

Santiago, doce de julio de dos mil once.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, por Oficio N° 9190, de 5 de de enero de dos mil once, ingresado a esta Magistratura el día 7 del mismo mes y año, la Cámara de Diputados transcribe el Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo 4°;

SEGUNDO: Que el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que, entre otras, es atribución de este Tribunal “ejercer el control de constitucionalidad (...) de las leyes orgánicas constitucionales”. A su vez, el inciso segundo del mismo precepto fundamental dispone: “En el caso del número 1°, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.”;

TERCERO: Que, en razón de lo establecido en las disposiciones referidas precedentemente, corresponde a esta Magistratura, en la oportunidad que en ellas se señala, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas de la iniciativa legislativa remitida a control en estos autos, que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

CUARTO: Que el artículo 77 de la Constitución Política dispone:

2

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.

“La Corte Suprema deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita la opinión pertinente.

“Sin embargo, si el Presidente de la República hubiere hecho presente una urgencia al proyecto consultado, se comunicará esta circunstancia a la Corte.

“En dicho caso, la Corte deberá evacuar la consulta dentro del plazo que implique la urgencia respectiva.

“Si la Corte Suprema no emitiere opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.

“La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.”;

QUINTO: Que la norma sometida a control, contenida en el artículo 4° del Proyecto de Ley individualizado en el considerando primero de la presente sentencia, dispone:

“Artículo 4°. Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

“El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

“Los establecimientos a que se refiere el presente artículo, no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

“Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de

reservado y su examen sólo podrá ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción, se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

“De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del procedimiento ordinario, contemplado en la ley N° 18.287, que Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

“Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

“Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

“Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente.”;

I.- MATERIA.

SEXO: Que consta de autos que los incisos cuarto y sexto del artículo 4° recién transcrito han sido aprobados en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República, señalándose en el oficio de fojas 1 que no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

SÉPTIMO: Que, sin embargo, la norma del artículo 4°, en sus nueve incisos, regula en su totalidad una materia propia de ley orgánica constitucional, a que se refiere la Constitución Política de la República en su artículo 77, toda vez que los referidos incisos en su globalidad

6

constituyen un todo armónico e indivisible que no es posible separar o escindir. Motivo por el cual forma parte, de igual modo, de la aludida ley orgánica constitucional, tal como lo ha razonado reiteradamente este Tribunal en diversos pronunciamientos relativos a proyectos de ley cuyas disposiciones contenían normas sobre organización y atribuciones de los tribunales (entre otras, sentencias Roles N°s. 419, 420, 426, 435, 442 y 1.243);

OCTAVO: Que, por otra parte, consta de la historia fidedigna del proyecto de ley que se suscitó cuestión de constitucionalidad acerca del mismo, en términos que el diputado señor Guillermo Ceroni Fuentes señaló -en su oportunidad- que el registro creado contravendría la libertad de las personas, su privacidad y la presunción de inocencia (Primer Trámite Constitucional. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 2 de julio de 2008, página 15. Lo mismo en Tercer Trámite Constitucional, Legislatura 358, Sesión 30ª de la Cámara de Diputados, 1º de junio de 2010, página 32, e Informe de la Comisión Mixta, 8 de noviembre de 2010, página 16).

De igual forma, el diputado señor Giovanni Calderón Bassi, al aludir al encargado del registro y su facultad para certificar la identidad de los usuarios, así como el día y la hora de eventual comisión de estos delitos, expresó que ello “excede una simple invasión de la privacidad e invade las normas generales sobre el debido proceso” (Informe de la Comisión Mixta, páginas 14-15), para luego expresar “su opinión contraria a legislar en tal sentido, haciendo presente que al entregar al reglamento la determinación de aspectos normativos estaríamos en presencia de una ley penal en blanco, lo cual constituiría una inobservancia del marco

7

constitucional, en cuya virtud es exigible que cada uno de los elementos típicos de la conducta punible sea establecido en la ley, no siendo aceptable una remisión a la potestad reglamentaria" (Informe de la Comisión Mixta, páginas 17-18).

Asimismo, como algunos senadores manifestaron reparos, el Senador don Patricio Walker Prieto dio cuenta de que entre ellos existió preocupación respecto al fundamento del registro, puesto que éste podría, eventualmente, vulnerar libertades amparadas por la Constitución (Informe de la Comisión Mixta, página 8). En el mismo sentido, los Senadores Andrés Chadwick Piñera y Alberto Espina Otero manifestaron que, no obstante estar de acuerdo con el registro, podría existir una violación a las libertades personales (Informe de la Comisión Mixta, páginas 11 y 12);

NOVENO: Que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la cuestión de constitucionalidad que se suscite durante la discusión parlamentaria, bien puede resultar de la revisión de la historia fidedigna de la ley, sin que sea menester una constancia formal para tenerla por establecida y hacerla efectiva, puesto que, de existir, ésta más bien tiene por objeto facilitar la identificación del examen de constitucionalidad que ha de efectuarse, tanto como facilitar su comprensión por parte de la comunidad jurídica toda.

Así se expuso, recientemente, en el pronunciamiento recaído en autos Rol N° 1.869, en el que este Tribunal señaló que se suscita la aludida cuestión desde el momento que ello resulte de la lectura del debate parlamentario (considerando 8°);

DÉCIMO: Que el razonamiento precedente se corresponde con un adecuado control preventivo de

8

constitucionalidad, a más de contribuir al respeto por la labor parlamentaria, por cuanto esta Magistratura deberá -pese a no existir una acreditación formal- explicitar los fundamentos que sustentan su veredicto, atinente a una disposición que no ha estado exenta de reparos por los congresales.

A mayor abundamiento, cabe recordar que es una línea jurisprudencial asentada el que la calificación de ciertas cuestiones de hecho -como sería la que aquí se analiza- es competencia propia del Tribunal Constitucional. Así ha sucedido frecuentemente en otro orden de cuestiones, como es la determinación acerca de si se aprobaron con el quórum requerido las disposiciones de un proyecto que versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional, determinación que efectúa este Tribunal con independencia de si el legislador calificó y votó formalmente como orgánico constitucional un precepto específico del proyecto respectivo (sentencias Roles N° 309 y 312, entre otras);

II.- OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA NORMA.

1) Quién lleva el Registro.

DECIMOPRIMERO: Que el proyecto en revisión alcanza únicamente a los “establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet”, los que ejercen un comercio reconocido como “Centros de Acceso a Internet” y se encuentran codificados con el N° 642062, por el Servicio de Impuestos Internos, a efectos de iniciar lícitamente sus actividades tributarias.

Durante la tramitación del mismo, requerido el por qué sólo éstos son afectados, y no otros locales que ofrecen servicios iguales, el Senador don Patricio Walker Prieto constató que “esta iniciativa fue recogida de lo

9
que existe hoy día en el Viejo Continente. Allí hay una directriz que la Unión Europea les recomienda a sus países para el combate contra el cibercrimen: imponer a los establecimientos que en Chile llamamos “cibercafés” una exigencia con el objeto preciso de saber quién estuvo detrás del computador intercambiando pornografía infantil” (Segundo Trámite Constitucional, Legislatura 358, Sesión 21^a del Senado, 19 de mayo de 2010, página 90).

Se agregó más adelante que “siendo éstos el lugar natural de perpetración de esos delitos, se ha estimado necesario, en el proyecto original enviado por la Cámara de Diputados y por sus autores, establecer un registro público” (Diputado Matías Walker Prieto, Tercer Trámite Constitucional, Legislatura 358, Sesión 30^a de la Cámara de Diputados, 1° de junio de 2010, páginas 30-31);

2) Quién puede conocer del Registro.

