



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento del Trabajo y Seguridad Social

ANALISIS CRÍTICO DE LA FACULTAD DEL INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL RESPECTO DE LA VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS.

Memoristas.

Christian Jesús Orellana Buigley.

María Verónica Poblete Herrera.

PROFESOR GUIA: RICARDO JURI SABAG.

Santiago, Chile.

2010

INDICE.

RESUMEN DE LA TESIS.	4
1. INTRODUCCIÓN.-.....	5
CAPITULO PRIMERO: La administración de los sistemas de pensiones, dentro del marco de la administración de la seguridad social.	10
2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	10
3. CONCEPTOS BÁSICOS.	11
3.1. Derecho del trabajo:.....	11
3.2 Seguridad social:.....	12
3.3 Objetivos de la seguridad social.....	12
3.4 Fundamentos.	13
4. MODELO EN CHILE DE COBERTURA DEL RIESGO SOCIAL.	15
4.1. Financiamiento.....	16
5. LEY 20.255 QUE ESTABLECE REFORMA PREVISIONAL.....	19
6. CONCLUSIÓN PRIMERA PARTE.	24
CAPITULO SEGUNDO.- Derecho a la vida privada.....	25
7. HISTORIA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA.	25
7.1. Situación en Alemania.....	29
7.2. Situación en Inglaterra.	30
7.3. Situación en Francia.....	30
7.4. Situación en Italia.....	31
7.5. Situación en Portugal.	32
7.6. Situación en España.	33
7.7 Comunidad Europea	38
8. GARANTÍA A LOS DERECHOS: CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE.	42
8.1. La dignidad de la persona.	42
8.2. Las garantías.	44
9. MODIFICACIÓN DEL ARTICULO 19 N° 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. .	47
10. CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA PRIVADA.....	48
11. LEY N° 19.628 SOBRE “PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA”	53

11.1. La importancia del Derecho a la vida privada.....	55
12. LA HONRA.....	56
13. ROL DEL ESTADO.....	57
14. JURISPRUDENCIA LABORAL QUE DEFIENDE LA VIDA PRIVADA.....	58
CAPITULO TERCERO: los datos personales respecto de la ley que pretende perfecciona el sistema previsional, ley 20.255.....	62
15. CONCEPTO DE DATOS PERSONALES.....	64
15.1. Definiciones.....	644
15.2. Clasificaciones.....	655
15.3. Otros conceptos relacionados con datos personales.....	69
15.4 Principios matrices.....	722
15.5 Derechos de los titulares de datos personales:.....	744
16. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.....	75
17. LA LIBERTAD INFORMÁTICA.....	78
18. PRINCIPIOS RECTORES DEL TRATAMIENTO ORGANIZADO DE DATOS PERSONALES.....	79
19. OPERACIONES DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.....	84
20. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 20.255.....	85
20.1 Reglas de protección al tratamiento legítimo de datos.....	87
21. TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN LA LEY 20.255.....	89
21.1 El Instituto de Previsión Social (IPS).....	91
21.2 Centros de Atención Previsional Integral.....	96
22. FUNDAMENTOS DE LA CALIFICACIÓN DE UN DATO COMO SENSIBLE. SU	
23. TRATAMIENTO POR LAS INSTITUCIONES PREVISIONALES.....	98
24. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN DATO COMO SENSIBLE A PARTIR DEL TRATAMIENTO DE DATOS.....	100
CONCLUSIONES DE LA MEMORIA.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	1088

RESUMEN DE LA TESIS.

La presente tesis se ha formulado con el objeto de analizar la acción de los organismos públicos intervinientes y encargados de llevar a cabo la misión encomendada por la nueva Ley de Reforma Previsional, Ley 20.255, en lo que dice relación al tratamiento que le dan, en el ejercicio de sus funciones, a los datos denominados de carácter personal y la protección de la vida privada, función que le corresponde al Instituto de Previsión Social (IPS).

Para entender de forma más certera el tratamiento de los datos personales en la legislación chilena, y de qué manera se aplica o se trata en la Ley 20.255, es que haremos primero un estudio de las instituciones básicas de seguridad social, luego analizar de la Ley 20.255, en cuanto a los objetivos que busca cumplir esta ley, como ley de seguridad social, y mención de sus disposiciones más importantes, y también estudiaremos la Ley 19.628, sobre datos personales.

Es importante, además, estudiar el tratamiento de la vida privada y su protección legal y constitucional en nuestro país, como también es importante, informar acerca de cómo es el tratamiento en derecho comparado, es decir, veremos la normativa internacional respecto del tratamiento de datos personales.

Por último, presentaremos un análisis de lo que se entiende por dato personal, su tratamiento nacional, y de qué manera se ve plasmado en la nueva Ley de reforma previsional, para llegar o no a concluir, si los organismos establecidos en esta ley, en especial, el IPS, cumplen, con el marco legal especial establecido para el tratamiento de estos datos, dando una protección de los datos personales y a la vida privada de las personas que hacen uso del sistema previsional. .

1. INTRODUCCIÓN.-

El Derecho a la Vida Privada, garantizada por la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 n° 4, es un tema que necesita más atención debido a que existen más posibilidades de intromisión en la esfera privada de los particulares, debido al avance y desarrollo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), a su masificación y al impacto social que están teniendo en el desarrollo humano, el cual se entiende porque ya no basta con hablar de informática para referirse a la utilización de las nuevas herramientas tecnológicas que siguen apareciendo, sino que ahora se tiene que entender como sistemas de información, de lo que se llega a entender el concepto del TIC. Asimismo se requiere tener la misma atención con estos sistemas de información ya que pueden afectar, el derecho a la privacidad que tiene cada persona, y que también está garantizado en la Constitución, en el mismo artículo 19 n° 5 que consagra la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Mediante estos sistemas que han ido desarrollándose, puede existir una mayor facilidad de vulneración de estas garantías.

Cada vez hay más conciencia ciudadana del rol y relevancia del derecho a la información y la transparencia, dándole la importancia que tiene y merece, a través de los principios de transparencia y publicidad que se van concretando en instituciones de índole pública, por el mandato constitucional al cual están sujetos por lo establecido en el artículo n° 8 de la Constitución, prescribiendo a que los actos de los funcionarios públicos cumplan con la probidad y la publicidad, teniendo cada persona el derecho de poder acceder a la información pública.

Transparencia y publicidad son aquellos principios que debe observar la Administración del Estado y que están contemplados en su Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, debiendo informar el procedimiento administrativo.

Necesitamos que la información sea veraz, exacta y actualizada y es por esta razón, por ejemplo, que la **Ley N°19.628**, al intentar solucionar el problema de la

protección de datos personales frente a su tratamiento computacional, contempla varias disposiciones para hacerlo efectivo.

En el ámbito del derecho a la vida privada se plantean varios problemas, por ejemplo: ¿es un límite a la transparencia y libertad de información la vida privada de las personas? ¿Quién determina qué debe ser conocido y por qué organismo? ¿Cuáles son los límites? ¿Pueden resarcirse realmente los daños morales, psicológicos, y de todo tipo causados a la esfera de intimidad de las personas por intromisiones a su esfera de privacidad?

En los hechos el ejercicio de la libertad de informar y de emitir opinión que está garantizada en el artículo 19 n° 12, que incluye dar y recibir información, ha ido ganando terreno por sobre el ejercicio de la vida privada, sin haber formulado una **ética que nos ponga un auto-límite** y nos impida tener acceso a datos que debieran ser reservados.

Actualmente **pugnan dos enfoques** respecto a los problemas de colisión de derechos planteados. El primero plantea **la preeminencia del derecho a la información por sobre el derecho a la vida privada** porque el derecho a la información sería un derecho que tiene el carácter de interés público o general y con mayor significación jurídica que la vida privada de los particulares. El otro es que en el ejercicio del **derecho a informar y ser informado se puede atropellar el derecho a la intimidad causando una lesión a la dignidad** que el artículo primero de la Constitución sitúa dentro de las Bases de la Institucionalidad.

Pugnan dos intereses legítimos. El de los **titulares de datos personales** procesados computacionalmente, interesados en resguardar su intimidad y la necesaria confidencialidad de los antecedentes, y **el de los gobiernos y particulares** para acceder a cierta información: **1) Los Estados necesitan cumplir sus fines de orden público** e intentar dar acceso a sus prestaciones asistenciales a todos los ciudadanos sin distinción, pero existe desconfianza y miedo por los titulares de datos personales en que la información se use para fines distintos que para los que se

entregó o bien se pueda utilizar como forma de impedir el libre ejercicio de los derecho entre particulares ; **2) los particulares** sostienen que necesitan tener acceso a la información para asegurar la vigencia del orden público económico, pero la tensión viene dada porque la información se ha convertido en un bien transable en el mercado. En ambos casos existe el peligro que se discrimine a las personas al conocer sus **datos personales, en especial los sensibles**.

Es imprescindible **reconocer la calidad de derecho fundamental a la protección de la intimidad desde un punto de vista informático**, ya que su desconocimiento implicaría no poder cumplir la función de garante en forma eficiente de la esfera de privacidad de los ciudadanos quienes se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente a quienes poseen una situación de poder por el manejo de la informaciones y su tratamiento computacional.

“Esta necesaria protección es un límite a la utilización de la informática ante el temor de que pueda agredir a la intimidad de los ciudadanos, personal o familiarmente, y que pueda coartar el ejercicio de sus derechos”¹

El presente trabajo viene motivado por la observación del avance del desarrollo de los derechos humanos en las post guerras mundiales, en cuanto los derechos fundamentales tienen por objeto proteger a la persona humana frente al abuso del poder y en situaciones de vulnerabilidad.

En especial, esta motivación **se focaliza en el estudio de la real protección a la intimidad por la información que se pueda recabar de los particulares al cual se hace referencia la ley que establece reforma previsional, la Ley N° 20.255, en su artículo 32:** “Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y suscrito por el Ministro de Hacienda, establecerá la forma de acreditar los requisitos establecidos para el otorgamiento de los beneficios del sistema solidario; determinará la forma en la cual se acreditará la composición del grupo familiar conforme al artículo 4° de esta ley; señalará el o los instrumentos técnicos de focalización y procedimientos

¹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997,pág. 47.

que utilizará el Instituto de Previsión Social para determinar lo establecido en la letra b) del artículo 3° de la presente ley, considerando, a lo menos, el ingreso per cápita del grupo familiar. El o los instrumentos de focalización que se apliquen deberán ser los mismos para toda la población. Además, fijará el umbral de focalización que determinará quienes integran un grupo familiar perteneciente al 60 % más pobre de la población en Chile; la forma y circunstancias en que se harán efectivas las causales de extinción y suspensión de los beneficios del sistema solidario; los sistemas de control y evaluación que utilizará el Instituto de Previsión Social para excluir a los beneficiarios que no cumplan los requisitos establecidos en este Título, y las demás normas necesarias para la aplicación del Sistema de Pensiones Solidarias.² **y se analizará con relación a la ley 19.628 sobre protección de la vida privada**, con respecto a los instrumentos técnicos de focalización y demás procedimientos que los organismos intervinientes en este nuevo sistema tomen para recabar datos pertenecientes a las personas que serán objeto del nuevo sistema, y del tratamiento que estas instituciones les deben dar en virtud de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada. La seguridad y confidencialidad de los datos personales sensibles o datos sensibles, sobre todo en aquellos que digan relación con los datos de los particulares que cumplen con los requisitos para recibir su pensión de jubilación y en especial aquella denominada pensión básica solidaria en el nuevo sistema previsional, son condición necesaria en el tratamiento en línea que les den los órganos de seguridad social, el Instituto de Previsión Social y los Centros de Atención Integral, I.P.S. y C.A.P.I. respectivamente, para el respeto y protección de la vida privada de la persona y su familia que la Constitución Política de la República, asegura y garantiza a todas las personas.

Es entendida seguridad como las medidas de protección para mejorar la defensa de la privacidad y el grado de confidencialidad.

Entendemos por confidencialidad al mayor o menor secreto con que se van a guardar y tratar esos datos.

Esta hipótesis está sujeta a ser revisada por el presente trabajo, a fin de poder observar si se está cumpliendo y en qué medida. Además si ello no fuera así, habría

² Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 32.

que formular algunas posibles soluciones para que se garantice la vida privada en el I.P.S y C.A.P.I., sobre todo para que las instituciones cumplan su finalidad de proteger la vida privada de todos los pensionados y en especial para quienes reciben la pensión básica solidaria.

En atención a que en el ámbito de **la administración del sistema**, se tiene como objetivo fortalecer la responsabilidad compartida entre el Estado, los afiliados y los administradores de beneficios, y para ello se propuso crear el **Instituto de Previsión Social (IPS)** y los **Centros de Atención Previsional Integral**, el que a través del **acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales**, verificarán el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites vinculados al otorgamiento, modificación y cese de beneficios que otorgará el IPS, según señala el mensaje del Ejecutivo de 15 de diciembre de 2006.

La privacidad de los datos personales sensibles que se pueda recabar de las personas, tratado en la ley que establece reforma previsional, en su artículo 32 en concordancia con el artículo 4 y 3 b), se pretende analizar en relación a la ley 19.628 sobre protección de la vida privada para protegerla.

Primero se tratará sobre la administración de los sistemas de pensiones, dentro del marco de la administración de la seguridad social.

A continuación una breve reseña del derecho a la vida privada y de su relación con el concepto de dato personal.

Finalmente se verá la relación entre la ley 19.628 y el artículo 32, artículo 4 y 3 b) de la Ley 20.255 que pretende perfeccionar el sistema previsional.

CAPITULO PRIMERO:

La administración de los sistemas de pensiones, dentro del marco de la administración de la seguridad social.

2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Desde este punto de vista, tenemos que partir señalando como punto referente lo que se señala en nuestra **Constitución Política del Estado**, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el **primer artículo**, inciso cuarto expresa: **“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.”**³

Es dentro de este marco en que se analizará la Seguridad Social, como un conjunto de herramientas de carácter jurídico al servicio de la persona, promoviendo su bien común, y en el sentido que le da el Mensaje del Ejecutivo: “La protección de los ingresos en los años de vejez es el componente fundamental de un sistema de protección social”.⁴

Organismos internacionales también se han preocupado del tratamiento de la Seguridad Social. Es así, como toma importancia la **definición que da la OIT de la Seguridad Social** es la siguiente: **“conjunto de disposiciones legislativas que crean un derecho a determinadas prestaciones para determinadas categorías de personas, en condiciones específicas”**.⁵ También organizaciones como las Naciones Unidas señalan como derecho fundamental el derecho a la Seguridad Social por parte de las personas, a través Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como también se preocupa de lo mismo la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³ Constitución Política de la República de Chile, Ministerio del Interior, Santiago, Chile, octubre de 1980. artículo 1° inciso 4°.

⁴ Mensaje Presidenta de la República N° 558-354 de 15 de diciembre del año 2006, introducción, inc. 1°.

⁵ HUMERES NOGUER, Héctor: Historia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16 ed. Santiago, Chile, 2000, pág. 441.

Continúa el Mensaje del Ejecutivo: “la pensión es una retribución a los años de trabajo de una persona, y el reconocimiento del derecho a envejecer con dignidad”.⁶

“A partir de 1848, por poner una fecha, aunque el tema se genera a lo largo de todo el siglo XIX, no se podrán ya pensar los derechos sólo como esos derechos previos al Estado que son triunfo del individuo frente al Estado, sino que habrá que concebirlos, para finalizar su finalidad última que es permitir el desarrollo integral de las personas y alcanzar su libertad moral, con la intervención de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades radicales, que son obstáculos para ese desarrollo humano, y también como límite al Estado y a otros poderes que pretenden invadir la libertad del hombre. La aparición del Estado social y de la función promocional del Derecho será consecuencia del proceso de generalización de los derechos humanos con incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁷

3. CONCEPTOS BÁSICOS.

A continuación mencionaremos algunos conceptos los que son necesarios y que tienen gran relación con los puntos que se están tratando dentro de este trabajo.

3.1 Derecho del trabajo:

“Es el conjunto de doctrinas o teorías, normas e instituciones cuyo fin es la reivindicación y protección de los intereses y derechos del trabajador y de las clases sociales económicamente débiles”.⁸

⁶ Mensaje Presidenta de la República N° 558-354 de 15 de diciembre del año 2006, introducción, inc. 1°.

⁷ SASTRE IBARRECHE, Rafael. El Derecho al Trabajo, 1° ed., Madrid, 1996, pág. 35.

⁸ ESCRIBAR Mandioca, Héctor: Tratado del Derecho del trabajo, tomo I, pág. 17. En su Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, HUMERES, 16 edición Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, pp 626, p. 13 de ISBN: 956-10-1319-3

3.2 Seguridad social:

“El conjunto de normas, principios y técnicas que tienen por objeto atender la satisfacción de necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias sociales valoradas como socialmente protegibles.”⁹

La transición desde la Previsión Social a la Seguridad Social pasa por el concepto de riesgo, el cual trataremos más adelante.

Es un derecho básico estipulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos “**el derecho de toda persona a la seguridad social**”¹⁰. También está contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su artículo 9, el que señala “**Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social**”.¹¹

3.3 Objetivos de la seguridad social

- 1.- Intentar otorgar condiciones de vida mínima suficientes a todos los sectores de la población;
- 2.- Atender a los estados de necesidad de los particulares que pertenecen a la comunidad;
- 3.- Ser instrumento de redistribución de rentas.

⁹ GRECO, Rubén. Aspectos Económico-financieros de la Seguridad social, Córdoba, 1978. DE: HUMERES Noguera, H. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 16 ed. , Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, p.14 de 626 pp. ISBN: 956-10-1319-3

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, diciembre de 1948. artículo 22.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enero de 1976. artículo 9.

Estos objetivos se lograrían, según el orden escrito :

- El primer punto por medio de los sistemas de medicina social, pensiones, asignaciones familiares, crédito social, etc.
- El segundo y tercer objetivo principalmente a través de fondos comunes, en proporción a las rentas y lo ideal es que el producto se distribuya en forma igualitaria o en proporción a las necesidades.

3.4 Fundamentos.

Dentro del objeto atender la satisfacción de necesidades que se derivan de la producción de determinadas contingencias sociales valoradas como socialmente protegibles está la idea de que los particulares están expuestos a riesgos y cargas, cuya sensación de inseguridad a la administración le corresponde cubrir.

Las diferentes técnicas de intervención de la Administración y de defensa de los derechos de las personas han evolucionado desde el Estado liberal de derecho (más bien abstencionista) hacia un Estado social fundado en el deber jurídico, la interdependencia y el servicio público (con un carácter prestacional) que ha ido presentando desde la década de los ochenta una crisis del servicio público.

Sin embargo, la “administración sigue siendo una actividad jurídica concreta y de ahí, por lo tanto, que nazca a favor de los ciudadanos verdaderos derechos subjetivos a las prestaciones administrativas, como contrapartida de las obligaciones que para la administración implican las prestaciones”¹².

Es parte de nuestros derechos humanos el que todas las personas debemos de tener una vida digna durante toda nuestra vida, para lo cual la sociedad, a través del Estado, debe organizarse para ejercer esta dignidad intrínseca, obteniendo un bienestar

¹² CORDERO VEGA, Luis. Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo, Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público N° 64 Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

social que de garantías de remuneraciones suficientes como retribución al trabajo aportado a la sociedad toda.

Entendemos, dentro de la seguridad Social, que el **RIESGO** es un acontecimiento futuro e incierto cuya realización no depende de la libre voluntad de las personas y que dicho riesgo acarrea un daño o un mayor gasto, que no siempre se puede enfrentar y, que muchas veces requiere de aportes extras, sea acumulados por las propias personas o por otros, requiere de una respuesta colectiva, en este caso, del empleador y/o del Estado.¹³

Desde ese ángulo, la **COBERTURA** es la respuesta de la Seguridad Social, como una especie de reparación al daño causado, frente a la contingencia u ocurrencia efectiva del riesgo incierto, a través de prestaciones pecuniarias, por ejemplo, y que ha ido evolucionando, porque desde un principio se incluía sólo a los más pobres y necesitados y hoy a toda persona por el hecho de ser tal.¹⁴

Dentro de las **CONTINGENCIAS** sociales podemos encontrar, por ejemplo: las enfermedades, el desempleo, la maternidad, etc.

Las personas son acreedoras de la sociedad, es decir, puede exigir de ella, ejerciendo el derecho a la seguridad Social, una protección y defensa adecuada, eficaz y oportuna en sus estados de necesidad.

En este sentido, los particulares tienen este derecho público subjetivo prestacional: son aquellos derechos atribuidos por la norma jurídica a los administrados, que tienen como objetivo las prestaciones de la Administración ¹⁵. Estos derechos públicos subjetivos serían, siguiendo al profesor NOVOA, Patricio, “las facultades de los administrados frente a la administración, los cuales por ser personas son acreedores al

¹³ Apunte de Clases taller de memoria sobre Reforma Previsional Prof. Cecily Halpern Montecinos, 24 de agosto de 2007 Facultad de Derecho U. Chile.

¹⁴ Apunte de Clases taller de memoria sobre Reforma Previsional Prof. Cecily Halpern Montecinos, 24 de agosto de 2007 Facultad de Derecho U. Chile.

¹⁵ CORDERO VEGA, Luis. Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo, Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público N° 64 Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

otorgamiento de prestaciones necesarias para cubrir su destino, lograr su bienestar y perfeccionarse”.¹⁶

En este caso, la norma primera que atribuye derechos subjetivos a las personas es la Carta Fundamental que en su artículo 19 N° 18 asegura a todas las personas el derecho a la Seguridad Social y que en su inciso tercero prescribe: “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básica uniformes, sea porque se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

El artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile en su n° 18 o el Derecho a la Seguridad Social, “salvaguardó el principio de la uniformidad, pero nada se dijo sobre la solidaridad ni sobre la suficiencia”,¹⁷ como señala en su inciso tercero” ya citado.¹⁸

La ley N° 19.653 que modificó la LOCBGAE y en particular el artículo 3 complementó esta ley al imponer como finalidad de la Administración atender “las necesidades públicas en forma continua y permanente. En consecuencia, la Administración del Estado en conjunto tiene obligaciones prestacionales frente a las personas, sometida a los principios de regularidad, continuidad, igualdad, y generalidad, teniendo los particulares en contrapartida un derecho subjetivo.

