



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y
AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LEY 19.628 Y LA
CREACIÓN DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Martín Fredes Ziliani

Profesores guía:

Alberto Cerda Silva

Daniel Álvarez Valenzuela

Santiago de Chile

2024

RESUMEN: Esta Memoria tiene por objeto reconocer posibles efectos que tendrá la reforma a ley 19.628 sobre la colisión de los derechos de autodeterminación informativa y de acceso a la información pública. El trabajo comienza con una breve contextualización histórica y normativa del derecho a la autodeterminación informativa, destacando las falencias de su regulación en Chile. A raíz de ello, se introduce el Proyecto de Ley que reforma la Ley 19.628 y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos), exponiendo las principales funciones que tendrá la nueva institucionalidad. Enseguida el trabajo vuelca hacia la colisión entre el derecho a la autodeterminación informativa y de acceso a la información pública. Primero, desde una perspectiva conceptual de colisión de derechos y sus mecanismos de resolución. Luego, en la posible manifestación institucional del conflicto tras la reforma, entre la mencionada Agencia y el Consejo para la Transparencia. Tras ello, se revisan algunos aspectos básicos de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, y sobre el organismo de transparencia, en especial, sus discutidas atribuciones relativas a la protección de datos personales y los instrumentos con los que se ha valido para resolver la publicidad o la reserva de la información cuando contiene este tipo de datos. Para finalizar esta sección, se comparan algunos aspectos de diseño entre la Agencia y el Consejo. El último capítulo del trabajo consiste en un análisis de criterios desarrollados por el Consejo para la Transparencia en su jurisprudencia administrativa, en torno a cuatro temáticas seleccionadas, y en las cuales se encuentran en potencial colisión los derechos objeto de estudio. En cada tema se concluye con breves proyecciones de los posibles efectos que pueda tener la reforma a la ley 19.628 en la modificación o mantención de los criterios analizados.

PALABRAS CLAVE: Autodeterminación informativa - Agencia de Protección de Datos Personales – Acceso a la información pública - Consejo para la Transparencia.

Agradecimientos

Le agradezco a mis padres.

Sin su enorme cariño y educación nada de esto sería posible

Y a Bárbara.

Mi compañera que estuvo conmigo apoyándome en cada minuto

Contenido

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN CHILE	11
1. Marco normativo del Derecho a la Autodeterminación Informativa.	11
1.1. Ley 19.628 sobre “Protección de la Vida Privada”	14
1.2. Las falencias de la Ley 19.628.	17
1.2.1. Ausencia de autoridad de control	19
2. Breve historia del Proyecto de Ley que modifica la Ley 19.628 y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11144-07 y 11092-07 refundidos.	20
CAPÍTULO II: LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (APDP)	24
1. Orgánica de la APDP.....	24
2. Funciones y atribuciones.	25
3. Procedimientos.	27
CAPÍTULO III: LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	30
1. La mirada de la doctrina.	30
2. Marco normativo de la relación entre el Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales, contemplado en el Proyecto de Ley que crea la APDP.	38
2.1. Coordinación regulatoria del artículo 31.	39
2.2. Principio de coordinación general.	41
3. Solución del conflicto institucional por la justicia ordinaria. Ventajas y desventajas.....	42
CAPÍTULO IV: EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	45
1. Acceso a la información pública y el Consejo para la Transparencia.....	45
1.1. Los discutidos alcances de la función del CPLT sobre la protección de datos personales.....	53
1.2. La causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.	56
1.3. Test de daño y test de interés público.	58
2. Similitudes y diferencias institucionales entre el Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales.	62
CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.	70
1. Correos electrónicos de funcionarios públicos. Amparos C83-10, C406-11, C1101-11, C7827-20, C1220-17 y C2733-22.	70

