



JORNADAS INTERUNIVERSITARIAS DE
**DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS HUMANOS**



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**
FACULTAD DE DERECHO

El conflicto entre transparencia y protección de datos personales en la fase participativa del proceso constituyente chileno

Integrantes

Andrea Aguilera Catalán
Alexandra Alamos Nanjari
Leonardo Ortiz Mesías
Carlos Venegas Quintriqueo

Profesor guía

Enrique Rajevic Mosler

Santiago de Chile, 15 de agosto de 2016

El conflicto entre transparencia y protección de datos personales en la fase participativa del proceso constituyente chileno

Introducción

El derecho de protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública representan dos caras de una misma moneda. Se trata de dos derechos que naturalmente tienden a entrar en conflicto, esto, porque ambos hacen referencia a un mismo objeto: *la información*. Así, por un lado, la protección de datos personales resguarda la intimidad y la autodeterminación informativa, y por el otro, la transparencia administrativa favorece la probidad y potencia la participación ciudadana.¹

Uno de los casos en donde se genera una colisión entre estos derechos, y que será objeto de estudio a lo largo de esta investigación, es en el actual “proceso constituyente chileno”, particularmente en su *Fase Participativa*, en donde mediante un sistema de consulta pública, se pretende recabar preferencias y opiniones políticas de los ciudadanos para una Nueva Constitución con el objeto de elaborar un documento jurídico que contenga toda esa información. Sin embargo, por otro lado, se debe velar por resguardar la protección de aquellos datos personales y sensibles que están en juego, de manera tal, que no sea posible, en ningún caso, asociar dichos datos con preferencias u opciones políticas de las personas.

Si bien este conflicto se analizará desde el punto de vista del ordenamiento jurídico chileno, esta tensión podría ocurrir perfectamente en cualquier otro país, ya que en general, la Administración de cualquier Estado, debe y necesita recolectar información de sus ciudadanos, respecto de múltiples ámbitos. El tema en cuestión es muy relevante, toda vez que significa un momento histórico importante, en donde la producción de datos y recolección de los mismos es masiva y que, además, dicen aspectos propios de las personas. Es por ello, que urge saber qué tratamiento, políticas de privacidad, etc., se aplicarán. Además, cabe señalar que se trata de un proceso incipiente y, por tanto, lleno de falencias, susceptibles de ser discutidas y mejoradas.

Dos preguntas guiarán nuestra investigación: ¿Se está en este proceso vulnerando el derecho de protección de datos personales? y, ¿el gobierno chileno está almacenando información de manera adecuada, con tal de asegurar, que no se filtren los datos de las personas? Para resolver dichas interrogantes y varios aspectos de este tema, se seguirá la siguiente metodología de trabajo. En primer lugar, se explicará el contexto en que se encuentra inserto el actual proceso constituyente en Chile, y la forma en que a raíz de esto, la Administración Pública recaba datos personales de sus ciudadanos. En segundo lugar, se describirá en términos generales el marco regulatorio a nivel legal y constitucional de ambos

¹ RAJEVIC, E. 2011. “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”. En VV. AA, *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*. Santiago, Expansiva - Ediciones Universidad Diego Portales, p. 1.

derechos. En tercer lugar, nos referiremos a uno de los órganos públicos que tiene a cargo la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico chileno –el Consejo para la Transparencia (en adelante “CPLT”)–, con sus respectivas particularidades y problemáticas. Finalmente, se realizará un análisis crítico del Oficio N°006192 emitido por el CPLT, de fecha 24 de junio de 2016 al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el cual formula una serie de recomendaciones en materia de protección de datos personales para la fase participativa del actual proceso constituyente en Chile, haciéndonos cargo principalmente de revisar tres de sus recomendaciones.

Con todo, cabe señalar que nuestro análisis será realizado desde la óptica de la protección de datos personales, entendido como un límite al derecho de acceso a la información pública.² En virtud de esto, es menester suponer que se debe exigir un alto estándar de protección de tales datos, a efectos de resguardar a sus titulares.³

1. El proceso constituyente en Chile

El proceso constituyente actualmente en curso, es parte de uno de los principales ejes temáticos del programa del segundo Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018). En este sentido, se señala la urgencia del Estado de Chile de contar con una nueva Constitución creada en democracia, idea acogida tras varios años de reclamos por parte de la sociedad, respecto de la Constitución que actualmente nos rige, creada e impuesta bajo una dictadura militar; sin procesos democráticos, sin pluralidad política, con una imposición de un sistema económico neoliberal, entre otros.⁴

En nuestro medio, se han esgrimido numerosas propuestas respecto de la forma más adecuada para elaborar una nueva Constitución⁵, desde una asamblea constituyente como el mecanismo más idóneo, hasta cambios mediante los procedimientos constitucionales existentes, esto es, mediante el Capítulo XV de la Constitución de 1980, denominado “Reforma de la Constitución”. No obstante, el mencionado programa de M. Bachelet considera que el procedimiento que debe

² PIÑAR, J.L. 2009. “Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio”. Documento de Trabajo 147/2009. Madrid, Laboratorio de Alternativas, p. 7.

³ Esta idea es señalada en el Oficio N°006192 del Consejo Para la Transparencia, de 24 de junio de 2016, p. 13.

⁴ Fernando Atria, expone de forma muy clara los “cerrojos” que contiene esta “Constitución Tramposa”, y los problemas de fondo y forma que ésta posee. Véase ATRIA, F. 2013. *La Constitución Tramposa*. Santiago, LOM Ediciones.

⁵ Véase, por ejemplo, ATRIA, F. 2013. *La Constitución Tramposa*. Santiago, LOM Ediciones; FUENTES, C. y JOIGNANT, A. (Editores). 2015. *La Solución Constitucional. Plebiscitos, Asambleas, Congresos, Sorteos y Mecanismos Híbridos*. Santiago, Editorial Catalonia; CHIA, E. y QUEZADA, F. (Editores). 2015. *Propuestas Para Una Nueva Constitución (Originada en Democracia)*. Santiago, Instituto Igualdad; SIERRA, L. (Editor). 2015. *Diálogos Constitucionales*. Santiago, Centro de Estudios Públicos; QUIERO, F. y GAJARDO, J. (Compiladores). 2016. *Por una Asamblea Constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*. Santiago, LOM Ediciones.

observarse para elaborar una nueva Constitución deberá tener las siguientes cualidades: i) democrático; ii) institucional; y iii) participativo.⁶

Ni el Gobierno, ni la sociedad civil en general, tenían mayores conocimientos respecto a la forma en que se llevaría a cabo este proceso –más allá de la observación de los criterios ya señalados–, sino hasta el pasado 13 de octubre de 2015, en donde la Presidenta de la República anunció mediante un discurso público, el procedimiento que éste adoptaría, señalando que:

*“En primer lugar, iniciaremos en los próximos días una etapa de educación cívica y constitucional, para que todos tengamos la información necesaria para involucrarnos activamente. Este primer momento durará hasta marzo del próximo año. A partir de marzo del 2016, realizaremos un proceso ordenado de diálogos ciudadanos, donde todos puedan participar. Partiremos por las comunas, seguiremos por las provincias y regiones, para terminar con una síntesis a nivel nacional”.*⁷ Posteriormente, se informa que el resultado de los diálogos que tendrán lugar en la fase participativa del proceso, serán las “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución”, fijando como plazo de entrega de este documento, en octubre de 2016. Por otro lado, para resguardar que el proceso sea libre, transparente y sin presiones se nombró a un Consejo de Ciudadanos de Observadores -compuesto por ciudadanos y ciudadanas de reconocido prestigio-, para que vele por la transparencia y la equidad.