4. MODELO EN CHILE DE COBERTURA DEL RIESGO SOCIAL.

La Constitución Política de la República de Chile, contempla **el principio de subsidiariedad**: la obligación del Estado es permitir que el individuo y los grupos intermedios, con sus propios medios enfrenten sus estados de necesidad. El Estado interviene cuando los particulares son incapaces de enfrentarlo con sus propios medios.

¹⁶ HUMERES NOGUER, Héctor: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16 ed, Santiago, Chile, Ed Jurídica de Chile, 2000, pág 443.

¹⁷ HUMERES NOGUER, Héctor: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16 ed, Santiago, Chile, Ed Jurídica de Chile, 2000, pág. 447.

¹⁸ Constitución Política de la República de Chile, Ministerio del Interior, Santiago, Chile, octubre de 1980. artículo 19° N° 18 inciso 3°.

Sin embargo esto es insuficiente en todos los aspectos que componen la seguridad social, ya que puede afectar sus principios, como el de la Solidaridad.

El Estado debe otorgar respuestas eficientes a la Seguridad Social, en nuestra opinión, porque si ésta es ineficiente puede ocasionar una pérdida del bienestar social, haciendo que el Estado pierda su carácter esencialmente solidario, afectando la función constitucional de la administración pública que está destinada al bien común y a la promoción de los derechos fundamentales (art. 1º inciso 3º CPR y 2º del art. 3º LOC Nº 18.575). Además el objetivo de la función administrativa es la satisfacción de necesidades colectivas mediante las potestades públicas. El fundamento lo encontramos en nuestra carta Fundamental en el artículo primero, inciso 4º: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a las garantías que la Constitución establece".

4.1 Financiamiento.

La idea central del tema es cómo se distribuye la carga: una es la contributiva y la otra la no contributiva.

Respecto a la contributiva, es decir, respecto de los recursos, debería existir un equilibrio de ingresos y egresos.

Para ello sabemos que se sustentan en dos sistemas, uno de reparto y otro de capitalización; éste último puede ser individual o colectivo.

AFILIACIÓN es el acto jurídico a través del cual la persona se integra al régimen pertinente y que genera derechos y deberes tanto para el afiliado como para el órgano gestor.¹⁹

El **REPARTO** es cubrir el costo total que tendrían las prestaciones en un periodo anual, con las cotizaciones que se recauden en el mismo lapso de tiempo. Aquí tendríamos una fuerte presencia del principio de la solidaridad.²⁰

LAS CAPITALIZACIONES son una acumulación de capital en una cuenta, generalmente obligatoria, cuyo interés o “rentabilidad” sirve para cubrir el futuro. Requiere de buenas inversiones, la buena rentabilidad daría seguridad.²¹

La característica principal es que depende de gran medida de la capacidad de ahorro e ingresos del imponente, para obtener una buena fuente de pensión.

El carácter netamente subsidiario del Estado estaría representado por el financiamiento de las pensiones básicas.

Vinculada a la función de control, está la **FUNCIÓN PREVENTIVA**, en el caso de la Administración, relativa al “buen y adecuado cumplimiento de la actividad de servicio público”²²

Respecto a la **PREVISIÓN SOCIAL**, lo que nos importa a todos es el financiamiento de las pensiones.

¹⁹ HUMERES NOGUER, Héctor: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16 ed, Santiago, Chile, Ed Jurídica de Chile, 2000, pág. 449.

²⁰ Apunte de Clases taller de memoria sobre Reforma Previsional Prof. Cecily Halpern Montecinos, 31 de agosto de 2007 Facultad de Derecho U. Chile.

²¹ Apunte de Clases taller de memoria sobre Reforma Previsional Prof. Cecily Halpern Montecinos, 7 de septiembre de 2007

²² CORDERO VEGA, Luis: Responsabilidad Extracontractual del Estado, 1° ed, Santiago, Ed Lexis Nexis, 2003, pág. 221.

Bajo el sistema de capitalización, el ahorro del que después obtendremos nuestras pensiones, depende de las remuneraciones: es decir, a mayor grado de ahorro, tendremos mejores pensiones.

En el análisis que se hace en el mensaje del Ejecutivo en el Proyecto de Reforma Previsional, se sostiene que para que las expectativas del régimen de pensiones creado por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, pudieran alcanzarse, era requisito que el sistema tuviera un comportamiento según los presupuestos elaborados para dichos objetivos del sistema: en especial que:” a) los trabajadores dependientes e independientes percibieran un incentivo adicional a cotizar por la posibilidad de vigilar y ser propietarios de sus fondos de capitalización; b) los trabajadores cotizaran en su vida laboral por la totalidad de sus sueldos hasta un tope de 60 UF, con interrupciones sólo por desempleo; c) los trabajadores de menores ingresos cotizaran al menos 240 meses a lo largo de su vida laboral, accediendo con ello a la garantía estatal de pensión mínima; y d) las mujeres que se desempeñaran fundamentalmente como dueñas de casa participaran en los ingresos familiares durante su vejez, así como lo habrían hecho durante los años previos”.²³

La evidencia hasta ahora nos ha demostrado que una parte importante de los trabajadores del país no ha logrado cotizar con la constancia esperada por el nuevo sistema y un gran porcentaje de la fuerza laboral obtendrá pensiones mucho más bajas que sus remuneraciones.

Tampoco podemos sostener que esto pueda solucionarse mediante transferencias intrafamiliares o del apoyo subsidiario del Estado, por más que así o quisiéramos.

Por lo demás demasiadas personas cotizarán menos de 240 meses a lo largo de su vida activa, lo que no los harán obtener ni siquiera una pensión mínima garantizada por el Estado, que es un complemento del sistema de capitalización individual establecido a través del Decreto Ley N° 3.500, es un subsidio fiscal que “garantiza a los afiliados a éste una pensión mínima que es independiente de los fondos acumulados, siempre que se registren al menos veinte años de cotizaciones”²⁴

²³ Mensaje N° 558-354/; 2.-EN: Cambios demográficos, económicos y sociales y resultados previsionales, inc. 3°.

²⁴ DEPARTAMENTO DE ECONOMIA UNIVERSIDAD DE CHILE. [en línea] <<http://www.econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/4196da74-3419-48db-a5bf-6ebd7120c4a2.pdf>> [consulta: 13 de junio de 2010].

No obstante el rol subsidiario del Estado, los cambios sociales y económicos en los últimos 25 años han provocado serias falencias en materia de cobertura y de beneficios. Es por eso que el Estado implementó cambios al sistema. Se complementa el régimen anterior a la vigencia de la Ley N° 20.255 con un pilar solidario que entregue mejores beneficios y sea más universal.

El Aporte Previsional Solidario pretende beneficiar a aquellos afiliados que han efectuado aportes en sus cuentas pero que no han podido reunir recursos suficientes para tener pensiones dignas en su etapa de pasividad laboral.

5. LEY 20.255 QUE ESTABLECE REFORMA PREVISIONAL.

La Ley N° 20.255, de 17 de marzo de 2008, que estableció la reforma previsional, creando un nuevo sistema de pensiones, en la que se trabajó buscando como principal objetivo, reformar el sistema civil de pensiones, establecido en el Decreto Ley 3.500, dado que este sistema no proporcionaba una adecuada protección de los ingresos en los años de vejez. El insatisfactorio resguardo de los ingresos al tiempo de jubilar toma mayor relevancia si se considera el estudio que se hizo tomando en cuenta la situación de la cantidad de personas que superan en este período cronológico la edad tope para jubilarse, más de 60 años en el caso de las mujeres, y más de 65 en el caso de los hombres, como señalaba el antiguo sistema de pensiones, cosa que cambia con la nueva ley dado que tanto para hombres como para mujeres la edad tope de jubilación es de 65 años como señala el artículo 3° de la ley en su letra a), y que según el diagnóstico del Consejo Asesor para la Reforma Previsional que hizo conjuntamente el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la Superintendencia de AFP, Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos, es del orden del 11% de la población total del país, haciéndose una proyección al año 2020 de un aumento de esta población, alcanzando el 15 %, por lo que resulta un factor de suma importancia para que existiese una mayor protección de los ingresos en los años de vejez, cosa que intenta solucionar la actual ley 20.255.

Esta ley que establece reforma previsional, determina un sistema de pensiones solidarias, como se señala en el título I de la ley en su artículo primero, que son de vejez y de invalidez, complementario al sistema de pensiones establecido por el Decreto Ley 3.500, que otorgará beneficios de pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez, y aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez, como señala su artículo n°1.

Pensión básica solidaria de vejez: es aquella a la que podrán acceder las personas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 3° de la ley,²⁵ siendo estos requisitos, haber cumplido sesenta y cinco años de edad, integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población del país, punto que se relaciona directamente con el artículo 32 de esta misma ley que fija el umbral de focalización para determinar quienes integran este grupo, y el último requisito establecido en el artículo 3° acreditar residencia en el territorio del país por un lapso no inferior a veinte años continuos o discontinuos contados desde que el peticionario hubiese cumplido los veinte años de edad, y un lapso no inferior a cuatro años dentro de los cinco últimos años anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud. Para complementar la letra b) del artículo anterior, que corresponde a integrar el grupo familiar perteneciente al 60% más pobre del país, el artículo 4° señala quienes integran este grupo: cónyuge, hijos menores de dieciocho años, y los mayores de dieciocho años y menores de veinticuatro que sean estudiantes de enseñanza básica, media, técnica o superior.

Pensión Básica solidaria de invalidez: es aquella a la que podrán acceder las personas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 16° de esta ley.²⁶ El artículo 16 señala que serán beneficiarias de esta pensión quienes sean declaradas inválidas. La declaración de invalidez se lleva a cabo conforme al artículo 17° de la ley 20.255, que a su vez se remite a lo establecido en el artículo 4° inciso 1° del Decreto Ley 3.500, que señala que tendrán derecho a la pensión de invalidez, quienes no reúnan los requisitos para optar a pensión de vejez por la edad que corresponde ser beneficiario, pero si pueden optar a este derecho si se encuentran en situación “de

²⁵ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 2 letra a)

²⁶ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 2° letra b).

enfermedad o debilitamiento de sus fuerzas físicas o intelectuales, sufran un menoscabo permanente de su capacidad de trabajo”.²⁷ Esta declaración de invalidez, la realiza las Comisiones Médicas de Invalidez, establecidas en el artículo 11° del mencionado decreto ley. Como indicamos, estas personas declaradas inválidas según los parámetros antes mencionados, además, deben cumplir, como decíamos con lo dispuesto en el artículo 16° de la ley 20.255, esto es, tener entre dieciocho años de edad y menos de sesenta y cinco, encontrarse en la situación de la letra b) del artículo 3° ya tratado con anterioridad y acreditar residencia en el país por un lapso no inferior de cinco años dentro de los últimos seis anteriores a la fecha de la presentación.

El artículo 2° de esta ley, además, aporta con otros conceptos relacionados que aparecen mencionados a lo largo de la ley, como es la pensión base, pensión máxima con aporte solidario, factor de ajuste, pensión final, entre otros, todos conceptos, que como se dijo, aparecen mencionados en el artículo 2° de la ley 20.255.

Todo el Título I de la ley, trata acerca del sistema de pensiones solidarias, siendo lo más trascendente, lo que ya se trató acerca de las pensiones solidarias de vejez y de invalidez. Lo que también señala este Título I, es el aporte previsional solidario, tanto de vejez como el de invalidez, tratados en los artículos 9° al artículo 15° en el primer caso, y de los artículos 20° al 23° en el caso de la pensión de invalidez.

Termina este Título mencionando normas comunes para las pensiones solidarias de vejez y de invalidez, a partir del artículo 24° de la ley, siendo este artículo de suma importancia, dado que encomienda la administración del sistema solidario, al Instituto de Previsión Social, que “en especial le corresponderá conceder los beneficios que éste contempla, extinguirlos, suspenderlos o modificarlos, cuando proceda”.²⁸ Este organismo tiene suma importancia, por lo que se tratará posteriormente, directamente relacionado con el tema de este trabajo. La fiscalización del sistema, le corresponde a la Superintendencia de Pensiones, para lo cual, “dictará las normas necesarias, las que

²⁷ DL 3.500. CHILE. Nuevo sistema de pensiones. Junta de Gobierno de la República de Chile, Santiago, Chile, noviembre de 1980. artículo 4° inc. 1°.

²⁸ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 24 inc. 1°.

serán obligatorias para todas las instituciones o entidades que intervienen en el mencionado sistema”.²⁹

También es importante mencionar, los casos que la ley señala de extinción de los beneficios que otorga el sistema solidario, estos son:

- Fallecimiento del beneficiario. El beneficio se extingue el último día del mes del fallecimiento.
- Por haber dejado el beneficiario de cumplir alguno de los requisitos de otorgamiento.
- Por permanecer el beneficiario fuera del territorio del país por un lapso superior a noventa días durante el respectivo año calendario.
- Por haber entregado el beneficiario maliciosamente antecedentes incompletos, erróneos o falsos, con el objeto de acreditar o actualizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios del sistema solidario.

Estos casos de extinción de los beneficios se pueden encontrar en el artículo 27 de la ley 20.255, la cual estamos analizando.

El artículo 28°, establece las causales de suspensión de los beneficios, los cuales son los siguientes:

- Si el beneficiario no cobra alguno de los beneficios durante el período de seis meses.
- Cuando el beneficiario no proporcione los antecedentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos que sean necesarios para la mantención del beneficio que le requiera el Instituto de Previsión Social, dentro de los tres meses calendario siguientes al requerimiento.
- En el caso de los inválidos parciales, ante la negativa del beneficiario de someterse a las reevaluaciones indicadas por las Comisiones Médicas de Invalidez, referidas en el artículo 17° de la ley 20.255, para lograr su recuperabilidad. Si no se somete dentro de los tres meses siguientes al

²⁹ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 25°.

requerimiento del Instituto de Previsión Social, se entiende que el beneficiario se ha negado, por lo que sobrelleva la consecuente suspensión del beneficio.

Estas son las causales de suspensión de los beneficios que otorga el sistema solidario, señaladas como se dijo anteriormente en el artículo 28° de esta ley.

Esta ley, además trata de la Institucionalidad Pública para el Sistema de Previsión Social, en su Título II. Es decir, trata de los organismos públicos que participan en el desarrollo y desenvolvimiento de este sistema previsional. El artículo 39° de la ley establece los órganos públicos que actuarán en el sistema, estos son: el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la Subsecretaría de Previsión Social, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Seguridad Social, el Instituto de Previsión Social y el Instituto de Seguridad Laboral. De todos estos, será “el Ministerio del Trabajo y Previsión Social el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en materias laborales y de previsión social”³⁰.

De los órganos nombrados anteriormente, también toma suma importancia, el Instituto de Previsión Social, el que a grandes rasgos, ya que será tratado con mayor detalle con posterioridad en esta memoria, fue creado en virtud de la Ley N° 20.255, por mandato legal dispuesto en el artículo 53° de la misma. En los artículos posteriores, se señala las funciones y atribuciones de este órgano público, al igual que la instauración de los Centros de Atención Previsional Integral (CAPI), órganos que actúan directamente con el Instituto de Previsión Social (IPS) para el cumplimiento íntegro de las funciones de este órgano público, encargado de la administración del sistema previsional establecido por la ley 20.255.

Otras situaciones que establecen un beneficio importante y nuevo, es la bonificación por hijo para las mujeres, cumpliendo con el requisito de permanencia establecido en la letra c) del artículo 3° de esta ley y que solo se encuentre afiliada al sistema de pensiones del Decreto Ley 3.500, o sea beneficiaria de una pensión básica solidaria de vejez, o en los términos planteados en esta ley, tendrá derecho a esta bonificación, equivalente al 10% de dieciocho ingresos mínimos vigentes al momento de nacimiento del hijo, como lo establece el artículo 75° de la 20.255.

³⁰ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 40.

El artículo 80°, también ofrece una solución interesante, en el caso se compensación económica en materia previsional, por nulidad o divorcio, autorizando al juez, para ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al Decreto Ley N° 3.500 a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado, y si esta no existe, la que se abra para tal efecto, monto que no puede superar el 50% de los recursos acumulados por el cónyuge que debe compensar.

Los siguientes títulos de la ley 20.255. tratan acerca de la obligación de cotizar de los trabajadores independientes, como el Título IV, sobre beneficios previsionales, ahorro previsional voluntario colectivo, inversiones, seguro de invalidez y sobrevivencia y competencia como el Título V, y también, en la que se introducen algunas modificaciones a leyes como la de impuesto a la renta, o a la ley general de bancos.

En conclusión, el aporte fundamental de la ley 20.255, es la introducción al marco legal de un nuevo sistema solidario de pensiones, destacando la normativa relativa a las pensiones solidarias de vejez, y las pensiones solidarias de invalidez.

6. CONCLUSIÓN PRIMERA PARTE.

Pese a que el régimen de capitalización individual, mediante las AFP, ha sido generador de efectos positivos en el crecimiento y desarrollo del mercado de capitales, era necesario reformarlo en distintos aspectos, por ejemplo, creando un sistema de Pensiones Solidarias, en la obligación de cotizar (en forma paulatina en el tiempo) de los trabajadores independientes, afiliados jóvenes y obtener más equidad de género y en una reestructuración del funcionamiento de la Institucionalidad Pública, cosa que se logró con la entrada en vigencia de la ley 20.255.

Es en este último aspecto donde se pretende detener la observación de la ley que establece reforma previsional, en especial en lo que dice relación al Instituto de Previsión Social o I.P.S. y a los C.A.P.I. o Centros de Atención Previsional Integral, en lo que directamente se enlaza a informes relevantes del afiliado, dado que como sostiene la ley, es el I.P.S. el órgano encargado de la administración del sistema de pensiones establecido por la ya nombrada ley 20.255.

CAPITULO SEGUNDO.- Derecho a la vida privada.

En esta parte del trabajo se hará una breve reseña del derecho a la vida privada como preámbulo para relacionarlo con el concepto de dato personal sensible de la ley 19.628, para su posterior relación con el artículo 32 de la Ley 20.255 el que se ha mencionado anteriormente en la introducción de este trabajo.

7. HISTORIA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA.

Si, en palabras de Sancho Jaraíz,” los derechos valen lo que valen sus garantías”³¹, hemos de partir por el derecho a la vida privada, más tarde veremos el tema de las garantías al mencionado derecho.

“Las declaraciones de derechos humanos y las constituciones políticas del siglo pasado” (Siglo XIX) “y de comienzos del siglo presente” (Siglo XX) “no hacían referencia específica al derecho al respeto de la vida privada”.³²

El derecho a la vida privada **nace como concepto** en **Estados Unidos** en **1890** al aparecer en un estudio titulado “The right to Privacy”, “obra de dos jóvenes juristas estadounidenses, Samuel Warren y Louis Brandeis”.³³

El trabajo fue publicado en la Harvard Law Review, artículo con una clara influencia en los tribunales, ya que tres años después se dictó una sentencia reconociendo el “right of privacy”. Antes de esta publicación, el juez Cooley ya había hecho referencia al derecho que tienen los ciudadanos de ser dejados tranquilos y no ser arrastrados a la publicidad, que fue en definitiva lo invocado por estos jóvenes en su famosa publicación, al verse sobreexpuesto Samuel Warren en la prensa, por su posición social. Después de esta publicación, en un principio la jurisprudencia norteamericana rechazó el concepto, comenzando a reconocerlo más tarde con

³¹ SANCHO JARAÍZ, Daniel: Manual de Derecho Administrativo, 1 °Ed., Madrid, Ed. Colex, 1997, pág. 406.

³² NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5° edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 28.

³³ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003, pág. 4.

fundamentos distintos a los que hoy se le reconocen. La Corte Suprema Federal finalmente aceptó el fundamento constitucional de este derecho en el caso Griswold contra Cosmetiand.

Organismos internacionales han dado importancia al derecho a la vida privada, la que se ha visto plasmada en distintos cuerpos legales correspondientes a cada entidad internacional.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948** hace la primera referencia oficial a la vida privada, comenzando a aparecer como tema de estudio entre los juristas y objeto de protección en las leyes y en textos pontificios. Prescribe su protección, naciendo como derecho absoluto, ya que no menciona límites, al disponer en su **art. 12**:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”.³⁴

El artículo 17 del **Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**, el artículo 11 de la **Convención Americana de Derechos Humanos**, de 1969 en San José, se refiere a este derecho en términos iguales al de la Declaración Universal recién citado. El primer artículo mencionado, que corresponde al artículo 17 n° 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, defiende el derecho de la vida privada señalando: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.³⁵ La segunda disposición mencionada, que corresponde a la Convención Americana de Derechos Humanos, establece en términos casi idénticos a los que señala el cuerpo legal antes descrito en su artículo 11 n° 2: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, su familia, su domicilio o su

³⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5° edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 28. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12.

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, marzo de 1976. artículo 17.

correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.³⁶ Como podemos ver, la convención solo reemplazó el término “ilegales” por “abusivas”, pero lo relevante del análisis de estas normas, es la importancia al trato de la vida privada que se le estaba dando en la época para su posterior desarrollo.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su **art. V** también lo trata como derecho absoluto, al expresar:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivo a su honra, a su reputación, y a su vida privada y familiar”.