DECIMOSEGUNDO: Que el proyecto regula el examen de estos registros a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo.

Con todo, de entenderse aplicables éstas, tal competencia no aparece condicionada a las necesidades imperiosas de una investigación en curso respecto de delitos específicos y determinados, como tampoco se contemplan a este efecto las debidas garantías procesales para el afectado. Más todavía, al no negarse su procedencia, podría interpretarse que esta diligencia cabe aun “sin conocimiento del afectado”, lo que no resulta justificado, conforme a la doctrina sentada por este Tribunal (sentencia Rol N° 433, considerandos 30° al 34°);

10

DECIMOTERCERO: Que el proyecto no exige esa autorización judicial previa u otro resguardo cuando -más adelante- alude a la vigilancia e inspección que sobre dichos cibercafés habrán de ejercer la policía uniformada y los inspectores municipales, para el evento en que dichas funciones contraloras no puedan sino materializarse consultando el contenido mismo de los registros, de carácter reservado, en el lógico entendido de estar comprometido el derecho amparado en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución.

Es menester señalar que en otra ocasión, en la Ley N° 20.406, que incorporó un nuevo artículo 62 bis al Código Tributario, para acceder a información disponible en una fuente secreta por razones de intimidad, además del permiso judicial previo se estableció todo un procedimiento racional y justo a favor del afectado, lo que fue aprobado por este Tribunal (sentencia Rol N° 1528, considerando 11°).

De otra parte, a fin de impedir que estos registros sean abiertos y auscultados por terceros, el proyecto establece un deber de reserva y se remite a un reglamento respecto a indeterminadas medidas de seguridad;

3) Cómo se custodia el registro.

DECIMOCUARTO: Que para resguardar el contenido de estos archivos, se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad, acorde con el Código Penal y otras leyes especiales.

De otro lado, el proyecto señala que cada registro estará a cargo de un "responsable", pero sin precisar a

11
quiénes podría comprender tan amplio concepto, cuál es el nivel de cuidado que debe adoptar en su tarea de reunir correctamente los datos, ni qué sanciones le son aplicables para el evento de cometer fraudes o, al menos, errores con menoscabo a terceros;

DECIMOQUINTO: Que, además, el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada, copia auténtica de respaldo.

Sin requisitos, entrega a un reglamento disponer todas las demás "medidas de seguridad" que sean necesarias a efectos de proteger los datos almacenados, cuyo carácter esencial e inseparable a la ley, no obstante, queda de manifiesto al diferirse la aplicación de esta norma legal hasta después de la publicación de tal acto administrativo reglamentario en el Diario Oficial;

III.- LIBERTADES E IGUALDAD ANTE LA LEY.

DECIMOSEXTO: Que las normas analizadas, sobre registro de los antecedentes de los usuarios que accedan a internet en los llamados cibercafés y entrega de esta información a las autoridades, deben observarse en el marco del artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, en cuya virtud el deber del Estado de atender las necesidades públicas que comprenden el bien común debe cumplirse, siempre con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Ley Suprema establece, lo que lleva a reprobirlas, habida cuenta que su aplicación

12
implica encomendar a ciertos particulares una función registral y de almacenamiento de datos, sin las seguridades ni garantías legales suficientes como para impedir que se vean afectados los derechos reconocidos en el artículo 19, numerales 2° y 4°, de la Constitución;

DECIMOSÉPTIMO: Que cuadra objetar, por de pronto, que el deber de llevar estos registros pese exclusiva e infundadamente sobre dichos establecimientos cuya "actividad principal" es ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir -con valor de probable verdad y un cierto poder predictivo- que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquisados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes.

Este menoscabo deja, pues, a los titulares de cibercafés en una posición desmedrada frente a sus competidores sustitutos, lo que infringe la garantía del N° 2° del artículo 19 constitucional, al no existir un tratamiento de igualdad en el ejercicio de actividades comerciales análogas;

DECIMOCTAVO: Que, además, es de reprochar que el proyecto recaiga únicamente sobre los clientes de cibercafés, cuya sola concurrencia a uno de estos locales -lícitos y abiertos al público- los pone gratuita e indiscriminadamente en una inmérita categoría de sospechosos pre-delictuales, pasibles de ser fichados e incluidos, por ello, en un prontuario potencialmente criminal.

A resultas de esto, o se produce un efecto inhibitorio injustificado sobre el ejercicio de la libertad personal de los usuarios, disuadiéndolos a no entrar a estas tiendas comerciales, o se coloca a los asistentes en una cierta situación de riesgo y oprobio que, por eso, hiere la dignidad e igualdad de las personas y contraviene el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental.

Una premisa, que el nuestro y otros ordenamientos jurídicos proclaman, es que el disfrute de la libertad por parte de un grupo determinable de personas, no puede ser grabado ni registrado (v. sentencia de 2 de marzo de 2010 del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, por la que se declara la nulidad de diversos artículos de su Código Procesal Penal y de la Ley Federal de Telecomunicaciones);

DECIMONOVENO: Que las tareas de acopio de esta clase de hechos personales y su posterior almacenamiento en registros o bancos de datos, con el propósito de facilitar una eventual pesquisa criminal o con miras a producir inteligencia policial, efectivamente envuelven el ejercicio de incisivos cometidos oficiales, vinculados a la investigación de hechos constitutivos de delito y a la conservación del orden institucional.

De modo que, por eso, su realización no puede encomendarse a entidades privadas cuyo negocio es uno muy otro, a la par de sujetarse a estrictas medidas de seguridad -de que el proyecto carece-, especialmente en lo relativo a la custodia e intangibilidad de tales archivos, comoquiera que al no prevenir posibles filtraciones o manipulaciones, aumenta el peligro de que los sujetos registrados se vean expuestos a abusos o a ser incriminados sin causa justificada;

IV.- VIDA PRIVADA O INTIMIDAD.

VIGÉSIMO: Que los resguardos que se han echado en falta, por lo demás, vienen señaladamente exigidos por la Constitución, cuando en su artículo 19 "asegura a todas las personas" -a lo que interesa- "4°. El respeto y protección a la vida privada", en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 17 prevé -en lo pertinente- que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada" y que "2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Siendo útil recordar que, para el establecimiento de aquel precepto constitucional, se tuvo especialmente en cuenta el hecho de que "en reparticiones o instituciones, ya sean del sector público o privado, se suele exigir, por parte de la autoridad, datos o antecedentes o practicar investigaciones que violan la privacidad de las personas" (Jaime Guzmán Errázuriz, citado por Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, página 184).

Tanto como reiterar la relación sustancial existente entre el respeto a la dignidad de la persona y su proyección inmediata en la protección a la vida privada de ella, circunstancia que vuelve indispensable cautelar ese ámbito reservado, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro, según ha puntualizado esta Magistratura (sentencias Roles N° 389, considerando 18°, y N° 521, considerando 19°). Donde cobrará importancia agregar, enseguida, que entre otros muchos aspectos comprendidos dentro de este derecho, se encuentra el asegurar que nadie sea objeto de

acechos, cual si fuera un simple medio puesto a satisfacer los apetitos de los demás;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, sin pretender extenderse ahora a todos los contornos que presenta el referido derecho, ni querer agotar todas las situaciones que podrían lesionarlo, es lo cierto que éste comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados.

Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles.