Una vez obtenido el documento final, se pretende para el segundo semestre del 2017, presentar ante el Congreso Nacional el proyecto para una nueva Constitución. Además, el Gobierno se hace cargo de la realidad chilena, en el entendido de que la actual Constitución no contempla mecanismos para elaborar un nuevo Código Político. Es por esto, que para dar un cauce “institucional” a este proceso constituyente, el Gobierno pretende enviar al Congreso Nacional a fines de este año 2016, un proyecto de reforma constitucional para que se establezcan los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Constitución.

Como se dijo, la primera y principal fase de este proceso constituyente es de carácter “participativa”, la cual permite a los ciudadanos dar su opinión y deliberar sobre distintos puntos. Para ello, las personas mayores de 14 años deben registrarse en el sitio web habilitado por el Gobierno (www.unaconstitucionparachile.cl), aportando, diversos datos personales a través de distintos formularios en línea. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública recopila, a través de diversos formularios de recolección, los datos y opiniones de los participantes, generando con ellos una base de datos personales y algunos de éstos, además, sensibles.

⁶ Programa de Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), octubre de 2013, p. 35. Disponible en línea, en: <http://michellebachelet.cl/programa/> Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

⁷ GOBIERNO DE CHILE. 13 de octubre 2015. “Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente en Chile”. Sitio web. Recuperado de: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/> Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

Esta fase participativa comprende cuatro etapas: una Consulta Individual, donde cada persona por sí sola podrá expresar los contenidos que estima relevantes para una nueva Constitución; los Encuentros Locales Autoconvocados (ELA); los Encuentros Provinciales y los Encuentros Regionales, donde se abordarán y discutirán las mismas materias de la Consulta Individual.

En un primer término, para efectos de la inscripción individual, y con el objeto de contestar la encuesta individual, las personas deben entregar el RUN, el número de serie o de documento de la cédula de identidad, correo electrónico, comuna en la que reside y una clave –que, según el CPLT, todos estos datos son de carácter personal.⁸ La plataforma virtual cuenta con una advertencia que no provee de la suficiente información al titular del dato. La inscripción individual en la página web tiene la siguiente advertencia: “*El sistema administrará los datos personales de los ciudadanos conforme a la Ley 19.628 y las opiniones vertidas serán de carácter anónimo*”. La política de privacidad entonces, carece de mayores precisiones en este ámbito.⁹

En cuanto al formulario de inscripción, el CPLT declaró que éste no posee ninguna información específica que permita al titular advertir qué tratamiento se efectuará con sus datos recolectados, careciendo de precisiones sobre los términos y condiciones bajo los cuales consiente al tratamiento de sus datos.¹⁰

Asimismo, la Encuesta Individual también recolecta datos personales asociados a la persona inscrita, particularmente acerca de sus preferencias políticas mediante la selección de siete conceptos en los ejes de “Valores y Principios”, “Derechos”, “Deberes” e “Instituciones”. Al final de la encuesta, el sitio web dispone de un espacio para escribir libremente sus opiniones políticas para contribuir con la memoria histórica del proceso.¹¹

De lo explicado hasta ahora, es posible evidenciar que en el sitio web se recogen datos personales y datos sensibles. Respecto de estos últimos, se atribuye tal carácter debido a que, al momento de contestar la encuesta individual, se están aportando opiniones políticas que, conforme al artículo 2, letra g) de la Ley N°19.628 (LPDP), son de carácter sensibles. Finalmente, si se trata de un menor de edad mayor de 14 años, los datos aportados caen dentro de la categoría de datos especialmente protegidos, así lo ha reconocido el CPLT.¹²

La segunda etapa del proceso está compuesta, por la Inscripción del Encuentro Local. Para estos efectos, el sitio web pide los siguientes datos: RUN del moderador, correo electrónico del mismo, teléfono, fecha, hora, lugar y dirección del encuentro.

El formulario tiene dos casillas que pueden ser marcadas. La primera, tiene la siguiente leyenda: “*Quiero que mi Encuentro Local sea público, por lo que*

⁸ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 3.

⁹ *Ibíd*, p. 3.

¹⁰ *Ibíd*, p. 4.

¹¹ *Ibíd*.

¹² *Ibíd*.

autorizo al administrador de este sitio para compartir mi correo electrónico, domicilio del encuentro y mi nombre completo, a terceros interesados en su observación, difusión o estudio.” La segunda casilla corresponde a si se trata de un Encuentro de “Organización de Pueblos Indígenas”. En este segundo formulario, el sitio recoge tres datos personales (RUN, correo electrónico y teléfono del moderador). Eventualmente, según lo estima el CPLT, la dirección de donde se desarrollará el Encuentro puede ser un dato personal, si se trata del domicilio de una persona natural que pueda identificar a su titular (por ejemplo, el domicilio del moderador). En el caso que se marque la casilla “Organización de Pueblos Indígenas” esta declaración permite que los datos sean identificatorios de una persona de etnia o pueblo indígena, factor que constituye un dato sensible al tenor del artículo 2, letra g de la LPDP, en su apartado “origen racial”.¹³

Posterior a la etapa de Inscripción del Encuentro Local, se debe realizar el Acta del mismo. El sitio web contiene un espacio habilitado para subir el Acta del Encuentro Local. La “Guía para Organizar Encuentros Locales” establece el contenido y los campos que deben ser llenados en el Acta y a su vez, señala los requisitos para que el Acta sea válida. Con relación al contenido y campos, el Acta exige consignar los acuerdos, sean éstos parciales o desacuerdos en relación a los ejes de “Valores y Principios”, “Derechos”, “Deberes y Responsabilidades” e “Instituciones”, dejando un espacio para realizar un aporte a la memoria histórica. Adicionalmente, en el Acta se debe consignar el nombre, RUN, y firma del organizador, moderador, secretario de actas y participantes, así como la dirección del Encuentro. Como se puede apreciar todos estos datos son de carácter personal, salvo en el caso de la dirección, que constituye un dato personal en el evento de coincidir con el domicilio de alguno de los participantes.¹⁴

Con relación a los requisitos, se dispone, entre otros, registrar el resultado del Encuentro en el Acta, adjuntar una fotografía o archivo PDF del Acta, la lista de asistencia y una fotografía con los participantes del Encuentro.¹⁵

Respecto del registro de los participantes, como evidencia el CPLT, la plataforma no presenta ninguna advertencia o información sobre el tratamiento de los RUN que serán ingresados. Respecto de la lista de participantes firmada de esos datos personales. Por ejemplo, no hay posibilidad de negarse a que las imágenes sean comunicadas a terceros o sean difundidas públicamente. En consecuencia, como la política de privacidad no explicita el uso que se hará de tales imágenes, debe entenderse que su difusión no está autorizada por sus titulares.¹⁶

Tras el cierre de los Encuentros Locales, se abrieron dos nuevas instancias para la participación: los Encuentros Provinciales y Regionales. Se entienden ambos encuentros o cabildos, como una reunión abierta de ciudadanos y ciudadanas que se realiza primero a nivel provincial, y luego a nivel regional,

¹³ Oficio N°006192 del CPLT, del 24 de junio del 2016 al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, pp. 4-5.

