

Minuta

El Senado aprobó, en primer trámite constitucional, el mensaje presidencial que fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del estado (Boletín N°12.234-02), sobre el cual se pueden formular diversas observaciones políticas y jurídicas.

El proyecto de ley tiene por propósito declarado actualizar la regulación del sistema de inteligencia del Estado, el cual ha sido objeto de profundas críticas por su aparente ineficacia y por el nulo control civil de las actividades de inteligencia policial y militar, que han provocado casos de afectaciones de garantías fundamentales en contra de periodistas y el conocido caso Huracán. En este sentido, si bien el proyecto introduce algunas reformas necesarias omite cuestiones trascendentales que debieran formar parte de la regulación de un sistema de inteligencia en un estado democrático de derecho.

A continuación presento algunas de las críticas y observaciones más relevantes:

1. Desde un punto de vista orgánico, el proyecto de ley insiste con un modelo de inteligencia diseñado para un gobierno en particular, prescindiendo de la posibilidad de desarrollar un sistema de inteligencia concebido e implementado como parte de una política de Estado. En esta discusión, debiéramos pasar a un modelo donde el Director de la Agencia y del Sistema de Inteligencia del Estado debiera ser nombrado, a propuesta del Presidente de la República y previo acuerdo del Congreso Nacional.
2. Profundiza además en el modelo actual y comete el error **de dividir el mando de la Agencia Nacional de Inteligencia** al introducir la figura del subdirector como una persona de exclusiva confianza del Presidente de la República. De esta manera, la ANI tendrá dos autoridades (el Director y el Subdirector) de confianza del Presidente de la República, lo que puede afectar su correcto funcionamiento y no resuelve el problema político de la Agencia antes mencionado.
3. El proyecto de ley **no incrementa los niveles de control civil de la inteligencia militar y policial** y no introduce reformas significativas en la subordinación de esas secciones de la inteligencia a la autoridad civil electa, cuestión que debe reformarse de manera urgente.

No es recomendable que las instituciones de la inteligencia militar y policial sigan dependiendo únicamente de su mando institucional. En un estado democrático de derecho esta parte del sistema de inteligencia debe quedar sujeto a la autoridad civil, ya sea en la persona del Director de la Agencia Nacional de Inteligencia o de la autoridad política del Ministro del Interior o de Defensa, según sea el caso. Por ello, se deben modificar el inciso final del artículo 20 y del artículo 22 aprobados por el Senado, incorporándose expresamente que los objetivos de la inteligencia militar deben ser aprobados por el Ministro de Defensa Nacional quien deberá además velar por su cumplimiento. En el caso de la inteligencia policial, dichos objetivos deben ser aprobados por el Ministro del Interior y Seguridad Pública quien deberá además velar por su cumplimiento.

Debemos tener presente que ninguna de las disposiciones del proyecto de ley resuelve el problema que se suscitó en el conocido caso Huracán, donde el servicio de inteligencia policial de Carabineros de Chile abusó y defraudó el sistema de obtención de información de inteligencia a través de las interceptaciones de comunicaciones privadas, caso que da cuenta de las debilidades de las escasas herramientas de control que existen respecto a sus operaciones, lo que consta en un duro informe emitido por una comisión investigadora de la H. Cámara de Diputados.

En este sentido, el proyecto de ley no introduce las mejoras necesarias para que un caso como Huracán no vuelva a ocurrir, como serían la introducción de mecanismos de control en el proceso de autorización judicial previa —contenidos en los artículos 23 y siguientes de la ley— ya sea mediante la creación de expedientes duplicados que den cuenta de los antecedentes tenidos a la vista al momento de solicitar cualquier medida intrusiva, de manera que el juez que autoriza la medida pueda efectivamente controlar el cumplimiento de los requisitos legales así como el correcto desarrollo de las actividades de inteligencia, mediante audiencias de control periódicas, cada quince días. También se debieran establecer procesos de rendición de cuentas abiertos, en los cuales se desclasifique regularmente la información generada por el Sistema de Inteligencia que ya no sea de utilidad o haya perdido actualidad o relevancia. Finalmente, debieran establecerse tipos penales específicos para los funcionarios que solicitaran, obtuvieran y ejecutaran operaciones de inteligencia con infracción de las reglas legales, así como responsabilidad penal, administrativa y disciplinaria del mando operacional y político, y responsabilidad, al menos disciplinaria, para los jueces que autoricen este tipo de medidas con inobservancia de las reglas legales.