De suerte que, esto sentado, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos; por dónde -vías, caminos o canales- se desplaza en particular; cuál es el número de los sitios que visita y de las direcciones contactadas, precisamente; con quién, o con cuánta

duración y frecuencia se producen las conexiones realizadas. Más todavía cuando, a partir de estos datos, hoy es factible ir de hurones e inferir historiales o perfiles individuales, que incluyen hábitos y patrones de conducta humana, hasta poder revelar las preferencias políticas, opciones comerciales e inclinaciones sociales de las personas;

VIGESIMOTERCERO: Que la intimidad no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (Eduardo Novoa Monreal, Derecho a la vida privada y libertad de información, Veintiuno Editores, 1981, páginas 51 y 202-204. Asimismo, Enrique Barros Bourie, Honra, Privacidad e Información: Un Crucial Conflicto de Bienes Jurídicos, Revista de Derecho, 1998, Universidad Católica del Norte, página 47).

Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial;

VIGESIMOCUARTO: Que, sin reparar que se impone un sistema de control cuyo peso recae en entidades privadas ajenas a lo policial, el proyecto, puesto a impedir que

se produzcan filtraciones o se trafique con la ¹⁷ información contenida en dichos registros ad hoc, personalísima y valiosa, establece un deber de reserva, que resulta insuficiente para resguardar el derecho de que se trata, tal como se ha indicado precedentemente.

Además, con detrimento de la seguridad jurídica, el proyecto presenta todos los vacíos a que se ha hecho mención respecto a la custodia e intangibilidad de los susodichos archivos, materia en que se remite globalmente y en blanco a un reglamento, vale decir sin la debida protección legal que debe otorgarse a las personas para el ejercicio tranquilo de sus derechos (aplica sentencia Rol N° 370, considerando 19°);

V.- RESERVA LEGAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, como se lleva visto, el proyecto traslada a un reglamento determinar las características del mentado registro y las “medidas de seguridad que deberán adoptarse” a su respecto, sin siquiera mencionar aquellas que suelen indicarse en estos casos, como ocurre, por ejemplo, con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativa a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

No precisa el sentido y alcance que debe darse a los aspectos abandonados a la potestad reglamentaria de ejecución, cuestión que se torna de sopesada gravedad si se tiene presente que esas medidas de seguridad son, justamente, aquellas destinadas a asegurar que los derechos involucrados puedan ejercerse apaciblemente, sin temer ulteriores consecuencias negativas para nadie.

Como el derecho reconocido en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución exige la protección de la ley, es esencial a la misma determinar cuáles son dichas medidas de seguridad y cómo han de aplicarse, de forma que estas materias no pueden así -sin parámetros ni resguardos- encomendarse a un reglamento;

VIGESIMOSEXTO: Que, de lo dicho, puede apreciarse que se está ante una delegación normativa constitucionalmente inadmisibles, toda vez que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa a efectos de reglamentar la disposición legal en el tópico aludido.

Como lo señalara esta Magistratura, si bien nuestro ordenamiento permite convocar la potestad reglamentaria con miras a facilitar la ejecución de una ley, en aspectos técnicos o subordinados que son de suyo variables, sin embargo, los conceptos esenciales deben ser determinables según la ley, al punto de excluir toda arbitrariedad y establecer una sola solución jurídicamente procedente (sentencia Rol N° 718);

VI. - CONCLUSIÓN

VIGESIMOSEPTIMO: Que, en las condiciones anotadas y en atención a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, puede concluirse -en definitiva- que ni aún los fines superiores que procura alcanzar el proyecto, así sea la prevención y el combate a delitos tan abyectos como aquellos de que trata en su texto, son bastantes para justificar la implementación de un medio como el "registro" señalado, por resultar su implementación, de la manera como se ha visto, lesiva para el legítimo ejercicio de los comentados derechos constitucionales.

Sin crear una condición especial de pre-criminales, la concepción de un registro de datos para fines limitados estrictamente a la persecución o prevención de determinados delitos graves, no se opone necesariamente a la Constitución, si la ley que lo contempla resguarda suficientemente los derechos referidos dentro de una estructura legislativa adecuada.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos pertinentes de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura,

SE DECLARA: Que el artículo 4° del proyecto remitido es inconstitucional y debe eliminarse de su texto.

Acordada con el voto en contra **del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto**, quien estuvo por declarar conforme a la Constitución el artículo 4° del proyecto bajo examen, fundamentalmente por entender que las únicas normas orgánico constitucionales contenidas en dicho artículo son las de sus incisos cuarto y sexto, por referirse a materias de aquellas que el artículo 77 constitucional ordena sean reguladas por una ley de esa naturaleza.

En opinión de este disidente, el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales que contempla el numeral 1° del artículo 93 de la Carta Fundamental debe circunscribirse exclusivamente a aquellas normas de la iniciativa legal que revistan ese carácter, no siendo procedente que a propósito de este tipo de control preventivo y abstracto el Tribunal Constitucional incursione en el escrutinio de constitucionalidad de otros preceptos del proyecto, cuya eventual impugnación de inconstitucionalidad tiene, en el propio artículo 93 de la Carta Magna, otras vías para

promoverse y dilucidarse, concretamente las previstas en sus numerales 6° y 7°.

Acordada con el voto en contra de **los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander**, quienes estuvieron por considerar que el proyecto se ajusta plenamente a la Constitución, sobre la base de las motivaciones que seguidamente se exponen:

1. Que la mayoría considera que el artículo 4° del proyecto de ley es inconstitucional, porque afecta la igualdad ante la ley, el derecho a la vida privada y la reserva legal, al establecer la obligación de que los establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicio de acceso a internet, deban mantener un registro actualizado de sus usuarios;

2. Que no compartimos dichas objeciones. Dividiremos nuestra disidencia en los siguientes apartados. En primer lugar, haremos una breve explicación de la norma. En segundo lugar, recurriremos a algunos antecedentes de su historia fidedigna. En tercer lugar, expondremos el actual marco normativo que regula la actividad. Finalmente, nos haremos cargo de las objeciones planteadas en el voto de mayoría. Para ello, por una parte, examinaremos si corresponde o no que esta Magistratura emita un pronunciamiento en la materia, es decir, si es o no el artículo 4° objetado propio de ley orgánica. Por la otra, señalaremos las razones de por qué no se afectan las garantías constitucionales que la mayoría invoca;

I. LA NORMA IMPUGNADA.

3. Que, en primer lugar, la norma objetada tiene los siguientes elementos configurativos:

Por de pronto, establece una obligación. Esta consiste en que los usuarios de ciertos establecimientos deben identificarse y el encargado del establecimiento debe registrar dicha identificación. La identificación se puede hacer con documentos oficiales: cédula de identidad, pasaporte, licencia de conducir o pase escolar. La identificación comprende tres aspectos: el nombre del usuario y su número de identidad o de pasaporte, o los datos que se consignen en la licencia o en el pase escolar; la fecha y hora inicial de cada acceso al establecimiento; y la individualización del equipo computacional que utiliza.

Enseguida, la obligación recae únicamente en ciertos locales comerciales: aquellos "cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos".

A continuación, el responsable del local tiene obligaciones personales destinadas a materializar la obligación que recae sobre el establecimiento. Estas consisten en pedir la identificación; anotarla en un registro; impedir el uso de los computadores a las personas que no proporcionen dichos datos o lo hagan en forma incompleta; mantener en reserva dicho registro y, finalmente, conservarlo por un año.

