

DOCTRINA

Redes sociales y expectativa legítima de privacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena

*Social media and reasonable expectation of privacy
in the Case Law of the Chilean Supreme Court*

Javier Escobar Veas 

Universidad Austral, Chile

RESUMEN La masificación y actual configuración de las redes sociales plantean múltiples problemáticas desde el punto de vista del derecho a la privacidad. ¿Pueden ser calificados como «privados» los mensajes que los usuarios comparten en sus redes sociales? ¿Puede alguien ofrecer como evidencia información obtenida desde las redes sociales de otra persona sin su consentimiento? Este artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia de redes sociales y expectativa legítima de privacidad, a fin de identificar las principales tendencias jurisprudenciales y problemas planteados, así como el estado actual de la cuestión desde el punto de vista del máximo tribunal.

PALABRAS CLAVE Redes sociales, derecho a la privacidad, expectativa legítima de privacidad.

ABSTRACT The massification and current configuration of social media raise multiple issues from the point of view of the right to privacy. Can the messages that users share on their social media be classified as «private»? Can someone offer as evidence information obtained from the social media of another person without their consent? The purpose of this article is to analyse the Case Law of the Chilean Supreme Court on social media and reasonable expectation of privacy, in order to identify the main trends and problems raised as well as the current state of the issue from the point of view of the highest court.

KEYWORDS Social media, right to privacy, reasonable expectation of privacy

Introducción

Hasta hace no mucho tiempo, las invasiones a la privacidad de las personas eran un problema que, casi en su totalidad, involucraba a los medios de comunicación formales. Estos, ávidos de informar sobre asuntos que consideraban de interés público, a veces afectaban la privacidad de las personas respecto de las cuales buscaban recolectar información. Un ejemplo paradigmático de esta relación conflictiva era el caso de un periodista que tomaba una fotografía de una persona mientras esta se encontraba en su domicilio.

El panorama descrito anteriormente ha cambiado notablemente en la última década con la aparición de las nuevas tecnologías de la información, el uso intensivo de dispositivos electrónicos conectados a internet y el procesamiento de vastas cantidades de datos personales (Martínez, 2016). Todo esto ha significado que las principales amenazas en contra de la privacidad no provienen ya únicamente de los medios de comunicación formales, sino que, por el contrario, las nuevas tecnologías, en especial las redes sociales, constituyen hoy la principal fuente de conflicto (Álvarez, 2018).

Las redes sociales han sido definidas como:

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 (Arancibia, 2015: 255).

Por su parte, el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación define las redes sociales como servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil público en el que plasmar su información y datos personales, disponiendo de herramientas que les permiten interactuar con el resto de los usuarios afines o no al perfil gestionado (Inteco, 2009; García, 2009).

Conforme a la doctrina, los principales tres elementos que configuran una red social son: comunicación, identidad e interconectividad (Herrera, 2016).

Primero, comunicación, pues gracias al deseo de querer comunicarse con otras personas, los usuarios de una red social exponen información personal. Segundo, identidad, ya que la entrega de datos personales son la contraprestación que realizan las personas para poder participar en una red social. Tercero, interconectividad, ya que la comunicación al interior de las redes sociales se desarrolla de forma masiva, instantánea y recíproca (Herrera, 2016).

Si bien las redes sociales han producido destacables beneficios para las personas, también han generado algunos impactos negativos (Damota, 2019). Entre estos últimos destacan los múltiples desafíos y problemas generados con relación al derecho a la privacidad, principalmente debido a su masividad y configuración. En este sentido, se ha destacado que, a diferencia de lo que ocurría antes de la masificación de las re-

des sociales, ahora la mayoría de las conversaciones diarias entre amigos y familiares dejan una huella digital, pues ellas tienen lugar precisamente en dichas plataformas (Mund, 2017). Al final del día, parece razonable afirmar que las redes sociales se han vuelto una parte esencial de la vida cotidiana de las personas (Jones, 2015).

El panorama anteriormente descrito se complejiza debido a la dinámica y estructura con que operan las redes sociales, pues estas incentivan a las personas a compartir y publicar una gran cantidad de información personal, sin reflexionar sobre las eventuales consecuencias de dicha conducta de difusión, sin perjuicio de lo cual las personas mantienen la esperanza de que la información revelada en línea conservará su carácter privado. En este sentido, se ha afirmado que, en el contexto de las redes sociales, las personas obrarían bajo una equivocada sensación de seguridad, pues confían en que la información allí compartida será privada a pesar de que los tribunales reiteradamente han rechazado dicha apreciación (Moreno y Olmedo, 2019; García, 2009).

La situación descrita en el párrafo anterior expresaría una contradicción en materia de privacidad en línea: al mismo tiempo que las personas difunden una cantidad de información personal, adoptando pocos o inexistentes medidas de resguardo, estas también albergan el deseo de controlar dicha información (Levin y Abril, 2009).

La sorprendente cantidad de información personal disponible en las redes sociales, así como las abundantes huellas digitales que las interacciones personales allí dejan, han provocado que cada vez más organismos públicos hayan decidido establecer estrategias de obtención de evidencia desde las redes sociales (Murphy y Fontecilla, 2013), lo cual evidencia la creciente importancia que en el mundo actual va adquiriendo la evidencia digital (Bosch, 2019).

El panorama descrito en los párrafos precedentes plantea importantes cuestiones jurídicas: ¿Pueden ser calificados como «privados» los mensajes que los usuarios comparten en sus redes sociales? ¿En un proceso, puede alguien aportar como prueba información obtenida desde las redes sociales de otra persona sin su consentimiento? ¿Pueden las autoridades examinar los perfiles que las personas manejan en sus redes sociales?

Este artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia de redes sociales y expectativa legítima de privacidad, a fin de identificar las principales tendencias jurisprudenciales y problemas planteados, así como el estado actual de la cuestión desde el punto de vista del máximo tribunal, buscando conocer las respuestas que la Corte Suprema ha elaborado respecto de las preguntas planteadas en el párrafo anterior y otras similares.

Desde esta perspectiva, este artículo se plantea como el necesario complemento jurisprudencial de los trabajos que la doctrina nacional ha publicado en los años recientes. Necesario ya que, por un lado, si bien existen investigaciones que abordan el derecho a la privacidad en la jurisprudencia chilena, estas no analizan en específico

el fenómeno de las redes sociales.¹ Y, por otro lado, aquellos trabajos que sí abordan el tema de las redes sociales no revisan la jurisprudencia de los tribunales.²

En una primera parte, se abordará el derecho a la privacidad, describiendo la evolución que este ha experimentado y las distintas formas de entenderlo. En una segunda parte, se estudiará la noción de expectativa legítima de privacidad y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Finalmente, en una tercera parte, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema en estudio, procurando identificar las principales tendencias jurisprudenciales y problemas planteados, así como el estado actual de la cuestión desde el punto de vista del máximo tribunal.

El derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad constituye una de las innovaciones de la Constitución de 1980. Antes de su publicación, el ordenamiento chileno protegía el hogar, los documentos y la correspondencia privada, mas no existía un derecho constitucional de carácter general que protegiera la privacidad de las personas fuera de los casos mencionados (Álvarez, 2018; Correa, 2018).