Hay que tener presente que los actuales mecanismos de control que establece la ley —por ejemplo, la comisión especial de Inteligencia de la Cámara de Diputados—, no pasan de ser meros mecanismos formales de control sin real incidencia en el desempeño y evaluación de las labores de inteligencia.

4. Desde un punto de vista funcional, el proyecto de ley introduce una autorización general para que la ANI solicite **discrecionalmente** “antecedentes e informes” a todos los servicios públicos de la administración del Estado y empresas públicas, información que los servicios deberán entregar obligatoriamente (art. 12, literal f)).

Al respecto, la solicitud de antecedentes e informes que realice la ANI debiera siempre constar en un acto administrativo debidamente fundado y debiera ser específica sobre los antecedentes e informes que sean efectivamente necesarios para el propósito perseguido, cuestión que deberá informarse al órgano requerido. En este sentido, las normas aprobadas por el Senado debieran complementarse.

Sobre este punto, es importante llamar la atención que ni la ley vigente ni el proyecto de ley habilitan a la Agencia Nacional de Inteligencia para capturar, procesar y/o comunicar datos personales. Incluso en el evento que en el pasado la Agencia hubiere solicitado datos personales a los organismos requeridos (como habría sido el caso del convenio suscrito con el Sename o como los convenios vigentes con el Registro Civil o el Servicio de Impuestos internos, por citar algunos), dichas solicitudes carecen de autorización legal y, además, constituirían una infracción a las reglas constitucionales que amparan la vida privada de las personas y sus datos personales. Veamos por qué.

5. La falta de habilitación legal de la Agencia para tratar datos personales

En el caso de la Agencia Nacional de Inteligencia, es posible constatar que no hay autorización en su ley que la habilite a recolectar, procesar y comunicar datos personales en el ejercicio de sus funciones. En la Ley N°19.974 que se modifica, no hay norma que habilite a la Agencia ni a las instituciones que forman parte del sistema a recolectar, solicitar ni procesar datos personales. De esta manera, carecen de la habilitación requerida por la ley, lo que vulnera el principio de legalidad en la actuación de los órganos del Estado.

¿Cómo lo hace entonces la Agencia y las instituciones de inteligencia para recolectar información para el cumplimiento de sus funciones y objetivos necesarios en una democracia? La ley les habilita distintas formas pero vamos a identificar las más importantes: la recolección

de información de fuentes abiertas, los procedimientos especiales de obtención de información y la solicitud de informes a organismos públicos.

Respecto del primer tipo, se trata de la información que puede ser recolectada a través de medios de comunicación social, investigaciones académicas, redes sociales abiertas como Twitter o similares. En este caso, si bien no cuentan con autorización expresa en su ley para capturar y procesar los datos personales que contenga la información recolectada, se podría argumentar que caen en la hipótesis genérica del artículo 20 de la LPVP que autoriza a los organismos públicos a tratar datos personales sin consentimiento sólo “respecto de las materias de su competencia” pero respetando las reglas contenidas entre los artículos 1 y 19 de esa misma ley, que reconocen ciertos derechos de los titulares, como el derecho de cancelación, esto es, el derecho de una persona a solicitar la eliminación o cancelación de los datos personales.

En aquellos casos donde la Agencia requiera información “estrictamente indispensable” para el cumplimiento de sus objetivos y que no pueda ser obtenida de fuentes abiertas, la ley establece —artículos 23 y siguientes— un catálogo específico de procedimientos especiales de obtención de información, sujetos a autorización judicial previa a cargo de un ministro de corte de apelaciones. Estas normas han permitido, por ejemplo, algunas de las interceptaciones de comunicaciones de periodistas o aquellas realizadas en la operación Huracán, cuya legalidad de fondo es discutida en tribunales y que aparentemente fueron realizadas más allá de sus atribuciones legales.

