una información falsa o engañosa, se daña la imagen que el afectado tiene frente a los ojos del público. La información tiene que haber sido diseminada con conocimiento de su falsedad y tiene que ser considerada ofensiva²⁷.

Finalmente, respecto a los casos de apropiación, en éstos el infractor explota, en su beneficio comercial, aspectos que pertenecen a la identidad de la víctima. Respecto a esta forma de agresión se ha señalado que, además de atentar contra la privacidad, también se atenta contra la propiedad del afectado. Lo prohibido sería explotar comercialmente la identidad de una persona sin su consentimiento²⁸. Los casos de publicidad no consentida con imágenes del afectado constituyen una parte relevante de los supuestos de apropiación. Al respecto, cabe

²⁴ Esta división cuatripartita se debe principalmente al trabajo de Prosser. Ver PROSSER, William (1960), pp. 406 y ss.

²⁵ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 18; CORRAL, Hernán (2000, II), p. 337.

²⁶ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 18.

²⁷ SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014), p. 19.

²⁸ Cabe destacar que una parte de la doctrina ha rechazado limitar estos casos al provecho comercial, y ha abogado por extender el campo de protección a cualquier tipo de provecho personal. Se ha criticado esta postura amplia, por cuanto no permitiría distinguir el derecho a la privacidad del derecho a la propia imagen.

señalar que en un principio los tribunales nacionales no otorgaban protección a este tipo de casos, afirmando que las personas no tienen derecho de propiedad sobre su nombre o imagen, y que estas situaciones no vulneraban el derecho a la privacidad. Esta situación ha cambiado en los últimos años, toda vez que los tribunales han entrado a conocer los distintos casos que se les han planteado, determinando caso a caso si se configura una vulneración a los derechos de propiedad, privacidad y propia imagen. En efecto, la jurisprudencia nacional ha reconocido el derecho a la propia imagen y la propiedad sobre ella, o la han concebido como una vulneración al derecho a la privacidad, en su vertiente específica de imagen personal²⁹.

4.3. Derecho a la propia imagen

A pesar de que el derecho a la propia imagen no formó parte del recurso de nulidad ni de la sentencia comentada, estimamos que una referencia al mismo, en este contexto, es ineludible.

La palabra “imagen” es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como “figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa”. Este concepto es amplio, de modo tal que cuando hablamos de la imagen estamos haciendo una referencia que abarca todos los elementos que caracterizan a una persona³⁰.

A su vez, el derecho a la propia imagen ha sido entendido por la Corte Suprema como aquel “referido a una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo”³¹. La doctrina, por su parte, lo ha definido como “aquel derecho que, teniendo el carácter de innato y perteneciendo a cada persona por el hecho de ser tal, se concreta en la reproducción o representación de la figura de éste, en forma visible y reconocible, confiriéndole un poder de control sobre ella”³².

²⁹ FIGUEROA, Rodolfo (2013), pp. 274 a 275.

³⁰ ARANCIBIA, María José (2014), p. 251.

³¹ Sentencia Rol N° 2506-09.

³² ARANCIBIA, María José (2014), p. 251.

Según una postura, este derecho forma parte integrante de la faceta externa del derecho al respeto a la vida privada. “La protección de la imagen de la persona, señala esta tesis, salvaguarda la intimidad”³³.

Otro planteamiento sostiene que el derecho a la propia imagen no forma parte del derecho a la privacidad, sino que constituye un derecho autónomo, sin perjuicio de que ambos derechos tengan una cercanía evidente³⁴. El derecho a la propia imagen se confunde a menudo con el de la intimidad, y la confusión es hasta cierto punto lógica, puesto que se relaciona con la vida privada y, además, porque en muchos casos se apreciarán violaciones a ambos derechos³⁵. Asimismo, el derecho a la propia imagen tendría una importancia ascendente, puesto que es posible reconocerla, en las distintas sociedades, una relevancia *in crescendo*³⁶. “El derecho a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible. Cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos”³⁷. En este sentido, el derecho a la propia imagen no se identifica con el derecho a la protección de la vida privada. Lo anterior resulta claro si tenemos en consideración de que es perfectamente posible vulnerar el primero sin afectar el segundo³⁸. “Como conclusión, el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, identificable y separable del derecho al honor y del derecho a la protección de la vida privada”³⁹.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado recientemente en favor de esta segunda postura, señalando “que la fotografía no suponga una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen, que tiene un contenido propio y específico, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal, aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima”⁴⁰.