Actualmente, el artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República de Chile asegura a todas las personas el «respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales».

El derecho a la privacidad ha sido usualmente considerado de difícil delimitación debido a su carácter relativo. Lo anterior, por cuanto la noción de vida privada es un concepto normativo que evoluciona y muta en atención al tiempo y lugar en que se estudia, existiendo múltiples aproximaciones distintas (Escobar, 2017; Herrera, 2016; Guerrero, 2011; Suárez, 2000; Nogueira, 1998; Ramírez, 2016).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta un lugar común afirmar que el origen del derecho a la privacidad se encontraría en el célebre trabajo de Warren y Brandeis (1890). En esta obra, los autores abordaron el problema de la intromisión de los medios de comunicación en la vida privada de las personas (Herrera, 2016; Zárata, 2014), concibiendo el derecho a la privacidad como el derecho a estar solo (Saldaña, 2012).

Como bien ha señalado Guerrero, el aporte de la obra de Warren y Brandeis (1890) radica en que se asentaron las bases del derecho a la privacidad, «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» (Guerrero, 2011: 57). En este contexto, el derecho a ser dejado solo implicaba no molestar o perturbar la esfera privada de las personas y no interferir en su autonomía (Figuroa, 2020).

1. El mejor ejemplo es probablemente el trabajo de Rodolfo Figuroa, publicado el año 2013, en que se analiza en extenso el derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección.

2. Sobre este punto, se debe destacar el trabajo de Paloma Herrera, publicado el año 2016, titulado «El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile».

Concepciones modernas del derecho a la privacidad, en cambio, han entendido que este derecho también debiese comprender un elemento positivo que pondría el énfasis en la facultad de las personas de accionar y ejercer control sobre los aspectos de nuestra vida que queremos compartir y aquellos que no (Guerrero, 2020).

A nivel comparado se han identificado dos principales nociones sobre la idea de privacidad (Escobar, 2017; Risso, 2019). La primera de estas nociones coloca el énfasis en los conceptos de control y autonomía, destacando la libertad que cada persona tiene sobre aquellos asuntos que pertenecen a su ámbito más personal, con el consecuente derecho de escoger libremente quién tiene acceso a estos. A través de su decisión, en el sentido de escoger qué asuntos se mantendrán privados y cuáles otros adquirirán el carácter de públicos, las personas pueden desarrollar su identidad de manera autónoma y libre, escogiendo sus propios proyectos vitales (Levin y Abril, 2009).

Las sociedades modernas valoran profundamente la libertad de las personas para controlar su información. Dar a las personas el control sobre su información personal evita cuestionamientos paternalistas, pues centrar el análisis en la idea de control les permite a las personas decidir soberanamente qué nivel de privacidad conceder a sus asuntos. La idea detrás de esta noción es que, al publicar voluntariamente una determinada información, las personas renuncian a la protección que el derecho a la privacidad les concede sobre dicha materia (Levin y Abril, 2009).

La segunda noción sobre la idea de privacidad propone que los intereses de carácter privado están íntimamente relacionados con la dignidad de las personas 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 autovulnerabilidad de una manera ofensiva a su dignidad humana» (Abril y Pizarro, 2014: 8). La protección de la privacidad de las personas tendría por objeto garantizarles la posibilidad de construir distintas personalidades situacionales y su lesión se traduciría precisamente en un ataque en contra de estas personalidades, vale decir, en un atentado en contra de la esencia del «yo interior» de la persona afectada (Abril y Pizarro, 2014: 8 y 9).

Esta segunda noción es posible reconocerla en la regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, el artículo 11, titulado «Protección de la Honra y de la Dignidad», consagra, en su número 1, el respeto de la honra y el reconocimiento de la dignidad, para luego, en los números 2 y 3, reconocer el derecho a la privacidad, sus elementos 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 (Escobar, 2017).

Tal idea ha sido reforzada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha interpretado el derecho a la privacidad en términos amplios, relacionándolo con la idea de dignidad (Zelada y Bertoni, 2013: 143):

La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.³

La doctrina chilena también ha subrayado la relación entre el derecho a la privacidad y la dignidad de las personas. Así, por ejemplo, se ha señalado que el derecho a la privacidad encuentra su fundamento en la dignidad de las personas (Henríquez y Domínguez, 2021; Corral, 2000). Cea (1998) incluso ha sostenido que la propia dignidad personal se construye a partir de la intimidad que cada persona tiene en su vida privada.

La noción de expectativa legítima de privacidad y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Debido a la relatividad del concepto de vida privada, Herrera (2016) ha propuesto dirigir los esfuerzos a construir y establecer criterios objetivos que permitan dar a conocer la existencia o no de un espacio de privacidad jurídicamente protegido.

¿Cuándo un espacio de privacidad se encontrará jurídicamente protegido? La respuesta será afirmativa en caso de que exista una expectativa legítima de privacidad (Escobar, 2017), concepto acuñado por la jurisprudencia estadounidense el año 1967 en la sentencia *Katz vs. United States* (Wilkins, 1987; Mund, 2017; Guerrero, 2011). En este caso, los agentes del FBI sospechaban que Katz utilizaba ilegalmente un teléfono público para transmitir información sobre apuestas. Sin obtener una orden judicial, los agentes colocaron un dispositivo de escucha y grabación en el exterior de la cabina telefónica que solía utilizar Katz y vigilaron las conversaciones que el imputado allí mantenía. El juez rechazó la solicitud de exclusión probatoria planteada por la defensa del imputado, quien fue finalmente condenado en el juicio.⁴

La Corte Suprema de Estados Unidos revocó la condena del imputado, resolviendo que el dispositivo de grabación había vulnerado el derecho a la privacidad del imputado protegido por la Cuarta Enmienda. Por consiguiente, dado que los agentes del FBI habían actuado sin obtener previamente una orden judicial, la Corte Suprema estimó que la evidencia había sido obtenida ilegalmente y debía ser excluida (Serr, 1989).⁵

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y Otros*, («Fecundación In Vitro») vs. *Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 143.