1.1. Marco normativo aplicable	70
1.2. Interpretación del Consejo	71
1.3. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.	74
1.4. Las posibles divergencias de la APDP.	76
2. Información relacionada a condenas penales y beneficios penitenciarios. Amparos C629-11, C3721-16, C3019-17, C4065-18 y C5879-22.	77
2.1. Marco normativo aplicable	78
2.2. Interpretación del Consejo	78
2.3. Modificaciones al marco legal con la reforma de la Ley 19.628.	81
2.4. Las posibles divergencias de la APDP.	84
3. Causas sancionatorias administrativas. Amparos C617-09, C663-10, C664-10, C2795-17, C2-22, C3805-22 y C3197-23/C4525-23.	86
3.1. Marco normativo aplicable	86
3.2. Interpretación del Consejo	86
3.3. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.	90
3.4. Las posibles divergencias de la APDP.	90
4. Incumplimiento de cargas públicas de personas naturales. Amparos C403-11, C1221-11, C2750-14 y C1269-16.	92
4.1. Marco normativo aplicable	94
4.2. Interpretación del Consejo (previa a la sentencia de la Corte Suprema en la materia)	94
4.3. La sentencia de la Corte Suprema	96
4.4. Interpretación del Consejo (posterior a la sentencia de la Corte Suprema en la materia)	99
4.5. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.	100
4.6. Las posibles divergencias de la APDP.	101
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	108

INTRODUCCIÓN

La protección de la vida privada, entendida como un aspecto de la libertad de los individuos, fue una idea que adquirió preponderancia con el desarrollo del liberalismo, el cual, conforme a sus postulados, la concebía como un margen de vida exento de la intervención estatal.¹ Este ámbito de libertad protegida, el cual resguarda el *“desenvolvimiento autónomo de cada uno en esa esfera sustraída del escrutinio público”*, consistía en una noción negativa de la posición del individuo en la sociedad. Esta visión era novedosa, ya que difería del entonces entendimiento clásico de la libertad en la antigüedad y el período grecorromano, basado en una noción positiva, en la cual la libertad se encontraba ligada en forma importante a la posibilidad de participación de los individuos en la vida pública.²

Como señala el profesor Alberto Cerda, no fue sino hasta finales del siglo XIX cuando comienza a desarrollarse la idea de elaborar un verdadero derecho a la vida privada, esta vez con el objetivo de *“hacer frente al hostigamiento de los medios de comunicación social de la época”*.³ Así, como un derecho a *“la no intromisión”*, o en consideración de sus orígenes anglosajones, como *“the right to be let alone”*⁴ fue concebido en sus comienzos el derecho a la vida privada.⁵ Con posterioridad, este derecho fue reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, tras lo cual, sin perjuicio de las dificultades que la determinación conceptual de sus márgenes ha ocasionado, se ha

¹ CERDA, A. 2003. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. Revista Chilena de Derecho Informático (3): 47-75. p.48.

² Parafraseando a Benjamín Constant. MURILLO, P. 2008. El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales. Eusko Ikaskuntza (20): 43-58. p.45.

³ CERDA SILVA, A. 2003. p.48. Así también NIEVES, M. El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica de los intereses constitucionales en juego. Teoría Y Realidad Constitucional (28): 279-312. pp.279-280.

⁴ Esta formulación fue realizada inicialmente en 1879 por el juez estadounidense Thomas A. Cooley, en la obra *“The Elements of Torts”*, y recogida por los abogados Luis Brandeis y Samuel Warren, quienes publican el famoso artículo *“The Right to Privacy”* en la Harvard Law Review, en el año 1890. En este artículo postulaban la idea de cimentar un derecho basado en la propiedad que permitiera guardar reserva de ciertos aspectos de la vida personal, con el principal objetivo impedir la divulgación indiscriminada por la prensa de información privada. En NIEVES, M. 2011. pp.279-282. También CERDA, A. 2003. p.48.