³³ NOGUEIRA, Humberto (2007), p. 260; ARANCIBIA, María José (2014), p. 252.

³⁴ NOGUEIRA, Humberto (2007), p. 260.

³⁵ FAYOS, Antonio (2007), p. 14.

³⁶ FAYOS, Antonio (2007), p. 14.

³⁷ NOGUEIRA, Humberto (2007), p. 261.

³⁸ NOGUEIRA, Humberto (2007), p. 261.

³⁹ NOGUEIRA, Humberto (2007), p. 265.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Nº 91/2017, de fecha 15 de febrero de 2017, Considerando Cuarto.

4.4. *Análisis particular del caso y de la decisión de la Corte*

La cuestión jurídica comentada se produce y desarrolla en el contexto de la utilización de redes sociales (específicamente Facebook). Las redes sociales pueden definirse como aquellas “plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”⁴¹. Otra definición posible es concebir las redes sociales como aquellos “servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios”⁴².

Se ha señalado que en el contexto de las redes sociales, la concepción de privacidad como libertad o control es predominante, la cual incluso es impulsada por los mismos sistemas a través de distintas posibles configuraciones de privacidad. El estudio de Levin y Sánchez observa que las personas que interactúan en redes sociales tienen una tendencia a la divulgación o exposición. De todas maneras, los usuarios están conscientes de los riesgos involucrados y aprecian, por consiguiente, la habilidad o posibilidad de tener distintos grados de protección con la finalidad de mantener la información allí divulgada dentro de parámetros controlables⁴³.

Considerando el exceso de información compartido en las redes sociales, lo cual facilita que terceras personas la utilicen, lo crucial será determinar si en el caso concreto podemos identificar o no una expectativa legítima de privacidad. ¿Es posible reconocer la concurrencia de tal expectativa en el caso concreto? Se ha señalado, al respecto, que son tres los elementos a considerar⁴⁴:

- a. Grado de configuración del perfil en cuestión.
- b. Cantidad de contactos.
- c. Si acaso el perfil se encuentra indexado a motores de búsqueda.

A rasgos generales, la expectativa de privacidad será mayor cuando el perfil del sujeto tenga una configuración privada, el número de contactos sea reducido y no esté indexado a algún motor de búsqueda⁴⁵.

⁴¹ HERRERA, Paloma (2016), p. 93.

⁴² ARANCIBIA, María José (2014), p. 255.

⁴³ LEVIN, Avner y SÁNCHEZ, Patricia (2009), p. 1045.

⁴⁴ HERRERA, Paloma (2016), p. 96.

⁴⁵ En el mismo sentido, HERRERA, Paloma (2016), p. 96.

En relación al caso concreto, la Corte Suprema estimó que no cabía reconocer una expectativa legítima de privacidad, adscribiendo a una noción de privacidad como libertad.

La Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, reviste importancia radical en la cuestión discutida en el presente caso⁴⁶. En su artículo 2° letra f) define datos personales como los “relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”. Al mismo tiempo, en la letra f) del mismo artículo define “fuentes accesibles al público” como todos aquellos registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes. Por regla general, quienes deseen acceder a datos personales, ya sea que estén contenidos en registros públicos o privados, deben contar con el consentimiento del titular de los datos en cuestión. La norma anterior tiene excepciones, siendo una de ellas las fuentes de acceso público⁴⁷. Lo anterior significa que los datos contenidos en estas fuentes pueden ser libremente utilizados⁴⁸.