4. Corte Suprema de Estados Unidos, *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347, 348 (1967).

5. Corte Suprema de Estados Unidos, *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347, 359 (1967).

El concepto de *expectativa legítima de privacidad* fue desarrollado por Justice Harlan en su voto concurrente en *Katz vs. United States*. En su opinión, para que exista un espacio de privacidad jurídicamente protegido se deben cumplir dos requisitos: primero, una persona debe albergar una expectativa subjetiva de privacidad y, segundo, dicha expectativa debe ser considerada como legítima o razonable por la sociedad (Serr, 1989; Hirose, 2017).⁶

Por medio de su sentencia en *Katz*, la Corte Suprema estadounidense revocó el precedente que había establecido en *Olmstead y otros vs. United States*, oportunidad en que la Corte había sostenido que las técnicas de vigilancia policial que no invadieran propiedad privada ni incautaran objetos materiales quedaban fuera del ámbito de protección de la Cuarta Enmienda.⁷

El concepto de *expectativa legítima de privacidad* ha sido acogido por la mayoría de la jurisprudencia estadounidense, constituyendo hoy el actual estándar de la Corte Suprema (Serr, 1989; Hirose, 2017). Así, por ejemplo, en *California vs. Greenwood*, la Corte Suprema afirmó que un registro e incautación sin orden judicial de bolsas de basura dejadas en la acera solamente violaría la Cuarta Enmienda si las personas afectadas tuvieran una expectativa subjetiva de privacidad en su basura que la sociedad aceptara como objetivamente razonable.⁸

La Corte Suprema chilena también ha adoptado la noción de expectativa legítima de privacidad para resolver si un determinado espacio de privacidad se encuentra o no jurídicamente protegido. En su sentencia rol 35159-2017, la Corte Suprema reconoció que «la noción de legítima expectativa de privacidad, ampliamente utilizada hoy en día por la jurisprudencia nacional, surge ligada al ámbito penal, en una de las preventiones del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos *Katz vs. United States* (1967)».⁹

En otra oportunidad, la Corte Suprema sostuvo, a propósito de la aplicación del artículo 161-A del Código Penal, que la intromisión ilegítima en la esfera privada de otra persona,

aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrá ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, de lo que se sigue que para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad [...] debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad.¹⁰

6. Corte Suprema de Estados Unidos, *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan recurrente).

7. Corte Suprema de Estados Unidos, *Olmstead y otros vs. United States*, 277 U.S. 438, 466 (1928).

8. Corte Suprema de Estados Unidos, *California vs. Greenwood y otros*, 486 U.S. 35, 39 (1988).

9. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 35159-2017, considerando quinto. La noción de expectativa legítima de privacidad también ha sido acogida por tribunales de primera instancia. En este sentido, véase, a modo de ejemplo, la sentencia O-2039-2019 de Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

10. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 8393-2012, considerando séptimo.

Otro ejemplo es la sentencia rol 104209-2020, en que la Corte Suprema rechazó cualquier afectación al derecho a la privacidad de un imputado, al descartar que se hubiere infringido alguna expectativa legítima de privacidad respecto del contenido de la maleta que transportaba, pues fue él quien voluntariamente permitió que un guardia de seguridad la revisara.¹¹

Es importante subrayar que el estándar establecido en Katz, y posteriormente adoptado por la jurisprudencia chilena, exige responder dos cuestiones: primero, se debe determinar si existe o no una expectativa subjetiva de privacidad, y, segundo, corresponde luego resolver si dicha expectativa es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como legítima o razonable; por consiguiente, no cualquier expectativa de privacidad estará jurídicamente protegida, pues será necesario que ella se encuentre objetivamente justificada sobre la base de las circunstancias concretas del caso y que la sociedad esté dispuesta a protegerla (Escobar, 2017; Gutiérrez, 2014). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema chilena.¹²

Como consecuencia de lo anterior, no basta con que una persona albergue una expectativa subjetiva de privacidad para que esta se encuentre jurídicamente protegida, pues la pura subjetividad de la persona interesada no puede imponerse sobre los intereses de la sociedad (Bascañán, 2014).¹³ Esta idea ha sido reiterada tanto por la Corte Suprema chilena como por la estadounidense. En el primer caso, la Corte Suprema ha afirmado que «el carácter privado de una conversación no está reservado a todo aquello que el titular otorgue esa denominación, porque podría llegarse a extremos de subjetivación».¹⁴ En el caso de la Corte Suprema norteamericana, esta ha sostenido que, por definición, una expectativa legítima de privacidad significa mucho más que una mera expectativa subjetiva de no ser descubierto, pues así ocurre, por ejemplo, en el caso del ladrón que entra a robar a una casa de veraneo fuera de la temporada

11. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 104209-2020, considerando noveno.

12. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 35159-2017, considerando quinto.

13. Una postura marcadamente subjetiva, opuesta a lo acá expuesto, defiende Álvarez. En su opinión, uno de los criterios «que ayuda a determinar cuán razonable es la expectativa de privacidad de un sujeto es conocer su voluntad. Siguiendo la doctrina clásica del Tribunal Constitucional, que sostiene que la privacidad es expresión de la dignidad y libertad humana, depende de la voluntad del sujeto determinar si el acto comunicativo de que se trata forma o no parte de su esfera de privacidad. Así, si un usuario de Facebook o de Twitter cree razonablemente que sus publicaciones (o comunicaciones) solo pueden ser accedidas por el grupo reducido o controlado de usuarios que forman parte de su red, esto es, aquellos a quienes ha consentido expresamente formen parte de ella, eventualmente podría sostenerse que estamos ante un tipo especial de comunicación privada que, si bien es abierta para ese grupo específico de personas, es cerrada para el resto de los usuarios de la red social respectiva y para todos aquellos que no son parte de la red, estando por tanto protegida por la garantía de inviolabilidad y por el derecho a la vida privada» (Álvarez, 2018: 25).

14. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 8393-2012, considerando quinto.

estival. A pesar de que esta persona tiene una expectativa de privacidad, ella no es una que la sociedad esté dispuesta a reconocer como legítima.¹⁵

Alguien podría considerar que, con relación a información producida en lugares públicos, no existirá nunca una expectativa legítima de privacidad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de rechazar dicha idea. En efecto, la doctrina ha señalado que, bajo ciertas circunstancias, sí es posible reconocer una expectativa legítima de privacidad respecto de determinados espacios públicos en que se ejecuten actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos de la intervención de terceras personas (Escobar, 2017; Barros, 1998; Malamud, 2018).¹⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el cual, en su sentencia rol 1894, sostuvo que:

La intimidad no solo 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.¹⁷

La aplicación del marco conceptual previamente descrito plantea desafíos para los tribunales, pues este exige ponderar una serie de factores sobre la base de las circunstancias concretas del caso en cuestión, no siendo siempre sencillo determinar si una expectativa subjetiva de privacidad es legítima o no (Wilkins, 1987).

A fin de ejemplificar lo anterior, considérese el caso resuelto por la Corte Suprema de Chile en su sentencia rol 35159-2017. En el contexto de una reunión realizada en dependencias de una empresa, entre un grupo de no más de ocho trabajadores y representantes de la compañía, uno de los trabajadores procedió a grabar, sin conocimiento de la otra parte, la conversación sostenida. El registro de dicha reunión fue incorporado posteriormente en un juicio laboral seguido en contra de la empresa.

Sobre la cuestión de si la grabación subrepticia había infringido una expectativa legítima de privacidad de los representantes de la compañía, la Corte Suprema resolvió en términos negativos. En concreto, la Corte sostuvo que, analizadas las circunstancias en que fue obtenida la grabación, «es posible establecer que [...] el emisor de las comunicaciones, si bien subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos no serían grabados y luego diseminados, aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable».¹⁸

15. Corte Suprema de Estados Unidos, *Rakas vs. Illinois*, 439 U.S. 128, 143-144 (1978) (nota 12).

16. Para un argumento en favor de reconocer expectativas legítimas de privacidad en espacios públicos, véase Rothenberg (2000) y Hirose (2017).

17. Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 1894-2011, considerando vigésimo tercero.

18. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 35159-2017, considerando séptimo.

Para resolver de este modo, la Corte consideró, en primer lugar, el contexto en que tuvo lugar la conversación. Al respecto, la Corte observó que ella se produjo en el marco de un grave y prolongado conflicto laboral, lo cual permitía prever que la conversación se desarrollaría en un clima de confrontación. En segundo lugar, la Corte tuvo en cuenta que a la reunión asistieron varias personas, circunstancia que magnifica el riesgo de que cualquiera de ellas divulgue el tenor de lo discutido en ella, más aún cuando lo que se comunicaría era de índole netamente laboral y, por ende, resultaba de interés para el resto de los integrantes de los trabajadores. Además, no se advirtió a los asistentes que se trataba de una conversación de carácter reservado, sino que, por el contrario, se señaló que se trataba de una reunión informativa. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que la creencia del representante de la empresa,

de que todas las expresiones que profirió en el mencionado encuentro no serían reproducidas a terceros [...] no resulta suficiente para estimar que tenía una razonable expectativa de privacidad respecto de que sus dichos no trascenderían de la reunión, y que ninguno de los trabajadores que fueron parte del diálogo [...] podría tomar la precaución de registrar, sin advertencia previa, lo comunicado por la empresa.¹⁹

En un sentido similar se pronunció la Corte Suprema en su sentencia rol 62887-2020, un caso que nuevamente trataba de una grabación subrepticia. En el marco de una reunión entre un jefe de obra y otros trabajadores de una empresa de construcción, convocada con el fin de comunicarle a estos últimos algunas instrucciones emitidas por la compañía, el primero fue grabado por los segundos de forma oculta y sin su consentimiento, grabaciones que posteriormente fueron incorporadas en una publicación en Facebook dirigida en su contra.

Tal como ocurrió en el caso rol 35159-2017, acá la Corte también rechazó que el recurrente hubiere tenido una expectativa legítima de privacidad. Para resolver así, la Corte tuvo en cuenta que el actor emitió las expresiones a los trabajadores en el contexto de una reunión laboral que, si bien se sostuvo en dependencias de la empresa, ella tuvo lugar al aire libre y en un espacio abierto. La Corte además consideró que entre el recurrente y los trabajadores existía una relación de dependencia, atendida la calidad de jefe de obra del primero y, por tanto, de representante de la empresa, lo cual permite sostener que el carácter de la información transmitida no era personal, sino que laboral. En virtud de lo anterior, la Corte desestimó que el recurrente tuviera alguna pretensión razonable de privacidad.²⁰

A continuación, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en materia de redes sociales y expectativa legítima de privacidad.

19. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 35159-2017, considerando séptimo.

20. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 62887-2020, considerando octavo.

Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de redes sociales y expectativa legítima de privacidad

En términos generales, es posible señalar que la Corte Suprema chilena ha adoptado un enfoque tradicional sobre el problema en estudio, enfocándose en determinar si la persona afectada albergaba o no, en el específico caso, una expectativa legítima de privacidad.

Algunas investigaciones han concluido 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 y plataformas a través de la puesta a disposición del usuario de distintas configuraciones de privacidad (Levin y Abril, 2009; Abril y Pizarro, 2014).

Respecto de los elementos a considerar a fin de determinar si la expectativa de privacidad de la persona afectada en las redes sociales es o no legítima, se ha señalado que se debe tener en cuenta la configuración del perfil en cuestión, la cantidad de contactos que tenga dicha cuenta y si acaso el perfil se encuentra indexado a motores de búsqueda. En términos generales, se podrá considerar que la expectativa de privacidad será más robusta cuando el perfil del sujeto tenga una configuración privada, el número de contactos sea reducido y no esté indexado a motores de búsqueda (Herrera, 2016; Escobar, 2017).

En los próximos acápite se revisarán sentencias relacionadas con Facebook, Grindr y WhatsApp.

El caso de Facebook

Primera etapa: Lo relevante es la configuración de privacidad que el usuario afectado haya escogido

La Corte Suprema ha tenido que resolver una serie de casos sobre redes sociales y expectativa legítima de privacidad que involucran a Facebook, todos los cuales se caracterizan porque una persona, ya sea un funcionario público o un particular, obtiene información desde el perfil de otra persona sin su consentimiento que es posteriormente utilizada en contra de esta.

Una de las primeras oportunidades en que la Corte Suprema tuvo que enfrentar la temática en estudio fue la sentencia rol 5322-2012, pronunciada en agosto de 2012. En este caso, un funcionario de Carabineros de Chile había interpuesto una acción de protección en contra de la resolución que lo había dado de baja de la institución por mala conducta. La resolución impugnada se había basado en unos comentarios y amenazas efectuados por él en la red social Facebook, en que insultaba y amenazaba a su superior jerárquico. El recurrente alegaba que se había vulnerado su derecho a la privacidad, ya que terceras personas habían comunicado a su superior jerárquico

los comentarios por él emitidos en la red social, todo ello sin su consentimiento. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó la acción interpuesta, argumentando simplemente que la conducta de la parte recurrida no había sido ilegal ni arbitraria,²¹ sentencia que fue confirmada en todas sus partes por la Corte Suprema.²²

Si bien la Corte Suprema no ahondó en la problemática del derecho a la privacidad y las redes sociales, el ministro Muñoz sí se pronunció al respecto en un voto disidente, por el que argumentaba que sí se había vulnerado el derecho a la privacidad del recurrente, razón por la cual correspondía revocar la sentencia apelada y acoger la acción de protección.²³ Lo anterior permite suponer que la mayoría de la Corte Suprema no compartió los argumentos expuestos por el ministro.

La Corte Suprema volvería a analizar el problema de la expectativa legítima de privacidad y Facebook en la sentencia rol 21499-2014. Un canal de televisión, en el marco de un reportaje a la iglesia evangélica del que el recurrente era pastor, exhibió fotografías en las que aparecía tanto él como su pareja, las cuales fueron obtenidas sin su consentimiento desde la red social Facebook. La Corte Suprema rechazó la acción de protección, argumentando:

Que, en la especie, 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.²⁴

Como se puede apreciar, la Corte Suprema tiene en especial consideración la circunstancia de que el recurrente mantenía su perfil de Facebook, desde el cual fueron obtenidas las fotografías que fundaban la acción de protección interpuesta, bajo una configuración «pública», no estableciendo ningún tipo de restricción de acceso para terceras personas, configuración que resultaría incompatible con una pretensión de exclusividad sobre las imágenes difundidas.

La Corte Suprema elaboró ulteriormente su razonamiento en la sentencia rol 3-2017. En el marco de una investigación criminal, la policía accedió al perfil de Face-

21. Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 684-2012, considerando quinto y sexto.

22. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 5322-2012.

23. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 5322-2012, considerando tercero y cuarto (voto disidente ministro Muñoz).

24. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 21499-2014, considerando séptimo.

book de dos de los imputados y obtuvo algunas fotografías de ellos, las cuales fueron posteriormente utilizadas en diversas diligencias de investigación. Los imputados fueron condenados por varios delitos de robo con intimidación. En contra de esta sentencia, la defensa de los imputados interpuso un recurso de nulidad, en el cual alegó, entre otros, que la obtención de las fotografías por parte de la policía había infringido el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación.

La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad, descartando cualquier eventual infracción al derecho a la privacidad. En particular, la Corte tuvo en consideración que resulta hoy un hecho público y notorio que Facebook admite diversas configuraciones de privacidad, de modo que según el nivel de visibilidad de dicho contenido que haya decidido el propio usuario, estará visible para más o menos personas.²⁵ Una de aquellas posibles configuraciones corresponde al de «público», lo que permite que cualquier persona puede acceder libremente al contenido del que se trate; a diferencia del material que se publica de manera restringida para que sea conocido solo por determinadas personas, excluyendo de esta manera a terceros extraños. Desde este punto de vista, el material incorporado a Facebook bajo un perfil público equivale, en opinión de la Corte, 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 sea conocido por cualquier persona. Como consecuencia de lo anterior, la Corte afirma que quien difunde información en la forma expresada no puede tener una expectativa legítima de privacidad sobre ese contenido,²⁶ tal como ocurrió en el caso concreto respecto de las fotografías obtenidas por la policía, ya que el perfil de los imputados era público.

El mismo razonamiento y la misma conclusión pueden encontrarse en la sentencia rol 1067-2018. Nuevamente, en el marco de una investigación criminal, la policía accedió al perfil de Facebook del imputado y obtuvo algunas fotografías de él, las cuales fueron posteriormente utilizadas en diversas diligencias de investigación. El imputado fue condenado y en contra de esta sentencia su defensa interpuso un recurso de nulidad alegando que la obtención de las fotografías había afectado el derecho a la privacidad de su representado.

La Corte Suprema descartó el argumento de la defensa, reiterando que, dado el actual nivel de globalización y penetración de Facebook, es públicamente conocido que las personas pueden escoger libremente una determinada configuración de privacidad en la red social. Una de estas opciones es «público», la cual se caracteriza porque cualquier persona puede acceder libremente al contenido cargado en el específico perfil, «a diferencia del material que se publica de manera restringida para ser únicamente conocido por determinada audiencia, también definida por el titular, caso este último en que el tercero o extraño deberá efectuar una solicitud al titular

25. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 3-2017, considerando cuarto.

26. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 3-2017, considerando cuarto.

para el acceso correspondiente». ²⁷ Así, quien difunde información en un perfil público no puede tener una expectativa legítima de privacidad sobre dicho contenido, tal como lo hizo el imputado. En conclusión, la Corte resuelve que los agentes policiales no vulneraron el derecho del imputado a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, toda vez que, en las condiciones anotadas, el contenido que el recurrente incluyó en su perfil de Facebook no puede ser considerado como «privado».

La última vez que la Corte Suprema resolvió un caso de eventual afectación del derecho a la privacidad y Facebook fue en la sentencia rol 42718-2021, de abril de 2022. En esta oportunidad, la Corte reiteró, una vez más, que hoy en día es un hecho conocido por todos que Facebook ofrece distintas opciones a las personas para que ellas mismas configuren el nivel de visibilidad que le darán a los contenidos cargados en sus perfiles, siendo uno de ellos el de «público», el cual se caracteriza porque cualquier persona puede acceder a dicha información, a diferencia de lo que ocurre cuando se publica bajo una configuración que restringe el acceso de terceras personas. Por consiguiente, cuando algún material es cargado en Facebook bajo un perfil público, el usuario acepta que su contenido pueda llegar a quienquiera que acceda a la red social, tal como ocurrió en este caso en que una persona obtuvo información del perfil de Facebook de los imputados y luego la entregó a la víctima del delito investigado y a la policía, permitiendo la identificación de los responsables del ilícito, no existiendo allí ninguna afectación al derecho a la privacidad de los imputados. ²⁸

Como se puede apreciar, en todas las sentencias en que la Corte Suprema tuvo que determinar si se había afectado o no alguna expectativa legítima de privacidad en casos relativos a perfiles de Facebook, el factor decisivo para la resolución del problema fue el mismo: la configuración de privacidad que el mismo usuario afectado había establecido para su perfil. Allí donde el nivel de exposición sea público, no corresponderá apreciar ninguna expectativa legítima de privacidad. En cambio, si el nivel de exposición fuere privado, el reclamante tendrá una base sólida para demandar el reconocimiento de una expectativa legítima de privacidad.

La idea que parece subyacer al razonamiento de la Corte es que un perfil en una red social con un nivel de exposición público puede asimilarse a una fuente de acceso abierto.

En su artículo 2, letra f) de la Ley 19.628 se definen los datos personales como los «relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables». La letra i) 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, el tratamiento de datos personales solo puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el

27. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 1067-2018, considerando séptimo.

28. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 42718-2021, considerando séptimo.

titular consienta expresamente en ello, según lo dispone el artículo 4 de la citada ley. Sin embargo, la misma disposición tiene excepciones, siendo una de ellas las fuentes de acceso público. En este sentido, el inciso quinto del mismo artículo 4 dispone que no requiere autorización el tratamiento de «datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público». Lo anterior significa que los datos personales contenidos en fuentes accesibles al público pueden ser libremente utilizados (Alvarado, 2014; Escobar, 2017).

La idea anteriormente descrita puede apreciarse en el razonamiento desarrollado por la Corte Suprema en las sentencias citadas, especialmente cuando esta 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, ya que el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por terceras personas (Escobar, 2017).

Una parte de la doctrina nacional sostiene una postura distinta a aquella de la Corte Suprema, afirmando que este tipo de técnicas de investigación de la policía, es decir, revisar perfiles de personas en redes sociales, sí afectan el derecho a la privacidad de los propietarios de dichos perfiles, incluso si estos han sido configurados como públicos, argumentando que el derecho a la privacidad «contempla una expectativa de privacidad que se entiende como la noción subjetiva de una persona de estar apartada de la observación de terceros, pudiendo con ello mantener secretos, comunicarse sin injerencias y controlar su información» (Rayman, 2015).²⁹

Lo que esta parte de la doctrina no explica, sin embargo, es por qué se debiese reconocer una expectativa legítima de privacidad a aquellas personas que incorporan información personal a sus redes sociales, máxime si el acceso al perfil en cuestión es de libre acceso público debido a que el propio usuario lo ha configurado de esta manera. En mi opinión, la única forma de reconocer una afectación del derecho a la privacidad en dichos casos sería adscribir a una noción puramente subjetiva de expectativa legítima de privacidad, lo cual ha sido descartado, según se señaló supra, tanto por la jurisprudencia estadounidense como por la chilena.