Asimismo, se establecen ciertas sanciones por el incumplimiento de las obligaciones indicadas, las que corresponde aplicar al juez de policía local respectivo. Ellas son de dos tipos. Por una parte, están las sanciones vinculadas al registro. Estas consisten en una multa, que en caso de reincidencia puede llevar aparejada la sanción adicional de clausura temporal por un período no superior a tres meses y, en caso de tercera condena, puede llevar a la clausura definitiva. Por la otra, están

las sanciones vinculadas al incumplimiento del deber de reserva. Estas consisten en multa y clausura temporal; y, en caso de reincidencia, cabe también la clausura definitiva.

Del mismo modo, se dispone que el establecimiento que lleva el registro está sujeto a vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales.

Finalmente, el artículo objetado establece una serie de garantías respecto del registro. Desde luego, el registro tiene el carácter de reservado. Su examen sólo puede ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público. Los inspectores y Carabineros sólo pueden vigilar que el establecimiento lleve dicho registro. Enseguida, existen sanciones por incumplimiento del deber de reserva. Asimismo, un reglamento debe establecer las medidas de seguridad que deben adoptarse;

II. LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL PRECEPTO.

4. Que, por otra parte, la historia fidedigna de la norma permite ilustrar su sentido y alcance.

En primer lugar, cabe constatar que la norma en cuestión no formaba parte de la moción original (Boletín 5837-07), iniciada por el entonces H. Diputado Patricio Walker y copatrocinada por las H. Diputadas Carolina Goic y Claudia Nogueira, y por los H. Diputados Juan Bustos, Guillermo Ceroni, Marcelo Díaz, Maximiano Errázuriz, Cristián Monckeberg y Felipe Ward. Mediante una indicación se incorporó su texto en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. El Senado, en segundo trámite, le hizo muy pocas modificaciones a esa fórmula. Pero el texto definitivo aparece en la Comisión Mixta.

En segundo lugar, en el texto que salió de la Cámara y del Senado, se establecía como una modificación al Código Procesal Penal. Sin embargo, en la Comisión Mixta, se le otorgó un estatuto jurídico propio, sin mucha discusión. (Informe Comisión Mixta, página 9);

5. Que, en tercer lugar, en la historia fidedigna consta que se justificó la medida en base a distintas argumentaciones.

En este sentido, se consideró, como primera razón, facilitar la investigación policial. Así, Jaime Jara Retamal, Jefe de la Brigada de Investigación del Cibercrimen de la Policía de Investigaciones de Chile, sostuvo lo siguiente:

“En cuanto a la necesidad de la existencia de registros, señaló que estaba de acuerdo con la exigencia de un registro de los usuarios, pero como las investigaciones solían demorarse, no parecía conveniente el establecimiento de plazos muy breves de duración de éstos, ya que ello podría perjudicarlas. La capacidad de almacenamiento no era tan costosa hoy día como en el pasado, por lo que creía que perfectamente los proveedores de internet podían mantener registros de, por lo menos, un año. Agregó que la existencia de registros no sólo había servido para la investigación de pornografía infantil sino que también para la de otro tipo de delitos en el país.

En el caso de los “ciber cafés”, en que se protege el anonimato del usuario, le parecía que no debería haber inconvenientes para exigir a éstos su cédula de identidad para tener acceso a los equipos. Creía necesario regular el accionar de los proveedores de internet y de quienes subarriendan estos servicios.” (Informe Comisión de

Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, pág. 6).

Una segunda razón que se invocó fue el anonimato en que se opera en los cibercafés. El Diputado Walker señaló lo siguiente:

“que lo que trata esta modificación ya se había analizado tiempo atrás en otro proyecto que no llegó a prosperar. Sin embargo, conforme al parecer de la Policía de Investigaciones, sería la parte más importante de la iniciativa, porque, de acuerdo a sus opiniones, cuando se investiga una red de pornografía infantil, resulta muy fácil llegar al computador en que se produjo cuando éste es de su dueño, porque el IP o nombre del computador coincide con el usuario del mismo, cuestión que se demostró en el programa Contacto. Pero cuando no es así, tanto la Policía de Investigaciones como el ministerio público y los jueces de garantía, al investigar estas redes, han llegado a situaciones insalvables, producidas por las personas que operan por medio de los “ciber cafés”. En efecto, estas personas saben que están amparadas por el anonimato ya que nadie los obliga a registrarse y porque el IP coincide con el dueño del establecimiento y no con el usuario del equipo. En consecuencia, resulta imposible determinar quién compró, distribuyó o mandó hacer un video de pornografía infantil y hasta ahí llega la investigación por cuanto el dueño del establecimiento no recuerda quien ocupó los equipos tres o seis meses atrás. (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, pág. 15).

La misma razón invocó el Ministro de Justicia, Felipe Bulnes, en la Comisión Mixta:

“luego de oír los antecedentes policiales que sobre la materia existían, especialmente aquellos que demostraban la impunidad con que actuaban personas, a través de estos medios, y que era consecuencia, además, de no existir ningún tipo de resguardo en aquellos lugares donde se accede a Internet en forma masiva, es ahora partidario de establecer, con esta modificación legal, este sistema registral”. (Informe Comisión Mixta, pág. 4).

En el mismo sentido se expresó el Director de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional:

“Agregó que cuando se recaba la información vienen datos sobre una determinada dirección IP, es decir la identificación de un canal de comunicación a través de la fibra óptica, que puede ser fija o dinámica. Sin embargo, el tener conocimiento sobre una dirección IP no significa necesariamente dar con un usuario sino sólo poder identificar el equipo, por lo que no se considera dicha información como un dato personal o dato sensible. Una vez individualizada la dirección IP se realiza su seguimiento, haciéndose casi imposible el descubrimiento de quien fue el usuario del respectivo computador, puesto que en lugares donde se permite el acceso al público, que es por lo general de donde corresponden estas direcciones, los equipos son utilizados por un número indeterminado de personas, por lo que, sin el registro, en la mayoría de los casos es prácticamente imposible descubrir al autor de estos delitos” (Informe Comisión Mixta, págs. 7-8).

También se expresó de igual manera el H. Senador Ignacio Walker:

“Expreso que según los datos que manejan las policías y el Ministerio Público, gran parte de los delitos de este tipo no llegan a ser sancionados, debido a que los antecedentes allegados a los procesos no alcanzan para que el juez se forme un convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la participación de una persona determinada, pues generalmente sólo se cuenta una dirección IP, que otorga certeza acerca del equipo utilizado, pero no genera información acerca de la persona que ejecutó la conducta típica”. (Informe Comisión Mixta, págs. 8-9).

La misma razón invocó el Senador Alberto Espina, quien sostuvo:

“que coincide en que la creación del registro podría considerarse una restricción de las libertades de los usuarios, sin perjuicio de lo cual estima conveniente su constitución, porque para perseguir esta clase de delitos lo que importa es identificar a la persona que estuvo detrás del computador desde donde se perpetró el hecho, ya que la dificultad no es conseguir la dirección IP desde la que se incurrió en la conducta típica, sino que el identificar e incluso el descartar a quien aparece como su posible autor que, como ya se ha manifestado en la Comisión, generalmente actúa en la impunidad que le da el anonimato con que actúa al emplear los equipos ubicados en los establecimientos que prestan servicios de Internet”. (Informe Comisión Mixta, pág. 12).