⁵ En este trabajo utilizaremos el concepto de *“vida privada”* para referirnos al ámbito protegido por este derecho. En doctrina también se suele emplear las nociones *“privacidad”* o *“intimidad”* para referirse al mismo derecho. Si bien la precisa limitación entre estos conceptos no es una materia pacífica, y en algunos casos son usados sin distinción, no comprenderían lo mismo. En síntesis, en palabras de Sanz, la intimidad suele entenderse como *“la esfera más interna o profunda del ser humano y que solo incumbe al individuo (...) que incluye el pensamiento y el ámbito psicológico de cada uno, las creencias (espirituales y religiosos), las tendencias sexuales y amorosas, y las convicciones morales”*, esfera especialmente reservada o de total opacidad. Esta se encontraría comprendida dentro de un ámbito más amplio cual es la vida privada o la privacidad, elemento subjetivo y que varía según el contexto social, cultural y jurídico, y por oposición a la esfera de *“lo público”* representa aquel ámbito sobre el cual el individuo tiene la prerrogativa de evitar que otros conozcan su contenido. SANZ, F. 2018. Delimitación de las esferas de la vida privada, privacidad e intimidad, frente al ámbito de lo público. Transparencia & Sociedad (6): 127-149. pp.145-147.

incluido sistemáticamente en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos y Cartas Fundamentales alrededor del mundo.⁶

Desde entonces a la actualidad, la humanidad ha sido testigo y protagonista de un desarrollo y avance tecnológico exponencial, a una velocidad asombrosa. Así, la expansión de la imprenta moderna en los albores de las ideas del liberalismo permitió la difusión y desarrollo de sus postulados entre la burguesía. Luego, su perfeccionamiento permitió la impresión a escala industrial⁷, y de la mano con el invento del telégrafo y el surgimiento de las máquinas de escribir, posibilitaron el auge del periodismo de masas estadounidense a fines del S.XIX.⁸ Ello a su vez generó las condiciones que indujeron la necesidad de concebir la existencia de un derecho a la vida privada a fines de siglo. Por último, el desarrollo de la informática y de la tecnología de la información en el S.XX obligó a repensar la suficiencia del derecho de la vida privada para hacer frente a los avances relacionados a la capacidad de tratar información. En este sentido, la necesidad de protección de esta esfera de libertad de los individuos ha evolucionado junto con el desarrollo tecnológico de las sociedades. De esta misma forma se explica en gran parte el surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa⁹:

“En los primeros momentos de despliegue de la informatización de la sociedad, se planteó la defensa frente a los riesgos específicos que comporta desde el baluarte que ofrecía el derecho a la intimidad. Y todavía hoy se encuentran quienes siguen viendo en ella el nomen iuris desde el que responder a las agresiones que se perpetran contra nuestros derechos mediante el uso incontrolado de información personal. Sin embargo, paulatinamente se ha ido estableciendo que los rasgos indicados del derecho a la intimidad no permiten responder a los riesgos que proceden de la recopilación, tratamiento, almacenamiento y transmisión de datos personales por medio de las posibilidades que ofrecen la informática y la telemática o, si se prefiere, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.”¹⁰

Aun cuando la evolución histórica, doctrinaria y jurisprudencial, que ha llevado al derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales a independizarse del derecho a

⁶ CERDA, A. 2003. p.48-49.

⁷ A su vez debido principalmente al invento de la impresora rotativa y la linotipia.

⁸ Para más sobre este punto, véase: MAYOCHI, S. 2021. La prensa amarillista y la prensa tradicional en la guerra hispano-estadounidense (1898). Colección, 32 (2): 13-53.

⁹ Es necesario aclarar en este punto, que si bien existen diferencias anotadas por la doctrina entre el concepto de autodeterminación informativa y protección de datos personales, en cuanto que la primera formula comprendería de mejor forma el carácter sustantivo del derecho, cual es la capacidad de disposición de los datos, durante esta Memoria se usarán estos conceptos sin distinción, prefiriendo el uso del segundo por motivos prácticos y de mayor entendimiento social. Seguimos así lo expresado por Pablo L. Murillo en cuanto *“Hablar del derecho a la autodeterminación informativa es hablar de la protección de los datos de carácter personal”* -MURILLO, P. 2008. p.44.- y que *“está claro que cualquiera de los dos mencionados identifica esta figura y es igualmente evidente que lo importante es el contenido que encierra.”* MURILLO, P. 2009. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad. En: El Derecho a la Autodeterminación Informativa. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp.11-77. p.12.