Segunda etapa: Facebook como una instancia incompatible o en conflicto con la noción de expectativa legítima de privacidad

En mayo de 2022, la Corte Suprema dictó la sentencia rol 12185-2022, oportunidad en que modificó de manera sustancial su aproximación a los casos relativos a Facebook. En su sentencia, la Corte confirma, en todas sus partes, una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, tribunal que había rechazado una acción de

29. En concreto, se cita el caso de un estudiante de sociología que habría sido identificado por la policía gracias a, entre otras diligencias, la obtención de fotografías y otro tipo de información personal desde sus redes sociales, las cuales eran de libre acceso público.

protección interpuesta por una persona que trabajaba en la Municipalidad de Dalcahue al descartar que ella hubiere albergado una expectativa legítima de privacidad.

En la sesión extraordinaria número 6 del año 2021 del Concejo Municipal de la Municipalidad de Dalcahue, el recurrido había interpelado a la recurrente en duros términos debido a una publicación que esta había efectuado en su perfil de Facebook en que denostaba al Concejo Municipal. La recurrente reclamaba que el recurrido había accedido, por algún medio desconocido, a sus publicaciones y perfil de Facebook, el cual contaba con una configuración privada. Por esta razón, la recurrente denunciaba que la conducta del recurrido constituía un acto de espionaje e interceptación de sus comunicaciones privadas, vulnerando con ello su derecho a la privacidad.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt descarta cualquier vulneración del derecho a la privacidad de la recurrente, argumentando que, a pesar de que la publicación realizada por esta en Facebook había sido efectuada en un perfil con una configuración privada, no puede ignorarse que, «desde el momento en que ella se publica en la citada red social, existe una renuncia tácita a que la misma se mantenga en una esfera privada o íntima», por cuanto la dinámica propia de las redes sociales, su masificación en el uso y la rapidez con la que la información incorporada en ellas se expande, «hacen que dicha pretensión decaiga, a lo menos, dada la posible intervención de terceras personas que pueden extraer esa información y difundirla hacia otros contactos y plataformas por la naturaleza propia de estas comunicaciones».³⁰

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, confirmado en todas sus partes por la Corte Suprema, constituye un cambio sustancial en la postura de la jurisprudencia chilena en casos relativos a Facebook. En efecto, hasta antes de la sentencia rol 12185-2022, la Corte Suprema había resuelto los casos que involucraban a Facebook sobre la base de determinar si, en el caso concreto, la persona afectada había albergado o no una expectativa legítima de privacidad, operación en la cual el factor decisivo era la configuración de privacidad que el mismo usuario había establecido para su perfil. Allí donde el nivel de exposición era público, la Corte Suprema rechazaba cualquier expectativa legítima de privacidad. Por el contrario, si el nivel de exposición era privado, los litigantes tenían un argumento fuerte para reclamar el reconocimiento de una expectativa legítima de privacidad.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt viene a modificar el enfoque descrito, pues en dicho caso la persona afectada había configurado su perfil de manera privada sin perjuicio de lo cual, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, rechazaron la existencia de una expectativa legítima de privacidad.

La idea que subyace al razonamiento jurisdiccional es que Facebook sería una instancia incompatible o en conflicto con la noción de expectativa legítima de privacidad. En efecto, la Corte de Apelaciones afirma que, con independencia del nivel

30. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol 1428-2021, considerando sexto.

de exposición que el usuario haya configurado, desde el momento en que publica en Facebook una determinada información, la cual se comparte con todos sus contactos, «existe una renuncia tácita a que la misma se mantenga en una esfera privada o íntima», pues una vez difundida no es posible controlar el flujo informativo ni evitar que personas que tuvieron acceso a dicha información la compartan con otras. El mensaje de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, así como el de la Corte Suprema, pareciera claro: si una persona comparte una información en Facebook, ella no puede albergar una expectativa legítima de privacidad respecto de ella, independientemente de la configuración del específico perfil.

El caso de Grindr

Además de Facebook, la Corte Suprema ha abordado la noción de expectativa legítima de privacidad con relación a otras redes sociales.

En sus sentencias rol 16921-2018 y 20441-2018, la Corte Suprema abordó dos casos que involucraban a la red social Grindr. En ambos casos, imputados que habían sido condenados por delitos de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades alegaban que su derecho a la privacidad había sido vulnerado. En concreto, las defensas reclamaban que algunos funcionarios policiales, actuando como agentes encubiertos, habían descargado en sus celulares la red social Grindr, creado perfiles con correos electrónicos y nombres falsos, y contactado a los imputados a fin de recopilar información relativa a eventuales delitos de tráfico de sustancias estupefacientes.

En ambos casos la Corte Suprema descartó que se hubieren afectado los derechos fundamentales de los imputados. En lo que aquí interesa, la Corte Suprema afirmó que no resulta posible afirmar que el ingreso a una red social de carácter más o menos abierta a un grupo indeterminado de personas que comparten un cierto gusto, tendencia o afición —elemento común que puede dar origen a una vinculación más directa y personal—, constituya una diligencia intrusiva que requiera autorización judicial por afectar el derecho a la privacidad de sus miembros, pues estos voluntariamente han aceptado compartir cierta información en la red. Según la Corte, la conducta desplegada por la policía en estos casos no es más que de observación de lo que ocurre en la respectiva red social, acción «equivalente a la observación que se puede realizar en forma presencial en la vía pública o en forma remota a través de cámaras, todas las cuales en esencia no son más que mirar y observar».³¹

A diferencia de los casos relativos a Facebook, en estas dos sentencias sobre Grindr la Corte Suprema no hace referencia a la configuración de privacidad que los usuarios hubieren establecido en sus respectivos perfiles, pues ello no era relevante. Por el

31. Corte Suprema de Chile, sentencias rol 20441-2018, considerando séptimo, y rol 16921-2018, considerando séptimo.

contrario, lo decisivo en estos dos casos fue la conducta misma desplegada tanto por los usuarios de la red social como por la policía.

En concreto, la Corte estima que los policías solamente observaban lo que ocurría en la red social, todo lo cual era público. En otras palabras, la policía se habría limitado a tomar nota de lo que los mismos usuarios publicaban voluntariamente en esta red social. Respecto de esta información, estimó la Corte, los usuarios no podrían reclamar una expectativa legítima de privacidad, pues su conducta equivale a publicitar algo a viva voz en un espacio público, lo cual fue percibido por los agentes de policía que participaban en dicho espacio.