A su vez, señala el artículo IX: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

El artículo X establece: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.³⁷

La Convención Europea de Derechos Humanos, en su **art. 8** reitera la protección, pero esta vez señalando límites y varios. Señala el citado artículo:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

En el N° 2 del mismo artículo se señala: “No habrá injerencia alguna por parte de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia está prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”.³⁸

El contenido del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos o también llamada Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la interpretación del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, también llamado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea De Derechos

³⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969. artículo 11.

³⁷ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003, pág. 6.

³⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, Italia, noviembre de 1950. artículo 8.

Humanos, respecto a la vida privada es amplio y distingue entre vida privada e intimidad, asunto que veremos más adelante. Se hace el alcance, que este Tribunal, o Corte Europea de Derechos Humanos, se constituye como tal por mandato expreso de la misma Convención Europea de Derechos Humanos, según lo establece el artículo 19 n° 2 de dicho cuerpo legal.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 **Convenio de Roma**, en el art. 6 n° 1 establece a favor de la privacidad la excepción frente al principio general de que la audiencia de los juicios es pública, pudiendo prohibirse la audiencia a la prensa o al público durante todo o parte del proceso, en interés de la moralidad, el orden público, la seguridad de la nación en una sociedad democrática , cuando **los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes** en el proceso así lo exijan.³⁹

El **Concilio Vaticano II**, la **Encíclica Pacem in Terris** y la **Instrucción Pastoral Communio et Progressio** “reconocen como límite a la información el respeto a la vida privada”.⁴⁰

El trato que se le da al derecho a la vida privada, coincide con las repercusiones que se derivan con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, debido a los atropellos violaciones cometidas durante esta guerra en contra de poblaciones humanas o credos, como es el caso del conocido Holocausto que se llevó a cabo en contra de la religión judía, además de otros crímenes de guerra, como señala el profesor José Zalaquett: “El tema de los derechos humanos entra en el plano internacional, de modo sistemático, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Tiene, sin embargo, raíces seculares. Además, la internacionalización de los derechos humanos había comenzado, incipientemente, en el período de entreguerras, en campos tales como derechos laborales y protección de minorías”.⁴¹

³⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, Italia, noviembre de 1950. artículo 6.

⁴⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 38.

⁴¹ ZALAUQUETT, José: Introducción. Santiago, 2006 [fecha de consulta: segundo semestre de 2006], U-Cursos.

Las **Naciones Unidas** comienzan a ocuparse de este derecho en 1968, fecha en que se realizó la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, la que sirvió de base para que la Asamblea General de la ONU adopte la resolución 2450 en la que se pide a su secretario general un informe sobre el respeto a la vida privada, el cual se expidió en 1973.

En **Europa** aparecen las primeras reformas legales sobre este derecho después de la Segunda Guerra Mundial.

7.1 Situación en Alemania.

En **Alemania**, durante mucho tiempo trató al derecho a la esfera privada o “privatssphäre” en conjunto y en franca confusión con el honor. Kohler y Bussman fueron quienes plantearon que merece tutela la esfera íntima o “intimsphäre”. Dentro de la doctrina, han tratado el tema con profundidad Ruprecht Kamlah y Gunther Artzt.

El art. 1 de la ley fundamental de 1949 señala:

“La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla. El pueblo alemán reconoce, pues, la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.⁴²

Este artículo llevó a los tribunales a reconocer los derechos de la personalidad, incluyendo el de la vida privada, por lo que nace como una construcción de la jurisprudencia. Hoy sólo la protege en la inviolabilidad del hogar, documentos y correspondencia.

Sin embargo SEBASTIAN RÍOS LABBE de alguna manera discrepa y dice que actualmente esta legislación “sólo protege la intimidad en el plano físico”.⁴³

⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5ª edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 22.

⁴³ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1º ed., Santiago de Chile, 2003, pág. 21.

7.2 Situación en Inglaterra.

El caso inglés, no era tan desarrollado, no existía en su legislación una protección importante del derecho a la vida privada, como señala Aurelia Romero Coloma, abogada española y autora de una gran variedad de ensayos, en su libro Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información: “Expresa Martín que, en cierto sentido, **Inglaterra** no tiene regulación de la intimidad. Se ha reclamado la reforma con bastante frecuencia, pero (...) no existe en el common law un remedio útil contra las invasiones de la intimidad”⁴⁴

Esta situación cambió al dictarse la Directiva 95/46/CE, que data de 24 de octubre de 1995, en la cual se elabora una norma común aplicable para todos los países miembros de la Comunidad Europea, Reino Unido es miembro de este organismo desde el año 1973. Dada la importancia de la norma, le dedicaremos un punto exclusivo dentro de este trabajo para su correspondiente análisis.

7.3 Situación en Francia.

En **Francia**, la doctrina fue cercana a la alemana, en especial en el tratamiento al derecho a la imagen y tenemos numerosos autores que le han dedicado especial atención al tema, como Gavalda; Kasper; Savatier; Lucien Martín quien hablaba de patrimonio moral y dentro de sus componentes estaba, por ejemplo, el derecho al secreto de la vida privada; Roger Nelson que en 1939 trata los derechos de la personalidad e incluyó dentro de ellos, el honor, los derechos de familia, el secreto profesional. En cuanto a la legislación, en 1920 una ley muestra preocupación por las violaciones a la vida privada, incluyendo en ellas la difusión de imágenes como las conversaciones y secretos. También ha sido la jurisprudencia, al igual que Alemania, la encargada de establecer criterios, primero elaborando una noción de los “derechos de la personalidad” en el que va naciendo un sistema de reglas basadas “en el artículo

⁴⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1º ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 75.

1382 del Código Civil Francés sobre responsabilidad extracontractual”⁴⁵. Señala el artículo 1382 del Código Civil de ese país: “Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó a repararlo”.⁴⁶

Dichos criterios y reglas (adelantados por la doctrina y jurisprudencia) son recogidos por los legisladores franceses y en 1970 dictan una ley, la Ley n° 70-643 de 17 de julio de 1970, sobre el respeto a la vida privada con un carácter de principios que le dan cierta discrecionalidad al juez; la que reforma y establece el artículo 9 inciso 1° de su Código Civil disponiéndose que “cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada”⁴⁷ y, a través de medidas ordenadas en caso de urgencia, los jueces pueden impedir o hacer cesar un perjuicio a la intimidad o del “droit à la vie privée, como señala y establece el inciso 2° del mismo artículo 9 ya señalado: “Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada, en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia”.⁴⁸ Los artículos 368 y 369 tratan las lesiones a la privacidad, al beneficio obtenido a causa de la lesión, la ausencia del consentimiento y la noción de lugar privado. Un gran número de sentencias han asegurado un vasto respeto al “droit à la intimité”, lo cual ha significado un importante avance en el tema en cuestión.

7.4 Situación en Italia.

En **Italia** la Corte de Casación, sin perjuicio que aceptara que el artículo 2 de la Constitución de ese país permitiera deducir que la divulgación de información sobre la vida privada viola un derecho de la personalidad en sentencia de 20 de abril de 1963, había negado derecho al secreto de las comunicaciones por falta de reconocimiento en texto expreso. El reconociendo al “diritto alla vita privata” aparece formulado en forma nítida en una “ley de abril de 1974, que modificó los códigos penales y de

⁴⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5° edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 27.

⁴⁶ Código Civil Francés, artículo 1382 sobre responsabilidad extracontractual.

⁴⁷ Código Civil Francés, artículo 9 inc. 1°, establecido por ley 70-643 de 1970 de dicho país.

⁴⁸ Código Civil Francés, artículo 9 inc. 2°, establecido por ley 70-643 de 1970 de dicho país

procedimiento penal para incorporar tipos nuevos que amparan el secreto de las comunicaciones de dicha vida privada”⁴⁹.

Su Código Civil de 1942 trata varios derechos en forma singular y sin embargo omite el derecho a la vida privada, aunque sí contiene alusión al secreto de la correspondencia, documentos y del hogar. En doctrina se ha discutido mucho sobre la existencia de este derecho, siendo tratado por Ferrara Santamaría; de Cupis quien señala que las personas tienen derecho a la reserva; Pugliese; Palladito; Galli; Mattía habla del derecho al respeto de la vida privada; Rescigno trata del derecho a ser dejado solo, dando también una definición del derecho a la reserva; todos grandes autores que han abogado por este derecho.

Adriano de Cupis dice que”...la persona tiene derecho de conservar la reserva en torno a los acontecimientos de su vida (...) y no puede darse plena libertad a la curiosidad del público”⁵⁰.

7.5 Situación en Portugal.

“La argumentación más completa y detallada de los códigos” hasta hace un tiempo, se encontraba, sin embargo, “en el **portugués** de 1966, que dedica a los derechos de la personalidad toda la Sección segunda del Título II, del Libro I”.⁵¹

Este código recoge medidas de resguardo del nombre, pseudónimo, la reserva sobre cartas confidenciales, las no confidenciales con aplicación a las memorias familiares, el derecho a la imagen y reserva sobre la intimidad de la vida privada.

El código civil “de 1977, cuyo artículo 70 protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral, y protege la intimidad en forma específica”.⁵²

⁴⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5° edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 27.

⁵⁰ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 21.

⁵¹ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 39.

⁵² RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 22.

7.6 Situación en España.

Las primeras disposiciones aparecen en el **Fuero de los Españoles**, que es una de las ocho leyes fundamentales dictadas bajo el gobierno de Franco, y en ella se establecía una serie de derechos, libertades y deberes del pueblo español. En este Fuero de los Españoles, se plasma en ciertos artículos la intención de generar protección al derecho a la vida privada, como establece el artículo 13 de la citada norma, que expresaba: “Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia”.⁵³ Asimismo, el artículo 15 del mismo cuerpo legal disponía “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento a no ser con mandato de la autoridad competente en los casos y en las formas que establezcan las leyes”.⁵⁴

Las excepciones estaban en la Ley de Orden Público, artículo 11.

Con posterioridad, se le da una protección de carácter constitucional, el **artículo 18 de la Constitución de España, que data del año 1978** consagra a la intimidad como derecho fundamental, que, integrado con el **artículo 10** de la carta fundamental española, se estructura como un derecho de la personalidad. En el artículo 18 n° 1 se garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, reconocen el mismo artículo en su n° 2 “la inviolabilidad del domicilio” y en el n° 3 el “secreto de las comunicaciones”. En el apartado 4 del **artículo 18**, influenciado por la redacción del artículo 35 de la Constitución portuguesa, expresa: “**La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos**”.⁵⁵

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, abogado español y catedrático de la Universidad de Sevilla, precisaba que no debe ser objeto exclusivo de preocupación la defensa individual frente al uso de la informática, sino también el control democrático y el ejercicio social de la tecnología informática.

⁵³ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 82. Fuero de los Españoles, artículo 13.

⁵⁴ Fuero de los Españoles, España, julio de 1945. artículo 15.

⁵⁵ Constitución Española, España, octubre de 1978. artículo 18.

El Artículo 18 de la Constitución española de 1978 sirvió de fundamento para las normas penales del Anteproyecto de ley Orgánica de Regulación del Uso de la Informática para la Protección de Datos Personales de 1985, que fue “concebido con un afán proteccionista” en el que “cambia el criterio dejando de lado el interés por modificar el Código Penal”.⁵⁶

En el apartado n° 2 del **artículo 16** de la Constitución, en cuanto a los datos sensibles, figura que “en caso que se requiera al afectado para dar esos datos se le advertirá su derecho a no hacerlo, negando, si así lo considera, el consentimiento necesario para que puedan ser recabados”.⁵⁷

La **Ley de Prensa e Imprenta** de 1966, artículo 2 limitaba la libertad de expresión y el derecho a la difusión por “la salvaguardia de la intimidad personal y familiar”. Posteriormente, este artículo fue derogado por Real Decreto Ley 24 de 1977 de 1° de abril, sobre libertad de expresión.

Se agrega que el art. 566,2 del Código Penal sancionaba a quienes, mediante publicación, divulgaran maliciosamente hechos relativos a la vida privada que no siendo injuriosos pudieran producir perjuicios o graves disgustos.

La **Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona** del año 1962 da garantías procesales a la protección del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

Ley Española de Protección de Datos:

Esta Ley que data del 13 de diciembre de 1999, se trata de una Ley Orgánica que tiene por objeto proteger a las personas “ante la potencial agresividad de la informática, se hace preciso delimitar una nueva frontera de la intimidad y el honor “que defienda a la persona” frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ella referentes”.⁵⁸

⁵⁶ JIJENA LEIVA, Renato: La protección penal de la intimidad y el delito informático, 1° ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 141.

⁵⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997pág. 76.

⁵⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997, pág. 70.

Esta Ley intenta ir más allá de la protección de la intimidad, para llegar a la protección de la privacidad, la que se puede definir como “conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.⁵⁹

La protección de esta Ley se centra principalmente en la protección de los datos de carácter personal. Se entiende por datos de carácter personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.⁶⁰

Los antecedentes legislativos que sirvieron de base para la dictación de esta ley, son la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica 5/92 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal que fue la primera norma que se preocupó de regular la protección del tratamiento de datos de carácter personal, y la Directiva 95/46/CE, la que será tratada más adelante. Esta nueva ley, se adecúa a lo establecido en la Directiva señalada.

Esta Ley, vino a complementar y a fortalecer el tratamiento que a nivel de Estados miembros de la Comunidad Europea, dio la Directiva 95/46/CE en el tratamiento y la protección de los datos de carácter personal, claro está, que por ser propia de la legislación española, fortalece la aplicación de las normativas sobre el tema en estudio dentro del territorio español.

Algunas **definiciones** que aportó esta ley, las de más importancia, la ya mencionada definición de datos de carácter personal, pero además, tiene relevancia los siguientes conceptos que aporta la presente norma:

- Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.
- Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de

⁵⁹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra 1997pág. 70.

⁶⁰ Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, España, 13 de diciembre de 1999. artículo nº 3 letra a.

datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

- Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.⁶¹

También toma importancia los **principios** que sirven de base para la aplicación de esta Ley, los que están consagrados en los artículos 4 y siguientes de la norma. Los principios que más destacan dentro de la Ley, son 1) los de la pertinencia de los datos o como señala la ley, calidad de los datos, 2) el derecho de información de los afectados, y 3) el principio del consentimiento.

1) El primer principio de los señalados, engloba el objeto para el cual se recogerán los datos personales, que como señala la Ley, se recogerán para su tratamiento. También para que finalidades no podrán usarse los datos, la exactitud o inexactitud de los mismos y las consecuencias que trae cada opción y la solución ofrecida por la Ley, y por último, el almacenamiento de los datos.

2) El segundo de los principios señalados, que se ven plasmados en este cuerpo legal es el derecho de información de los afectados, sobre la existencia del fichero, la obligación o no de responder el cuestionario de preguntas que se les realice sobre los ficheros, las consecuencias de sus respuestas, exigir rectificación o cancelación y exigir la identidad y dirección del responsable del fichero.

3) El tercero de los principios señalados anteriormente que se traduce en que el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

Otros principios garantizados que se encuentran en la Ley, datos especialmente protegidos en el sentido sobre qué se puede declarar y a qué no se está obligado, que tratamiento se puede hacer y sobre qué datos, y cuáles ficheros sobre determinados puntos (como por ejemplo raza o ideologías religiosas) se encuentran prohibidos; datos

⁶¹ Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, España, 13 de diciembre de 1999. artículo nº 3 letras b, c, d y e.

relativos a la salud en cuanto al tratamiento hecho por instituciones y profesionales vinculados a la salud; la seguridad del fichero y las medidas que debe adoptar el responsable del mismo; deber de secreto en cuanto al secreto profesional y al deber de guardar los datos; y por último, la comunicación de datos en cuanto “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.⁶²

En el Título III de la ley se garantizan ciertos derechos para las personas, entre los cuales se cuenta, el derecho de impugnación, el derecho de información y acceso, derecho de rectificación y cancelación y otros derechos tales como tener derecho a una indemnización en el caso de sufrir algún daño o lesión.

En cuanto a la circulación de datos con otros Estados, deberán realizarse con aquellos en que exista una regulación similar a la que se ha planteado en la presente Ley, lo que en Derecho Internacional se llama “principio de reciprocidad”.

El órgano fiscalizador de la correcta aplicación de la norma es la Agencia de Protección de Datos, creado para esta función, ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia.

Es lo que podemos decir de la normativa de uno de los países que posee una desarrollada protección de los datos personales, lo que se puede ver comparando su realidad jurídica con el resto de los países que conforman la Comunidad Europea, que como se verá, gracias a la dictación de la Directiva 95/46/CE tienen una regulación acorde al desarrollo económico, del mercado, y de la informática propia de los tiempos modernos.

⁶² Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, España, 13 de diciembre de 1999. artículo nº 11.

7.7 Comunidad Europea

Quisimos tratar en un punto aparte, la situación de la comunidad europea y de sus países miembros en un punto separado, dado que en el año 1995, con fecha 24 de octubre, se dicta la DIRECTIVA 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, elaborada en Luxemburgo. En esta norma, se busca la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en especial, proteger el derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El espíritu que motivó a la elaboración de este cuerpo legal, fue concebido desde un punto de vista conciliador ya que intenta armonizar “el respeto y la tutela de los derechos de las personas con el necesario tratamiento de los datos personales como elemento que impulsa el progreso de la economía y del mercado”, de esta forma, los Estados miembros de la Comunidad Europea “no podrán obstaculizar la libre circulación entre ellos de los datos personales por motivos de protección de los derechos y libertades de las personas físicas y en particular del derecho a la intimidad”⁶³. En virtud de los puntos señalados, lo que respecta al desarrollo económico de los países miembros es que se pensó en gestar una normativa que abordara la protección de los datos personales y la libre circulación entre los Estados miembros, la directiva asomaba como la solución a este problema que se derivaba del tropiezo que podía generarse con la legislación interna de cada Estado, sobre todo con aquellos Estados miembros que carecían de legislación aplicable a la protección de datos personales o si bien tenían, la protección era insuficiente sobre todo viéndolo desde el punto de vista de que fuera factible un intercambio de datos entre Estados. Este objetivo se vio plasmado en el apartado nº 2 del artículo nº 1, Objeto de la Directiva, que encabeza el texto de dicha norma, que señala: “Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1”.⁶⁴

⁶³ VLEX ESPAÑA. La directiva 95/46/CE de protección de las personas frente al tratamiento de sus datos personales y de la libre circulación de estos datos.[en línea]< <http://vlex.com/vid/directiva-frente-libre-circulacion-190765>>[consulta: 20 de junio de 2010]

⁶⁴ DIRECTIVA 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 24 de octubre de 1995. artículo nº 1, apartado nº 2

Para tener un entendimiento mas certero, acompañamos lo que señala el apartado nº 1 de la directiva: “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.⁶⁵

Esta Directiva, propone un desarrollo importantísimo dentro de la protección de las personas y específicamente, a la protección de los datos personales de las personas físicas, lo que vino a solucionar la situación de aquellos países miembros de la Comunidad Europea, que no tenía o tenían una protección deficiente con respecto a los datos personales, como es el caso inglés, que como se mencionó anteriormente, no se había desarrollado un sistema de protección de estos datos personales, como si tenían algunos otros Estados miembros. Con esta norma, se unifica el tratamiento y el intercambio de los datos entre los países miembros sin que existan limitaciones y trabas por obstáculos generados por las legislaciones nacionales de cada país miembro de la Comunidad Europea.

Algunos aspectos a destacar de esta Directiva, es la definición de ciertos conceptos, mismos conceptos que serán analizados desde el punto de vista de nuestra legislación, y que creemos importante acompañar en este trabajo, para tener una idea del enfoque europeo para estas definiciones. Dichos conceptos, están señalados en el artículo nº 2 de la Directiva, siendo los de mayor relevancia para nosotros los siguientes:

- "datos personales": toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado"); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.
- "tratamiento de datos personales" ("tratamiento"): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no, mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro,

⁶⁵ DIRECTIVA 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 24 de octubre de 1995. artículo nº 1, apartado nº 1

organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción

- "fichero de datos personales", "fichero": todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica".⁶⁶

Las disposiciones de la norma de los datos personales, según lo establece esta Directiva, para los Estados miembros de la Comunidad Europea, señala que se aplicarán para el tratamiento total o parcial automatizado de los datos personales. Lo establece, dentro de lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva, en el artículo nº 3 de la norma. También señala los casos en los que no se aplicarán los términos de la directiva al tratamiento de los datos personales, en el mismo artículo en su apartado nº 2: "efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal". Además se señala la situación del "efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o doméstica".⁶⁷

La Directiva también señala cuales son las condiciones generales para la licitud del tratamiento de los datos personales, éstos están establecidos en los artículos nº 6 y 7 de la norma en análisis, en los que se plasman los principios relativos a la calidad del dato, y los principios relativos a la legitimación del tratamiento del dato. A modo de resumes, con respecto a la calidad del dato se puede decir, en razón a lo establecido por la Directiva, que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: tratados de manera leal y lícita; recogidos con fines determinados, explícitos y

⁶⁶ DIRECTIVA 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 24 de octubre de 1995. artículo nº 2 letras a, b y c.

⁶⁷ DIRECTIVA 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 24 de octubre de 1995. artículo nº 3.

legítimos; adecuado, pertinentes; exactos y cuando sea necesario actualizados. Con respecto a la legitimación del tratamiento del dato, podemos señalar, que los Estados miembros accederán al tratamiento de datos personales solo en los casos establecidos en el artículo nº 7 de este cuerpo legal.

Es importante señalar, que los Estados miembros “prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad”.⁶⁸

El responsable del tratamiento del dato, o su representante, deberá informar a la persona de quien se recaben los datos la identidad del responsable del tratamiento o de su representante, y los fines del tratamiento de que serán objeto los datos. Además, el responsable del tratamiento del dato tiene la obligación de implementar todas las medidas que la Directiva impone para la seguridad y confidencialidad del tratamiento del dato personal.