¹⁰ MURILLO, P. 2008. p.47.

la vida privada, pueda resultar fascinante, y útil para una visión más comprensiva del estado actual de la discusión, por motivos de extensión, no podemos profundizar mucho sobre este punto. Citando otra vez al profesor Cerda, podemos resumir que, aunque derivado del derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho fundamental de aquellos denominados “de tercera generación”, al generarse como respuesta a la polución de las libertades que significan las nuevas tecnologías informáticas. Por lo tanto, aunque históricamente se construye a partir del derecho a la vida privada, se independiza del mismo, permitiendo que las personas tengan control sobre sus datos personales aun cuando estos no se relacionen con la esfera de su vida privada, sino que en general, sobre todo dato que se predica sobre el individuo particular.¹¹

Para explicar en una frase al derecho de autodeterminación informativa, citaremos a Pablo L. Murillo de la Cueva, quien desde la doctrina española señala que un aspecto característico de este derecho consiste en *“el control que ofrece a las personas sobre el uso por terceros de información sobre ellas mismas”*.¹² De inmediato, esta idea parece tener algunas diferencias con lo que de forma intuitiva pudiera pensarse que consiste el derecho a la protección de datos personales, algo así como “el derecho a que mis datos personales no sean conocidos por otros”. Ese pensamiento “intuitivo” no es del todo equivocado, ya que, en efecto, en parte este ha sido el tránsito que ha recorrido la comprensión y desarrollo de este derecho, el cual se ha extendido desde una noción pasiva, centrada en la sola retención de la información personal, o su protección respecto del conocimiento de otros, a una noción activa que *“eleva el control y disposición sobre cuándo, quién y para que puede acceder a la información que nos concierne”*.¹³

En lo que respecta a su reconocimiento positivo, la primera de las regulaciones relativas a la protección de datos personales tuvo lugar en un Estado perteneciente a la República Federal de Alemania, en el año 1970.¹⁴ Esta ley se refería al tratamiento informatizado de datos nominativos por una serie de organismos del Estado, y ya contemplaba la creación de un cargo independiente en su funcionamiento, encargado de velar por la observancia de sus disposiciones y aquellas referidas a los datos de los ciudadanos, llamado Comisario de Protección de Datos.¹⁵ Por su parte, tras el desarrollo desde la doctrina, y en particular por la jurisprudencia constitucional¹⁶, en 1974 Estados Unidos

¹¹ CERDA, A. 2003. pp.53-54. También: RAJEVIC, E. 2011. Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación. En: CHILE y la protección de Datos Personales: 26 de noviembre de 2010. Santiago de Chile. Expansiva. 1-18. pp.4-5.

¹² MURILLO, P. 2009. pp.11-12.

¹³ CERDA, A. 2003. p.50.

¹⁴ Nos referimos a la Datenschutz, del Land de Hesse, en la República Federal de Alemania. CERDA, A. 2003. p.57.

¹⁵ CERDA, A. 2003. p.57.

¹⁶ NIEVES, M. 2011. pp.279-289.

promulgó su propia ley general de protección de la información personal, llamada *Privacy Act*.¹⁷ Esta ley a su vez modificaba la *Freedom of Information Act* (que permitía el acceso de los ciudadanos a la información de archivos y registros públicos de las Agencias Federales) con el objetivo de proteger la privacidad de los individuos identificados en los registros de los órganos de Administración Federal, de modo que -entre otras cosas- la revelación de los datos contenidos en ellos solo pudiera realizarse tras la petición o consentimiento del individuo que conciernen.¹⁸ Estas primeras regulaciones ya dan cuenta de la especial preocupación por la divulgación de la información personal de los ciudadanos en manos de los Estados. Y es que incluso cuando en la actualidad el sector privado accede a cada vez más información privada de las personas, sigue siendo el Estado uno de los mayores tenedores de información personal -y sensible-, ya que esta es imprescindible para el cumplimiento efectivo y eficiente de los propósitos y funciones de cualquier Estado.¹⁹