¹⁴ *Ibíd*, p. 6.

¹⁵ *Ibíd*.

¹⁶ *Ibíd*.

moderados por los facilitadores. El resultado del Cabildo será consignado en un Acta, donde se establecerán los elementos priorizados y debatidos, respecto a los temas de discusión.¹⁷

No se encuentra en la plataforma, ni tampoco en las Guías entregadas, la información respecto a los requisitos personales para haber participado en el proceso, de manera que fuese posible analizar qué datos personales se solicitaron. Se habilitó el registro el pasado 24 de junio de 2016 para los cabildos provinciales y el pasado 24 de julio del presente año para los regionales, además se efectuó un examen de los datos personales necesarios para la inscripción y las reglas aplicables a su tratamiento¹⁸.

Con todo, y en virtud de la descripción del procedimiento llevado a cabo en la fase participativa del proceso constituyente, es innegable la cantidad de datos personales y sensibles recopilados por parte de la Administración Pública, y ello supone, por ende, el máximo cuidado y preocupación en la protección de estos datos.

2. Marco legal y constitucional

Como adelantábamos, este estudio parte de la base de que existen dos derechos en tensión: el derecho de protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública. El primero, se mueve bajo la máxima de que la información es por regla general, privada, y la excepción la publicidad. Para el segundo, en cambio, la publicidad y transparencia constituye la regla general, y la privacidad, su excepción.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de protección de datos personales presenta una regulación sólida, contando con un organismo autónomo encargado de vigilar el cumplimiento de éste. En cambio, el derecho de protección de datos personales presenta una regulación débil, sin una institución específica y especializada en vigilar el cumplimiento de este derecho, con una acción de *habeas data* judicial poco utilizada en la práctica.

A continuación, analizaremos brevemente el marco jurídico que ambos derechos tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. La protección de datos personales

El derecho a la protección de datos personales, es considerado por la doctrina, un derecho implícito en nuestra Constitución¹⁹, derivado del artículo 19

¹⁷ Véase GOBIERNO DE CHILE. 2016. *¿Qué Constitución queremos para Chile? Guía Para el Diálogo*, p. 16. Disponible en línea, en http://www.gob.cl/docs/guia_para_el_dialogo.pdf. Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

¹⁸ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 7.

¹⁹ Véase, por ejemplo, RAJEVIC, E. 2011. *op. Cit.*, p. 4; GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ, V. 2016. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Editorial Hueders, pp. 329-330; ÁLVAREZ, D. 2016. "Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el

Nº 4, que asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida y a la honra de la persona y su familia”.

En tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes, también se consagra este derecho de forma implícita. Así, está previsto en el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A nivel legal, el principal cuerpo normativo que regula la protección de datos personales lo constituye la Ley 19.628 sobre protección de datos personales de 1999 (en adelante “LPDP”). Dicha ley, en su artículo 2º, letra f) define a los “datos personales” como “*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*”. Esto, visto desde una perspectiva que pretende garantizar que sus titulares sean quienes decidan sobre su uso, resguardando la intimidad y la autodeterminación informativa.

Dentro de los datos personales, existe una categoría que recibe mayor protección: los “*datos sensibles*”, que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (art. 2º, letra g) LPDP). No pueden ser objeto de tratamiento, vale decir, almacenados o comunicados, salvo en los casos excepcionales del artículo 10 de la citada ley. Como señala el profesor Rajevic, la misma definición se encuentra en la Ley de Transparencia con un ligero matiz: “origen social” en vez de “racial” (art. 7º i, inc. 2º).²⁰

Por su parte, la LPDP, en su artículo 2º señala una serie de conceptos relevantes en la materia: almacenamiento de datos (art. 2º, letra a), comunicación o transmisión de datos (art. 2º, letra c), dato estadístico (art. 2º, letra e), registro o banco de datos (art. 2º, letra m), responsable del registro o banco de datos (art. 2º, letra n), tratamiento de datos (art. 2º, letra o), entre otros.

En el análisis de la LPDP, se han identificado una serie de principios que están consagrados en este cuerpo legal²¹, tales como:

- a) *Principio de licitud (art. 4º)*: “el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la ley u otras normas legales lo autoricen o el titular consienta en ello”.
- b) *Principio de veracidad (art. 9º)*: “los datos personales deben ser exactos, actualizados y responder con veracidad a la situación real de su titular”.
- c) *Principio de finalidad (art. 9º)*: “los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados”.

Consejo Para la Transparencia ser la autoridad de control de materia de protección de datos?”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 23, Nº1, p. 53.

²⁰ RAJEVIC, E. 2011. op. Cit., pp .2-3.

²¹ Véase CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2011. “Recomendaciones del Consejo Para la Transparencia sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado”. *Protección de Datos Personales*. Santiago, Unidad Normativa, Dirección Jurídica CPLT, pp. 49 y ss.

- d) *Principio de seguridad (art. 11)*: el responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales, con posterioridad a su recolección, deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.
- e) *Principio de confidencialidad (art. 7º)*: las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

Finalmente, para efectos del presente estudio, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 3º de la LPDP, que dispone obligaciones en caso de tratamiento de datos para encuestas, estudios de mercado y sondeos de opinión: “se deberá informar a las personas del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y el propósito para el cual se está solicitando la información. La comunicación de sus resultados debe omitir las señas que puedan permitir la identificación de las personas consultadas. El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión”.

2.2. El derecho de acceso a la información pública

Según la doctrina, este derecho consiste en la “Facultad de una persona de requerir información en poder del Estado, que no se encuentra sujeta a una causal de reserva o secreto, y que conlleva la obligación estatal correlativa de proporcionarla o, en su caso, de justificar su denegación bajo las reglas legales que la regulan”.²²

El actual artículo 8º, inciso 2º de nuestra Constitución señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen...”. Esto, es lo que se conoce como los principios de transparencia y publicidad. Estos principios, junto al artículo 19 Nº 12 de la Constitución chilena, que consagra “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y cualquier medio...”, son los que han permitido considerar la consagración implícita del derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe además señalar, la normativa prevista en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes, tales como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido, “fue la Corte IDH la que

²² GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ, V. 2016. *op. Cit.*, p. 331.

determinó que, dentro del contenido de la libertad de expresión se protege un derecho de acceso a la información pública”.²³

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional chileno declaró que el acceso a la información administrativa estaba implícitamente reconocido por nuestra Constitución, pues el artículo 19 N°12 de la Constitución además de contemplar la “libertad de emitir opinión e informar” abarcaba el derecho a buscar y recibir información. Además, desde la reforma constitucional del año 2005, la transparencia pasó a constituir una de las Bases de la Institucionalidad pública chilena, tras la incorporación de un nuevo artículo 8° a nuestra Carta Fundamental (...).²⁴

A nivel legal, el cuerpo normativo fundamental lo constituye la Ley N° 20.285, que mediante su artículo 1° aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (en adelante, “Ley de Transparencia”). Así, señala en su artículo 1° que “La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”.

El artículo 7° de la Ley de Transparencia consagra la obligación de los órganos de la Administración del Estado de disponer permanentemente al público una serie de antecedentes enumerados en dicho precepto. Esto es lo que se conoce como obligación de “transparencia activa”. Consecuentemente, el artículo 8° dispone la posibilidad de presentar un reclamo ante el CPLT en caso de que algún órgano de la Administración no cumpla con la obligación del artículo 7°.