Para la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros dispondrán de autoridades públicas que se encargarán de fiscalizar y supervigilar las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente norma.

Esto, a grandes rasgos, es el aporte que ha realizado la Comunidad Europea en lo que respecta a la protección de los datos personales, dándole una seguridad jurídica, tanto para el organismo internacional que representa, como para aquellos países que la integran, en la que el tratamiento normativo de la protección de estos datos era nula o no conseguía una protección adecuada que satisficiera las necesidades de las personas en torno a su derecho a la intimidad y la vida privada.

⁶⁸ DIRECTIVA 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 24 de octubre de 1995. artículo nº 8.

8. GARANTÍA A LOS DERECHOS: CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE.

8.1 La dignidad de la persona.

En nuestra Carta Fundamental, “en el **Capítulo III** se resume una Cosmovisión del Hombre, la Sociedad y el Estado, focalizada en la **dignidad** del primero”.⁶⁹

Se “destaca que los derechos humanos son esenciales a la persona. Esta aseveración se funda en el **artículo 1º** y en el **artículo 5º inciso 2º** de la Constitución”.⁷⁰

En la **Comisión Ortúzar**, en las argumentaciones respecto al Art. 19 Nº 4 se sostiene: “Toda persona tiene derecho a un grado de honra ¿A qué grado? A aquel que **emana de la dignidad** de la persona humana”.⁷¹

En cuanto a la caracterización del estatuto de la persona, “el Capítulo III se refiere a la Parte Dogmática de la Constitución”.⁷²

Y es imperativo “**subrayar la dignidad como sustento efectivo de estos Derechos y Deberes correlativos**. Ellos son reconocidos como inherentes a la dignidad de la persona humana”.⁷³

Para el profesor CEA, da un concepto de **dignidad**, y lo define de la siguiente manera: “**la cualidad del ser humano**” (...) **atributo de él, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin, con su responsabilidad**” (...) **depósito**,

⁶⁹ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 18.

⁷⁰ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 19.

⁷¹ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 91.

⁷² CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 4.

⁷³ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 5.

máximo o supremo de valores que integran su espíritu y materia”. Es “el más profundo y, por lo mismo, básico de los valores que caracterizan al hombre”.⁷⁴

En el **preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su inciso primero**, se lee que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad intrínseca** y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.⁷⁵

En la **Constitución Política de la República de Chile** en el **capítulo III** de la Constitución Política de la República denominado “**De los Derechos y Deberes Constitucionales**”, que representa la parte dogmática de la Constitución, el **artículo 19 n° 4** señala que: “**La Constitución asegura a todas las personas:” n° 4” el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia” y el n° 5 “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.**⁷⁶

Comentarios a la disposición recién indicada:

-Como se observa, “el constituyente hace gala de una deficiente sistematización, al incluir en un mismo numeral dos garantías que son totalmente distintas y cuyos fundamentos son distintos también: la vida privada (...) de la persona, y su honor”.⁷⁷

El derecho a la vida privada es un derecho de la personalidad referido a aquellos llamados derechos de la individualidad, concernidos a los derechos de la persona libre (como también lo son los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual). Es un derecho emanado de la libertad.⁷⁸

El derecho al honor no emana de la libertad, es un concepto más cercano a la dignidad y a su integridad. Honra es entendida por JOSÉ LUIS CEA EGAÑA como el

⁷⁴ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, Santiago de Chile, 1999, pág 6.

⁷⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, diciembre de 1948, preámbulo, inciso 1°.

⁷⁶ Constitución Política de la República de Chile, Ministerio del Interior, Santiago, Chile, octubre de 1980. artículo 19 n° s 4 y 5.

⁷⁷ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 10.

⁷⁸ DUCCI CLARO, Carlos, Derecho Civil. Parte general. 1ª edición , Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1990, págs. 10 y ss

honor en sentido objetivo, es “la buena fama, el crédito o reputación que una persona goza ante el prójimo”⁷⁹

Es una consagración genérica de la vida privada y su honor ubicados en el numeral **4** del art. 19 de la CPR, aparta la protección algunos aspectos físicos de la esfera de intimidad en el n° **5**, como son el hogar y las comunicaciones.

Los bienes jurídicos protegidos son:

Primero, “el respeto y protección a la vida privada”.

Segundo, “respeto y protección de la honra de la persona y de su familia”.⁸⁰

Tercero, “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

8.2 Las garantías.

Al citar a SANCHO JARAÍZ al principio del Capítulo Segundo:” los derechos valen lo que valen sus garantías”⁸¹, debemos precisar que en el **Capítulo I de la Constitución Política de la República**, en lo que se refiere a las **Bases de la Institucionalidad**, las garantías son mencionadas en el **Artículo 1** de la Constitución.

El ordenamiento jurídico reserva un espacio en que el “ius eminens” del Estado (la posición de preeminencia y supremacía de la Administración sobre los ciudadanos invocando fines como el interés público o el bien común, por ejemplo) no puede irrumpir fácilmente, y ese espacio reservado es la esfera más íntima de la persona, ya que está protegida constitucionalmente.

⁷⁹ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 94.

⁸⁰ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 93.

⁸¹ SANCHO JARAÍZ, Daniel: Manual de Derecho Administrativo, 1 °Ed., Madrid, Ed. Colex, 1997, pág. 406.

Los derechos fundamentales y sus garantías son derechos subjetivos públicos, oponibles frente al Estado, derechos que son esenciales (Art. 5º, inciso 2º) porque emanan de la naturaleza humana. “El carácter inequívoco de estos derechos, como derechos subjetivos públicos, resulta de la sola lectura del artículo 20 de la Constitución cuando señala que la Corte de Apelaciones respectiva adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”⁸²

Las garantías que la Constitución otorga a las personas son el recurso de protección (artículo 20), el recurso de amparo (artículo 21), el contenido esencial (artículo 19 número 26), la reserva de ley (unida al principio de legalidad).

El artículo 5 inciso 2º de la Constitución expresa que el “ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. **Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución,** así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”

Así como anteriormente citamos al profesor CEA para dar un concepto de dignidad, ahora lo haremos para dar un concepto de garantía. Según el profesor, las garantías son **“las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción – preventivamente o ex post-, decisión y cumplimiento por la Magistratura permite que cobren tanto seguridad cuanto realidad las Declaraciones de Derechos y Deberes Fundamentales”**.⁸³

Las “acciones y recursos deben ser eficaces, pero no sólo en la sede judicial, sino que también ante todo órgano que ejerza jurisdicción”.⁸⁴

⁸² CORDERO VEGA, Luis. Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo, Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público N° 64 Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

⁸³ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999., pág 3.

⁸⁴ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999,pág 3.

Las garantías son las que infunden vigencia a las Declaraciones, llevándolas a ser principios y normas eficaces y efectivos en la realidad cotidiana, tutelan derechos y auxilian la exigencia del cumplimiento de los deberes respectivos.

La referencia al respeto y protección de la vida privada y de la honra, está en la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Chile, en donde están los principios y normas básicas en que se pregonan los derechos y deberes y las acciones y recursos para protegerlos (garantías).

“Aclaro (...) que las garantías a que se alude coexisten sólo para **tutelar** derechos, sino que, con semejante finalidad, para exigir el cumplimiento de los deberes respectivos”.⁸⁵

Sostiene el profesor CEA que lesionar, ofender o destruir la vida privada, por ejemplo, “a través de la difusión de una noticia deshonrosa (...) es desintegrar al yo (...), conlleva angustia, síndromes traumáticos o la desesperanza más devastadora de la autoestima que se requiere para emprender, realizar o seguir un proyecto de vida personal”.⁸⁶

En consecuencia, al lesionar, ofender o destruir la vida privada siempre se daña a la persona, se quebranta la integridad psíquica y física de la persona, se penetra en su intimidad, se enloda su honor o se afecta su libertad de conciencia. En la dignidad encontramos la explicación y justificación del reconocimiento y promoción de los derechos humanos (...), como la vida, la integridad, la intimidad, el honor y la imagen propia, porque configuran la identidad de los sujetos.

Si los derechos valen lo que valen sus garantías, la garantía que la Administración otorga a los particulares se materializa a través del recurso de protección que permite la

⁸⁵ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 4.

⁸⁶ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999., pág 6 y 7.

posibilidad de recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva para que cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho a la vida privada, a consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, a fin de que se adopten de inmediato las providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.

9. MODIFICACIÓN DEL ARTICULO 19 Nº 4 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La redacción de la Constitución en principio era más larga y aludía no sólo al respeto y protección de la vida privada, sino también a la vida pública. Su texto primigenio aseguraba a todas las personas “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”.

La vida pública es “aquella vida referente a las personas de notoriedad pública, sean o no autoridades o funcionarios públicos”.⁸⁷

También se incluía en el inciso segundo del artículo 19 Nº 4 a las infracciones cometidas a través de un medio de comunicación social y que expresaba: “La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que causare injustificadamente daño o descrédito a una persona o su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley (...)”.

La protección de la vida pública y las infracciones cometidas a través de un medio de comunicación social fueron excluidas con la reforma a la Constitución en el año 2005.

Y la **ley 19.048** de febrero de 1991 sobre abusos de publicidad, en su artículo 2, la que establece una serie de modificaciones en ese entonces señalaba que **no se consideran hechos de la vida privada:**

1.”Lo relativo al desempeño de funciones públicas”

⁸⁷ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1º ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999., pág 94.

2. “Los actos realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento posea interés público real”.
3. “Las actividades a las cuales ya tenido libre acceso el público, sean a título oneroso o gratuito”.
4. “Todo lo que, con el consentimiento del interesado, hubiere sido captado o difundido por algún medio de comunicación social”.⁸⁸

La Comisión de Estudio de la Constitución tenía el propósito de hacer una consagración genérica de este derecho, por lo que se había insinuado que el N° 5 (hogar y comunicaciones: aspectos físicos del derecho a la vida privada) y el N° 4 (vida privada) se fundieran solo en uno, “sobre la protección de la vida privada. Sin embargo, la disposición omite señalar un contenido específico o genérico a este derecho. **Corresponde, por ende, a la ley civil o a la jurisprudencia determinarlo colmando así el vacío producido**”.⁸⁹

10. CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA PRIVADA.

Constitución Política de la República de Chile.

En el **artículo 19** se establece en la Constitución que asegura a todas las personas, en su **numeral 4°** el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia y en el **numeral° 5** la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (...)

Tenemos, entonces, una consagración genérica de la vida privada en el numeral **4** del artículo 19 de la Constitución, con dos derechos diferentes, el honor y el derecho a la vida privada. Algunos aspectos físicos de la esfera de intimidad en el numeral **5**: el hogar y las comunicaciones, están separados en su protección de la privacidad.

⁸⁸ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 94.

⁸⁹ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 9.

En la Constitución la garantía del artículo 19 número 4, se refiere al respeto y protección de la **VIDA PRIVADA**. Observamos que el legislador abordó este derecho desde una **perspectiva amplia**, que **abarca todas las facetas de la intimidad**, no limitada a lo que la persona se reserva para sí mismo, sino al que hace partícipe a otros, dada su naturaleza social, pero que en ello excluye a terceros. Dado que es difícil abarcar en un concepto una definición tan amplia que incluya todos los casos que se pueda suscitar el atropello a la vida privada, se opta por dar algunas características del derecho, para que el juez resuelva caso a caso.

También la jurisprudencia se ha encargado de dar ciertas directrices en torno a la vida privada. En sentencia de la Corte Suprema de 7 de julio de 1988, la Corte dijo que: “Determinar cuándo debe entenderse lesionada la vida privada de una persona es materia reservada a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, ya que no podría la ley, y menos la Constitución, entrar a determinar casos y circunstancias en que ello puede tener lugar”.⁹⁰

De la misma forma, tal como la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de cómo entender la vida privada, la doctrina a través de organismos pertenecientes a poderes del Estado, así como también por medio de autores que han querido dar su punto de vista acerca de este concepto, se han referido a la vida privada, y le han dado el enfoque que a continuación exponemos:

1) La **Cámara de Diputados**, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 20 de mayo de 1996, definió la vida privada como “el entorno inmediato y los aspectos más reservados de la vida privada y de la propia persona que todo individuo tiene derecho a mantener fuera de toda intromisión” Sobre el derecho a la intimidad nos dice:” el reconocimiento de que el concepto amplio de libertad exige que cada persona tenga un ámbito de desarrollo y expresión”.⁹¹

2) **EDUARDO NOVOA MONREAL**, sostenía que la **vida privada** está constituida por “aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que

⁹⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, sección V, pág. 119

⁹¹ Boletín 896-07(S), p. 153

normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”.⁹²

3) La abogada española **Aurelia ROMERO COLOMA** define la vida privada como: **Vida Privada** es “aquel sector de la vida humana que se desarrolla a la vista de pocos o que constituye la vida personal, particular de un sujeto, a la que nadie tiene acceso”. La autora además aporta con una definición de **Intimidad**: “es la zona espiritual, reservada, de una persona o de un grupo, entendiendo que la palabra grupo se entiende a la familia”.⁹³ Señala que **Íntimo** “es lo más personal”. También nos dice que es aquel derecho que protege todo aquello que le es propio (a la persona) y exclusivo, en cuyo uso y ejercicio se afirma en su propiedad y exclusividad, al mismo tiempo que se manifiesta como persona y como sujeto de derecho.

La vida privada abarca todas las facetas de la intimidad.

Habitualmente se define **intimidad** como aquel ámbito de la vida que tiene el carácter de personalísimo y que el titular del derecho desea mantener de su exclusivo conocimiento, o el de determinadas personas. La abogada española **Aurelia ROMERO COLOMA** expresa al respecto “Es evidente que cada persona puede desvelar, por libre deseo, una parte de su intimidad a las otras, surgiendo para éstas un deber de secreto”

Para **ROMERO COLOMA**, algo será íntimo en la medida en que el sujeto quiera excluir su conocimiento a los terceros. La intimidad no se pierde por compartirla con otros a los que elige, ya que siempre habrá terceros que el titular de derechos excluirá. A los que la persona devela parte de su intimidad les asiste el deber de secreto, el que constituye una especie del derecho a la intimidad.

⁹² NOVOA MONREAL, Eduardo: Derecho a la Vida Privada y libertad de información, un conflicto de derechos, 5º edición, México, Siglo Veintiuno editores, 1997, pág. 49.

⁹³ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1º ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 32.

4) Otro punto de vista es aportado por el abogado **FRANCISCO GONZÁLEZ HOCH** que precisa:

1.-**Privacidad**, neologismo que nace del término privacy usado en el derecho angloamericano, y “que es extraordinariamente amplio, siendo muy difícil determinar con exactitud su núcleo de significado”. Ésta va comprendiendo desde aspectos penales (ejemplo: la prohibición de obtener pruebas mediante actos ilícitos), decisiones muy personales (cercano a lo que conocemos como ámbito de "autonomía"), incluyendo protección a la honra, imagen, inviolabilidad de las comunicaciones, etc. Incluye también la intimidad.⁹⁴

2.-**Intimidad** se refiere a que “es mucho más acotado y preciso que el de “privacidad” y se refiere al ámbito de lo reservado, lo secreto, lo íntimo, del cual se puede excluir a terceros”.⁹⁵

Según el autor, cuando la Constitución política de la República de Chile se refiere a "vida privada" se refiere a la intimidad, en el sentido que se ocupa en derecho continental: con facultades de exclusión y de control.

5) El abogado **SEBASTIAN RIOS LABBÉ** define el **derecho a la intimidad** como “aquel derecho de la personalidad cuyo objeto es conservar fuera del conocimiento de los demás, los relativos a su persona, materiales e inmateriales, que estime convenientes, sin más limitaciones que las que imponga la ley”.⁹⁶ Se pueden señalar como ejemplo de **Aspectos materiales** el cuerpo, como ejemplo de **Aspectos inmateriales** se puede mencionar a los **DATOS PERSONALES**.

6) El profesor **CEA EGAÑA** se refiere a la vida privada diciendo que la intromisión en ella es “la intrusión maliciosa en asuntos, documentos, comunicaciones o recintos que

⁹⁴ GONZÁLEZ HOCH, Francisco: “Modelos comparados de protección de la Información digital y la ley chilena de datos de carácter personal”, Santiago, 2002 pág. 154.

⁹⁵ GONZÁLEZ HOCH, Francisco: “Modelos comparados de protección de la Información digital y la ley chilena de datos de carácter personal”, Santiago, 2002 pág. 154.

⁹⁶ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 12.

el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”.⁹⁷

7) El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** al interpretar el artículo 38 del Convención Europea de Derechos Humanos respecto a la vida privada “le da una noción amplia”.⁹⁸

Ello porque considera que limitarla a un “círculo íntimo” sería demasiado restrictivo, porque implicaría excluir el mundo exterior de ese círculo y sostiene que el respeto a este derecho debe contener el derecho de la persona a “anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre intimidad y vida privada o diferencia varios grados de intimidad dentro de la vida privada. Según el Tribunal ya mencionado, la vida privada comprende la integridad síquica y moral, la cual abarca la vida sexual.

8) Sabemos que la Comisión de Estudio de la Constitución se había propuesto hacer una consagración genérica de este derecho, fundiendo en uno solo, el N° 4 y el N° 5, la protección de la vida privada.

La Constitución Política de la República hace una consagración genérica de la vida privada y su honor ubicada en el numeral **4** del Artículo 19, independiente de que además aparta la protección algunos aspectos físicos de la esfera de intimidad en el n° **5**, como son el hogar y las comunicaciones.

Es decir, la Constitución Política finalmente habla de la noción amplia: la vida privada, no específica: la intimidad. Recordemos que íntimo es lo más personal.

9) Para la **Jurisprudencia en Chile** el respeto a la vida privada y a la honra de las personas es un valor jurídico institucional muy importante y así lo ha expresado: “...el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la

⁹⁷ CEA EGAÑA, José Luis: Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho Deberes y Garantías Constitucionales, 1° ed. Santiago de Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, pág 93.

⁹⁸ RUIZ MIGUEL, Carlos: “El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. 1° ed., Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1994, pág 34.

familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”⁹⁹.

La Corte de Apelaciones de Santiago definió los siguientes términos:

“Por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento; mientras que por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen terceros, aun sin su consentimiento, siempre que sea de real trascendencia”¹⁰⁰.

10) Por consiguiente para nosotros, la VIDA PRIVADA **es la esfera de la vida de las personas que, en ejercicio de la libertad y autonomía, deciden sustraer del conocimiento de terceros, sin perjuicio de compartirlo con aquellos que la persona decida, y que su conocimiento por estos terceros sin el consentimiento previo de su titular, lesiona su integridad y con ello su dignidad.**

Recordemos que el profesor CEA EGAÑA sostiene que lesionar, ofender o destruir la vida privada conlleva angustia, síndromes traumáticos o la desesperanza más devastadora de la autoestima que se requiere para emprender, realizar o seguir un proyecto de vida personal.

11. LEY Nº 19.628 SOBRE “PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA”

La abogada de la Universidad de Chile, PAULA JERVIS ORTIZ señala que hay dos tipos de conductas frente a los datos personales, atendiendo al sujeto que se relaciona con ellos: por una parte los titulares de datos que no desean que su información sea tratada y por otra quienes deseen procesar una información para fines

⁹⁹ CORTE SUPREMA. Considerando 3º sentencia causa rol ingreso Corte 21053, 15 de junio de 1993, pág 189.

¹⁰⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Considerando 7º sentencia causa rol ingreso Corte 983-1993, 31 de mayo de 1993, pág 132.

determinados, por ejemplo, para realizar marketing. Éste conflicto de intereses debe ser solucionado, sea por autorregulación (a través de códigos de conducta), sea a través del mercado o de normas legales.¹⁰¹

Dentro de las posibles soluciones al conflicto de intereses encontramos el marco legal del tratamiento de datos. Desde los orígenes de la Ley N° 19.628 sobre la **protección de la vida privada** orientó las discusiones parlamentarias, y a ello se debe el nombre de la ley, sin embargo no se logró este objetivo y terminó siendo una ley sólo para la protección de información personal almacenada y manejada en base de datos automatizadas.

Respecto a las funciones que se espera que las normas debieran cumplir en este conflicto de intereses a fin de dirimir, sería la existencia de mecanismos de control ante el tratamiento ilegítimo de datos personales¹⁰², velar por los derechos de los afectados por el tratamiento de datos¹⁰³, propender al equilibrio de la información que poseen los actores, simetría de información del titular de datos y los responsables de los registros, régimen sancionatorio adecuado que desincentive las infracciones a la norma, existencia de organismos de control¹⁰⁴.

El “Habeas Data” de la ley 19.628 o de “Protección de la Vida Privada” tiene una denominación que no es la más acertada ya que “su nombre induce a error, por cuanto trata tan sólo uno de los aspectos que dicen relación con la intimidad de las personas: el funcionamiento de las bases de datos personales y sensibles y las responsabilidades por su manejo”.¹⁰⁵ Es lo que se puede desprender de lo establecido en el título preliminar de la ley y especialmente lo que señala el artículo 1° de la misma.

¹⁰¹ JERVIS ORTIZ, Paula. Modelo de Propuesta Regulatoria al Mercado de Datos Personales en Chile. Revista de Derecho Informático.8: ISSN 0717-9162, 2006.

¹⁰² GONZALEZ HOCH, Francisco. Modelos comparados de protección de información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. EN Cuadernos de Extensión Jurídica –U. de Los Andes. 5:153-178, 2001.

¹⁰³ CERDA SILVA, Alberto. La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales. Facultad de Derecho U. de Chile.2003, pág 97.

¹⁰⁴ JERVIS ORTIZ, Paula. Modelo de Propuesta Regulatoria al Mercado de Datos Personales en Chile. Revista de Derecho Informático.8: ISSN 0717-9162, 2006.