En paralelo a este desarrollo, la transparencia, que definiremos como “*el proceso por el cual la información de las condiciones existentes permite ser accesada para la toma de decisiones y acciones, de manera visible y entendible*”²⁰, también cuenta con antecedentes remotos²¹, y ha sido impulsada con fuerza en las últimas décadas, entre otras cosas motivada por el desarrollo de las tecnologías, los medios de comunicación, y en especial, el internet. Estos avances han permitido un mayor flujo de información y un menor costo de participar en dicho flujo para los ciudadanos, lo que constituye uno de los motivos por los que la transparencia ha pasado a ser un tema de creciente preocupación social en América Latina y en el mundo.²² Como señala Paul de León, la transparencia, como acceso a la información, se ha enfocado muchas veces desde la perspectiva del combate a la corrupción. Pero esta consiste en una visión incompleta de la misma, ya que en sí mismo el acceso a la información es un derecho humano básico, el cual a su vez permite otros derechos esenciales como la libertad de pensamiento y de expresión, puesto que no hay real libertad de expresar opiniones o pensamientos sin

¹⁷ NIEVES, M. 2011. p.302.

¹⁸ CERDA, A. 2003. p. 59. También: NIEVES, M. 2011. pp.302-303.

¹⁹ MATUS, J. 2013. Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2 (1): 197-228. p.199. También JIJENA, R. 2013. Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2 (2): 49-94. p.52.

²⁰ Definición de la OCDE citada por: DE LEÓN, P. 2008. *Hacia un Concepto de Transparencia: Orígenes e Importancia*. p.1. Disponible en: <https://studylib.es/doc/4640318/%E2%80%9Chacia-un-concepto-de-transparencia-or%C3%ADgenes-e-importancia%E2%80%9D>.

²¹ En efecto sus orígenes históricos se pueden rastrear hasta la Antigua Grecia y China, sin perjuicio que suele identificarse como el primer acto específico de transparencia las deliberaciones cara a cara entre ciudadanos y servidores públicos, en las comunidades de Nueva Inglaterra de Estados Unidos, en el siglo XVIII. En: DE LEÓN, P. 2008. p.2.

²² VALDIVIESO, P. y BERNAS, J. 2014. Dificultades de la aproximación de la transparencia como una política de comando y control: experiencia chilena con los municipios. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (58): 201-234. p.206. También DE LEÓN, P. 2008. p.10.

la información creíble, veraz y oportuna que posibilite su ejercicio.²³ En ese sentido, más allá de la transparencia, se ha entendido que *“el derecho de acceso a la información pública es un derecho de naturaleza iusfundamental que faculta a las personas a exigir la entrega de información que obra en poder de los órganos del Estado.”*²⁴

Como daremos cuenta a lo largo de este trabajo, el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública son derechos fundamentales en potencial tensión. Esto, ya que ambos se ejercen sobre un mismo objeto, la información, pero desde distintas aristas. El primero, pretende el resguardo o cautela del poder que tiene una persona sobre la información, cuando la concierne en cuanto persona identificada o identificable. El segundo, pretende la publicidad y el conocimiento ciudadano de la información, cuando se encuentra en poder del Estado. El potencial conflicto que se puede generar entre un derecho que tiende a favorecer la reserva de la información, y otro que favorece su publicidad, resulta entonces evidente.²⁵

Como se infiere de su título, este trabajo tratará la potencial colisión o conflicto que se produce entre ambos derechos de creciente importancia para la sociedad, tras la reforma a la Ley de Protección de Datos Personales, enfatizando en la perspectiva institucional de este conflicto.²⁶ En particular, esta Memoria pretende aportar proyecciones concretas sobre el desplazamiento que se pueda producir en el punto de equilibrio configurado en nuestro país, entre ambos bienes jurídicos protegidos, a raíz de la implementación de la reforma a la ley, y de la nueva institucionalidad que ella crea para su protección.