El artículo 10 de la Ley de Transparencia contempla el derecho de que “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”. El artículo 21 señala de manera taxativa las causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente información pública. Una de ellas, se refiere aquella situación en que la información afecta la privacidad de las personas.

En los artículos 24 y siguientes, se consagra un amparo que se lleva ante el CPLT, solicitando la protección del derecho de acceso a la información, en caso que se niegue la Administración de brindar información pública.

Finalmente, cabe mencionar que en el artículo 11 de la Ley de Transparencia, se enumeran de una serie de principios que deben ser observados

²³ GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ, V. 2016. *op. Cit.*, p. 331. Véase Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

²⁴ RAJEVIC, E. 2011. *op. Cit.*, p. 9.

por la Administración del Estado en virtud del derecho de acceso a la información pública.

3. El Consejo Para la Transparencia (CPLT)

Tal como se señaló, el artículo 1º de la Ley de Transparencia regula el *principio de transparencia de la función pública*. Con todo, la innovación principal de esta ley, fue la creación del Consejo para la Transparencia; corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Su configuración autónoma se determina, entre otras, fundamentalmente por las siguientes características: el CPLT propone al Presidente de la República sus propios “estatutos” (art. 41), cuya dirección y administración superior corresponde a un consejo directivo integrado por 4 consejeros, designados por el Presidente de la República con previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio (art. 36) y que gozan de inamovilidad relativa (art. 38). Todo ello transforma al CPLT en una verdadera “Administración Independiente”, facultada para sancionar a subsecretarios y jefes de servicio en general (arts. 45 a 49).²⁵ Respecto a esta característica, volveremos más adelante, al analizar el Oficio del CPLT que se pronuncia sobre la protección de datos en el proceso constituyente chileno.

Por otra parte, declara el artículo 32 de la Ley de Transparencia, que el CPLT “tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”. Asimismo, el artículo 33 establece taxativamente las atribuciones y funciones del CPLT. En efecto, todas estas atribuciones se refieren a transparencia y publicidad de la Administración Pública, salvo la letra m) del referido precepto, donde declara que velará “por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado” (LPDP). Esto último, es del todo relevante respecto a las facultades que tiene el CPLT para controlar el efectivo cumplimiento del derecho de protección de datos personales. ¿Por qué la ley encomienda a este organismo velar por el cumplimiento de un derecho opuesto respecto del cual fue creado?

A simple vista, pareciera ser que el lema del CPLT es la “transparencia y publicidad”, y no la “privacidad”. Sin embargo, estas atribuciones no resultan extrañas, si se considera que la protección de datos personales constituye un límite al derecho de acceso a la información pública. Más aún, es la misma Ley de Transparencia en su artículo 21 N° 2, la que establece como causal de secreto o reserva en el caso de que la publicidad y transparencia de la Administración Pública, cuando ésta “afecte los derechos de las personas, particularmente

²⁵ RAJEVIC, E. 2011. *op. Cit.*, p. 10. En cuanto a su calidad de “Administración Independiente”, esta ha sido tratada de forma más específica en RAJEVIC, E. 2010. “El Consejo Para la Transparencia como “Administración Independiente”. En, LETELIER, R. y RAJEVIC, E. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Editorial Legal Publishing, pp. 231-248.

tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

En relación a lo anterior, el CPLT, además, conociendo de reclamos por incumplimiento de los deberes de transparencia activa o de amparos por denegación de acceso a la información, se ha visto en la necesidad de ejercer esta atribución legal en favor de la protección de datos personales. Dicho pronunciamiento se ha realizado principalmente a través de dos vías:

- a) Las partes han impetrado la protección de un dato personal y el CPLT ha debido referirse a ello en su decisión –lo que en la práctica opera como una acción de *habeas data impropio*–, o;
- b) El propio CPLT ha optado por aplicar directamente la legislación sobre protección de datos, sea porque esta aplicación influía directamente en la decisión o se estimó que constituía una consideración adicional que debía tenerse en cuenta al momento de decidir el caso.

No obstante que el CPLT, en el marco legal de sus atribuciones, ha hecho lo que está a su alcance para dar un efectivo cumplimiento del derecho de protección de datos personales, a nivel del ordenamiento jurídico en general, esta protección no ha sido tan satisfactoria como se esperaría. Ante esto, la doctrina ha puesto de relieve las insuficiencias que se presentan en materia de protección de datos personales, siendo fundamentalmente, la ausencia de un órgano efectivo de fiscalización, dado que como se ha evidenciado, las atribuciones del CPLT son mínimas, sumado a la existencia de un *habeas data*²⁶ poco operativo y apenas utilizado. Ante este escenario, se ha dicho que esto trae como consecuencia que “no cumplamos integralmente ni con las directrices de la OCDE ni con los estándares de la Directiva 95/46/CE para que la UE nos declarase un país seguro para el flujo de datos desde sus estados miembros”.²⁷

4. Análisis del Oficio N° 006192 del Consejo para la Transparencia, de 24 de junio de 2016 al Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Como ya se mencionó en reiteradas ocasiones, la primera etapa y fase participativa del proceso constituyente, produjo una gran cantidad de datos personales de los ciudadanos que participaron en los diversos encuentros locales, provinciales y regionales. La forma de obtención de dichos datos por parte del Gobierno ha sido, recientemente cuestionado por el CPLT, a través del Oficio N° 006192 de 24 de junio de 2016 dirigido al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señalando que la política de privacidad de la Fase Participativa del proceso constituyente no se ajustaba a la normativa legal, específicamente, a la protección de datos personales y sensibles. Si bien centraremos nuestro análisis a un caso chileno, es menester señalar que esta problemática se puede extender a todo ordenamiento jurídico respecto del cual se tengan políticas públicas de protección de datos personales, tanto respecto de privados como de la Administración del Estado.

²⁶ Acción judicial de carácter legal que tiene por objeto la protección de datos personales por parte de su titular, regulado en el artículo 16 de la LPDP.

²⁷ RAJEVIC, E. 2011. *op. Cit.*, p. 5

Estos datos, en poder de la Administración Pública suponen un valor significativo respecto al uso diverso que se les puede dar, y por ello, se debe ser muy riguroso en la regulación de la recolección y del tratamiento de éstos, observando la normativa vigente en la materia, en especial, por ejemplo, los principios de licitud, finalidad, proporcionalidad, confidencialidad, entre otros, que han sido abordados en recomendaciones del CPLT.²⁸

Lo interesante del Oficio del CPLT aludido, es que pone en discusión una problemática que había sido casi inadvertida, de manera que ONG's (tal como, "Fundación Datos Protegidos"), e incluso ciudadanos, expresaran su descontento y cuestionamiento a la forma en que se ha llevado el actual proceso constituyente en materia de protección de datos.

Al respecto, debemos traer a colación las dos preguntas señaladas al principio de este trabajo: ¿Se está en este proceso vulnerando el derecho de protección de datos personales?, ¿El gobierno chileno está almacenando información de manera adecuada, con tal de asegurar, que no se filtren los datos de las personas? Para intentar contestar a estas interrogantes, se analizarán críticamente las principales recomendaciones que el CPLT realizó en materia de protección de datos personales para la Fase Participativa del proceso constituyente.