Al mismo objetivo apuntó el Senador Hernán Larraín, quien afirmó:

“que comparte la necesidad de la existencia del registro de usuarios, como el planteado, porque es una buena manera de identificar a los que cometen esta clase de delitos. En ese sentido, agregó que en la vida moderna

los ciudadanos están sujetos a una gran cantidad de registros y controles, que son la contrapartida de los avances tecnológicos como la telefonía celular o el cobro automático de peaje en las autopistas, por lo que este instrumento, si bien restringe las libertades personales, no representa una carga desorbitada respecto de los derechos de las mismas, puesto que pretende tutelar un bien superior". (Informe Comisión Mixta, pág. 11).

Lo mismo indicó el H. Senador Andrés Chadwick, quien manifestó:

"...la necesidad de establecer un registro de usuarios de la red de internet en lugares de libre acceso al público surge en la medida que la tecnología aún no ha ideado la forma de registrar la navegación individual, lo que sin duda en algún momento podría ocurrir, tal como sucede hoy respecto de la mayor parte de las acciones que implican manipulación de aparatos tecnológicos, como el uso de computadores en el manejo de las cuentas corrientes mediante claves individuales, o el registro de las llamadas discadas o recibidas en un teléfono celular. En todo caso, agregó, es necesario tener presente que una normativa como la propuesta generará recelos de la población en cuanto a la intromisión en su privacidad que podría generar el acceder a internet desde los locales regulados". (Informe Comisión Mixta, pág. 12).

Una tercera razón que se invocó, fue la de tener datos concretos para realizar las investigaciones.

"La Subdirectora de la Unidad de Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público expresó que para la Institución a la que representa el registro constituiría una gran ventaja a la hora de desarrollar sus investigaciones, por cuanto de ese modo podrían abocarse al análisis de datos concretos, ya que generalmente estos

delitos se cometen de manera anónima, en lugares de libre acceso al público, lo que impide un verdadero conocimiento del usuario de una dirección IP que se ha logrado identificar". (Informe Comisión Mixta, pág. 5);

6. Que otro aspecto que arroja la historia fidedigna, es que el registro que se crea es complementario a la obligación que pesa actualmente sobre las compañías que proporcionan servicios de internet en el sentido de mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, por el plazo de seis meses, las conexiones que cada número IP de sus abonados lleva a cabo. (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, pág. 14);

7. Que también se resaltó en la historia fidedigna que el registro no constituía un medio de prueba.

En la Cámara de Diputados, el autor de la moción, el H. Diputado Patricio Walker, sostuvo "que lo que se proponía no constituía un medio de prueba sino que un mecanismo para investigar la existencia de estas redes". (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, pág. 16).

En la Comisión Mixta, de un lado, el Director de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional señaló: "el registro en ningún caso hará presumir la responsabilidad de una persona usuaria de un equipo por los delitos que se cometan mediante su uso, sino que sólo servirá de antecedente para realizar una investigación más certera". (Informe Comisión Mixta, pág. 8).

Del otro, el H. Senador Espina manifestó: "el registro que se propone crear sólo constituirá un antecedente a considerar en una investigación criminal,

el que en ningún caso puede ser entendido como una prueba de culpabilidad de una persona por el mero hecho de que se encuentre anotada en él, y que será un indicio para orientar la investigación que, en todo caso, el juez deberá ponderar de acuerdo al mérito de todos los antecedentes que existan en el proceso, y que aseguren o exculpen de participación a quien aparece registrado, y que una condena sólo procede cuando queda absolutamente demostrada la intervención en los hechos punibles. Resaltó la importancia de tener perfecta claridad respecto de esta materia, dado que el efecto que produce el ser imputado por delitos con connotación sexual es a todas luces negativo y estigmatizante". (Informe Comisión Mixta, pág. 15);

8. Que otro aspecto que arroja la historia fidedigna es la preocupación por la seguridad del registro. En este sentido, el H. Diputado Ceroni sostuvo: "Otro aspecto a considerar, señaló, es la necesidad de implementar este sistema de manera que otorgue garantías de seriedad e inmutabilidad, evitando la modificación o adulteración del registro, lo que resulta resaltado ante la posibilidad de que llegue a constituir la base de una investigación judicial. En tal sentido, agregó, estima necesario dotarlo de algún sistema de resguardo similar al de los instrumentos con que operan, por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República, acudiéndose a mecanismos como foliado de páginas o timbraje, entre otros, que deberán ser estrictamente determinados por el Ministerio de Justicia, al dictar el reglamento para que la normativa pueda entrar en vigor adecuadamente". (Informe Comisión Mixta, pág. 16);

9. Que, en relación a los sujetos obligados a llevar el registro, es importante consignar tres opiniones.

En primer lugar, la posición del H. Diputado Monckeberg, quien era partidario de regular a un número amplio de sujetos, tesis que en definitiva no prosperó. Su argumentación era la siguiente: "la obligación de mantener un registro debería establecerse en términos amplios y no ser circunscrita, exclusivamente, a aquellos establecimientos comerciales cuyo giro principal sea prestar servicios de acceso a Internet. De esta forma, agregó, podrían comprenderse otros lugares donde existe la posibilidad de utilizar equipos con conexión a la red como, por ejemplo, los hoteles, expresando que de acogerse una propuesta restrictiva, podría quedar abierta la posibilidad para que se cometan estos ilícitos en lugares distintos de un "ciber café", desplazándose los delincuentes hacia aquellos lugares donde no podrá obtenerse información acerca de los usuarios, por no encontrarse obligados a mantener un registro los encargados del lugar". (Informe Comisión Mixta, pág. 14).

La otra tesis la encabezó el H. Senador Hernán Larraín, quien sostuvo: "es necesario precisar la norma en relación con los lugares en los que se aplicaría la obligación de registro de usuarios, determinando si se establecerá para los establecimientos que ofrezcan servicios de acceso a Internet o, en sentido restringido, acotándose a aquellos establecimientos que tengan por actividad principal el prestar servicios de acceso a Internet. En el primer caso, se entenderían incluidos un número de lugares muy superior al que se entendería inmerso de acogerse en un sentido estricto. Así, por ejemplo, comprendería universidades, bibliotecas, colegios, entre otros, temiendo las negativas

consecuencias que ello podría producir al burocratizarse el sistema". (Informe Comisión Mixta, pág. 11).

De igual manera, es importante anotar lo que al respecto señaló el H. Diputado Ceroni: "indicó que sus aprensiones apuntan también a un aspecto económico, pues la actividad comercial que ofrece servicios de Internet al público es hoy en día muy fructífera y deja buenos dividendos a un gran número de muy pequeñas empresas de sustento familiar; actividad que podría dejar de ser rentable, como consecuencia de la natural renuencia a proporcionar antecedentes personales, lo que puede inhibir que las personas más celosas de su intimidad se dirijan a dichos establecimientos". (Informe Comisión Mixta, pág. 16);

10. Que, enseguida, en relación a la manera de acreditar la identidad, es importante consignar la opinión del autor de la moción, quien sostuvo:

"El Honorable Senador señor Patricio Walker, en relación con los documentos mediante los cuales puede constatar la identidad para efectos de ser registrados los usuarios, manifestó que si bien en una primera instancia fue de la opinión de dejar establecida únicamente la cédula de identidad y el pasaporte, ha variado su juicio, incluyendo en su propuesta el pase escolar y la licencia de conducir, como una forma de otorgar facilidades a niños y jóvenes que necesiten acceder a estos servicios y no cuenten con los restantes instrumentos. Además, expresó, así se previene que en una situación de urgencia, en que alguien haya perdido su cédula o pasaporte, no quede impedido de utilizar el servicio de internet". (Informe Comisión Mixta, pág. 14);

11. Que, finalmente, en relación a un eventual impacto en la vida privada de las personas, el Ministro

32

de Justicia, señor Felipe Bulnes, afirmó: “si bien el registro constituye una restricción a la libertad personal, no se ha dejado la privacidad desprovista de resguardos, primero, porque la norma exige una autorización del juez de garantía para que pueda tomarse conocimiento de la información que contiene y, en segundo lugar, en atención a que se contemplan sanciones para las infracciones que se produzcan al deber de reserva”. (Informe Comisión Mixta, págs. 4-5).