Con este objetivo, en el primer capítulo se introducirá el marco normativo vigente en Chile respecto a la protección de datos personales, tanto en el ámbito constitucional y legal, para enseguida dar cuenta de las principales falencias de la regulación vigente. Se profundizará en aquella relativa a la ausencia de una autoridad de control de la ley, de modo de introducir y dar contexto a la nueva institucionalidad que se crea con la reforma a la Ley de Protección de Datos Personales y que se tratará en el capítulo siguiente.

²³ DE LEÓN, P. 2008. p.3.

²⁴ ASTUDILLO, J. 2020. El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos frente al derecho de acceso a la información pública. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia, 5(15): 89-112. p.91.

²⁵ SANZ, F. 2013. Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (41): 457-502. p.458. y SANZ, F. 2017. Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (48): 135-163. p.137. También RAJEVIC, E. 2011. p.1.

²⁶ SANZ, F. 2017. p.137.

En el segundo capítulo se presentará el Proyecto de Ley (desde ahora también el Proyecto o PDL) que modifica la ley 19.628²⁷ sobre “Protección de la Vida Privada” o “Ley de Protección de Datos Personales” (o LPDP), y que crea la Agencia de Protección de Datos Personales (desde ahora también la Agencia o APDP).²⁸ En este capítulo se relatará de forma breve la historia del Proyecto, para luego profundizar en el diseño orgánico, funciones, atribuciones y procedimientos de la mencionada Agencia.

El tercer capítulo tratará sobre la colisión entre los derechos de acceso a la información pública y protección de datos personales. En primer lugar, se explorará si ambos derechos pueden ser considerados derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Adelantamos que la respuesta será positiva, pero con una mayor dificultad argumentativa para justificar el acceso a la información pública como derecho fundamental, existiendo diversas vías interpretativas para su reconocimiento como tal. Tras ello, se expondrán dos visiones distintas de la doctrina sobre el conflicto entre derechos fundamentales, en particular, la de un sector que cree en la posibilidad de colisión entre derechos fundamentales, y otro sector que estima que ello no es posible desde un punto de vista conceptual. A partir de ello se analizarán los mecanismos de resolución de conflictos entre derechos fundamentales propuestos por cada postura, a saber, la ponderación en el caso concreto y la solución mediante el ordenamiento jurídico subconstitucional. Considerando las principales críticas a ambas posturas, nuestra posición será resolver el conflicto según el ordenamiento subconstitucional hasta su mayor posibilidad, reconociendo que en ciertas ocasiones la ponderación entre derechos será inevitable, frente a lo cual creemos que, en forma acotada, el derecho a la protección de los datos personales se encontrará en mejor posición jurídica.

Luego del análisis conceptual de la colisión o conflicto entre estos derechos, estudiaremos su posible expresión institucional, la que se generaría entre la Agencia de Protección de Datos Personales y el Consejo para la Transparencia. Se dará cuenta como el Proyecto de Ley admite la probabilidad de este “choque institucional” e incorpora un mecanismo de “coordinación regulatoria” entre ambas instituciones que busca prevenir dicha contienda, pero que deja dudas en cuanto a su idoneidad. Veremos también, las implicancias que a nivel general tiene la solución de este potencial conflicto interinstitucional ante los Tribunales de Justicia.

²⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.628: SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA. 28 de agosto de 1999. <https://bcn.cl/3d8b5>

²⁸ Nos referimos al Proyecto de Ley Boletines 11.144-07 (matriz) y 11.092-07 refundidos, que “Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales”. Este ha sido incorporado a este trabajo hasta su tramitación en tercer trámite constitucional, al mes de noviembre de 2023. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07