El caso de WhatsApp

En abril de 2022, la Corte Suprema pronunció una importante sentencia en materia de expectativa legítima de privacidad respecto de conversaciones de WhatsApp. En esta sentencia rol 71491-2021, la Corte Suprema resolvió una acción de protección interpuesta por una persona natural en contra de una inmobiliaria. El recurrente reclamaba que la recurrida había vulnerado su derecho a la privacidad al divulgar, si su consentimiento, una parte de una conversación privada que el primero había mantenido con una tercera persona a través de la red social WhatsApp. En concreto, la divulgación había tenido lugar en el momento en que la inmobiliaria había interpuesto una demanda civil ante el Primer Juzgado Civil de Concepción en contra del recurrente de protección.³²

Luego de señalar que la cuestión a resolver en el presente caso se centra en la existencia o no de una expectativa legítima de privacidad por parte del recurrente con relación a su conversación mantenida en WhatsApp, la Corte Suprema reitera que no basta con alegar una expectativa subjetiva de privacidad, sino que es necesario que esta sea «legítima», cuestión que debe resolverse caso a caso.³³

Ahora bien, respecto de este asunto, la Corte Suprema considera particularmente relevante que WhatsApp es definida por sus creadores como una aplicación que permite enviar y recibir todo tipo de mensajes y documentos, incluyendo imágenes, vídeos y audios, así como llamadas y videollamadas, todo ello gracias a una seguridad predeterminada consistente en un cifrado de extremo a extremo, lo cual permite proteger los mensajes y llamadas, asegurando que solo sus destinatarios los puedan leer o escuchar, sin que nadie más, ni siquiera la propia plataforma, lo pueda hacer.³⁴ En virtud de lo anterior, la Corte Suprema señala que resulta manifiesto que el recurrente sí contaba con una expectativa legítima de privacidad respecto de la conver-

32. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 71491-2021, considerando primero.

33. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 71491-2021, considerando quinto.

34. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 71491-2021, considerando séptimo.

sación que fue divulgada por la parte recurrida en la demanda civil interpuesta ante el Primer Juzgado Civil de Concepción, toda vez que dicha conversación se produjo entre el recurrido y una tercera persona a través de una plataforma que ofrece un cifrado de extremo a extremo que impide que las comunicaciones desarrolladas en ella sean conocidas por personas ajenas a las mismas. Por consiguiente, la expectativa legítima de privacidad del recurrido se ha visto vulnerada, por cuanto la divulgación denunciada «se produjo no por uno de los partícipes de la conversación de autos, cuyo acceso al contenido era razonable esperar y prever, sino que por los recurridos, respecto de quienes no se esperaba siquiera su conocimiento».³⁵ Por esta razón, la Corte Suprema resolvió acoger la acción de protección interpuesta.

La Corte Suprema adopta, en esta sentencia, una postura fuerte en materia de expectativa legítima de privacidad en casos de WhatsApp. En efecto, conforme al razonamiento de la Corte, dado que la propia plataforma establece un sistema de seguridad por defecto que impide que terceras personas, incluyendo a la misma plataforma, accedan al contenido de las conversaciones allí mantenidas, los usuarios de WhatsApp pueden legítimamente confiar en que la información por ellos compartida en sus conversaciones no será difundida por personas ajenas a ellas.

Conclusiones

Las redes sociales representan actualmente un desafío para la privacidad de las personas, principalmente debido a la dinámica y estructura con que ellas operan. En efecto, las redes sociales incentivan a las personas a compartir y publicar una gran cantidad de datos personales e información, sin reflexionar sobre las consecuencias jurídicas y sociales que dicha conducta de difusión podría generar.

Debido a lo anterior, los tribunales han debido resolver, de manera creciente, casos en que existe un conflicto entre la forma en que las redes sociales operan y el derecho a la privacidad de las personas.

A fin de determinar si existe o no un espacio de privacidad jurídicamente protegido, la Corte Suprema ha importado, desde la jurisprudencia estadounidense, el concepto de expectativa legítima de privacidad, el cual exige responder dos cuestiones: primero, se debe determinar si existe o no una expectativa subjetiva de privacidad, y, segundo, se debe luego resolver si dicha expectativa es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como legítima o razonable. Por consiguiente, no cualquier expectativa de privacidad estará jurídicamente protegida, pues será necesario que ella se encuentre objetivamente justificada sobre la base de las circunstancias concretas del caso y que la sociedad esté dispuesta a protegerla.

35. Corte Suprema de Chile, sentencia rol 71491-2021, considerando octavo.

En la última década, la Corte Suprema chilena ha pronunciado diversas sentencias en materia de expectativa legítima de privacidad y redes sociales. En particular, la Corte ha debido resolver casos que involucraban a Facebook, Grindr y WhatsApp.

En aquellos casos relativos a Facebook, en un primer momento, la Corte Suprema adoptó un enfoque tradicional conforme al cual el factor decisivo era la configuración de privacidad que el usuario afectado hubiere escogido: si el nivel de exposición era público, la Corte descartaba la existencia de una expectativa legítima de privacidad. Por el contrario, cuando el nivel de exposición era privado, el reclamante tenía una base sólida para demandar el reconocimiento de una expectativa legítima de privacidad.

La Corte Suprema modificó el enfoque descrito anteriormente en su sentencia rol 12185-2022, oportunidad en que confirmó en todas sus partes una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, tribunal que había rechazado una acción de protección interpuesta por una persona que reclamaba que el recurrido había accedido, por algún medio desconocido, a sus publicaciones y perfil de Facebook, el cual contaba con una configuración privada. Por esta razón, la recurrente denunciaba que la conducta del recurrido constituía un acto de espionaje e interceptación de sus comunicaciones privadas, vulnerando con ello su derecho a la privacidad.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, así como la Corte Suprema, descartaron cualquier vulneración del derecho a la privacidad de la recurrente, rechazando la existencia de una expectativa de privacidad. La idea que subyace al razonamiento jurisdiccional es que Facebook sería una instancia incompatible o en conflicto con la noción de expectativa legítima de privacidad. Con independencia del nivel de exposición que el usuario haya configurado, argumenta la Corte de Apelaciones, desde el momento en que publica en Facebook una determinada información, la cual se comparte con todos sus contactos, existe una renuncia tácita a que la misma se mantenga en una esfera privada o íntima pues una vez difundida no es posible controlar el flujo informativo ni evitar que personas que tuvieron acceso a dicha información la compartan con otras.

Con relación a Grindr, la Corte Suprema ha resuelto dos casos que involucraban a la red social. En ambos casos, personas condenadas por delitos de tráfico de sustancias estupefacientes alegaban que su derecho a la privacidad había sido vulnerado, toda vez que algunos funcionarios policiales habían descargado Grindr, creado perfiles con correos electrónicos y nombres falsos, y contactado a los imputados a fin de recopilar información relativa a eventuales ilícitos.

La Corte Suprema descartó que ingresar a una red social de carácter más o menos abierta a un grupo indeterminado de personas que comparten un cierto gusto, tendencia o afición —elemento común que puede dar origen a una vinculación más directa y personal—, constituya una diligencia intrusiva que requiera autorización judicial por afectar el derecho a la privacidad de sus miembros, pues estos volun-

tariamente han aceptado compartir cierta información en la red. Según la Corte, la policía se habría limitado a tomar nota de lo que los mismos usuarios publicaban voluntariamente en esta red social, información respecto de la cual los usuarios no podrían reclamar una expectativa legítima de privacidad, pues su conducta equivale a publicitar algo a viva voz en un espacio público.