¹⁰⁵ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 132.

“La tramitación de la ley” (Nº 19.628), que “partió como una normativa dirigida a proteger a la intimidad y se convirtió finalmente en una ley de protección de datos”.¹⁰⁶

Pese a que la ley se denomina a sí misma de protección de la vida privada, y en el proyecto, de protección de datos de carácter personal, no es su objeto principal, y “es indudable que contiene, aunque no lo sea en su totalidad, el marco legal que regula la actividad económica- esto es lucrativa- de tratamiento de datos”.¹⁰⁷

12.1 La importancia del Derecho a la vida privada.

La importancia de este derecho radica en lo que permita a una persona recogerse en sí y encontrar un espacio que le permita desarrollarse como tal. Su función es permitir reservar un ámbito de su vida para sí mismo, a fin de vivir de una manera grata, libre de perturbaciones o injerencias de terceros sobre toda su persona, ya que existen sentimientos básicos, como la discreción y el pudor, que exigen protección de la intimidad como **expresión de su propia libertad de reservar ese espacio para sí o para compartirlo con quienes elija.**

Implica tener un **control sobre la información propia.** Las intromisiones producen una turbación moral, desasosiego, pérdida del equilibrio síquico.

Por lo tanto, **asiste la necesidad de proteger este derecho porque con ello se protege la libertad y la autonomía de los ciudadanos.**

¹⁰⁶CORRAL, Talcini: Los derechos de las personas sobre los responsables de datos: el Hábeas Data chileno. En su: “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, p. 58, ISBN 956-7160-21-)

¹⁰⁷ BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, p. 27, ISBN 956-7160-21-X

12. LA HONRA.

La abogada y autora española Aurelia Romero define la **honra** como algo que “generalmente, es aquel juicio que la opinión forma de una conducta”.¹⁰⁸

De igual forma la autora mencionada también nos señala que es para ella el **honor** “consiste en el conjunto de relaciones de reconocimiento que se derivan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad”.¹⁰⁹

“El **derecho al honor** no emana de la libertad (como sí emana la intimidad), sino que, más bien, se encuentra más ligado al concepto de dignidad humana”, señala RÍOS LABBE.¹¹⁰

Ya que es un concepto íntimamente ligado a la dignidad de la persona, es comprendida la dignidad como moral de las personas. Su finalidad es proteger una posición igualitaria en las relaciones en sociedad.

El honor es un derecho autónomo, distinto del derecho a la vida privada.

Están cercanos, mas no necesariamente coinciden. Se puede sacar a la luz pública un hecho personal y no afectar la honra. Como se puede afectar la honra sin sacar un acontecimiento personal de la esfera privada.

DE CUPIS, de la doctrina italiana, ofrece un concepto de honor con un doble sentido: “El objetivo, que tiene en cuenta la opinión de los demás, de la sociedad, de los terceros”. El “subjetivo, que mira hacia dentro, es decir, al propio ser humano, a su apreciación interna, a su intrínseca opinión”.¹¹¹

“(…) el término honra tiene dos acepciones: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y b) objetivo: que es una reputación de buena fama que los terceros tienen de cada uno, amparando la Constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio el objetivo forma parte de la

¹⁰⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 9.

¹⁰⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 9.

¹¹⁰ RÍOS LABBÉ, Sebastián: La Protección Civil del Derecho a la Intimidad, 1° ed., Santiago de Chile, 2003 pág. 17.

¹¹¹ ROMERO COLOMA, Aurelia: Los Derechos al Honor y a la Intimidad frente a la Libertad de Expresión e Información, 1° ed. Barcelona España, editorial Serlipost, 1991, pág. 11.

convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituya la proyección de la dignidad humana”¹¹².

Los atentados al derecho a la vida privada y a la honra tienen en común producir una turbación moral, una pérdida del equilibrio síquico, por lo que se podría hablar de una **lesión en la integridad** de su titular, **vulnerando el artículo 19 nº1, el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile** en la vinculación de la honra a la dignidad de las personas.

13. ROL DEL ESTADO.

Dentro de los principios inspiradores de los códigos influenciados por el de Napoleón, están la libertad, la igualdad y la voluntad. En las regulaciones económicas respecto a la autonomía privada, el **rol del Estado** ha cambiado, **desde “productor hacia generador de igualdad de oportunidades y regulador de distorsiones económicas”**.¹¹³

En este mundo altamente tecnologizado, en el que la **información** tiene un papel preponderante para tomar decisiones, es una obligación tener acceso a ella, sobre todo “cuando existen asimetrías entre la posición de las partes, en atención a que una de ellas posee una información sustancialmente mayor sobre el objeto del contrato”. La información debe ponerse a disposición de los ciudadanos que se beneficiarán del sistema previsional, ya que esa información básica “debe ponerse a disposición del público en (...) contratos previsionales de capitalización individual con administradoras de fondos de pensiones y de rentas vitalicias”.¹¹⁴

Dado el nuevo rol del Estado y como límite de orden público económico, en el caso de las A.F.P e I.P.S. vistos en la primera parte de este estudio, situación que

¹¹² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Considerando 7° sentencia causa rol 983-1993, 31 de mayo de 1993, pág 132.

¹¹³ TAPIA R., Mauricio: “El Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas”, 1° ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pág. 917.

¹¹⁴ TAPIA R., Mauricio: “El Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas”, 1° ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pág. 931.

pretende cambiarse con la vigencia de la nueva ley que perfecciona el sistema previsional, sobre todo en lo referente a las nuevas instituciones que se crearon, su rol en el acceso a la información y su límite en la vida privada garantizada por nuestra Constitución Política de la República.

14. JURISPRUDENCIA LABORAL QUE DEFIENDE LA VIDA PRIVADA.

En este punto, señalaremos algunas sentencias dictadas por distintos tribunales del país, en materia laboral, que muestran la postura de los tribunales en la protección que se da a la vida privada, a través de sus pronunciamientos toda vez que fue requerida su intervención en un caso concreto de violación a la vida privada.

A) La primera mención que haremos, de acerca de una sentencia dictada por el Juez del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, de fecha quince de septiembre de 2008, frente a una demanda presentada por una trabajadora, en contra de la Sociedad de Profesionales Kronos, cuyo RIT es el T-1-2008, en la que la demandante solicita se declare su despido como vulneratorio de derechos fundamentales, y procedan las indemnizaciones correspondientes. Funda su acción, en la relación laboral que tiene con la demandada, que esta, despide a la demandante invocando como causal el artículo 160 n° 7 del Código del Trabajo, que corresponde a incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato fundado en que supuestamente la actora habría entregado información confidencial vía electrónica sin autorización de sus jefes a personal profesional de la empresa Salfa Construcciones. En la demanda, se sostiene que los fundamentos entregados para invocar la causal de despido, demuestran que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada, entre lo que se debe considerar en este caso el sistema llamado MESSENGER, que respalda en carpetas el contenido de las conversaciones con otros contactos que están en la lista de cada usuario al cual solo se accede por medio de una clave personal, la que en este caso, nunca se proporcionó a ninguna persona, y menos a la empresa demandada, invocando como fundamento de derecho en la

demanda, el artículo 19 n° 5 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo. Tampoco existía en el contrato, ni en el reglamento interno de la empresa, nada que autorizara a la empresa a conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores.

La parte demandada argumenta en su contestación, que no habría vulneración de la garantía contemplada en la norma ya citada, específicamente a lo que se refiere a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. La empresa contrató a la demandante como ITO ADMINISTRATIVO, siendo responsable en dichas funciones de llevar a cabo una serie de acciones estratégicas y altamente sensibles, por esto la actora habría conocido cabalmente el andamiaje administrativo, y manejo de información confidencial de la empresa, cuya divulgación podía producir la pérdida de millones de pesos por parte de la demandada. La demandante, habría incumplido esto al enviar información confidencial de la empresa a una funcionaria de una empresa contratista, mencionada anteriormente, y entregados textualmente mails electrónicos enviados por el jefe de la demandante. Toma en cuenta el reglamento interno de la empresa, que dice textualmente: “el respetar la empresa y a su representante, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad; considerándose contrario a este deber, el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa en que trabaja”. Este reglamento, había sido recepcionado con anterioridad por la actora, por lo que se sostiene por parte de la defensa, de este modo, habría infringido este reglamento enviando esta información confidencial por medio del sistema de chat ya antes mencionado, ignorando, según lo plantea la parte demandada, que el sistema crea una carpeta de respaldo la que queda almacenada en la carpeta MIS DOCUMENTOS, información a la que se puede acceder sin necesidad de una clave de entrada, es por esto, que se sorprendió a la actora de manera accidental en su falta. Además, señala la parte demandada, a la demandante ya se le había indicado que fuera más cuidadosa con su información privada.

Luego de tramitado el juicio, habiéndose fijado el auto de prueba, fijando los puntos sustanciales pertinentes y controvertidos, que cabe señalar, fueron la efectividad que el despido se determinó por acceso a información de carácter privado de la actora, cuyo conocimiento y utilización no era factible para la demandada, punto,

que a nuestro criterio, enmarcándolo en el tema es el de mayor relevancia para determinar el fallo de este caso; labores que efectuaba la actora, para efectos del despido; efectividad de haber enviado la actora información confidencial, forma en que la demandada tomó conocimiento de la información, y el último punto efectividad de que el computador desde el que se extrajo la información no era de uso exclusivo de la demandante de autos. Como indicábamos, se siguió el curso del juicio, y el pronunciamiento del tribunal fue que se acogió la demanda interpuesta indicándose en el fallo que el despido efectuado por la Sociedad de Profesionales Kronos Ltda. ha sido consecuencia directa de la vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, se condena a una indemnización, y se obliga a la empresa a incluir dentro del reglamento interno de la empresa, el trato en lo que dice relación con el tráfico de las comunicaciones privadas por vía electrónica, que claramente, según indicó la demandada en su contestación de demanda, no figuraba en específico dentro del reglamento interno de la empresa.

B) Otro caso es la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte Suprema de fecha 19 de abril de 2006, por la Primera Sala, por causa ROL 1185-06, en la que el recurrente habría impugnado fiscalización de los fiscalizadores del trabajo por no escrituración de contrato de trabajo; no entregar comprobante de pago en las remuneraciones, no llevar control de asistencia de sus dependientes, llegando la Corte a confirmar la sentencia apelada por actuación arbitraria e ilegal de la parte recurrente. Pero lo fundamental para el tema que estamos analizando, es el punto 9º que aparece en el fallo y que se toma como fundamento para su dictación: “Que los hechos expuestos denotan una transgresión a lo dispuesto en los artículos 2, 5 y 8 del Código del Trabajo. En efecto el artículo 2º referido, establece en su inciso 2º Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.; por su parte el artículo 5º dispone El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, **tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.** Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan

podido convenir libremente. Finalmente, el artículo 8º establece en su inciso 1º Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo., esto es bajo subordinación y dependencia circunstancias que se ha dicho concurren en la especie”. Señalamos esta sentencia para demostrar como en la dictación de los fallos, es importante esta garantía de la protección de la vida privada de las personas.

C) Otra sentencia que también toman en cuenta el punto de la vida privada para su dictación: ROL-907-06, dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema, de fecha 19 de abril de 2006.

CAPITULO TERCERO.

los datos personales, respecto de la ley que pretende perfecciona el sistema previsional, ley 20.255.

El régimen de capitalización individual, mediante las AFP, en general ha generado efectos positivos en el crecimiento y desarrollo del mercado de capitales.

Sin perjuicio de lo expuesto, uno de los factores que influenció la reforma al sistema de pensiones, fue que era necesario reformar el sistema en distintos aspectos, por ejemplo, **reestructurando funcionamiento de la Institucionalidad Pública**. Para poder llevar a cabo el ejercicio de esta nueva implementación en el sistema de pensiones, los organismos que participan en la gestión encomendada por esta Ley para el cumplimiento de los objetivos planteados por la misma deben adquirir datos de los beneficiarios de la normativa, por lo que el tratamiento de los mismos deben ceñirse a la legislación y protección pertinente a la vida privada y los datos personales. El estudio y el fin planteado por nosotros es analizar si esta Ley. n° 20.255 cumple con la normativa establecida para dicha protección, si en la Ley misma se trata este tema, o en caso de no cumplirse con lo descrito, entregar alguna solución de cómo la Ley n° 20.255 debe abordar la protección a la vida privada, que como se dijo en el capítulo anterior, es una garantía constitucional.

Es por el aspecto señalado anteriormente, que la ley que establece reforma previsional para mejorar el sistema previsional merece importante atención, en especial en lo que dice relación al **I.P.S o Instituto de Previsión Social y los C.A.P.I. o Centros de Atención Previsional Integral**, establecidos por la Ley 20.255, en sus artículos 53 y 60 respectivamente, en lo que dice relación a información relevante del ciudadano, sea dando información al usuario sobre su situación previsional, o al recibir solicitudes de pensiones y de selección de modalidad de pensión.

También los **C.A.P.I.**, a través del **acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales**, verificarán el cumplimiento de los requisitos que puedan permitir acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites relacionados al otorgamiento, modificación y cese de beneficios, que da el IPS como continuador legal del INP, todo ello dentro del

mundo de la informática, en el que la información digital de los titulares de datos, si se trata de su vida privada, sea garantizada con la debida seguridad, confidencialidad y reserva.

HUMERES sostiene que “independiente de la fórmula por la cual se opte para operar el sistema de Seguridad Social, siempre el Estado tendrá una función a ejercer con un mayor o menor grado de intensidad: la de controlar el funcionamiento del modelo en sí”.¹¹⁵

La informática nos plantea numerosos problemas, entre algunos de ellos podemos señalar a modo de ejemplo los que aporta el autor MIGUEL ANGEL DAVARA RODRIGUEZ en su manual de Derecho Informático, tales como:

- i.-“los derechos y obligaciones de los creadores, distribuidores y usuarios de bases de datos jurídicos”,¹¹⁶
- ii.-las “leyes de protección de datos que desarrollan la protección jurídica a los derechos de los ciudadanos ante la potencial agresividad de la información, con respecto al tratamiento de datos de carácter personal”.¹¹⁷

Para comenzar el presente estudio, es necesario tener claridad respecto de **algunos conceptos** que nos servirán para tener un consenso e ir estructurando el estudio bajo un prisma común, conceptos aportados por el mismo autor citado. Los siguientes son los conceptos aportados por el autor:

a.- Informática, según DAVARA es “la ciencia del tratamiento automático de la información”.¹¹⁸

b.- Otro concepto aportado por el autor es el concepto de **Telemática, el que lo define**

¹¹⁵ HUMERES NOGUER, Héctor: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 16 ed, Santiago, Chile, Ed Jurídica de Chile, 2000, pág. 446.

¹¹⁶ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997, pág. 25.

¹¹⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997, pág. 25 y 26.

¹¹⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997, pág. 22.

como “la simbiosis entre Informática y las Comunicaciones”.¹¹⁹

c.- Asimismo, aporta un concepto de **Derecho Informático, señalando que** es la regulación de la informática por el derecho, o en palabras del autor citado: “La Informática debe ser regulada en toda su implicación social por el Derecho”.¹²⁰

15. CONCEPTO DE DATOS PERSONALES.

La **Ley Nº 19.628** sobre protección de la vida privada regula el tratamiento de los datos de carácter personal en registro o base de datos en el **Artículo 1º** de la ley.

El artículo 2, letra f) define los datos de carácter personal o datos personales, como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Es decir, no sólo se refieren a personas determinadas, sino también determinables, es decir, “cuando sometido el dato a cierto proceso es posible establecer el sujeto respecto de quien se predica, esto es, basta que esa información sea susceptible de ser asociada a determinado sujeto, de quien la estamos predicando, por ejemplo mediante el empleo de su rol único tributario”¹²¹.

15.1 Definiciones.

Aportaremos en este trabajo dos definiciones de datos de carácter personal o datos personales, una que está establecida en la ley orgánica española de protección de datos personales , el de la DIRECTIVA 95/46/CE y a las que hicimos referencia en el capítulo segundo y otro que nos proporciona el autor MIGUEL ANGEL DAVARA.

¹¹⁹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra, 1997, pág. 23.

¹²⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra, 1997, pág. 24.

¹²¹ DEPARTAMENTO DERECHO INFORMÁTICO FACULTADE DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. [en línea] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14645%2526ISID%253D292%2526PRT%253D14643,00.html> [consulta 27 de junio de 2010]

Datos de carácter personal o datos personales, son:

a.- según la Ley Orgánica española de protección de datos personales :

(...) “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.¹²²

b.-según la Directiva 95/46/CE:

Son toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado"); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

b.- Miguel Ángel Davara:

Son “aquellos que pertenecen al individuo (...) o son propios de él y que, por tanto, afectan (...) a la vida privada y (...) a la intimidad, que los eleva a la calidad de personalísimos”. Continúa el autor diciendo que pasan a entrar a “en la esfera y el ámbito de un único poder de decisión y disposición sobre ellos: el del titular”.¹²³

15.2 Clasificaciones.

I.-Los datos personales han sido clasificados, según su índole y procedencia, por RAÚL BERTELSEN REPETTO en:

a.-Los que se recolecten de fuentes accesibles al público

Las fuentes accesibles al público son los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los

¹²² Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, España, 13 de diciembre de 1999. artículo nº 3 letra a.

¹²³ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra, 1997, pág. 50 y 51.

solicitantes, como señala el artículo 2 de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada en su letra i.¹²⁴

La doctrina también los define como aquellos registros de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes¹²⁵.

b.- Datos personales de carácter general.

Aquellos no comprendidos en los obtenidos de fuentes accesibles al público y tampoco los datos personales sensibles.¹²⁶

c.- Datos personales sensibles.

Dentro del concepto de datos personales, son un grupo de datos restringidos relativos a determinadas informaciones más privadas de las personas.¹²⁷

El artículo 2, letra g) define los datos sensibles, como “aquellos datos personales 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.

Comentario:

La ley chilena ha incorporado una novedad y es el concepto amplísimo de “fuente accesible al público”, a diferencia del artículo 28 de la ley española que regula esta fuente sólo con el objeto de establecer que de esta clase de registro pueden obtenerse ciertos patrimoniales llamados positivos, dejando fuera, por ejemplo, los datos sensibles.

En Chile, según RENATO JIJENA, todas las fuentes de datos personales son en principio y por regla general y legalmente de acceso público, no restringido o reservado a los solicitantes; la excepción la constituirá una ley especial (por ejemplo la ley N° 19.653, sobre secreto o Reserva de los actos de la Administración del Estado o ley de

¹²⁴ BERTELSEN R., Raúl. “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, 3° ed. Santiago de Chile, Ed. U. de los Andes, 2002, pág. 126.

¹²⁵ JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 98.

¹²⁶ BERTELSEN R., Raúl. “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, 3° ed. Santiago de Chile, Ed. U. de los Andes, 2002, pág. 126.

¹²⁷ BERTELSEN R., Raúl. “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, 3° ed. Santiago de Chile, Ed. U. de los Andes, 2002, pág. 127.

probidad administrativa) o una norma de confidencialidad que así lo establezca expresamente¹²⁸.

II.- Datos personales según su origen, se clasifican, según la doctrina española, en:

A.- Los datos personales, en atención al **grado de secreto y confidencialidad** pueden ser “**públicos y privados**”.¹²⁹

a.- Datos públicos: “aquellos datos personales que son conocidos por un número cuantioso de personas sin que el titular pueda saber, en todos los casos, la fuente o forma de difusión del dato, ni, por la calidad del dato, pueda impedir que, una vez conocido, sea libremente difundido dentro de unos límites de respeto y de convivencia cívicos (...)”¹³⁰

b.- Datos privados: “aquellos datos personales que tienen reguladas (...) las situaciones (...) en que la persona se ve obligada a proporcionarlos (...) siendo la conciencia social favorable a impedir su difusión y respetar la voluntad del secreto sobre ellos de su titular”.¹³¹

B.- Datos personales sensibles

En síntesis: Son aquellos datos personales que se refieren a características físicas o morales o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad.

Este tema se abordará detalladamente en este capítulo, más adelante.

III.-Siguiendo a PAULA JERVIS, en su análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile, podemos hacer la siguiente clasificación¹³²:

¹²⁸ JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 98.

¹²⁹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra 1997, pág. 50.

¹³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra 1997, pág. 51.

¹³¹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, 1º Ed. Navarra 1997, pág. 51.

¹³² JERVIS, Paula. Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Punto 4.5. Revista de Derecho Informático N° 8 Facultad de Derecho Universidad de Chile. ISSN 0717-9162: 2006.

A:_ Datos Provenientes De Fuentes Accesibles Al Público:

a.-Datos patrimoniales: aquel dato que dice relación con el carácter económico, comercial, bancario o financiero. Pueden ser:

i.- positivos: tratan de los activos. Por ejemplo: propiedades

ii.- negativos: tratan de sus pasivos.

b.-datos marketing: son aquellos datos con fines publicitarios, de venta de bienes o servicios.

B.- Datos Personales:

a.-Información expresiva: Aquellos datos expresivos de la identidad de una persona. Es aquella que es susceptible de ser protegida

b.- Información no expresiva: Aquellos datos no expresivos de la identidad de una persona. Por sus características está fuera de la protección legal de la privacidad.

STAN KARAS sostiene que sólo se deben proteger los datos personales que expresen la identidad del individuo, ya que en este caso la privacidad se puede ver amenazada y, en consecuencia, debe ser amparada¹³³.

C.- Datos sensibles: Datos personales respecto de los cuales si un tercero toma conocimiento de ellos, puede tener como consecuencia que se tomen decisiones discriminatorias o arbitrarias respecto de su titular. Por ejemplo: datos relativos a su vida sexual, religiosa, estados de salud sicológica o física. Dentro de esta categoría podemos encontrar los siguientes datos: Datos de salud, médicos.