4.1. Sobre la competencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para tratar los datos personales y sensibles del proceso constituyente

De una lectura acabada del Oficio en cuestión, podemos desprender que la discusión en torno a la competencia, se centra en dos aspectos.

En primer lugar, es importante determinar cuál es la norma jurídica que le otorga competencia al Ministerio del Interior y Seguridad Pública para llevar a cabo este proceso y recolectar datos masivamente. ¿Por qué nos hacemos esta pregunta? Porque no existe ninguna disposición legal que le otorgue competencia específica al Ministerio del Interior en esta materia. Por ejemplo, dicha competencia no se encuentra señalada expresamente en la ley de presupuestos,²⁹ por ello es que, indagar el marco normativo resulta sumamente interesante. La recomendación N°1 del Oficio, dispone entonces que se deberá informar la competencia específica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para recabar este tipo de datos. Para ello, el CPLT sugiere dicha competencia sea enmarcada dentro de la facultad legal de efectuar consultas públicas³⁰ (bajo la competencia

²⁸ Véase CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2011. *op. Cit.*, pp. 46-60.

²⁹ En la Ley de Presupuesto, solamente en cinco ocasiones se hace referencia expresa al concepto de "Nueva Constitución". Sin embargo, en ningún caso se señala que los gastos asociados van dirigidos a la realización de esta Fase Participativa del Proceso Constituyente. Disponible en línea, en: http://www.dipres.gob.cl/594/articles-135748_Ley_de_Presupuestos_2016.pdf. Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

³⁰ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, pp. 7-9.

establecida en el artículo 73 de la LBGAE, introducida por la Ley N°20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública).³¹ Además señala que, para que los datos recolectados tengan legitimidad, su tratamiento solo puede efectuarse cuando la LPDP "u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello" (art. 4º, inciso 1º) y, en el caso de los organismos públicos debe hacerse en el marco de sus competencias establecidas por la ley (art. 20). De lo contrario, si no se encuadra su competencia dentro de una norma legal, la actividad podría sufrir de una ilegalidad evidente, con graves consecuencias para el proceso.

Respecto de lo anterior, cabe destacar que, al parecer, la tendencia de la recomendación del CPLT es indicar que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, carece de fuentes específicas para determinar su competencia en la materia, pues el artículo 73 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) –introducida por el artículo 32 de la Ley N°20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública–, se trata en efecto, de una norma genérica. Además, su foco principal es la transparencia, lo que hace que no establezca estándares de protección de datos personales.

En segundo lugar, es importante determinar cuáles son las competencias que ejercerá el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el tratamiento de los datos recolectados. Según el CPLT, es que ni en la política de privacidad ni tampoco la plataforma, se detallan las competencias específicas que el Ministerio del Interior ejercerá en el tratamiento de los datos recolectados.³² Lo problemático de esto, es que dicha base de datos podría sin mayores inconvenientes, ser

³¹ Si en definitiva la competencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública en esta etapa del proceso constituyente se justifica en el artículo 73 de la LBGAE se debe tener en consideración lo que el CPLT ha manifestado en el Oficio N° 007748, tendiente a perfeccionar la transparencia en los procesos de consultas públicas y cuenta pública participativa a efectuarse por los órganos de la Administración Pública, en donde se señala que: "a fin de otorgarle mayores niveles de transparencia a los resultados del proceso de consulta pública, los órganos de la Administración del Estado deberán publicar y mantener a disposición del público, a través de sus sitios electrónicos, todas las observaciones recibidas, una vez que el proceso haya finalizado. Al recabar las opiniones y aportes de los ciudadanos y grupos de interés, los órganos públicos informarán a éstos que su identidad y comentarios serán difundidos públicamente, por tratarse éste de un procedimiento administrativo de carácter público de conformidad con la Ley de Transparencia y con la Ley N°20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública", Oficio N° 007748 del Consejo para la Transparencia, del 7 de octubre de 2015, pp. 3 -4. Sin embargo, el mismo CPLT ha señalado, que dicha Recomendación está formulada en términos generales para todo tipo de consultas. Por ello, el estándar de publicidad debe ser *prima facie* alto. Las excepciones que pueden darse, por ejemplo, en razón de la protección de datos personales, requieren de un análisis caso a caso, dependiendo del carácter de la consulta. Pero en el caso particular de la Fase Participativa, las opiniones políticas y los datos personales que se recogen permiten inferir que estamos ante datos sensibles, teniendo como consecuencia la exigencia de un alto estándar de protección de tales datos, a efectos de resguardar a sus titulares, véase Oficio N° 006192, del Consejo para la Transparencia, de 24 de junio de 2016 al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 9.

³² Es más, lo que dispone la política es que el Ministerio del Interior "en caso de ser requerido judicialmente al efecto, procederá a comunicar los datos personales de los usuarios que le sean solicitados". Oficio N° 006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 8.

utilizada para otras actividades distintas de aquellas que tienen por objeto la creación de una nueva Constitución. Dicho Ministerio, podría utilizar la base de datos recolectados, para ejercer funciones propias que, como órgano de la Administración del Estado, le corresponden: por ejemplo, la persecución del delito, la búsqueda del control del orden público, y la seguridad ciudadana. Es por ello, que el CPLT sugiere que se expliciten las competencias concretas de los órganos tratantes, con el objeto de disipar dudas sobre la finalidad para la cual se están recolectando los datos y los otros tratamientos que se efectuarán de los mismos.

4.2. Sobre el deber de confidencialidad de los datos personales

El CPLT, en la recomendación N°4, sugiere “establecer deberes de confidencialidad en el tratamiento de los datos, especialmente, en el caso de datos sensibles”.³³ Conforme a esto, dicho órgano se basa en lo preceptuado por el artículo 7° de la LPDP, que según se ha dicho, se trata del *principio de confidencialidad*.³⁴ La confidencialidad es relevante cuando los datos que se tratan son especialmente sensibles, precisamente como lo son aquellos que resultan de un proceso constituyente como el analizado.

Ahora bien, la pregunta en este punto es la siguiente, ¿Quién nos asegura confidencialidad si no hay regulación? A simple vista, la respuesta parece sencilla, al no existir ninguna autoridad de control y prácticamente ninguna regulación real y específica, nadie puede asegurarnos dicha confidencialidad, es más, gran parte de la doctrina chilena está de acuerdo en que los principios que consagra la LPDP, precisamente como el principio de confidencialidad, no pasan de cumplir una mera función declarativa.³⁵

Para dar cuenta de que se trata de una regulación precaria, podemos observar casos recientes dentro del proceso, en que la confidencialidad ha sido por lo menos, uno de los aspectos que no ha recibido la debida protección que ordena el artículo 7° de la LPDP.

Así, durante el presente año, la “Fundación Datos Protegidos” presentó ante el CPLT, un amparo³⁶ relativo a la política de privacidad y uso de los datos de

³³ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 11.

³⁴ Para el CPLT, en virtud de este principio, “el responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales, con posterioridad a su recolección, deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños. Por tanto, se recomienda a los órganos de la Administración del Estado que, a fin de dar cumplimiento a lo anterior, apliquen medidas de seguridad, técnicas y organizativas que garanticen la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información”. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2011. *op. Cit.*, p. 51.

³⁵ CERDA, A. 2003. “La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales”. Tesis para optar al grado de magister en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile, p. 236; ANGUIA, P. 2007. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 554; JIJENA, R. 2010. “Actualidad de la protección de datos personales en América Latina. El caso de Chile”. En VV.AA. *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. Monterrey, UNAM, p. 414.