Para el caso particular de la información recolectada desde organismos públicos, la letra e) del artículo 8º de la LSIE permite a la Agencia solicitar a éstos los “antecedentes e informes” que estime necesarios para el cumplimiento de sus objetivos **pero en ningún caso la habilita para solicitar datos personales, ya que la norma derechamente no lo dice**. La entrada en vigencia de la reforma constitucional que introdujo el derecho a la protección de datos personales en el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución sólo vino a confirmar esta falta de autorización legal.

Finalmente, cuando se trata de datos personales sensibles —como en el caso del convenio con Sename— la situación es un poco más grave. La naturaleza jurídica de los datos personales de NNA —conforme a lo dispuesto en la LPVP—, es de datos personales sensibles, que cuentan con un estatuto especial de protección que señala que este tipo de datos no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Resulta evidente que ninguna de estas condiciones se cumplía en el caso del Sename y, de haberse pronunciado la Contraloría sobre el convenio, lo habría realizado este sentido, teniendo presente su reciente jurisprudencia sobre tratamiento de datos personales sensibles por órganos del Estado.

6. Reserva legal estricta del derecho a la protección de datos personales

[Desde agosto de 2018](#) se encuentra vigente la reforma constitucional que incorporó en el texto del numeral 4º del artículo 19 de la Constitución la siguiente regla:

“«Art. 19. (...) 40.- 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 tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.»

La reforma constitucional incorporó una reserva legal especial en virtud de la cual las normas que regulen el “tratamiento” y la “protección” de datos personales deberá hacerse “en la forma

y condiciones que determine la ley”. Una norma similar existe desde antiguo en la Constitución, en relación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

De esta manera, y con especial énfasis en el tratamiento que realizan los organismos públicos, la habilitación debe constar en un texto de rango legal. Esto excluye, por tanto, las formas infralegales de regulación, ya sea que se realicen por la vía reglamentaria o por decreto con fuerza de ley u otras normas menores como las ordenanzas municipales o meros actos administrativos como la resolución que aprobó el convenio entre Sename y la ANI.

7. Si se llega a la conclusión que la Agencia debiese contar con acceso a datos personales, atendida la especial protección constitucional de éstos, se debiesen incorporar en el texto del proyecto de ley “los casos y las formas” en que dicha información (datos personales) pueda ser requerida, estableciéndose la necesidad de obtener una autorización judicial previa, asimilándolo a los procedimientos especiales de obtención de información que requieren de autorización judicial previa, incorporándose al artículo 23 de la ley, con las mejoras que recomendamos en el número 3 anterior.

Asimismo, se debieran incorporar mecanismos de control jurisdiccional de la actividad de inteligencia mientras se desarrollan y no sólo una habilitación especial al inicio del procedimiento de obtención de información, sancionando severamente las utilizaciones indebidas y estableciendo límites a la actividades de recolección.

Con todo, esta solución debiera excluir cualquier posibilidad de solicitar datos personales de NNA y cualquier otro tipo de datos personales sensibles, como identificación biométrica o datos de salud, por mencionar los más relevantes.

8. Finalmente, si existe la voluntad del legislador para avanzar hacia un sistema de inteligencia del Estado concebido como parte de una política de Estado y no como una política de gobierno, donde se establezca claramente el ámbito de acción de las instituciones que forman parte del sistema, subordinadas en todo momento a las autoridades civiles y políticas y con férreos mecanismos de control de sus actividades, es posible avanzar en esta discusión. En este sentido, el proyecto tal cual fue aprobado por el Senado omite cuestiones trascendentales que debieran formar parte de la regulación de un sistema de inteligencia en un estado democrático de derecho como el nuestro.

Daniel Álvarez Valenzuela
Académico
Coordinador Académico, Centro de Estudios en Derecho Informático
Facultad de Derecho, Universidad de Chile
dalvarez@derecho.uchile.cl