En el mismo sentido, se expresó el H. Senador Ignacio Walker, quien señaló:

“que esta intromisión en la privacidad de las personas no resulta desmedida, en virtud del bien jurídico superior que se pretende tutelar con esta iniciativa legal. Agregó que debe tenerse en cuenta que en nuestro país existen diversas ocasiones en que a las personas se les exige identificación o registro, como ocurre, por ejemplo, cuando los porteros de edificios privados requieren la exhibición de cédula de identidad a quienes soliciten el ingreso a ellos, sin ser residentes de los mismos, o la solicitud de datos personales que realizan los buses interregionales, respecto de los pasajeros que transportan” (Informe Comisión Mixta, pág. 8).

Para reforzar la vida privada, expresamente se consignó el acceso restrictivo, haciéndolo reservado y confidencial. El H. Senador Walker afirmó:

“Se tuvo en especial consideración el disponer que el registro tenga el carácter de reservado o confidencial, y que sólo se pueda acceder a su contenido en virtud de autorización del juez de garantía, y a solicitud del Ministerio Público. Indicó que la mantención del registro estará sujeta a la vigilancia e

inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, haciendo aplicable lo dispuesto en el artículo segundo de la ley N° 19.925. Agregó que las faltas o incumplimientos sobre el registro se sancionarán de manera progresiva, iniciando con multas, pero pudiendo llegar a la clausura definitiva del local" (Informe Comisión Mixta, pág. 9).

Además, expresamente se consignó que no era extraño a la actividad comercial el requerimiento de identidad. Así lo indicó el entonces Diputado Juan Bustos:

"Ya era muy común en la actividad comercial, por ejemplo en la compra con tarjeta de crédito, la exigencia de la exhibición de documentos de identidad para evitar posibles fraudes, por lo que creía que en este caso, en que el bien protegido era de gran importancia, se justificaba plenamente dicha exigencia". (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Cámara de Diputados, pág. 16).

Hasta ahí, la historia fidedigna;

III. EL ACTUAL MARCO NORMATIVO.

12. Que, a continuación, de acuerdo a nuestro plan expositivo, corresponde que precisemos el actual marco normativo que regula a los denominados cibercafés;

13. Que, en primer lugar, los cibercafés son actividades desreguladas. Salvo las obligaciones generales propias de toda actividad económica, como tener un RUT y pagar los impuestos y las patentes, no tienen normas especiales que los regulen. En este sentido, cualquiera persona natural o jurídica puede llevar a cabo esta actividad;

14. Que, en segundo lugar, el ingreso a los cibercafés es un acto voluntario por parte del usuario

correspondiente. No hay un monopolio que obligue a usar los computadores que se encuentran en ellos. Las personas, libremente, deciden usar un cibercafé, cuál, el horario, etc. El usuario debe cumplir las condiciones que le exija el establecimiento. Estas pueden incluir su identificación;

15. Que, en tercer lugar, no hay restricciones para el uso de internet. En efecto, la Ley General de Telecomunicaciones establece lo siguiente:

“Artículo 24 H.- Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también estos últimos, entendiéndose por tales, toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet:

a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios.”

Dicha libertad es ratificada por el Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet (D.S. N° 368/2010, MTT, D.O. 18.03.2011), que considera

como prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través e internet, los siguientes:

"1) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a bloquear, interferir, entorpecer, restringir y/o de cualquier forma obstaculizar el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red, en especial, aquellas medidas de gestión de tráfico o administración de red que, en aquel carácter, afecten a los niveles de servicio contratados por el respectivo usuario.

2) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a priorizar o discriminar entre proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios. En todo caso, siempre se entenderá como arbitraria la acción de priorización o discriminación que afecte a proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios respecto de otros de similar naturaleza.

3) Toda aquella acción que impida o restrinja el derecho de los usuarios a acceder a la información veraz y actualizada relativa a las características de los servicios de acceso a Internet ofrecidos o contratados, según sea el caso, a que se refiere el artículo 5º del presente reglamento.

4) Toda aquella acción que impida, restrinja o limite el derecho de los usuarios a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio prestado a terceros."

Las únicas excepciones a este principio general son las que establece la misma ley, las cuales son de distinto tipo.

Por de pronto, están aquellas que tienen que ver con tráfico o administración de la red. El artículo 24 H de la Ley N° 18.168 dispone:

“Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia. Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red.”

Una segunda excepción es que los propios usuarios se autorestrinjan. El mismo artículo recién citado establece:

“Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en Internet”.

La misma norma establece la siguiente obligación para los proveedores:

“c) Deberán ofrecer, a expensas de los usuarios que lo soliciten, servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, la moral o las buenas costumbres, siempre y cuando el usuario reciba

información por adelantado y de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios.”;

16. Que, en cuarto lugar, los proveedores de internet deben procurar “preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red, utilizando para ello las herramientas tecnológicas disponibles” (artículo 10, D.S. N° 369/2010, MTT).

No obstante, de conformidad al D.S. N° 142/2005, MTT, “los proveedores de acceso a Internet deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público y de toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. Asimismo, deberán otorgar las facilidades necesarias para llevar a cabo las intervenciones que fueren ordenadas, debiendo sujetarse al respecto a lo prescrito en el artículo 2° del presente reglamento.”;

17. Que, finalmente, cabe señalar que de acuerdo a nuestra regulación (Ley N° 19.628) cualquier persona puede crear una base de datos, sin perjuicio de que el tratamiento de los datos personales requiere autorización de su titular.

Lo anterior es importante porque, como veremos, el registro que obliga a llevar el proyecto a los cibercafés es técnicamente una base de datos. Por lo mismo, se le aplican todos los principios y derechos de la Ley N° 19.628.

Por lo mismo, aunque nada dijera esta ley, igual los dueños del cibercafé pueden tener una base de datos de sus usuarios;

IV. EL ARTÍCULO NO ES ÍNTEGRAMENTE ORGÁNICO.

18. Que, luego de todo lo anterior, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Para ello, en primer lugar, sostendremos que el precepto del proyecto de ley que se analiza, no es íntegramente orgánico constitucional;

19. Que, en efecto, el artículo 4° sólo tiene una materia que es orgánica constitucional: la entrega de competencia al Juzgado de Policía Local para aplicar las sanciones que establece. Ello se enmarca dentro del mandato que establece el artículo 77 de la Constitución, pues confiere una atribución a un tribunal.

Por el contrario, el resto del artículo contiene materias propias de ley común. El voto de mayoría extiende la competencia del Tribunal, aplicando el criterio del todo armónico e indivisible (Considerando 7°);

20. Que dicha interpretación, a nuestro juicio, atenta contra una doctrina consolidada sobre el alcance que puede dársele a las materias que, según la Constitución, deben ser reguladas por una ley orgánica constitucional. El criterio rector que debe inspirar la hermenéutica constitucional es el de excepcionalidad de este tipo de leyes.