³⁶ Amparo N° C-2263-16, Consejo para la Transparencia, de 13 de julio de 2016.

la página web. A este respecto, en la respuesta emitida por el Subsecretario del Interior ante la solicitud de acceso de la información³⁷ se advierte, en primer lugar, para efectos de este trabajo, que los datos personales que se almacenan son: nombre completo, RUN, fecha de nacimiento informada por Servicio de Registro Civil, teléfono, correo electrónico, acta de asistencia al Encuentro Local y la foto grupal respectiva. Luego, se indica que dichos datos tienen por objeto verificar la existencia efectiva de los participantes, evitar la duplicidad de datos, asegurar la participación igualitaria en la etapa participativa del Proceso Constituyente, y que la información de contacto aportada (correo electrónico) se utilizará exclusivamente para proveer a los participantes información esencial para facilitar su participación en el proceso.

En este contexto, y a propósito del principio de confidencialidad, debemos tener en cuenta la reciente polémica generada respecto a la filtración de datos personales en la fase participativa del proceso constituyente. En este sentido, se trata de una filtración de correos electrónicos pertenecientes a personas que participaron en los Encuentros Locales Autoconvocados (ELA), lesionando consigo el derecho a la protección de datos personales. Así, uno de los afectados fue el periodista Juan Manuel Astorga, quien criticó fuertemente a los organizadores de los encuentros locales, quienes habían enviado a su correo electrónico, un e-mail sin copia oculta, a distintas personas que organizaron encuentros locales.³⁸ De esta forma, la confidencialidad de los datos personales entregados, fue afectada directamente, toda vez que la filtración de éstos supone que las personas que trabajaron en la organización de los encuentros locales, en el tratamiento de datos personales, no guardaron secreto sobre los mismos en una cuestión tan simple como el envío de información a correos electrónicos con copia oculta de los destinatarios. A su vez, supone desvirtuar la utilización de datos personales para el uso exclusivo al que estaban destinados, esto es, *proveer a los participantes de información esencial*.

De igual manera, la confidencialidad de los datos recolectados dentro de la fase participativa del proceso constituyente fue claramente vulnerada, en el caso de las personas que luego de participar en los diferentes encuentros, locales, provinciales y regionales, fueron contactadas a sus teléfonos y correos electrónicos particulares, producto de la filtración de los mismos. Esta vez, la filtración de datos personales provino directamente por parte del Gobierno chileno, en que el pasado 23 de agosto de 2016, mediante un sitio web especialmente destinado a difundir los datos obtenidos en la fase participativa del proceso relativa a los 4 ejes temáticos en que se promovía la discusión (datos.gob.cl)³⁹, publicaron, asimismo, y por error, todos los datos personales vertidos en la fase participativa

³⁷ Ord. N° 16.842 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 29 de julio de 2016.

³⁸ GÓMEZ, U. 19 de Julio de 2016. “El indignado reclamo de participantes del proceso constituyente por la filtración de sus correos personales”. El Líbero. Prensa. Recuperado de <http://ellibero.cl/actualidad/el-indignado-reclamo-de-participantes-del-proceso-constituyente-por-la-filtracion-de-sus-correos-personales/> Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

³⁹ Los datos del “Proceso Constituyente Abierto A la Ciudadanía”, y difundidos por la Secretaría General del Presidencia, están disponibles en línea, en: <http://datos.gob.cl/dataset/proceso-constituyente-abierto-a-la-ciudadania>. Consultado por última vez el 13 de septiembre de 2016.

del proceso. Al día siguiente, la información publicada de manera errónea fue eliminada de dicho sitio web.

4.3. Sobre el deber de seguridad de los datos personales

Otra de las recomendaciones que realiza el CPLT en un nuevo apartado, pero directamente relacionado con la confidencialidad como objeto de especial protección, es el “establecimiento de altos estándares que garanticen la protección y seguridad de la información y de los datos personales recolectados, tanto por organismos públicos como privados”.⁴⁰ Esto, es lo que el CPLT ha estimado como el *principio de seguridad*, consagrado en el artículo 11 de la LPDP.⁴¹

En virtud del principio de seguridad, el CPLT ha recomendado adoptar “todas las medidas, tanto organizativas como técnicas, para resguardar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos contenidos en sus registros con la finalidad de evitar la alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado de los mismos. Para ello, los organismos públicos aplicarán diversos niveles de seguridad atendiendo al tipo de dato almacenado, a *título ejemplar, respecto de datos sensibles deberán adoptarse niveles de seguridad más altos que en relación a aquellos que no poseen dicha calidad*”.⁴² En relación con esto último, de forma muy similar, y en el contexto de los datos recabados en la fase participativa del proceso constituyente, el CPLT expresó que, “(...) *como en este caso se trata mayoritariamente datos sensibles*, las medidas de seguridad deben estar especialmente reguladas y adoptarse los niveles de seguridad más altos”.⁴³

Asimismo, es necesario destacar que el CPLT en esta recomendación, señala que en el supuesto de que en el tratamiento de datos intervengan entidades privadas, los contratos de prestación de servicio, deben contener obligaciones de confidencialidad.⁴⁴ Reconoce de esta forma, que la intervención de entidades privadas en el almacenamiento de datos, supone un riesgo extra para la protección de datos, que debe ser neutralizado a través de la vía contractual, quedando claramente establecidas las responsabilidades en caso de incumplimiento a los deberes de seguridad y a las infracciones a la finalidad establecida en la contratación. De esta forma, resulta pertinente dicha recomendación toda vez que, el manejo de datos por parte de entidades privadas –y no solo de entidades privadas, sino también por cualquier clase de organismo adicional a los que limitadamente podrían dedicarse a ello– supone un aumento de

⁴⁰ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 14.

⁴¹ Artículo 11 de la LPDP: “El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños”.

⁴² CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2011. *op. Cit.*, punto 6.7, p. 59.

⁴³ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 13. Destacado agregado.

⁴⁴ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 12.

la posibilidad de que los datos recolectados, se filtren o sean destinados a una finalidad distinta de la originalmente acordada.

4.4. Sobre el órgano idóneo para fiscalizar el cumplimiento del derecho de protección de datos personales ¿El Consejo Para la Transparencia?

Respecto de esta institución, debemos preguntarnos ¿De dónde obtiene la competencia el CPLT para referirse a la protección de datos personales, si su principal función es velar por la transparencia? Es claro que el CPLT tiene competencia legal para velar por el derecho de protección de datos personales a partir de lo dispuesto por la Ley de Transparencia. Sin embargo, lo relevante es determinar qué tan genuina es su intervención, esto es, ofrecerse voluntariamente para ejecutar el tratamiento de disociación de la información.

En este contexto, el CPLT recomendó una debida disociación de cualquier dato que vincule o permita vincular al titular con una opinión determinada, a efectos de comunicar los resultados de la Fase Participativa a los demás actores involucrados y al público en general como datos meramente estadísticos, además, propone efectuar estos procesos *“bajo la supervisión de un organismo de carácter autónomo”*.⁴⁵ A este respecto, el CPLT declara que, como *“órgano encargado por ley de velar por la protección de datos personales y la transparencia de la información pública señala su disposición para ejercer esta supervisión”*.⁴⁶ Incluso, este órgano *“ofrece su conocimiento técnico en materia de protección de datos personales con el objeto de favorecer la implementación de las recomendaciones previamente formuladas”*.⁴⁷

Como ya lo adelantábamos, el CPLT ha tenido la oportunidad de supervisar la protección de datos personales, aunque de forma embrionaria, mediante la atribución consagrada en el artículo 33 letra m) de la Ley de Transparencia, esto es, el velar por el debido cumplimiento de la LPDP, por parte de los órganos de la Administración del Estado. Sin duda, se trata de una atribución que no otorga la misma importancia a la protección de este derecho en relación al derecho de acceso a la información pública.