D.-Datos en general: Son todos aquellos datos que no se encuentran comprendidos dentro de las categorías anteriores.

¹³³ JERVIS, Paula. Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Punto 3.3. Revista de Derecho Informático N° 8 Facultad de Derecho Universidad de Chile. ISSN 0717-9162: 2006

15.3 Otros conceptos relacionados con datos personales.

a.- Registros o bases de datos.

Son conjuntos organizados de datos personales, manuales o automatizados, que permiten relacionar los datos entre sí y realizar todo tipo de tratamiento de los mismos, como lo establece el artículo 2 de la ley sobre protección de la vida privada en su letra m.

Estas bases de datos facilita su recuperación y consulta y proporciona una agilidad y dinámica al tratamiento de los datos.

Ello **representa un peligro** porque las “**facilidades de consulta y rapidez de acceso a la información permiten (...) la interconexión de bases de datos y su posibilidad de procesamiento, con (...) facilidad de cruce (...) y de localización de un perfil determinado, respecto a informaciones o modelos seleccionados”.¹³⁴ Así lo señala MIGUEL ANGEL DAVARA en su manual de Derecho Informático.**

b.- Información digital:

Para Francisco González Hoch,¹³⁵ profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, la información digital son los datos personales contenidos en bases de datos.

Almacenamiento de datos es la conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos (artículo 1 letra a de la Ley N° 19.628)

Lo relevante es: que su procesamiento y transmisión permite construir el perfil de una persona, a partir de datos aislados y fragmentarios mediante el cruce de información de distintas bases de datos.

c.- Titular de los datos:

El artículo 2, letra ñ de la ley 19.628 establece quienes son los titulares de los

¹³⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, 1° Ed. Navarra, 1997, pág. 56.

¹³⁵ GONZÁLEZ HOCH, Francisco: Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. 3a. ed. Cuadernos de extensión Jurídica. Ediciones Universidad de Los Andes. 2001. 159p.

datos personales, señalando: “la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal”.

Se excluyen a las personas jurídicas, y la razón estriba en que sólo en las personas naturales puede existir información de carácter personal, según la definición dada de los datos personales en la ley.

La ley N° 19.628 establece derechos subjetivos a sus titulares de datos, estableciéndose su título segundo denominado “De los derechos subjetivos de los datos”, en consecuencia la legitimación activa corresponde a los titulares de datos, es decir, a las personas naturales.

La ley 19.628 distingue si el procesamiento de datos personales es efectuado por el sector Público y el efectuado por el sector privado y esta diferencia se hace en consideración a la fuente de la información o al tipo de datos procesados.

d) Responsable del registro de datos:

Es la persona natural o jurídica privada o el organismo público respectivo a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal (artículo 2 letra n de la Ley N° 19.628).

e) Tratamiento de datos:

La letra o del artículo 2 de la Ley N° 19.628 lo define como cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

- Constancia:

“Frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica, deberá dejarse constancia de:

- a)” La individualización del requirente;
- b)” El motivo y el propósito del requerimiento, y
- c)” El tipo de datos que se transmiten.

- Admisibilidad y responsabilidad del requerimiento:

“La admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos que lo recibe, pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga”.(Artículo 5 de la Ley N° 19.628)

- Utilización de los datos.

El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

Excepciones.

a.- **“No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general”.**

b.- “Esta disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes”. Esta excepción está establecida en el artículo 5 de la ley de protección de la vida privada, en su inciso final.

Obligación de guardar secreto o reserva.

“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”. Así lo señala el artículo 7 de la ley objeto de este análisis.

Custodia y diligencia.

“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.** Establecido en el artículo 11 de la ley.

La norma consagra un deber de custodia, que tiende a “evitar que los datos personales sean comunicados a personas no autorizadas o que las comunicaciones sean

interceptadas por personas no autorizadas”, según Felipe Vial¹³⁶.

Prohibición de comunicar ciertos datos.

”En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que Art. 1º Nº 4 se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

”Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal.

Excepción:

”Con todo, se comunicará a los tribunales de Justicia la información que requieran con motivo de juicios pendientes”. (Artículo 18 de la ley 19.628)

15.4 Principios matrices.

Para Felipe Vial Claro, son los principios rectores del desarrollo de la actividad del tratamiento organizado de los datos personales¹³⁷.

Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales sujeto a ciertos principios generales.

El tratamiento de datos personales para que se efectúe de manera correcta debe realizarse:

- 1) De conformidad a la ley 19.628, (artículo 1 inciso primero de la misma ley) y sólo para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico (artículo 1 inciso 2º)
- 2) respetando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de datos, (artículo 1 inciso segundo de la misma ley)
- 3) respetando el pleno ejercicio de las facultades que esta ley les reconoce. ¹³⁸

¹³⁶ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3º ed., Santiago, Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 33.

¹³⁷ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3º ed., Santiago, Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 26.

¹³⁸ Ley 19.628. CHILE. Sobre protección a la vida privada. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, junio de 2002. artículo 1º, inciso 2º.

DEBERES:

A) Cumplir la Ley y Finalidades permitidas en el ordenamiento Jurídico:

La ley que estamos estudiando, en su artículo 4° expresa que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando

a) el titular consienta expresamente en ello. La autorización:

i.- Debe ser escrita e informada (artículo 4 inciso 2° y 3°)

ii.- Puede ser revocada (artículo 4° inciso 3°)

b) esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen (artículo 4°) en tratamientos de datos:

i.- Que provengan de fuentes accesibles al público (letra i artículo 2 u artículo 4° inciso 4°))

ii.- Que realicen personas jurídicas privadas (artículo 4°)

iii.- Que realicen personas u organismos públicos respecto de materias de su competencia y con sujeción a las reglas contenidas en la ley. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular. (Artículo 20 de la Ley 19.628, título IV:” Del tratamiento de datos por los organismos públicos”).

iv.- Cuando se realice para la determinación de beneficios de salud (artículo 10)

B) Deber de respeto a los derechos del titular de datos.

Es titular de datos la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal (artículo 2 letra ñ).

La razón la explicita Felipe Vial al indicar que “tiene su justificación en la arraigada convicción de que el honor, la imagen y la intimidad, que esta ley tiene por objeto proteger, son atributos morales que corresponde por su naturaleza sólo a las personas naturales”. Y agrega que sin perjuicio “de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política del Estado en relación a la vida privada de los individuos, la lectura y análisis de la ley conduce a reconocer a favor del titular (...) derechos”¹³⁹.

¹³⁹ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3° ed. Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 28 y 29.

15.5 Derechos de los titulares de datos personales:

Hernán Corral Talciani hace una sistematización de los derechos legalmente reconocidos a los titulares de datos personales (pág 42 ala 46 en Hernán Corral Talciani: “De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos, el hábeas data chileno” en su Tratamiento de datos Personales y protección de la vida privada):

- A) **Derecho de información o acceso:** El artículo 12 dispone que toda persona tiene derecho a exigir al responsable de un banco información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.
- B) **Derecho a la modificación:** El artículo 12 inciso 2º expresa que en caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y esta circunstancia se acredita, tendrá derecho a que se modifiquen.
- C) **Derecho al bloqueo:** el artículo 2 letra b define bloqueo de datos como la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados.

Corral define este derecho como la facultad de exigir que se suspenda por un tiempo el tratamiento de datos que estén almacenados¹⁴⁰.

Derecho a la cancelación: La eliminación o cancelación de datos es la destrucción de datos almacenados en bancos de datos, cualquiera sea el procedimiento utilizado para ello; así lo define la letra h del artículo 2 de la ley en comento.

- D) **Derecho de copia:** Si se efectúan nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, su titular podrá obtener gratuitamente copia del registro actualizado, siempre que haya transcurrido a lo menos seis meses desde la anterior oportunidad en que hizo uso de este derecho. El derecho a obtener copia sin costo sólo podrá ejercerse personalmente (artículo 12 inciso 5º)
- E) **Derecho de aviso a terceros:** Si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a otras personas, el

¹⁴⁰ CORRAL TALCINI, Hernán. Los derechos de las personas sobre los responsables de datos: el Hábeas Data chileno. En su: “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pág 44.

responsable del registro de datos deberá darles aviso a la brevedad posible la operación efectuada. Si no es posible determinar las personas a quienes se les hayan comunicado, deberá poner un aviso que pueda ser de conocimiento general para quienes utilicen la información del banco de datos (artículo 12 inciso 6º)

- F) **Derecho de oposición:** El titular tiene la facultad de oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión (artículo 3º inciso 2º)

16. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

La cantidad de información que es susceptible de ser tratada por los medios informáticos que han sido objeto de un desarrollo sustentable en el último tiempo, y el tráfico de la misma información recopilada, despiertan la preocupación de quienes creen que pueden ser vulnerados derechos fundamentales, que en el caso de nuestro país, tienen protección constitucional como es el derecho a la vida privada, vulneración que puede acontecer por la exposición de las personas ante los entes recopiladores de información ya que estos mismos organismos pueden tener acceso a información que debiera estar en resguardo y de esta forma, y de cierta manera, condicionar el ejercicio de nuestra libertad.

Es cierto que por los tiempos en los cuales vivimos, se hace muy importante la recolección de la información que tenga que ver con los integrantes que forman una comunidad, necesidad que debe ser satisfecha por el Estado para que el mismo pueda tomar las decisiones más idóneas para el bienestar de los que conforman la colectividad. El punto es que esta recolección de datos, que puede traer consigo beneficios por medio de la acción estatal, no vulnere los derechos fundamentales de las personas, límite que puede verse muy frágil de traspasar sin la debida normativa que proteja tales derechos, y de los cuales el Estado de igual forma, debe tomar en cuenta. De esta forma, los ciudadanos consienten en entregar al Estado información relevante que tienen el carácter de dato personal, para que sea tratado por el órgano estatal, cumpliendo el mismo un uso y tratamiento de ellos cumpliendo ciertas

garantías.

A raíz de todas estas consideraciones mencionadas, se ha reformulado el concepto de derecho a la intimidad, por la intromisión de la informática y de los medios de telecomunicaciones en el quehacer cotidiano de las personas. Se entiende por derecho a la intimidad como “el derecho de toda persona a decidir cuanto de sí de sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal está dispuesto a compartir con otros”.¹⁴¹

Ahora, asoma la duda si es que la protección al tratamiento de estos datos constituye una expresión del derecho a la intimidad, o si conforman una nueva categoría de derechos distinto a lo que engloba el derecho a la intimidad, configurándose de esta forma, una protección distinta a la que puede salvaguardar el derecho a la intimidad que tienen las personas.

Existe doctrina en ambas posiciones, pero predomina la que estima que el derecho a la autodeterminación informativa se construye en base al derecho a la intimidad, pero que a diferencia de este derecho, esta autodeterminación informativa no se limita a proteger el tratamiento de datos personales que pertenezcan a la esfera privada de las personas, sino que se extiende a todo dato relacionado de determinada persona.

El reconocimiento jurisprudencial del derecho a la autodeterminación informativa, llegó hacia el año 1982, y llegó de parte del Tribunal Constitucional Alemán, al anular la Ley de Censo, el cual se realizó para explicar la protección a las personas en el tratamiento de los datos personales, lo que llamó como derecho a la autodeterminación informativa. Hacia el año 1993 también se reconoce, esta vez por el Tribunal Constitucional Español, llamando a la autodeterminación informativa como libertad informativa, en un caso que fue de su conocimiento por el trato de datos personales de un ciudadano por parte de una repartición pública.

También se le ha dado, a la autodeterminación informativa, reconocimiento

¹⁴¹ DEPARTAMENTO DERECHO INFORMÁTICO FACULTADE DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. [en línea] < www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14337%2526ISID%253D507%2526PRT%253D14331,00.html > [consulta 01 de julio de 2010]

constitucional, por ejemplo en la Constitución Portuguesa de 1976, artículos 35 y siguientes; la de España de 1978; la de Holanda de 1983; la de Brasil de 1988; la de Hungría de 1989; la de Suecia de 1990; la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993; la de Argentina de 1994; la de Finlandia de 1999 entre otras.

En cambio, carece de reconocimiento en tratados internacionales de Derechos Humanos, ya que estos se suscribieron con anterioridad a que se suscitara conflictos de tratamiento de los datos ya descritos. Solo directrices se han dictado con respecto a la protección de estos datos, por parte de organismos como las Naciones Unidas.

A continuación, aportamos un concepto de derecho a la autodeterminación informativa. El derecho a la autodeterminación informativa “es una proyección de la libertad de decisión del individuo necesaria para el fomento de su bienestar privado y para el funcionamiento de una comunidad democrática”.¹⁴²

Es un derecho en el que se considera que toda persona puede tener un “control del flujo de informaciones que a ella conciernen”

Dentro de las implicancias del concepto recientemente tratado, contiene la facultad de **controlar** qué información se entrega y cuál no, “derecho de disponer de los propios datos personales”, vale decir, “la veracidad o exactitud, de impedir la difusión si se trata de datos sensibles o reservados, de verificar si han sido utilizados para el fin autorizado”.¹⁴³

Como dijimos, este derecho fue creado en Alemania, en la década de 1980, exactamente el año 1982, por parte del **Tribunal Constitucional Federal**, que se refirió a él en un fallo diciendo “que la autodeterminación como persona implica la facultad de controlar qué información entrega y cuál no”.¹⁴⁴

La **sentencia** expresa que lo único que procede decidir es el alcance de este

¹⁴²DENNINGER, Erhard. “El derecho a la autodeterminación informativa”, Traducido por Antonio E. Pérez Luño, en Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica. Tecnos. Madrid. 1987. 272 y 274p.

¹⁴³GONZÁLEZ HOCH, Francisco. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. 3a. ed. Cuadernos de extensión Jurídica. Ediciones Universidad de Los Andes. 2001. 155p.

¹⁴⁴GONZÁLEZ HOCH, Francisco. Ob. cit. 154 y 155p.

derecho en cuanto a las injerencias por las cuales el Estado exige al ciudadano la comunicación de datos relativo a su persona , y en ese punto no se puede tomar como referencia única la clase de datos, sino que lo decisivo es la utilidad y la posibilidad de utilización de los mismos, las que dependen de las finalidades_a que se sirve la encuesta y las posibilidades de oración e interrelación propias de la tecnología informática que se utilice.

En definitiva este **es un “derecho político, pues constituye una esfera de libertad frente al Estado”**.¹⁴⁵

Los autores y abogados españoles ANTONIO ORTI VALLEJO, PROFESOR DE Derecho Civil y CARLOS RUIZ MIGUEL catedrático de Derecho Constitucional, consideran que es innecesario crear este derecho a la autodeterminación informática, ya que basta “con la reformulación del derecho a la intimidad”.¹⁴⁶

17. LA LIBERTAD INFORMÁTICA.

La **libertad informática** es “el derecho de disponer de los propios datos personales, esto es, de controlar la veracidad o exactitud de ellos, de impedir la difusión, si se trata de datos sensibles o reservados, de verificar la utilización para el fin autorizado”.¹⁴⁷ Esta es la definición que nos da el profesor Francisco González Hosh.

Es un derecho que pertenece a la personalidad moral.

Es interesante adicionar además, el punto de vista que nos da RAMIRO MENDOZA, actual Contralor General de la República, sostiene que:

“el artículo 26 de la Constitución Política de la República de Chile señala que los preceptos legales pueden regular garantías, pero también pueden “*complementar las garantías*”, y esta es precisamente una ley que complementar la garantía indicada”.¹⁴⁸

Agrega el citado autor: “Todo su contenido ha sido para ampliar y mejorar el

¹⁴⁵ GONZÁLEZ HOCH, Francisco. Ob. cit. 155p.

¹⁴⁶ DRUMMOND, Víctor. Internet, privacidad y datos personales. 1ª ed. Madrid. España. Editorial Reus, S.A. 2004. 46p

¹⁴⁷ GONZÁLEZ HOCH, Francisco: Ob. cit. 155p.

¹⁴⁸ MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. Régimen de los bancos de datos de organismos públicos. Una aproximación del derecho administrativo a la ley sobre protección de la vida privada. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. 3a. ed. Cuadernos de extensión Jurídica. Ediciones Universidad de Los Andes. 2001. Pág. 136.

derecho garantido y de acá que, en estricto rigor, esta ley no versa acerca de la pluralidad informativa, ni respecto de la transparencia de actos del Estado”.¹⁴⁹

Esta ley se viene a referir acerca de la persona. Sin embargo aclara que esta norma “omite desarrollar esta esfera de custodia que explicaría y fundamentaría, con creces, su dictación”.¹⁵⁰

18. PRINCIPIOS RECTORES DEL TRATAMIENTO ORGANIZADO DE DATOS PERSONALES.

La Ley Orgánica 5/92 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal de España, recordemos, señalaba que los **principios** más destacados que sirven de base para la aplicación de la Ley son: 1) los de la calidad de los datos, 2) el principio del consentimiento, 3) el derecho de información de los afectados, 4) la seguridad del fichero y las medidas que debe adoptar el responsable del mismo.

En Chile, la doctrina ha destacado entre los principios rectores los siguientes principios: 1) calidad de los datos, 2) consentimiento del titular, 3) seguridad en las operaciones de tratamiento y, quizá si el más relevante de ellos, el principio de la finalidad¹⁵¹. Además podemos agregar otros, como lo señala FELIPE VIAL CLARO¹⁵² del dato: 4) finalidad; 5) Caducidad; 6) impugnabilidad .7) Especialidad

1) Principio de calidad de los datos: la base de datos debe contener datos actualizados, que se correspondan con la realidad, y para ello, el titular de los mismos tiene los derechos subjetivos de rectificación, cancelación o bloqueo, según las

¹⁴⁹ MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. Régimen de los bancos de datos de organismos públicos. Una aproximación del derecho administrativo a la ley sobre protección de la vida privada. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. 3a. ed. Cuadernos de extensión Jurídica. Ediciones Universidad de Los Andes. 2001. Pág. 137.

¹⁵⁰ MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 137.

¹⁵¹ DEPARTAMENTO DERECHO INFORMÁTICO FACULTADE DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. [en línea] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D14645%2526ISID%253D292%2526PRT%253D14643,00.html> [consulta 27 de junio de 2010]

¹⁵² VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3° ed. Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 29 a 32.

hipótesis. La información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos (artículo 9 de la Ley N° 19.628)

Para concretar este principio la ley provee de:

a) la facultad de acceder al banco de datos personales;

b) establecimiento de formas de alteración de las bases de datos personales: Implica la facultad de:

i.- eliminar datos (artículo 12)

ii.- modificar

iii.-bloquear datos (artículo 12 y 6)

El artículo 6 prescribe que incluso el responsable del banco de datos debe eliminar, modificar o bloquear datos, aun sin requerimiento de su titular. Tiene límites establecidos en la ley (artículo 15);

c) exactitud, actualización y veracidad de informaciones sobre obligaciones (artículo 17 y 19)

d) exactitud, actualización y veracidad de información procesal y penal como señala el artículo 21 de la ley 19.628.

Finalidad de este principio: la información describa con fidelidad la situación de la persona.

2) Autorización previa del titular y de la ley. El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la ley 19.628 u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.¹⁵³ Esta autorización debe constar por escrito. Además, puede ser revocada, sin efecto retroactivo, y de igual forma debe realizarse por escrito.¹⁵⁴

Implica que las personas naturales tienen derecho a que sus datos no sean incluidos

¹⁵³ Ley 19.628. CHILE. Sobre protección a la vida privada. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, junio de 2002. artículo 4°, inciso 1°.

¹⁵⁴ Ley 19.628. CHILE. Sobre protección a la vida privada. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, junio de 2002. artículo 4°, inciso 3°.

en un registro o banco de datos personales isnprevia autorización del mismo titular o de la ley.

El principio está asegurado ya que se le reconocen las siguientes facultades en el artículo 12 de la Ley N° 19.628:

a) El inciso primero trata de la facultad de acceder al registro o banco de datos personales: que toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.

b) El inciso tercero trata de la facultad de exigir la eliminación de datos personales: podrá exigir que se eliminen datos personales, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

3) Principio de seguridad en el tratamiento de los datos: es la adopción

ii.-lógicas, son aquellas que operan sobre los medios técnicos de tratamiento; como por ejemplo: el uso de login y password, es decir, de nombre y clave de acceso al sistema informático o de encriptación de mensajes.

iii.-jurídicas, que son las suministradas por el ordenamiento jurídico, el sistema normativo.

4) Sólo puede realizarse para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico (artículo 1, inciso segundo de la Ley N° 19.628)

El artículo 9° de la Ley N° 19.628 dispone que los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

La ley reconoce a las personas naturales el derecho que sus datos sean objeto

de tratamiento sólo para aquellas “finalidades expresamente autorizadas por el propio titular o la ley”¹⁵⁵. Para ello la ley reconoce las facultades de:

a) Utilización limitada a fines determinados: ya que el artículo 9° expresa que los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

b) Facultad de acceder al registro o banco de datos personales, en los términos del artículo 12 inciso 1°.

c) Facultad de exigir información al momento de recolectarse datos personales: el artículo 3° establece que en toda recolección de datos personales que se realice a través de encuestas, estudios de mercado o sondeos de opinión pública u otros instrumentos semejantes, se deberá informar a las personas:

- i.- del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y
- ii.- el propósito para el cual se está solicitando la información.

d) Facultad de oponerse a ciertos usos de los datos personales: que se haga con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión (inciso 2° del artículo 3)

e) Resguardo de la transmisión automatizada de datos:

El artículo 5° dispone que en el caso de establecerse procedimientos automatizados de transmisión, el responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.