Las fuentes de acceso público pueden ser mantenidas por particulares o por organismos públicos. Respecto a las primeras, como lo es Facebook, al no existir límite legal alguno, sus características de privacidad y de accesibilidad dependerán de la específica configuración que el responsable de los datos haya establecido⁴⁹.

Lo anteriormente expresado puede apreciarse en el razonamiento de la Corte, específicamente en el Considerando Cuarto de la sentencia, cuando ésta afirma que la información incorporada a Facebook, bajo un perfil “público”, equivale a aquel puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, toda vez que el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por terceras personas.

Concordamos entonces con la doctrina, en el sentido de que, de conformidad con la Ley N° 19.628, es posible afirmar que “la información vertida en las redes sociales sin la debida configuración de privacidad, puede ser considerada una fuente de acceso público”⁵⁰.

⁴⁶ Lamentablemente, en la sentencia comentada no se hace referencia a este cuerpo normativo.

⁴⁷ ALVARADO, Francisco (2014), pp. 206 y 207. Ente las páginas 208 a 2015, ambas inclusive, el autor comenta la regulación que tienen las fuentes de acceso público en el derecho comparado.

⁴⁸ ALVARADO, Francisco (2014), p. 207.

⁴⁹ ALVARADO, Francisco (2014), p. 217.

⁵⁰ HERRERA, Paloma (2016), p. 101.

Relevante resulta mencionar que ya en el año 2014 nuestra Corte Suprema resolvió un caso similar. En dicha oportunidad, para efectos de un reportaje periodístico, el medio de comunicación en cuestión había obtenido fotografías de la persona entrevistada desde su perfil de Facebook. La Corte en ese entonces sostuvo que “al margen de cuál haya sido la finalidad con que fueran conseguidas, lo cierto es que las imágenes captadas del recurrente no se obtuvieron en forma subrepticia. Antes bien, se trata de imágenes que siempre estuvieron a disposición de quien quisiera verlas, en cuanto el actor las incorporó a su página del sitio de internet denominado Facebook sin ningún tipo de restricción en cuanto a quienes pueden acceder a ella, por lo que una vez que las referidas fotografías fueron publicadas en una red social abierta al público no puede pretenderse una exclusividad sobre ellas, configurándose, en consecuencia, la existencia de un interés público real, el cual constituye –como ya se dijo– un límite expresamente reconocido por el legislador respecto del derecho constitucional a la propia imagen⁵¹.

Habiéndose descartado la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad, cabría preguntarse, como último punto, si sería posible apreciar una infracción al derecho a la propia imagen. Según nuestra opinión, la respuesta es negativa. La razón de ello es que el derecho citado prohíbe la captación, reproducción y publicación de la imagen del sujeto afectado. Este es el campo de protección del derecho a la propia imagen, no otros. Así, debemos considerar que en el caso concreto los propios imputados quienes publicaron sus fotografías en Facebook, lo que torna improcedente el poder afirmar que fue la policía la que captó, reprodujo o publicó las imágenes. Éstas sólo fueron utilizadas para efectos de practicar reconocimientos fotográficos con las personas que se identificaban como víctimas de los delitos investigados, a diferencia de lo que podría suceder, por ejemplo, si un tercero tomara dichas fotografías y las utilizara en alguna publicidad no consentida⁵².

5. CONCLUSIONES

La sentencia comentada constituye, en nuestra opinión, un valioso aporte para el continuo desarrollo del derecho a la privacidad. En efecto, la Corte Suprema se refiere al concepto de “expectativa legítima de privacidad” y lo aplica al caso en cuestión.

⁵¹ Sentencia Rol N° 21.499-2014, Considerando Séptimo.

⁵² Ver *supra* 4.2.

Habría sido positivo, no obstante, que el recurrente y, consecuentemente la Corte, hubiesen abordado además la problemática del derecho a la propia imagen. Probablemente la omisión indicada de debió a que, en atención a su naturaleza procesal penal⁵³, el caso enjuiciado no haya constituido la mejor oportunidad para ello.