En nuestro medio, la doctrina⁴⁸ se ha hecho cargo de estudiar esta problemática institucional. Así, estima que existe una opinión generalizada y mayoritaria respecto a la necesidad de contar con una autoridad de control en materia de protección de datos personales en Chile, pero no obstante, existe disenso en torno a cuál debiera ser el órgano que ejerza esta atribución.⁴⁹ En

⁴⁵ Destacado agregado.

⁴⁶ Destacado agregado.

⁴⁷ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 16. Destacado agregado.

⁴⁸ ÁLVAREZ, D. 2016. *op. Cit.*, pp. 51-79.

⁴⁹ Entre estos, se encuentran, por ejemplo, según identifica el autor: CUMPLIDO, F. 1997. “Análisis del anteproyecto de ley sobre protección de datos personales elaborado por el Ministerio de Justicia (1990-1994)”. *Ius et Praxis*, Vol. 3, N° 1, pp. 201-207; CERDA, A. 2003. *op. Cit.*; ANGUIA, P. 2007. *op. Cit.*; ARRIETA, R. 2009. “Chile y la protección de datos personales: Compromisos internacionales”. En VV.AA., *Chile y la protección de datos personales: ¿están en crisis nuestros*

relación a lo anterior, Álvarez identifica que existen al menos tres opciones que se podrían adoptar para dar una solución a esta problemática institucional:⁵⁰ i) que se cree un órgano estatal autónomo –y distinto del CPLT–, especializado en protección de datos personales que lleve a cabo esta función; ii) adoptar un sistema de control mixto, respecto del cual, todos aquellos datos personales que reciban un tratamiento privados por entes privados, estén sujetos al control del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC),⁵¹ y respecto de aquellos datos personales que reciban un tratamiento por parte de la Administración del Estado, estén sujetos al control del CPLT; iii) que se otorgue al CPLT las atribuciones exclusivas de ejercer el control de protección de datos personales, en el ámbito público y privado, convirtiéndolo en el organismo especializado en la materia, pero precaviendo realizar las respectivas modificaciones orgánicas y presupuestarias para lograr este cometido con éxito.

En cuanto a la primera de las opciones, consideramos que por un tema de correcta administración de los recursos fiscales, ésta debe ser desechada, toda vez que la creación de un nuevo órgano, distinto del CPLT, requeriría al menos, la misma cantidad de recursos que se invierten en este último. Por otra parte, pondría en riesgo la eficacia en la protección del derecho de acceso a la información pública, ya que toda decisión que se tome, sería potencialmente, en favor de la protección de datos personales. Así, esta opción no consideraría una adecuada armonización y supervivencia de ambos derechos fundamentales, respecto de los cuales la primacía de uno por sobre otro, es una cuestión que se resuelve caso a caso.

La segunda opción, presenta deficiencia a nivel de regulación institucional, ya que el CPLT, como mencionamos, es un órgano independiente de la Administración del Estado,⁵² que por sus características, es un tipo de regulación cercana a lo que en derecho comparado se conoce como “*Agencias Independientes*”.⁵³ El SERNAC, no obstante, no comparte el mismo tipo de regulación que le permita ejercer un control en materia de protección de datos personales con total libertad, y sin influencia política de por medio. Esto, además, provocaría que la protección de datos personales se realice de una manera desbalanceada en el ámbito público y privado.

Coincidimos con Álvarez en torno a aceptar la tercera opción como la más adecuada, esto es, que sea el CPLT el encargado de velar por el adecuado control

derechos fundamentales? Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 13-22; CAMACHO, G. 2014. “La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información”. *Revista de Gestión Pública*, Vol. III, N° 1, pp. 73-93; ONG Derechos Digitales, entre otros. ÁLVAREZ, D. 2016. *op. Cit.*, pp. 56-60.

⁵⁰ ÁLVAREZ, D. 2016. *op. Cit.*, p. 60.

⁵¹ Boletín N° 8143-03.

⁵² Véase RAJEVIC, E. 2010. *op. Cit.*, pp. 231-248.

⁵³ Véase al respecto, en nuestro medio a GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S. 2010. “De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 22, pp. 263-305; CORDERO, L. y GARCÍA J. F. 2012. “Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 415-435; GALETOVIC, A. y SANHUEZA, R. 2002. “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en *Estudios Públicos*, N° 85, Santiago, Centro de Estudios Públicos, pp. 101-137.

del derecho de protección de datos personales.⁵⁴ Esto, porque la institución ya ha tenido la oportunidad de acercarse al control del derecho de protección de datos personales de manera indirecta al lidiar con amparos interpuestos en virtud del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al entender que el primero es un límite al ejercicio de este último derecho. En este sentido, “creemos que si un órgano ha demostrado ser eficiente en el cumplimiento de su misión, como lo ha sido el CPLT dentro de su ámbito de funciones, también podría serlo si se amplían esas atribuciones, concediéndole competencias específicas en materia de protección de datos personales. Si además se le introducen las reformas orgánicas necesarias para evitar los riesgos que la concentración pudiere ocasionar y si se le dota de los recursos humanos y financieros necesarios, el resultado puede ser alentador”.⁵⁵

Otra de las razones, y a diferencia de la primera opción, es que este organismo podría realizar una adecuada ponderación y armonía entre el derecho de protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública. De modo, que la protección de datos personales sea “un principio rector, en idéntica jerarquía, al principio de transparencia de la función pública”.⁵⁶ Asimismo, por cuestiones de eficiencia en la administración de los recursos fiscales, “aunar en un solo órgano público ambas funciones, permitirá hacer una gestión eficiente, desde el punto de vista de los recursos involucrados, mediante la ampliación de las competencias de una agencia que ya existe, siendo menores los costos operacionales, de infraestructura y recursos humanos”.⁵⁷

No es coincidencia que el CPLT realice recomendaciones de esta naturaleza, ya que este organismo es consciente de las actuales deficiencias que existen en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de datos personales. Así, reconoce de forma implícita que las atribuciones actuales que el CPLT no son suficientes para un adecuado control respecto a la eficacia de este derecho. Es más, con esta recomendación, el CPLT hace un llamado a que se potencien sus atribuciones para poder resguardar los datos personales en manos de privados o de la Administración en el mismo nivel y jerarquía. Esto, es lo que se deduce al expresar en la recomendación que “La protección de los datos personales de quienes han participado en el proceso constituye no sólo una obligación legal, sino que también se erige como una condición de legitimidad y confianza pública del mismo. *La optimización de los valores de privacidad y transparencia exige simultáneamente adoptar medidas que garanticen la autodeterminación informativa y el derecho de acceso a la información pública*”.⁵⁸

⁵⁴ ÁLVAREZ, D. 2016. *op. Cit.*, pp. 68 y ss.

⁵⁵ *Ibíd*, p. 69.

⁵⁶ *Ibíd*, p. 70.