En efecto, en STC Rol N° 1410 se estableció que “el rechazo a votar con el quórum de ley orgánica constitucional un proyecto propuesto por una comisión mixta que contenga conjuntamente materias propias de ley simple y de ley orgánica constitucional, se funda en el carácter excepcional de las leyes orgánicas constitucionales, construido a partir de su alto quórum (artículo 66), su control preventivo ante el Tribunal Constitucional (artículo 93 n° 1) y la circunstancia de

que sólo pueden abordar las materias que el constituyente les encarga, regulando sólo lo medular de ciertas instituciones básicas (Rol 160, 30/11/92), sin que puedan interpretarse más allá de lo necesario y permitido (roles 293 y 304)" (considerando 10°), a lo que agregó: "Que este criterio de solución implica que las normas deben votarse con el quórum que les es propio";

21. Que, en consecuencia, está prohibido que esta Magistratura, con ocasión del control preventivo obligatorio que regula el artículo 93 N° 1 de la Constitución, extienda sus pronunciamientos a materias que no pertenecen al ámbito de las leyes orgánicas constitucionales, so pretexto de que éstas deben estar "tácitamente" comprendidas en su ámbito.

Luego, sólo son materias de ley orgánica constitucional conforme el artículo 77 de la Constitución aquellas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin que pueda extenderse la competencia de esta Magistratura a materias ajenas a dicho ámbito;

22. Que lo principal de la regulación que establece el artículo 4° es el registro. El incumplimiento de las obligaciones vinculadas a él, produce sanciones. Pero es anexo a dicha regulación sustantiva el que estas sanciones las aplique el juez de policía local respectivo.

En la lógica de la mayoría, esta cuestión accesoria arrastra a la regulación sustantiva, transformando en orgánico algo que naturalmente es propio de ley simple;

23. Que, en consecuencia, el único precepto legal que puede considerarse incluido dentro de las materias que señala el inciso primero del artículo 77 de la Constitución, es el inciso sexto, que establece que será

competente para conocer de las infracciones cometidas el juzgado de policía local, según las reglas generales;

24. Que, por lo tanto, para estos disidentes, esta Magistratura sólo puede emitir un pronunciamiento sobre el inciso sexto del artículo 4° del proyecto de ley en examen, pues es el único precepto que aborda materias sobre atribuciones de un tribunal de justicia. De ahí que no pueda declarar inconstitucional el resto del precepto;

V. NATURALEZA DEL REGISTRO.

25. Que, sin perjuicio de lo anterior y entrando a hacernos cargo de la inconstitucionalidad que detecta la mayoría, debemos partir por desentrañar la naturaleza jurídica del registro que obliga a llevar la ley;

26. Que este registro es una base de datos. En efecto, de conformidad a la Ley N° 19.628, registro o base de datos es "el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos" (artículo 2°, letra m), Ley N° 19.628). Y tratamiento de datos es "cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma" (artículo 2°, letra o), Ley N° 19.628).

Se trata de una base de datos consistente en individualizar a los usuarios que usen computadores de un determinado cibercafé, con precisión del equipo y de la fecha y hora inicial de cada acceso;

27. Que, como base de datos, este registro se rige por los principios y derechos que establece la Ley N° 19.628.

Esta ley establece una serie de principios: la libertad para efectuar el tratamiento de datos (artículo 1°); el consentimiento para el tratamiento de datos personales (artículo 4°); la prohibición para el tratamiento de datos sensibles (artículo 2°); la calidad de los datos, que obliga a eliminar o cancelar los datos caducos o a modificar los erróneos, inexactos, equívocos o incompletos (artículo 6°); la seguridad, que establece responsabilidades incluso civiles (artículos 11 y 23), y la obligación de reserva de las personas que trabajan en el tratamiento de datos (artículo 7°).

En lo que respecta a los derechos, éstos son el de conocer la existencia de una base de datos (artículo 12); el del titular de los datos de acceder a la información que contenga una base (artículo 14); el de rectificación, cancelación y eliminación (artículos 2°, letra h), 6°, 12, 13 y 15); el de tutela judicial, que permite interponer el habeas data ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable de la base (artículo 16);

28. Que, asimismo, esta ley establece que toda base de datos debe tener un responsable. Este es "la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal" (artículo 2°, letra n)).

Dicho responsable debe cuidar de los datos "con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños" (artículo 11);

29. Que, en consecuencia, la base de datos que regula el proyecto de ley tiene dos marcos jurídicos. Por una parte, todas las regulaciones que el mismo establece. Por la otra, todas las regulaciones que establece la Ley N° 19.628. De acuerdo al artículo 1° de esta ley, “el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley”;

30. Que dicha ley resguarda lo que se denomina el derecho a la autodeterminación informativa. Es decir, se encarga de proteger a las personas de la circulación de la información que sobre ellas mismas existe en distintos centros de acopio. Dicho derecho es la dimensión activa del derecho a la vida privada. Mientras la vida privada era concebida clásicamente como la no interferencia ilegítima en la vida personal, se entendía de una manera pasiva. Era el derecho a no ser molestado. El derecho a la autodeterminación, en cambio, implica controlar los datos que circulan sobre cada uno de nosotros.

Por eso, la Ley N° 19.628 se denomina sobre protección de la vida privada;

31. Que esta ley permite el tratamiento de datos personales bajo dos supuestos. Por una parte, cuando el titular consienta en ello. Dicho consentimiento debe ser expreso, constar por escrito y previa información (artículo 4°). Por la otra, cuando la ley lo permita (artículo 4°);

32. Que la base de datos que permite el proyecto es un tratamiento autorizado por una norma legal;

VI. NO SE AFECTA LA VIDA PRIVADA.

33. Que, para la mayoría, el registro para hacer uso de computadores en un cibercafé, afecta la vida privada de las personas, pues éstas tienen derecho a circular sin chequeo ni registros y sin seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes o focalizados (Considerando 22°);

34. Que no compartimos lo anterior. En primer lugar, porque el mundo moderno se estructura en base al uso de información. El uso de ordenadores, el acceso a internet y a bases de datos permiten el procesamiento de gran cantidad de datos de todo tipo. Es cada vez más difícil sustraerse a esa realidad. De ahí que la forma de proteger la vida privada no sea impidiendo la creación de bases de datos, sino posibilitando conocer la existencia de estas bases y facultando al titular de los datos para pedir su eliminación bajo ciertos supuestos. Es tan evidente esta constatación que la Ley N° 19.628 parte de la base de que "toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales" (artículo 1°, Ley N° 19.628). Por eso, protege la vida privada no impidiendo el tratamiento, sino regulándolo.

Cabe resaltar que quienes hacen estas bases, en su gran mayoría, son privados. Desde el almacenero de la esquina hasta los grandes almacenes, bancos y casas comerciales, cada vez que una persona compra, salvo que sea en billetes, queda registrado lo que compra, cómo paga, las unidades que compra, etc. La vida comercial moderna se construye de esa forma.

Una interpretación extensiva del artículo 19 N° 4° de la Constitución, considerando sólo la dimensión pasiva del derecho a la privacidad, pondría a nuestro comercio en una situación que le haría imposible crecer y desarrollarse;

35. Que, en segundo lugar, de no existir la norma objetada, igual el dueño de un cibercafé puede crear una base de datos con sus usuarios, haciendo uso de las facultades de la Ley N° 19.628. Será decisión de los usuarios usar o no, bajo esas condiciones, dicho establecimiento. Pero la imposición de esa condición por el dueño no implica establecer una condición abusiva de acceso;

36. Que, en tercer lugar, no hay que olvidar que el uso de un cibercafé es un acto voluntario, no forzado. El usuario concurre a él libremente. Por lo mismo, asume las condiciones de su uso. Estas tienen que ver con las conveniencias personales (ubicación, precio, calidad, etc.) y con las regulaciones propias del establecimiento y las legales, entre las que se encuentra el registro. La entrega de datos al registro, si bien es impuesta por la ley, se funda en un acto espontáneo del usuario. Si el interesado quisiera evitar registrarse, podría hacerlo, accediendo al servicio por su propia cuenta. El usuario tiene la libertad de elegir.