A nuestro parecer, la solución de la Corte Suprema es correcta. En ella subyace, consecuentemente con su precedente, una idea de privacidad como libertad o control. En el caso resuelto no nos parece posible reconocer una expectativa legítima de privacidad por parte de los imputados. Lo anterior se debe a que fueron ellos mismos quienes cargaron sus fotografías en su perfil de Facebook, cuenta que contaba con una configuración de privacidad “pública”. Lo anterior tiene como consecuencia que, según nuestra opinión, dichos perfiles pueden ser calificados como fuentes de acceso público, de conformidad con el artículo 2º letra i) de la Ley N° 19.628. Por definición de la misma normativa, un tercero puede acceder y obtener los datos personales contenidos en este tipo de fuentes sin requerir el consentimiento de su titular.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVARADO, Francisco (2014): “Las fuentes de acceso público a datos personales”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (V. 3, N° 2), pp. 205-226. Disponible en <http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/33276/37869>. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017].
- ARANCIBIA, María José (2014): “¿Cuándo nuestras imágenes dejan de pertenecer-nos? La tensión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de informar”, *Revista de Derecho* (año 2014, N° 6), pp. 245-257. Disponible en <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/36011pdf>. [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2017].
- CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos”, *Revista Chilena de Derecho* (V. 27, N° 1), pp. 51-79. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/194086>. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2017].
- CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación”, *Revista Chilena de Derecho* (V. 27,

⁵³ Ya vimos que, generalmente, en los casos donde se alega una infracción al derecho a la propia imagen existe un provecho económico por parte de la persona que cometió la supuesta vulneración.

- Nº 2), pp. 331-355. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650218>. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2017].
- FAYOS, Antonio (2007): Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (Año 2007, Nº 4, A. 24), pp. 1-21. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/167605> [Fecha de consulta: 21 de abril de 2017].
- FIGUEROA, Rodolfo (2013): “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, *Revista Chilena de Derecho* (V. 40, Nº 3), pp. 859-889. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art05.pdf>. [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].
- GUERRERO, Óscar (2011): “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología* (V. 32, Nº 92), pp. 55-84. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/revista/11350/V/32>. [Fecha de consulta: 21 de abril de 2017].
- GUTIÉRREZ, Alfredo (2014): “El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: Una reflexión desde el Derecho Constitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (Año 2014, Nº 31, julio-diciembre), pp. 239-245. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932014000200008. [Fecha de consulta: 24 de abril de 2017].
- HERRERA, Paloma (2016): “El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (V. 5, Nº 1), pp. 87-111. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v5n1/art03.pdf>. [Fecha de consulta: 26 de abril de 2017].
- LEVIN, Avner y SÁNCHEZ, Patricia (2009): “Two notions of privacy online”, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* (V. 11, Nº 4), pp. 1001-1051. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428422. [Fecha de consulta: 26 de abril de 2017].
- NOGUEIRA, Humberto (2007): “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Ius et Praxis* (V. 13, Nº 2), pp. 245-285. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-001220070002&lng=es&nrm=iso. [Fecha de consulta: 26 de abril de 2017].
- PROSSER, William (1960): “Privacy”, *California Law Review* (V. 48, Nº 3), pp. 383-423. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/california-lawreview/vol48/iss3/1/>. [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2017].

- SALDAÑA, María Nieves (2012): “The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político* (año 2012, N° 85), pp. 195-240. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723>. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017].
- SÁNCHEZ, Patricia y PIZARRO, Eugenio (2014): “La intimidad europea frente a la privacidad americana”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (Año 2014, N° 1, A. 6), pp. 1- 61. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1031.pdf>. [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017].
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1890): “The right to privacy”, en *Harvard Law Review* (V. IV, N° 5), pp. 193-220.
- ZÁRATE, Sebastián (2014): “La expectativa de privacidad y grabaciones ocultas”, en *Sentencias Destacadas 2013* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo), pp. 103-133.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Supremo N° 91/2017.
Sentencias Corte Suprema, roles N°s. 21449-14, 2506-09.
Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1984-2011.