Debe dejar constancia, frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica: la individualización del requirente; el motivo y el propósito del requerimiento, y el tipo de datos que se transmiten (inciso 2° del artículo 5)

El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión (inciso 3°, del artículo 5)

e) La facultad de eliminar datos personales, según lo ya expuesto en el artículo 12 inciso 3°)

¹⁵⁵ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3° ed. Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 29.

5) Caducidad:

La ley dispone en su artículo 6° que los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.

El artículo 2, letra d) define el dato caduco como aquel que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.

6) Impugnabilidad: La ley expresa, en su artículo 12 inciso segundo, que si los datos personales son erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y se acredita, tendrá derecho su titular a que se modifiquen; para ello ,dispone el artículo 13, el derecho de las personas a la modificación, cancelación no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.

Excepción:

El artículo 15 expresa que no obstante lo dispuesto en el título segundo referido a los derechos de los titulares de datos, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

Expresa el artículo 16 de la presente ley que si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo a los derechos consagrados en el artículo precedente.

7) Especialidad:

Felipe Vial resume la idea en que las personas naturales tienen derecho a que sus datos sensibles no sean objeto de tratamiento, sino en virtud de una autorización especial al efecto otorgada por su titular o por la ley. Sin embargo, no sólo basta la simple autorización para legitimar el tratamiento de datos sensibles (artículo 10)¹⁵⁶.

19. OPERACIONES DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES.

El **tratamiento de datos** se define como cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma. Así lo señala el artículo 2 letra o de la ley.

En síntesis, el tratamiento de datos personales comprende toda operación o procedimiento técnico que permita recolectar, almacenar, procesar, comunicar o utilizar datos personales.¹⁵⁷

Se entenderá por, para los efectos de esta ley:

1. **Almacenamiento de datos**: la conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos. Artículo 2 letra a de la ley 19.628.

2. **Bloqueo de datos**: la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados. Artículo 2 letra b de la ley sobre protección a la vida privada.

3. **Comunicación o transmisión de datos**: dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas. Artículo 2 letra c ley 19.628.

4. **Eliminación o cancelación de datos**: la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello.

¹⁵⁶ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3° ed. Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 33.

¹⁵⁷ Ley 19.628. CHILE. Sobre protección a la vida privada. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, junio de 2002. artículo 2° letra o.

Artículo 2 letra h de la ley.

5. Modificación de datos: todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos. Artículo 2 letra j.

6. Procedimiento de disociación de datos: todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable. Artículo 2 letra l de la ley 19.628.

20. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 20.255

El sujeto o entidad responsable del tratamiento de datos personales:

Es un sujeto público o privado, que es de su competencia tomar las decisiones que digan relación con el tratamiento de datos personales.

Responsable del registro o banco de datos.

La persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien **compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.** Artículo 2 letra n de la ley 19.628.

Regla general: cualquier persona puede efectuar el tratamiento organizado de datos en la forma que dispone la ley, sin necesidad de registro previo.

Excepción: Existe la obligación de los organismos públicos a comunicar al Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 22 de la Ley N° 19.628)

_La creación de un registro de datos,

_sus fundamentos jurídicos,

_su finalidad,

_tipo de datos almacenados y

_descripción del universo de personas que corresponde.

Para los efectos de esta Ley N° 19.628, el **artículo 2 letra k)** aclara que se entenderá por **organismos públicos**: las autoridades, órganos del Estado y

organismos, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, y los comprendidos en el inciso segundo del artículo 1º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Por consiguiente, el organismo que debe llevar un registro de los bancos de datos a cargo de organismos públicos es el Registro Civil e Identificación. Así lo establece el artículo 22 de la ley 19.628, en su inciso primero.

La norma citada expresa: “El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos”.

Cuál es el carácter del registro: “Este registro tendrá carácter público”

Cuándo proporcionará los antecedentes:

“El organismo público responsable del banco de datos proporcionará esos antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando se inicien las actividades del banco, y comunicará cualquier cambio de los elementos indicados en el inciso anterior dentro de los quince días desde que se produzca”. Establecido en la ley 19628 sobre protección de la vida privada, en su artículo 22 inciso final.

Con respecto al control, la ley citada no contempla organismos administrativos a cargo del control de la actividad, ya que el Registro Público de Banco de Datos que debe llevar es sólo en relación a órganos de la Administración del Estado, excluyendo de la obligación de registro a las empresas particulares.

En cuanto a la falta de un órgano de control, Renato Jijena Leiva sostiene que “es de difícil comprensión, porque en sí no lleva envuelta el establecer una instancia o grado de fiscalización alguno, que es la razón de ser en las leyes de protección de datos de la existencia de órganos *ad hoc*¹⁵⁸.”

¹⁵⁸ JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 96.

20.1 Reglas de protección al tratamiento legítimo de datos.

En el punto 5 del capítulo segundo tratábamos del conflicto de intereses de titulares de datos que no desean que su información sea tratada y quienes sí desean procesar una información para fines determinados, por ejemplo, para realizar marketing. Éste conflicto de intereses debe ser solucionado, sea por autorregulación (a través de códigos de conducta), sea a través del mercado o de normas legales.

La doctrina ha propuesto soluciones a la protección del tratamiento de datos y las ha denominado Reglas de protección.

Modelo Tradicional:

Debe estar conformada por una fuente legisladora de protección de datos que de y conserve una zona de autonomía informacional, según JULIE COHEN¹⁵⁹.

Modelo de Propietarización.

Significa asignarles a los titulares de datos los derechos de propiedad sobre su información personal. Los datos actualmente son bienes y éstos se transan en el mercado; en consecuencia, quienes efectúan tratamiento de datos personales podrían transar con su titular para obtener datos., o al menos ser compensados por su uso o veta. Esto o ha planteado ANN CAVOUKIAN¹⁶⁰.

Modelo de Propietarización en base a una inalienabilidad híbrida.

Consiste en aplicar restricciones al uso y transferencia de datos personales desde su titular. La condición es que el titular debe tener garantizada la oportunidad de bloquear transferencias o usos futuros por aquellas instituciones no autorizadas; así lo

¹⁵⁹ COHEN, Julie. Privacy as fundamental human right vs. an economic right: an attempt of conciliation, EN SU "Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile". Revista de Derecho Informático N°8 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ISSN 0717-9162. 2006.

¹⁶⁰ CAVOUKIAN, Ann. Privacy as fundamental human right vs. an economic right: an attempt of conciliation, EN SU "Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile". Revista de Derecho Informático N°8 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ISSN 0717-9162. 2006.

plantea PAUL SCWARTZ¹⁶¹.

PAULA JERVIS plantea **la asignación de derechos según el tipo de dato:**

Datos provenientes de fuentes accesibles al público

Por ejemplo: datos patrimoniales, datos marketing.

Protección: por reglas de privacidad.

Datos públicos:

Protección: por reglas de privacidad.

Datos en general:

Protección: reglas de propiedad.

Datos sensibles:

Por ejemplo: datos de salud, médicos

Protección: reglas de propiedad.

Al titular se la asigna derecho a la privacidad informacional.

Excepciones a asignaciones y reglas de protección:

Datos patrimoniales negativos: los titulares de estos bancos de datos, aunque puedan tratarlos, no podrán vender a los titulares estos datos porque ello implicaría que sus titulares los adquirirían para no aparecer en las bases de datos de incumplidores.

Fuentes accesibles al público: serán fuentes accesibles al público si no tienen el carácter de reservado por alguna norma. Pueden tratarse sin autorización previa de su titular. Ejemplo: los registros de propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Tratamiento por órganos públicos: Se entregará a los órganos públicos, sin autorización del titular de datos el derecho a tratar datos personales protegido por reglas de inalienabilidad, cuando el tratamiento de la información personal sea necesaria para cautelar los intereses del individuo en el ejercicio de las funciones propias de los órganos públicos respectivos¹⁶².

¹⁶¹ SCWARTZ, Paul. Property, privacy, and personal data. Harvard Review, EN SU "Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile". Revista de Derecho Informático N°8 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ISSN 0717-9162. 2006.

¹⁶² JERVIS, Paula. Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Punto 4.5.1 y 4.5.2. Revista de Derecho Informático N° 8 Facultad de Derecho Universidad de Chile. ISSN 0717-9162: 2006.

21. TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN LA LEY 20.255.

Podemos observar que **en la ley que pretende reformular el sistema previsional en Chile, se establecía en su artículo 30 disponiendo que: “se excluyan o incluyan miembros distintos a los señalados en el artículo 4°, en función de factores, tales como, personas que viven o no a expensas del peticionario, residen o no en la misma vivienda”(…) “instrumentos técnicos de focalización y procedimientos que utilizará el Instituto de Previsión Social para determinar lo establecido en la letra b) del artículo 3°, considerando, a lo menos, el ingreso per cápita del grupo familiar”.**¹⁶³

Observamos que nuevamente el legislador usa la técnica de ejemplificación, al usar nuevamente las palabras “**tales como**”, la misma expresión que utiliza la ley 19.628 sobre protección de la vida privada para dar como ejemplo que se entiende como dato personal sensible, en su artículo 2 letra g.

Ahora, este enunciado, fue cambiado con la Ley N° 20.255 que establece reforma previsional, eliminando de plano la frase “**tales como, personas que viven o no a expensas del peticionario, residen o no en la misma vivienda**”, como lo establece la ley ya señalada, pero ahora en su artículo 32, no en el artículo 30 como figuraba en el proyecto de ley.

El actual artículo 32 señala: “Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social y suscrito por el Ministro de Hacienda, establecerá la forma de acreditar los requisitos establecidos para el otorgamiento de los beneficios del sistema solidario; determinará la forma en la cual se acreditará la composición del grupo familiar conforme al artículo 4° de esta ley; **señalará el o los instrumentos técnicos de focalización y procedimientos que utilizará el Instituto de Previsión Social para determinar lo establecido en la letra b) del artículo 3° de la presente ley, considerando, a lo menos, el ingreso per cápita del grupo familiar. El o los instrumentos de focalización que se apliquen deberán ser los mismos para toda la población.** Además, fijará el umbral de focalización que determinará quienes integran un grupo familiar perteneciente al 60 % más pobre de la población en Chile; la

¹⁶³ Proyecto de ley de reforma previsional, CHILE, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Artículo 30.

forma y circunstancias en que se harán efectivas las causales de extinción y suspensión de los beneficios del sistema solidario; los sistemas de control y evaluación que utilizará el Instituto de Previsión Social para excluir a los beneficiarios que no cumplan los requisitos establecidos en este Título, y las demás normas necesarias para la aplicación del Sistema de Pensiones Solidarias”.¹⁶⁴ Hemos subrayado en negrillas una parte de este artículo, que corresponde a aquella que dice relación con los instrumentos que en este caso el IPS debe emplear para verificar si los beneficiarios en estudio caen dentro de la categoría de personas de la letra b) del artículo 3 de esta ley, que señala que esta categoría la conforman quienes tengan como requisito no tener derecho a pensión en algún régimen previsional y además “Integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población de Chile conforme a lo establecido en el artículo 32 de esta ley”.¹⁶⁵ Además, debe relacionarse esta norma con el artículo 4 de la misma ley, que establece quienes se entienden componen un grupo familiar el eventual beneficiario y las personas que tengan respecto de él las siguientes calidades: Cónyuge, hijos menores de dieciocho años, y los mayores de dieciocho pero menores de veinticuatro que sean estudiantes regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior. Para determinar, el Instituto de Previsión Social, estas categorías de beneficiarios, es que la ley le otorga la posibilidad de ocupar los medios técnicos necesarios para tal tarea, por lo que la institución se verá directamente relacionada con información de personas que revisten el carácter de dato personal. A continuación, analizaremos el trato que estas entidades deben darle a esta información.

En **la administración del sistema**, para fortalecer la responsabilidad compartida entre el Estado, los afiliados y los administradores de beneficios, propuso crear el **Instituto de Previsión Social (IPS)** y los **Centros de Atención Previsional Integral (en adelante C.A.P.I.)**, el que a través del **acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales**, verificarán el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites vinculados al otorgamiento,

¹⁶⁴ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 32.

¹⁶⁵ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 3 letra b.

modificación y cese de beneficios que otorgará el IPS, según mensaje del Ejecutivo de 15 de diciembre de 2006. Esto quedó establecido en la ley N° 20.255, en el párrafo sexto del título II de la ley, en su artículo 56 inciso segundo, el que establece lo siguiente: “El Instituto deberá verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder al sistema de pensiones solidarias, con todos los antecedentes que disponga el Sistema de Información de Datos Previsionales y los organismos públicos y privados a que se refiere el inciso precedente, los que estarán obligados a proporcionar los datos personales y antecedentes necesarios para dicho efecto.”¹⁶⁶ Esto también influye directamente en los Centros de Atención Previsional Integral, ya que trabajan directamente con el Instituto de Previsión Social, por mandato legal de la ley 20.255, según lo establece el artículo 60 de la ley.

21.1 El Instituto de Previsión Social (IPS)

El Instituto de Previsión Social (IPS), fue creado por la ley N° 20.255, como así lo dice el artículo 53 de la ley, y señala sus características y su forma de funcionamiento. Señala el citado artículo en su inciso primero: “Créase el Instituto de Previsión Social, servicio público descentralizado, y por tanto con personalidad jurídica y patrimonio propio, bajo la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por intermedio de la Subsecretaría de Previsión Social. Tendrá por objeto especialmente la administración del sistema de pensiones solidarias y de los regímenes previsionales administrados actualmente por el Instituto de Normalización Previsional”.¹⁶⁷ El IPS realizará todas las funciones y atribuciones que realizaba el Instituto de Normalización Previsional, con excepción de aquellas referidas a la ley N°16.744. Además será responsable de la administración de los regímenes de las ex cajas de previsión social fusionadas en el INP. Esto por mandato legal de la ley que establece reforma previsional, en su artículo 54: “Traspásanse desde el Instituto de Normalización Previsional, creado por el decreto ley N°3.502 de 1980, al Instituto de

¹⁶⁶ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 56 inciso 2°.

¹⁶⁷ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 53 inciso 1°.

Previsión Social todas sus funciones y atribuciones, con excepción de aquellas referidas a la ley N°16.744".¹⁶⁸

También tendrá la responsabilidad de crear y administrar un Sistema de Información de Datos Previsionales. De esto, se refiere el Reglamento del Sistema de Pensiones Solidarias de 19 de mayo del año 2008, en su Título II, Párrafo 3º, que trata acerca del Sistema de Información de Datos Previsionales y de la forma en que se acreditará el cumplimiento de los requisitos para acceder al sistema de pensiones solidarias.

Parte este párrafo, con lo señalado en el artículo 13 del Reglamento, el que establece como atribuciones del Instituto de Previsión Social el requerimiento, administración y manejo de datos personales y de la información que entreguen organismos públicos y privados en virtud de lo señalado en el artículo 56 de la Ley 20.255, que analizaremos posteriormente. Esto, para el establecimiento de un Sistema de Datos Previsionales.

Los procedimientos de registro, archivo, respaldo, seguridad y acceso de los datos serán establecidos por el IPS.

Para que se haga efectivo el funcionamiento del Sistema de Datos Previsionales, para la concesión de los beneficios de los que trata el presente reglamento, que son aquellos señalados en el artículo 2º del presente Reglamento como son la Pensión Básica Solidaria de Vejez; Aporte Previsional Solidario de Vejez; Pensión Básica Solidaria de Invalidez y el Aporte Previsional Solidario de Invalidez, el IPS requerirá:

- Al Servicio de Registro Civil e Identificación, información relevante acerca de fechas de nacimiento, roles únicos nacionales y nacionalidades de los eventuales beneficiarios del sistema de pensiones.
- La información disponible en el Registro de Información Social, información que se requiere del Ministerio de Planificación.
- A la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y a la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, solicitando la identificación de sus pensionados.

¹⁶⁸ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 54 inciso 1º

- Al Ministerio del Interior, la identificación de los beneficiarios de pensiones de gracia.

De igual forma, el IPS está facultado para solicitar los datos personales de otros organismos públicos y privados para el cumplimiento de sus funciones. Este último punto tratado, está establecido dentro del Reglamento, en su artículo 14º.

La información que se recaude, por parte del Instituto de Previsión Social, será incorporada al Sistema de Información de Datos Personales, sean datos aportados por organismos públicos o privados, como se dijo, para el ejercicio de las funciones del IPS.

Cuando se conceda el beneficio, el IPS deberá registrar en el Sistema de Información de Datos Previsionales la historia del beneficiario mientras dure su permanencia en el Sistema de Pensiones Solidarias.

Se crea el Instituto de Seguridad Laboral (ISL), que realiza las funciones referidas a la ley N°16.744, antes desempeñadas por el INP. Comenzó a funcionar el 1 de marzo de 2009 y está encargada de administrar el seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

El artículo n° 56 de la ley 20.255, toma suma importancia en el análisis en que se centra esta memoria, dado que dice directa relación, entre uno de los organismos de mayor importancia que actúan en el desarrollo del nuevo sistema de pensiones dispuesto por esta ley y el tema que hemos propuesto de protección a la vida privada y específicamente los datos personales. El artículo 56 de esta ley parte señalando, en su inciso primero: “El Instituto de Previsión Social estará facultado para exigir tanto de los organismos públicos como de los organismos privados del ámbito previsional o que paguen pensiones de cualquier tipo, los datos personales y la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones y realizar el tratamiento de los mencionados datos, especialmente para el establecimiento de un Sistema de Información de Datos Previsionales. Con todo, en el caso de los organismos privados la información que se requerirá deberá estar asociada al ámbito previsional”.¹⁶⁹ Luego continúa con lo señalado en el inciso 2º del mismo artículo, mencionado anteriormente. El inciso 4º establece la solicitud del IPS a entidades privadas de información relevante: “Adicionalmente, el

¹⁶⁹ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 56 inciso 1º.

Instituto de Previsión Social podrá requerir de otras entidades privadas la información que éstas tengan en su poder y resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones, previa autorización de la persona a que dicha información se refiere.”¹⁷⁰ Ahora, el inciso final de este artículo, plasma la influencia de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada, ya que da el tratamiento que se le da a los datos personales por parte del IPS y la protección que ellos se merecen. Señala el artículo 56 inciso final: “El personal del Instituto deberá guardar reserva y secreto absolutos de las informaciones de las cuales tome conocimiento en el cumplimiento de sus labores, sin perjuicio de las informaciones y certificaciones que deba proporcionar de conformidad a la ley. Asimismo, deberá abstenerse de usar dicha información en beneficio propio o de terceros”.¹⁷¹ Para garantizar esta protección, es que la vulneración de esta norma se estima que lesiona gravemente el principio de probidad administrativa, con lo que serán aplicables sanciones y las responsabilidades que procedan, como termina señalando el artículo 56 de la ley 20.255.

En este caso se aplica el tratamiento por órganos públicos, respecto a la excepción de asignación de derechos, es decir, se entregará a los órganos públicos, al IPS, sin autorización del titular de datos, el derecho a tratar datos personales protegido por reglas de inalienabilidad, porque el tratamiento de la información personal es necesaria para cautelar los intereses de los particulares que recibirán sus pensiones de vejez y las pensiones básicas solidarias, cuando cumpla los requisitos establecidos en la normativa legal, en el ejercicio de las funciones propias del órgano público respectivo.

Hablamos de excepción de asignación de derechos, por cuanto la regla general que se reconoce por parte de la doctrina,¹⁷² es que se le asigne el derecho de propiedad de los datos al titular de los mismos, siendo el mismo titular quien da su consentimiento para el tratamiento de los datos de cual es titular, es su decisión si ceden o no sus datos para el tratamiento, lo que implica un costo también para los organismos que desean

¹⁷⁰ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 56 inciso 4°.

¹⁷¹ Ley N° 20255. CHILE. Reforma Previsional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, marzo de 2008. artículo 56 inciso final.

¹⁷² JERVIS, Paula. Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Punto 4.3. Revista de Derecho Informático N° 8 Facultad de Derecho Universidad de Chile. ISSN 0717-9162: 2006.

tratar los datos de terceros. Esta regla, se encasilla en una regla de protección de datos que se conoce como protección por reglas de propiedad, en la cual ningún tercero podrá tratar datos de otro mientras el titular de los datos no los cedan para ser tratados.

Sin embargo, dado que lo mencionado constituye la regla general, existen excepciones en cuanto a las reglas de protección de datos, dentro de cada cual el tratamiento de datos se produce de manera distinta a la ya mencionada. Dentro de estas excepciones se reconocen reglas de protección respecto de la responsabilidad y de la inalienabilidad, existiendo también reglas de protección mixtas.

En un régimen en que priman las reglas de protección por responsabilidad, es un tribunal o la ley los que determinan el valor de los datos personales y la privacidad que tienen para el individuo. De esta manera, un tercero puede tratar datos personales de otros, pero deberá compensar al titular de dichos datos en el evento de que se produzca un perjuicio o daño por el tratamiento de dichos datos. El titular de los datos puede solicitar al órgano tratante que deje de tratar con los datos de los cuales es titular, pero si lo hace, el titular debe compensar al tercero tratante de datos.

Otra de las reglas de protección conocidas, y que son señaladas, por autores como Calabresi y Melamed¹⁷³ es la regla de protección de inalienabilidad. Con la regla de la inalienabilidad los titulares de datos verán limitados sus derechos a enajenar su información personal.