Nuestro ordenamiento, por lo demás, contempla muchos casos semejantes. Por ejemplo, si alguien quiere vender un inmueble tiene que hacerlo por escritura pública e inscribir ésta en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En ambos actos se entrega información personal. Pero por ser un acto voluntario, nadie podría alegar que ello viola la privacidad.

El usuario puede seguir circulando anónima e indistinguiblemente. Pero si quiere usar un cibercafé, debe someterse al registro.

Hay que considerar también que no existe autorización en el proyecto para que, centralizadamente, se lleve un registro de todos los usuarios de cibercafé.

La ley permite el registro, pero descentralizadamente, por local;

37. Que, en cuarto lugar, la norma persigue una finalidad legítima. Esta consta en la historia fidedigna del precepto. Se buscó, tal como ya se indicó, facilitar la persecución de los delitos que el proyecto de ley sanciona. Recordemos que éste busca facilitar la represión penal del acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico. Esta finalidad fue debidamente ponderada por el legislador. No nos corresponde a nosotros, como Tribunal, realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que nos corresponde controlar (STC Rol 792/2008; 1065/2008; 1295/2009; 1346/2009), ni anteponer nuestras propias razones. Nosotros debemos controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone (STC Rol 1295/2009).

Además, este Tribunal no puede cuestionar las normas que examina sobre la base de hipótesis probables o proyecciones de efectos. El estar en un registro de un cibercafé por haber usado sus computadores, no pone a nadie en categoría de sospechoso. Si luego, en una investigación, se determina que desde ahí se cometieron delitos, ese es un problema de aplicación de la norma. Lo que nosotros debemos considerar no es una mala aplicación de la norma, sino que una que, razonablemente interpretada, lleve a ciertos resultados. La norma no está hecha, en este caso, para dañar a nadie; está diseñada para lograr ciertos propósitos que el legislador, en el ámbito de sus atribuciones, definió como correctos;

38. Que, en quinto lugar, no escapa a este Tribunal que nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad obliga a las empresas que proveen el servicio de internet, a

guardar, por seis meses, las conexiones que cada abonado realice a través de internet, para posibles investigaciones delictuales.

El proyecto de ley objetado no obliga a registrar los sitios de internet que el usuario consulta. Tampoco los correos electrónicos que envía. Ni permite que se anote para qué emplea el computador el usuario. Sólo permite que se deje constancia del hecho de su visita y del computador que empleó.

Es otra norma de nuestro sistema jurídico la que obliga a que las empresas respectivas guarden la información de uso de cada cliente.

Por lo mismo, sería contradictorio que se pueda conocer los sitios que un usuario de internet emplea, y que no se pudiera registrar al usuario que concurre a un cibercafé. Ello equivaldría a conocer la información, pero no quién se interconecte con ella.

Los legisladores estuvieron conscientes de que este nuevo registro se sumaba al que deben llevar las empresas proveedoras de internet (Informe Comisión Mixta, pág. 12);

39. Que, en sexto lugar, la norma tiene suficientes resguardos. En primer lugar, hay una obligación de reserva, cuyo incumplimiento genera sanciones. En segundo lugar, el acceso a esa información es restringido, pues sólo se puede llegar a esos datos previa orden judicial de un juez de garantía. En tercer lugar, están todos los resguardos propios de la Ley N° 19.628. Ello elimina ciertas aprensiones sustentadas en el voto de mayoría, como quién es el responsable o qué se hace con los datos, transcurrido el plazo de conservación, pues eso está regulado en esta ley. En cuarto lugar, el cumplimiento de las medidas de resguardo será fiscalizable por los

inspectores municipales y Carabineros. Finalmente, están todas las medidas de seguridad que dicte el Presidente de la República mediante el reglamento que la ley obliga a expedir para tal efecto;

VII. NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

40. Que, para la mayoría, el precepto vulnera la igualdad ante la ley porque se estigmatiza, desalienta e induce a la migración a los usuarios de cibercafés, porque los pone en la inmerecida categoría de sospechosos, susceptible de riesgo y oprobio (Considerandos 17° y 18°);

41. Que no compartimos dicho razonamiento. En primer lugar, porque, como se desprende de la historia fidedigna del precepto, restringirlo únicamente a los cibercafés y no ampliar el registro a las universidades, bibliotecas y colegios, entre otros establecimientos, se debió al ánimo de evitar la burocratización del sistema. Además, que para los propósitos que busca el registro, la mayoría de los usuarios comprometidos en las conductas reprochadas (acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico) usaba sólo los cibercafés. Esas son razones suficientes para estos disidentes;

42. Que, en segundo lugar, hay dos razones que emanan del precepto. De un lado, la norma se aplica a todos los cibercafés, no sólo a algunos. Del otro, la norma se aplica a los establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet. Esto último se estableció por la multiplicidad de actividades que se llevan a cabo en estos establecimientos. En ellos no solamente hay computadores, sino que se pueden adquirir otros bienes y servicios;

43. Que, en tercer lugar, como bien señalaron los parlamentarios durante la discusión del precepto, la norma podía bajar la rentabilidad de los negocios, a consecuencia de la negativa de personas celosas de su intimidad a entregar estos antecedentes sobre su identidad (Informe Comisión Mixta, pág. 16). Sin embargo, la Constitución no garantiza el éxito económico de las actividades, ni el lucro de las mismas. Es inherente a la actividad económica que se emprenda bajo cuenta y riesgo del empresario. Ello implica el álea de ganar o perder dinero;

VIII. NO SE AFECTA LA RESERVA LEGAL.

44. Que el último argumento del voto de mayoría es que la remisión al reglamento que hace el precepto, para definir las características específicas del registro y las medidas de seguridad en su uso, no establece suficientes parámetros objetivos y precisos;

45. Que no compartimos lo anterior. En primer lugar, no puede objetarse la sola remisión al reglamento. La potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene rango constitucional. Por lo mismo, la ley no puede prohibir su ejercicio. Aunque la ley no convocara al reglamento, igual se podría dictar uno para pormenorizar y complementar la regulación legal;

46. Que, en segundo lugar, porque gran parte de esas condiciones están definidas por el propio precepto y por la ley de bases de datos, la Ley N° 19.628. No hay, por tanto, una deslegalización, porque la médula de la regulación está en la ley;

47. Que, en tercer lugar, porque la ley convoca al reglamento sobre un aspecto en que el Ejecutivo está en condiciones de llevar a cabo la función regulatoria: las "medidas de seguridad" que debe llevar el registro;

48. Que, finalmente, si el reglamento excede o ⁴⁹ contraviene la ley o la Constitución, el sistema jurídico contempla mecanismos para dejarlo sin efecto. Pero ahí pasamos de un control de atribución a un control de ejercicio de la potestad reglamentaria, ajeno al control que en esta oportunidad debe ejercer esta Magistratura;

49. Que, por todas estas razones, estos disidentes no comparten lo resuelto en la decisión de mayoría.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y las disidencias sus autores.

Devuélvase el proyecto al Senado, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N° 1894-2011-CPR.

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.