Finalmente, respecto de WhatsApp, es posible afirmar que la Corte Suprema ha adoptado una postura fuerte en materia de expectativa legítima de privacidad, más robusta que aquella vigente en casos relativos a Facebook y Grindr. Conforme a la Corte, dado que la propia plataforma de WhatsApp establece un sistema de seguridad por defecto, el cual impide que terceras personas, incluyendo a la misma plataforma, accedan al contenido de las conversaciones allí mantenidas, los usuarios de esta red social pueden legítimamente confiar en que la información por ellos compartida en sus conversaciones no será difundida por personas ajenas a ellas, todo lo cual permite fundar una expectativa legítima de privacidad.

Referencias

- ABRIL, Patricia y Eugenio Pizarro (2014). «La intimidad europea frente a la privacidad americana». *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, 1: 1-62.
- ALVARADO, Francisco (2014). «Las fuentes de acceso público a datos personales». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 3 (2): 205-226.
- ÁLVAREZ, Daniel (2018). «Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena». *Revista de Derecho Público*, 89: 11-32.
- ARANCIBIA, María José (2015). «¿Cuándo nuestras imágenes dejan de pertenecernos? La tensión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de informar». *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 6: 245-258.
- BARROS, Enrique (1998). «Honra, privacidad e información: Un crucial conflicto de bienes jurídicos». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 5: 45-58.
- BASCUÑÁN, Antonio (2014). «Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II». *Revista de Ciencias*, XLI (3): 43-74.
- BOSCH, Camila (2019). «La obtención de evidencia digital de proveedores de servicio y las garantías fundamentales involucradas». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 77: 117-137.
- CEA, José Luis (1998). «Derecho constitucional a la intimidad y a la honra». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 5: 29-44.
- CORRAL, Hernán (2000). «Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y fundamentos». *Revista Chilena de Derecho*, 27 (1): 51-79.
- CORREA, Rodrigo (2018). «La protección de la privacidad en la jurisprudencia chilena reciente». *Discusiones*, 21: 235-264.


- DAMOTA, Mulugeta Deribe (2019). «The Effect of Social Media on Society». *New Media and Mass Communication*, 78: 7-11.
- ESCOBAR, Javier (2017). «¿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 número 3-2017 de la Corte Suprema». *Estudios Constitucionales*, 15 (1): 407-424.
- FIGUEROA, Rodolfo (2013). «El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección». *Revista Chilena de Derecho*, 40 (3): 859-889.
- . (2020). «Derecho a la privacidad». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 129-168). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA, Diego (2009). «El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet». *Derechos Humanos México*, 12: 183-200.
- GUERRERO, Óscar (2011). «La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal». *Derecho Penal y Criminología*, 32 (92): 55-84.
- GUERRERO, Beatriz (2020). «Protección de datos personales en el Poder Judicial: Una nueva mirada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9 (2): 33-56.
- GUTIÉRREZ, Alfredo (2014). «El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: Una reflexión desde el derecho constitucional». *Cuestiones Constitucionales*, 31: 239-245.
- HENRÍQUEZ, Karina y Francisco Domínguez (2021). «Uso de drones en espacios privados para fines periodísticos, ¿el fin justifica los medios? SCS rol número 17.473-2021». En *Sentencias Destacadas 2021* (pp. 221-241). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- HERRERA, Paloma (2016). «El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1): 87-112.
- HIROSE, Mariko (2017). «Privacy in public spaces: The reasonable expectation of privacy against the dragnet use of facial recognition technology». *Connecticut Law Review*, 49 (5): 1591-1620.
- INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN DE ESPAÑA (Inteco) (2009). *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*. Madrid: Inteco.
- JONES, Brock (2015). «The Courts “liked” your post: Assessing social media evidence in criminal proceedings». *Criminal Law Quarterly*, 62 (3): 372-383.
- LEVIN, Avner y Patricia S. Abril (2009). «Two notions of privacy online». *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11 (4): 1001-1051.
- MALAMUD, Samuel (2018). «Videovigilancia y privacidad: Consideraciones en torno a los casos Globos y Drones». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 7 (2): 137-162.

- MARTÍNEZ, Juan María (2016). «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106: 119-148.
- MORENO, Isaura y Marina del Pilar Olmedo (2019). «Derecho a la privacidad en la sociedad de la información». *Advocatus*, 37: 15-27.
- MUND, Brian (2017). «Social media searches and the reasonable expectation of privacy». *Yale Journal of Law & Technology*, 19: 238-273.
- MURPHY, Justin P. y Adrian Fontecilla (2013). «Social media evidence in government investigations and criminal proceedings: A frontier of new legal issues». *Richmond Journal of Law & Technology*, 19 (3): 1-30.
- NOGUEIRA, Humberto (1998). «El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno». *Ius et Praxis*, 4 (2): 65-106.
- RAMÍREZ, Tomás (2016). «Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5 (1): 57-86.
- RAYMAN, Danny (2015). «Chile: Vigilancia y derecho a la privacidad en internet». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 4 (1): 187-232.
- RISSE, Martín (2019). «Derecho a la propia imagen y expectativa de respeto a la privacidad». *Estudios Constitucionales*, 17 (1): 119-150.
- ROTHENBERG, Lance E. (2000). «Re-thinking privacy: Peeping toms, video voyeurs, and failure of the Criminal Law to recognize a reasonable expectation of privacy in the public space». *American University Law Review*, 49 (5): 1127-1165.
- 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». *UNED. Revista de Derecho Político*, 85: 195-240.
- SERR, Brian J. (1989). «Great expectations of privacy: A new model for fourth amendment protection». *Minnesota Law Review*, 73 (3): 583-642.
- SUÁREZ, Christian (2000). «El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), XI: 103-119.
- WARREN, Samuel D. y Louis D. Brandeis (1890). «The right to privacy». *Harvard Law Review*, 4 (5): 193-220.
- WILKINS, Richard G. (1987). «Defining the “Reasonable Expectation of Privacy”: An emerging tripartite analysis». *Vanderbilt Law Review*, 40 (5): 1077-1129.
- ZÁRATE, Sebastián (2014). «La expectativa de privacidad y grabaciones ocultas». En *Sentencias Destacadas 2013* (pp. 103-133). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- ZELADA, Carlos J. y Eduardo Bertoni (2013). «Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Forseti*, 1 (1): 123-146.

Agradecimientos

Este trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, en el marco del «Scholarship Programme for Young Professors and Researchers from Latin American Universities» del Grupo Coimbra. Agradezco profundamente al Grupo Coimbra y a la Universitat de Barcelona por la oportunidad concedida, así como a los estupendos colegas que tuve la oportunidad de conocer durante dicha estancia, quienes estuvieron siempre dispuestos a discutir estas y otras ideas. En particular, debo expresar mi agradecimiento a Sergi Cardenal, Carlos Castellví, Vicente Valiente y Silvia Fernández.

Sobre el autor

JAVIER ESCOBAR VEAS es abogado (Chile), doctor en Derecho por la Università Luigi Bocconi (Italia) y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por Universidad Diego Portales (Chile). Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Su correo electrónico es javier.escobar@mail.udp.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-9266-0396>.

La *Revista de Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación académica semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica los elementos necesarios para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en la ciencia jurídica.

DIRECTOR

Daniel Álvarez Valenzuela
(dalvarez@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rchdt.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rchdt@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).