⁵⁷ *Ibíd*, p. 73.

⁵⁸ Oficio N°006192 del CPLT, de 24 de junio de 2016, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, p. 16. Destacado agregado.

Conclusiones

En virtud de lo ya señalado, se desprende la respuesta a nuestras dos grandes preguntas efectuadas al comienzo de este trabajo, y es por ello que podemos concluir los siguientes puntos:

1) Que, a lo largo de la Fase Participativa del proceso constituyente chileno, no se resguardó a cabalidad el derecho de protección de datos personales.

2) El Gobierno chileno almacenó datos sensibles, no de la manera técnica más adecuada, puesto que ha habido filtraciones de datos personales y sensibles. Es cierto que han sido casos aislados, pero precisamente son ese tipo de situaciones las que deben evitarse, con una regulación correcta en la materia y estándares técnicos eficaces.

3) En cuanto a la tensión que se puede producir entre ambos derechos, debe optarse por la opción de que ninguno de los dos prevalece por sobre el otro *per sé*, sino que debe evaluarse en el caso concreto, mediante una debida ponderación. En algunos casos, prevalecerá la transparencia –lo cual, constituye la regla general en nuestro ordenamiento jurídico–, pero en otros, deberá darse una efectiva y cuidadosa protección a los datos personales, como lo que ocurre particularmente en el caso en cuestión. Junto con ello, debe buscarse una regulación adecuada que permita hacer efectiva dicha protección.

4) Lo novedoso, dice relación con las recomendaciones que realiza el CPLT, y particularmente las que analizamos. En relación a la competencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se debe procurar que cada vez que el Estado recopile y almacene datos personales y sensibles, exista previamente una disposición legal que le otorgue competencia, y no como sucedió en este caso.

5) En relación al deber de confidencialidad, al referirse el proceso constituyente en su mayoría al tratamiento de datos personales y sensibles, concluimos que éstos deben ser tratados con la más alta protección, control y seguridad en tanto sean difundidos, cedidos, transferidos, almacenados, entre otros, considerando por cierto, que en dicho tratamiento, se involucran derechos fundamentales tan importantes como lo son el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad y a la vida privada y el derecho de acceso a la información pública, consagrados tanto a nivel constitucional como internacional.

6) Nos parece que el CPLT es el órgano más idóneo para realizar la disociación de datos y velar por la efectiva protección de los mismos. Sin embargo, pareciera ser que su intervención supone la adquisición de mayores facultades que, desde un punto de vista político, acarrea más independencia respecto del gobierno de turno y de alguna u otra manera, más intervención y autonomía, lo que a todas luces parece favorable si lo que se pretende es eficacia y eficiencia en la protección de datos. Se trataría entonces, de una oferta para arreglar un problema de base, que en el fondo, se trata de una inadecuada regulación y el riesgo de una utilización indebida de los datos.

7) Dada la naturaleza del proceso de consulta pública analizado (un “proceso constituyente”), probablemente sería esperable, el máximo grado de transparencia. Lo cierto es que paradójicamente, la naturaleza del proceso hace que la ciudadanía se exprese con mayor libertad y entregue datos sensibles que en ningún caso pueden ser de libre acceso, salvo que exista una política de privacidad adecuada y una regulación estable, es por ello que en este caso concreto la protección de datos personales, opera como límite real al derecho de acceso a la información pública.

8) Finalmente, la oferta del CPLT es una manera de resolver las falencias ya expuestas en los apartados anteriores, si bien, más con buena voluntad política que con una institucionalidad estable y sólida en esta materia. La cantidad de errores que pueden detectarse en la fase participativa de este proceso constituyente importan un llamado a generar una institucionalidad específica y especializada en la protección de datos personales, ya sea en poder de la Administración Pública o de privados.

Referencias Bibliográficas

ÁLVAREZ, D. 2016. “Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo Para la Transparencia ser la autoridad de control de materia de protección de datos?”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 23, N°1, pp. 51-79.

ANGUITA, P. 2007. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ARRIETA, R. 2009. “Chile y la protección de datos personales: Compromisos internacionales”. En VV.AA., *Chile y la protección de datos personales: ¿están en crisis nuestros derechos fundamentales?* Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 13-22.

ATRIA, F. 2013. *La Constitución Tramposa*. Santiago, LOM Ediciones.

CAMACHO, G. 2014. “La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información”. *Revista de Gestión Pública*, Vol. III, N° 1, pp. 73-93.

CERDA, A. 2003. “La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales”. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile.

CHIA, E. y QUEZADA, F. (Editores). 2015. *Propuestas Para Una Nueva Constitución (Originada en Democracia)*. Santiago, Instituto Igualdad.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2011. “Recomendaciones del Consejo Para la Transparencia sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado”. *Protección de Datos Personales*. Santiago, Unidad Normativa, Dirección Jurídica CPLT, pp. 46-60.

CORDERO, L. y GARCÍA J. F. 2012. “Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 415-435

CUMPLIDO, F. 1997. “Análisis del anteproyecto de ley sobre protección de datos personales elaborado por el Ministerio de Justicia (1990-1994)”. *Ius et Praxis*, Vol. 3, N° 1, pp. 201-207.

FUENTES, C. y JOIGNANT, A. (Editores). 2015. *La Solución Constitucional. Plebiscitos, Asambleas, Congresos, Sorteos y Mecanismos Híbridos*. Santiago, Editorial Catalonia.

GALETOVIC, A. y SANHUEZA, R. 2002. “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en *Estudios Públicos*, N° 85, Santiago, Centro de Estudios Públicos, pp. 101-137.

GARCÍA, G.; CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ, V. 2016. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Editorial Hueders.

GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S. 2010. “De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 22, pp. 263-30.

GOBIERNO DE CHILE. 13 de octubre 2015. “Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente en Chile”. Sitio web. Recuperado de: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discursos-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/> Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

GÓMEZ, U. 19 de Julio de 2016. “El indignado reclamo de participantes del proceso constituyente por la filtración de sus correos personales”. El Líbero. Prensa. Recuperado de <http://ellibero.cl/actualidad/el-indignado-reclamo-de-participantes-del-proceso-constituyente-por-la-filtracion-de-sus-correos-personales/> Consultado por última vez el 14 de agosto de 2016.

JIJENA, R. 2010. “Actualidad de la protección de datos personales en América Latina. El caso de Chile”. En VV.AA. *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*. Monterrey, UNAM, pp. 413-431.

MATUS, J. 2012. “La relación entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales”. *Informe Fundación Pro Acceso*, Disponible en <http://www.proacceso.cl/files/La%20relacion%20entre%20AIP%20y%20datos%20personales.pdf>

PIÑAR, J.L. 2009. “Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio”. Documento de Trabajo 147/2009. Madrid, Laboratorio de Alternativas, 64 pp.

QUIERO, F. y GAJARDO, J. (Compiladores). 2016. *Por una Asamblea Constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*. Santiago, LOM Ediciones.

RAJEVIC, E. 2010. “El Consejo Para la Transparencia como “Administración Independiente”. En, LETELIER, R. y RAJEVIC, E. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Editorial Legal Publishing, pp. 231-248.

RAJEVIC, E. 2011. “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”. En VV. AA, *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*. Santiago, Expansiva - Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 137-159

SIERRA, L. (Editor). 2015. *Diálogos Constitucionales*. Santiago, Centro de Estudios Públicos.