En el análisis que se desarrolla en esta tesis, el tratamiento de los datos personales de los beneficiados con las pensiones establecidas en la Ley 20.255, ejercido dicho tratamiento por el IPS, con el manejo del Sistema de Información de Datos Previsionales, se encasilla en las reglas de protección por inalienabilidad, dado que los titulares de datos tienen limitado la posibilidad de enajenación de los datos de los cuales son titulares. Pero además, creemos, que por las circunstancias de que los tratamientos de estos datos se realizan sin autorización del titular, en las circunstancias descritas y establecidas, tanto en el artículo 56 de la Ley 20.255, y el reglamento que establece el Sistema de Información de datos previsionales, buscando que el tratamiento de los datos de los beneficiarios de las pensiones establecidas en la normativa ya señalada, sea

¹⁷³ JERVIS, Paula. Análisis a los modelos de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Punto 4.3. Revista de Derecho Informático N° 8 Facultad de Derecho Universidad de Chile. ISSN 0717-9162: 2006.

cautelando los intereses de cada individuo, protegiendo la reserva del tratamiento de los datos, es que concluimos, que también existen características de reglas de responsabilidad según lo descrito anteriormente con respecto a dicha regla, por lo que podemos decir, que las reglas de protección que existen en el tratamiento de los datos en la reforma previsional es de carácter mixto.

21.2 Centros de Atención Previsional Integral.

Al crear los **Centros de Atención Previsional Integral (CAPI)**, que fueron fundados por ley 20.255, objeto de este análisis, por mandato de la ley establecido en el artículo 60 de esta misma, y por medio de los CAPI, por su parte, se pretende garantizar la prestación de servicios esenciales para el sistema previsional en **materias de información para todos los usuarios**, para que sean de gran utilidad para a los beneficiarios al ser proporcionados de manera imparcial y sin conflictos de interés de por medio.

Además proporcionarán nuevos servicios vinculados con el Sistema de Pensiones Solidarias. Esto en cuanto a **“informar al usuario sobre su situación previsional, recibir solicitudes de pensiones y de selección de modalidad de pensión, entre otras.** Así es como se señala en el artículo 61 de la ley 20.255, en la que se establecen las funciones de los CAPI. También, **mediante el acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales, verificarán el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites vinculados al otorgamiento, modificación y cese de beneficios, que otorga el IPS en su calidad de continuador legal del INP**”. Así aparece plasmado en el mensaje del Ejecutivo, de fecha 15 de diciembre de año 2006, y se ha consolidado con la entrada en vigencia de la ley 20.255 que establece reforma previsional.

Tratamiento de datos sensibles.

La regla general en el tratamiento de los datos sensibles es que “No pueden ser objeto de tratamiento”, como señala el artículo 10 de la ley 19.628

Señala el artículo 10 de la ley: “No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, 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.

El principio general es que:”nadie puede tratar datos sensibles, salvo las tres hipótesis tratadas en la norma”.¹⁷⁴

La misma norma señala los casos en que se autoriza el tratamiento de datos sensibles, estableciendo las excepciones a la regla general las cuales son:

a.- “La ley lo autorice”

b.- “Exista consentimiento del titular”:

i.- debe sujetarse al artículo 4 de la ley 19.628, sin perjuicio que estos datos sensibles pueden ser objeto de tratamiento, como dice el artículo 10 de la misma ley.

ii.- el tratamiento de los datos personales sensibles de las personas naturales no puede realizarse por una simple autorización, ya que no es suficiente para legitimar dicho tratamiento, sino sólo se puede en virtud de autorización especial para ello dada por la ley o por el titular .

c.- “sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

Dentro de los datos personales y en específico, los datos que manejen los CAPI que puedan ser los llamados “sensibles” y debieran quedar protegidos por el sistema como reservados para el resto de la comunidad, garantizando la intimidad informática.

¹⁷⁴ JERVIS, Paula: Comentario jurisprudencial. Intimidad y Tratamiento de datos personales en el portal del poder judicial, pág 148.

22. FUNDAMENTOS DE LA CALIFICACIÓN DE UN DATO COMO SENSIBLE. SU TRATAMIENTO POR LAS INSTITUCIONES PREVISIONALES.

Introducción.

Como se mencionó anteriormente, para que un dato tenga la calificación de dato sensible, debe ser de aquellos 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. El tratamiento, de estos datos, por parte de los órganos intervinientes del sistema de pensiones, debe respetar lo que señala el artículo 10 de la Ley 19.628, y además, respetar lo que la misma ley 20.255 y su reglamento le dan al tratamiento de datos con el establecimiento del Sistema de Información de Datos Previsionales.

Fundamentos:

En el ámbito de **la administración del sistema**, uno de las finalidades es fortalecer la responsabilidad compartida entre el Estado, los afiliados y los administradores de beneficios, y en razón de dicho objetivo se propuso crear el Instituto de Previsión Social (IPS) y los **CAPI**, el que a través **del acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales, verificarán el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites vinculados al otorgamiento, modificación y cese de beneficios** que otorgará el IPS, según señala el mensaje del Ejecutivo de 15 de diciembre de 2006 y como quedó consolidado en aquellos artículos de la ley 20.255 que dan vida a dichas instituciones, como son el artículo 53 en el caso del IPS, y el 60 en el caso de los CAPI.

El artículo 30 del Proyecto de ley señalaba: **“se excluyan o incluyan miembros distintos a los señalados en el artículo 4°, en función de factores, tales como”**.

En seguida da ejemplos, por lo que se presta para que decisiones discrecionales de los funcionarios encargados del sistema informático pueda entrar al área del ámbito personal, donde nos encontraríamos frente a datos personales, y si no se delimita bien hasta dónde pueda recabar determinadas informaciones de los

ciudadanos, puede perfectamente pasar al de los datos personales llamados sensibles, con el gran riesgo de cruce de datos que esa decisión conlleva.

Con la eliminación de aquella frase en el actual artículo 32 de la ley que establece reforma previsional, puede que de más seguridad, que no se verán invadidos los datos sensibles de las personas, pero de igual forma, sobre todo el IPS debe tener cuidado del trato que le da a los datos personales y qué tan invasivo puede ser en la esfera personal de las personas. El artículo 56 de esta misma ley, acota y coopera para el mejor tratamiento de esta información, tomándose en cuenta, la clasificación de los datos personales que se analizó anteriormente, y el tratamiento que se debe cumplir a la luz de lo establecido en el artículo 10 de la ley 19.628.

Puntos a considerar:

A.- El Art.30 del proyecto de ley, actual artículo 32, al determinar la **competencia**, además contener circunstancias que si se indagan con mediana profundidad, pueden llegar a ser privadas, dispone una forma abierta que queda a criterio del funcionario público.

B.- Si de la información que se encuentra tratada automatizadamente se pueden (...) tomar decisiones arbitrarias o discriminatorias, lo que nos lleva a concluir que **los datos personales cuando son tratados automatizadamente**, -lo que implica la posibilidad de cruce de datos- **son datos sensibles**.

Los C.A.P.I pueden **tratar computacionalmente materias que son datos personales y puede caer en tratar los llamados sensibles:**

a.- En consideración a que la ley:

i.- da una enumeración meramente ejemplar de los datos sensibles (“tales como”) y también del proyecto de ley, Art. 30 (similar expresión); “se excluyan o incluyan miembros distintos a los señalados en el artículo 4°, en función de factores, tales como”. Pero como se ha dicho, estas dudas han sido minimizadas por la redacción del artículo 32 de la ley 20.255.

ii.- las materias que deben conocer los C.A.P.I. queda a criterio del funcionario público: el que a través del acceso al Sistema de Información de Datos Previsionales, verificarán el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a los beneficios; su pago; y realizarán trámites vinculados al otorgamiento, modificación y cese de beneficios que otorgará el IPS

b.- Todo ello dando un amplio margen a tratar las materias propias de **situaciones privadas** de los ciudadanos, y se pueda indagar en asuntos de orden de la esfera más personal, que las personas mantienen resguardadas del conocimiento público y que se enmarcan dentro de la definición del legislador sobre datos sensibles.

c.- **Los datos personales tratados automatizadamente**, - posibilitando el cruce de datos- **son datos sensibles.**

23. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN DE UN DATO COMO SENSIBLE A PARTIR DEL TRATAMIENTO DE DATOS.

Introducción.

Los datos objeto de tratamiento en los C.A.P.I. pueden llegar a ser personales sensibles porque son un grupo de datos restringidos relativo “a determinadas informaciones más privadas de las personas”.¹⁷⁵

Consecuencias:

1) Principio: no pueden ser objeto de tratamiento de datos aunque se contemplan algunas excepciones por la ley, como se ha mencionado anteriormente, por lo señalado en el artículo 10 de la ley 19.628.

2) Salvo cuando:

a.- “la ley lo autorice”

¹⁷⁵ BERTELSEN R., Raúl. “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, 3° ed Santiago de Chile, Ed. U. de los Andes, 2002 pág. 128.

b.- “exista consentimiento del titular”, o

c.- “sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

3) El tratamiento de datos personales en el I.S.P. y en los C.A.P.I. debe efectuarse:

a) respetando:

i.-

i.- el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de datos

ii.- el pleno ejercicio de las facultades que esta ley les reconoce.

b) debiendo cumplir la ley y las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico.¹⁷⁶

Por consiguiente, **se debe cumplir con el artículo 5 de la ley 19.628** que dispone: “El responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautele los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes”.

4) En el tratamiento organizado existe un “deber de respeto a los derechos del titular de datos”.¹⁷⁷

1.- Requiere autorización previa.¹⁷⁸

2.-“Sujeción del tratamiento a una finalidad”.¹⁷⁹

Esta debe ser: determinada, explícita y legítima.

En el caso del proyecto de ley que perfecciona el Sistema Provisional no hay dudas

¹⁷⁶ VIAL CLARO, Felipe. “La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general.” En su “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN, 3° ed. Cuadernos de extensión Jurídica ed. U. de los Andes, 2002, Pág. 28.

¹⁷⁷ VIAL CLARO, Felipe: Ob. cit. 28p

¹⁷⁸ VIAL CLARO, Felipe: Ob. cit. 29p

¹⁷⁹ VIAL CLARO, Felipe: Ob. cit. 29p

sobre la legitimidad del tratamiento.

3.-El tratamiento debe respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y legales del titular, la veracidad de la información, **reserva y custodia** de la información. Así lo señala el artículo 7 de la ley 19.628.

Desarrollo de la cuarta consecuencia

Requiere autorización previa:

- i) de la ley;
- ii) del titular, que es la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal

Respecto a la autorización previa del titular de datos personales sensibles:

-El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse: “cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

-La persona que autoriza debe ser debidamente informada: “respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”.

-La autorización:

-“debe constar por escrito”.

-“puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito”. Artículo 4 de la ley 19.628.

Cuándo no se requiere autorización el tratamiento:

-Los datos personales de carácter general: económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en determinados listados, que realicen personas jurídicas privadas con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general; y

-los que se recolecten de fuentes accesibles al público.

El tratamiento debe respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y legales del titular, la veracidad de la información, **reserva y custodia** de la información para que **no sea comunicada o interceptada por personas no autorizadas por el titular o la ley.**

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**". Artículo 7 ley 19.628.

5) En cuanto a la veracidad de la información, quiere decir que se requiere **"exactitud, actualización y veracidad"**.¹⁸⁰

Veracidad:

- en cuanto a la situación real del titular de datos.
- sobre obligaciones, en especial de carácter económico, financiero.

6) Para concretar este principio la ley otorga:

a) la facultad de acceder al banco de datos personales:

b) Alteración, exactitud, actualización y veracidad.

Se contempla:

b.1.- La facultad de exigir alteración de las bases de datos para eliminar, modificar o bloquear datos, incluso sin requerimiento de su titular.

Tiene límites establecidos en la ley.

"Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado.

Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular". Establecido en el artículo 6 de la ley sobre protección de la vida privada.

b.2.- Exactitud, actualización y veracidad de informaciones sobre obligaciones económicas y financieras.

b.3.- Exactitud, actualización y veracidad de información procesal y penal, señalado en el artículo 21 de la ley 19.628, a fin de que la información describa con fidelidad la situación de la persona.

¹⁸⁰ VIAL CLARO, Felipe: Ob. cit. 32p

7) El tratamiento está entregado a la responsabilidad del sujeto a quien le corresponden las decisiones relacionadas con el tratamiento de datos personales.

Eficacia de la responsabilidad:

” 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” (Art. 11)

Un administrador_ estará a cargo de la unidad informática de los C.A.P.I., sin perjuicio que en el mensaje de la presidenta de señala que el **I.P.S. “tendrá la responsabilidad de crear y administrar un Sistema de Información de Datos Provisionales”**

CONCLUSIONES DE LA MEMORIA.

1.- La Seguridad Social, como Administración del Estado al servicio de la persona, tiene como finalidad promover el bien común. La protección de los ingresos en los años de vejez es el componente fundamental de un sistema de protección social. La pensión es una retribución a los años de trabajo y el reconocimiento del derecho de las personas a envejecer con dignidad.

Es un derecho básico, contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los particulares tienen este Derecho Público Subjetivo. El Estado debe otorgar respuestas eficientes a la Seguridad Social. Esto es lo que se pretendió corregir con la dictación de la ley 20.255 que reforma el DL 3.500, estableciendo pensiones solidarias de vejez y de invalidez, aumentando de esta forma, la protección que al tiempo anterior a la dictación de la ley existía de los ingresos de las personas que cumplían con los requisitos necesarios para acceder a los beneficios ya mencionados.

Pese a que el régimen de capitalización individual, había generado efectos positivos en el crecimiento y desarrollo del mercado de capitales, era necesario reformarlo en distintos aspectos. Es por ello que debe ponerse atención al desarrollo de la ley 20.255 que establece reforma previsional, en especial en lo que dice relación al IPS o Instituto de Previsión Social que es el órgano encargado de la administración del nuevo sistema de pensiones, en colaboración con los C.A.P.I. o Centros de Atención Provisional Integral, respecto a informes relevantes que se obtenga del afiliado, para el otorgamiento de los beneficios señalados en la ley.

2.- El propósito de La Comisión de Estudio de la Constitución era una consagración genérica de este derecho, por lo que se insinuó que el N° 5 (hogar y comunicaciones: aspectos físicos del derecho a la vida privada) y el N° 4 (vida privada) se unieran en uno: “sobre la protección de la vida privada”. Sin embargo, la disposición omite señalar un contenido específico o genérico a este derecho. **Corresponde, por ende, a la ley civil o a la jurisprudencia determinarlo colmando así el vacío producido**” como señala RÍOS. Afortunadamente, como se señaló en el capítulo 2°, dentro de la **jurisprudencia** de los tribunales de competencia laboral, se recoge esta

garantía, tomando peso fundamental para la dictación de los fallos por parte de los jueces que conocen de estos asuntos en que se puedan ver afectada la vida privada dentro de las relaciones laborales

Dentro de los principios inspiradores de los códigos están la libertad, la igualdad y la voluntad. En las regulaciones económicas respecto a la autonomía privada, el **rol del Estado** ha cambiado, **desde “productor hacia generador de igualdad de oportunidades y regulador de distorsiones económicas”**.

Es por ello que se realizaron modificaciones a la legislación laboral y previsional, como sostiene TAPIA.

3.- El resultado de la reforma al sistema de pensiones, en cuanto al tratamiento de los datos personales y la protección a la vida privada, se ve reflejado en el establecimiento de normativa específica y expresa con respecto al órgano encargado de tratar los datos personales de los beneficiados con las pensiones establecidas en la Ley 20.255, que corresponde al IPS y las facultades que se le conceden a dicho organismo que están establecidas en el artículo 56 de dicha ley, demostrando la preocupación del legislador a la hora de cautelar la privacidad de las personas que hacen uso del sistema de pensiones. Dicho espíritu se confirma con el reglamento que establece con detalle las facultades consagradas en la ley, señalando y estableciendo el desempeño del IPS en el tratamiento de datos personales, describiendo de manera detallada de que manera puede solicitar y tratar estos datos de carácter personal.

Además, el legislador se ha preocupado también de establecer reglas de protección al tratamiento de dichos datos que, como se señaló en esta tesis, consiste en un sistema de reglas de protección mixtas, en cuanto a la limitación de los titulares de los datos personales de enajenar los datos de los cuales tienen derecho, y el tratamiento por parte del órgano encargado sin autorización previa del titular, pero buscando la cautela y protección de los datos evitando el mal uso de los mismos, sancionando este mal uso, como lo establece la misma Ley 20.255.

En el caso de nuestro país, hay una excepción a las reglas de asignación de derechos y de protección, ya que el tratamiento por órganos públicos se entrega a los órganos públicos, sin autorización del titular de datos, porque el derecho a tratar datos

personales, en el tratamiento de la información personal es necesaria para cautelar los intereses de los particulares en el ejercicio de las funciones propias del órgano público, con los límites señalados en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, podemos concluir, que la Ley 20.255 que establece reforma previsional, aparte de reformar el sistema de pensiones que imperaba anteriormente, ha dado un paso adelante en cuanto a la protección de los datos personales que se ven involucrados para el ejercicio y beneficios otorgados por la ley a favor de las personas involucradas, dedicando artículos que expresamente señalan como deben tratarse estos datos, las facultades y límites de los órganos encargados para el cumplimiento del mandato que la ley misma les ha encomendado.

BIBLIOGRAFIA.

- Boletín 896-07(S), p. 153
- CEA EGAÑA, José Luis. Curso de Derecho Constitucional, tomo II Derecho, Deberes y Garantías Constitucionales. Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 1999. pp. 389
- CORDERO VEGA, L. Responsabilidad Extracontractual del Estado. 1ª edición, Editorial Lexis Nexis, año 2003, pp.202, p. 221.
- CORRAL TALCINI, Hernán. Los derechos de las personas sobre los responsables de datos: el Hábeas Data chileno. En su: “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, p. 58, ISBN 956-7160-21-)
- DAVARA Rodríguez, Miguel Ángel. Manual de derecho Informático. 1º ed., Navarra, España, Editorial Aranzadi, S.A., 1997, pp. 21-57. ISBN 84-8193-672-3
- DEENNINGER, “El Derecho la Autodeterminación Informativa”. En: GONZÁLEZ HOCH, Francisco, “Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal”. En su: “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, 178p, ISBN 956-7160-21-X.
- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. HUMERES Noguera,H.”, 16 ed. , Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, p.446 de 626 pp.ISBN: 956-10-1319-3
- DRUMMOND, Víctor. Internet, privacidad y datos personales. 1ª ed. Madrid. España. Editorial Reus, S.A. 2004. ISBN 84-290-1407-1
- ESCRIBAR MANDIOCA, Héctor. Tratado del Derecho del trabajo, tomo I, pág. 17.DE: HUMERES n. Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, pág.13.

- GONZÁLEZ HOCH, Francisco. “Modelos comparados de protección de la Información digital y la ley chilena de datos de carácter personal”. En su: “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada”, BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, p. 27, ISBN 956-7160-21-X
- GRECO, Rubén. Aspectos Económico-financieros de la Seguridad social, Córdoba, 1978. DE: HUMERES Noguera, H. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 16 ed. , Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, p.14 de 626 pp. ISBN: 956-10-1319-3
- HUMERES Noguera, H. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 16 ed. , Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, p.443 de 626 pp. ISBN: 956-10-1319-3
- JERVIS, Paula. Comentario Jurisprudencial. Intimidad y Tratamiento de datos Personales en el Portal del Poder Judicial. (título de la revista, número entre paréntesis
- JIJENA LEIVA, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 225. ISBN 956-10-0960-8
- Ley Nº 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de agosto de 2004. Última modificación Ley Nº 19.812 sobre Protección de Datos de Carácter Personal.
- M E N S A J E Nº 558-354/; 2.-EN: I; Fundamentos e introducción.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro. Régimen de los bancos de datos de organismos públicos. Una aproximación del derecho administrativo a la ley sobre protección de la vida privada. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. 3a. ed. Cuadernos de extensión Jurídica. Ediciones Universidad de Los Andes. 2001. ISBN. 956-7160- 21-X.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos. 5ª ed., México, Siglo Veintiuno editores, S.A. de C.V., 1997, pp. 224. ISBN 968-23-0384-2

- PEÑA, Carlos. "La idea de responsabilidad, en Responsabilidad", apuntes de Derecho VII, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2001, p.5 En su: "Responsabilidad Extracontractual del Estado", CORDERO Vega, Luis.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, sección V, pág. 119.
- RÍOS LABBÉ, Sebastián. La Protección civil del derecho a la intimidad. 1º ed., Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2003, pp. 182. ISBN 956-238-416-0
- ROMERO COLOMA, Aurelia Mª. Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal. ...ed., Barcelona, España. Editorial Serlipost, 1991, pp.255.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ...edición, Editorial Cuadernos Civitas, 1994, pp. 135, ISBN 84-470-0339-6
- SANCHO JARAÍZ, D., "Manual de Derecho Administrativo" (Coord. Enrique Sánchez Goyanes). T.I. Edit Colex, Madrid, 1997, p. 406. En su: "Responsabilidad Extracontractual del Estado", CORDERO Vega, Luis, 1ª ed., Editorial Lexis Nexis, pp.202, p. 137.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. El Derecho al trabajo, 1ª ed., Madrid, España, Editorial Trotta, S.A., 1996, p. 35 de 279 pp. ISBN: 84-8164-063-8
- SQUELLA NARDUCCI, A., "Introducción al Derecho", Edit. Jurídica de Chile, 2000, pp. 84-90. En su: "Responsabilidad Extracontractual del Estado", CORDERO Vega, Luis.
- TAPIA R., Mauricio. El Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1645-1
- Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. Por Raúl Bertelsen R. [et al.]. Santiago de Chile, 3ª edición, Cuadernos de extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, ISBN 956-7160-21-X.
- VIAL CLARO, Felipe, "La ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Una visión general". En su: "Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada", BERTELSEN [et al.], 3ª edición, Cuadernos de

extensión Jurídica, Ediciones Universidad de Los Andes, 2002, pp. 178, p. 27, ISBN 956-7160-21-X

- ZALAUQUETT, José. AYUDA MEMORIA PARA REPASO DEL CURSO "DERECHOS INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS". En: U-cursos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile [en línea]. Santiago, 2006 [fecha de consulta: segundo semestre de 2006]