En el capítulo cuarto se presentará la ley 20.285 de Acceso a la Información Pública (o Ley de Transparencia), y la autoridad administrativa encargada de su control, el Consejo para la Transparencia (desde ahora también el Consejo o CPLT). Se mencionarán algunas disposiciones centrales de la Ley de Transparencia, ahondando en aquellas relativas al organismo de transparencia, en particular, a su diseño, funciones y competencias. En este punto se profundizará sobre los controvertidos alcances del mandato legal del Consejo sobre la protección de datos personales, y los métodos con los que se ha valido para dirimir en torno a la reserva o la publicidad de estos datos, frente a una solicitud de acceso a la información pública. En particular, el uso de los llamados test de interés público y test de daño, planteando algunas críticas formuladas por la doctrina a la utilización de los referidos test. Esta sección del trabajo finalizará comparando algunos aspectos de diseño entre el Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales. Se dará cuenta de un conjunto importante de similitudes, y ciertas “mejoras” notables consideradas para el funcionamiento de la Agencia, relativas a su perfil técnico y su órgano de gobierno.

En el quinto y último capítulo, se revisarán resoluciones del Consejo para la Transparencia sobre requerimientos de amparo del derecho de acceso a la información pública, en los cuales se ha visto enfrentado este derecho con el derecho a la protección de datos personales. Para este análisis, se agruparán las resoluciones en torno a cuatro temáticas particulares. En cada temática se analizarán con mirada crítica los argumentos y razonamientos expuestos por el CPLT al resolver dichos requerimientos. Tras este ejercicio, se concluirá que, el Consejo en sus resoluciones más actuales, ha demostrado un mayor nivel de cautela respecto a la adecuada protección de los datos personales que en sus resoluciones anteriores o iniciales. Como se argumentará, aún existen ciertos espacios sobre los cuales se pudiera extender la protección y reserva de estos datos. Tras contrastar el marco normativo vigente, con las disposiciones reformadas contenidas en el Proyecto de Ley, se concluirá que la nueva regulación en general no va a resolver en forma expresa extender la protección sobre estos “espacios de desprotección”, pero en ciertos casos ofrecerá sustento normativo para interpretaciones más restrictivas de la publicidad de la información personal. De esta forma, a través de ellas se podría consolidar, y aún más, profundizar, el camino protector que ha seguido el Consejo para la Transparencia en su jurisprudencia más reciente.

En el mismo sentido, esta visión protectora se debiera ver reforzada con la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales. La Agencia, organismo independiente y especializado en la protección de estos datos, deberá vigilar y fiscalizar su debido cuidado. Para ello, la Agencia, mediante el mecanismo considerado en la reforma al efecto, podrá coordinarse de forma previa con el Consejo,

de modo que ambas autoridades interpreten de manera armónica y precisa, los casos y límites en que, de conformidad a la ley, los datos personales deberán entenderse reservados frente a una solicitud de acceso a la información.

Desde ya advertimos que, como en todo ejercicio proyectivo, una limitación importante en este estado consiste en la imposibilidad de saber lo que ocurrirá en el futuro. Hasta qué punto la Agencia - como organismo protector- estará dispuesta a presionar por la reserva de los datos personales frente a la publicidad de la información es algo que no podemos anticipar con certeza. Tampoco es posible aseverar las interpretaciones particulares que el mismo Consejo, la Agencia o los Tribunales de Justicia realizarán de las normas reformadas. Es más, se trata de un Proyecto de Ley que aún no ha sido aprobado en su totalidad. Encontrándose en tercer trámite legislativo, es poco el espacio que hay para su modificación. Con todo, todavía es posible algunos cambios en la última discusión sobre sus artículos en particular, razón por lo cual se intentó evitar aquello que sigue siendo el objeto principal de debate.

A pesar de estas limitaciones, la Memoria pretende superar esta barrera de incertidumbre, y aportar proponiendo ciertas implicancias concretas que pueda significar la puesta en marcha de la reforma a la Ley de Protección de Datos Personales, sobre esta verdadera colisión de derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Si el sentido de las nociones propuestas, es más, o menos correcto, el tiempo lo dirá.

CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN CHILE

1. Marco normativo del Derecho a la Autodeterminación Informativa.

Como se anticipó en la introducción de este trabajo, el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales (términos que se usarán de forma indistinta²⁹) tiene un origen histórico en el derecho a la protección a la vida privada. Al respecto, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (desde ahora también CPR), desde su origen, en el artículo 19 N°4 ya aseguraba a todas las personas el *“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (...)”*. Esta norma, junto con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas³⁰, y en relación con las normas pertinentes de los tratados internacionales vigentes, suscritos y ratificados por Chile en materia de derechos humanos³¹, componían el llamado “bloque constitucional de protección de la vida privada”.³² Bajo este marco constitucional se publica en el año 1999 la ley 19.628 sobre “Protección de la Vida Privada” o de “Protección de Datos de Carácter Personal”.³³

La moción parlamentaria que dio origen a la Ley de Protección de Datos Personales tenía por objeto *“aportar algunos instrumentos específicos que permitan a las personas una efectiva protección de sus vidas privadas ante eventuales atropellos o amenazas de que pudieran ser objeto en el ejercicio de este derecho.”*³⁴ Para ello, la moción redactaba en un solo texto sistematizado, las hasta entonces dispersas normas sobre protección a la vida privada que existían en el país, en una suerte de “Código o Estatuto Jurídico de la Privacidad”³⁵, siendo la protección de los datos personales solo uno de los títulos contemplados en el proyecto. Parafraseando al profesor Alberto Cerda, bajo la premisa de encontrarse en tramitación el proyecto de ley sobre libertades de opinión e información, el cual regulaba los otros aspectos de la protección a la vida privada de las personas, al final, la Cámara de Diputados decidió circunscribir la normativa solo a la autodeterminación informativa, en lo que refiere al tratamiento de datos personales. Así, luego de su paso por una Comisión Mixta, es aprobada la ley 19.628, referida al

²⁹ Nota al pie N°9. p.4.

³⁰ Contendida en el número siguiente del mismo artículo. CPR. Artículo 19 N°5. *“Artículo 19. La constitución asegura a todas las personas: (...) 5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”*

³¹ Principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1949, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, la Convención Americana Sobre Derechos humanos de 1969. Incorporados al ordenamiento jurídico mediante el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Magna

³² ÁLVAREZ, Daniel. 2016. Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad en materia de protección de datos? Revista de derecho (Coquimbo), 23(1): 51-79. p.53.

³³ Nota al pie N°27. p.8.

³⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley (HDL) 19.628. p.3. <http://s.bcn.cl/22xxj>

³⁵ HDL 19.628. p.4.

tratamiento de datos personales, tanto por organismos públicos como particulares, y es publicada en agosto de 1999, quedando, no obstante, la intención inicial de la moción que le dio origen, plasmada en el título de la ley.³⁶ De esta forma, Chile se convirtió en el país pionero de la región en regular la protección de datos personales.³⁷ Sobre esta ley nos referiremos con más detalle en el acápite siguiente.³⁸

Casi dos décadas después, el anclaje constitucional de la protección de los datos personales fue objeto de una importante modificación. Mediante una moción parlamentaria presentada en el año 2014³⁹, y tras cuatro años de tramitación, en el año 2018 se modificó el artículo 19 N°4 de la CPR⁴⁰, y se introdujo de forma expresa el derecho a la protección de los datos personales como uno de los derechos fundamentales asegurados en la Carta Magna.⁴¹

“Art. 19: 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 su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;”

Nos referiremos en esta parte, al detallado trabajo sobre la historia de la reforma constitucional del profesor Pablo Contreras⁴², para señalar que una importante motivación política para introducir este derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución (confesa durante la tramitación de la reforma), fue el cumplimiento de compromisos y estándares internacionales. En particular, el acordado por el Estado chileno con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).⁴³ Sin embargo, desde el punto de vista técnico y

³⁶ CERDA, A. 2012. Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales. Material de estudio del Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.16.

³⁷ Boletín 11.092-07. Moción Parlamentaria. p.3.

³⁸ Página 15 y siguientes.

³⁹ La moción parlamentaria, presentada por los senadores F. Harboe, P. Araya, R. Lagos, H. Larraín y E. Tuma, que dio origen al Boletín 9.348-07, en su origen proponía agregar al artículo 19 N°4 de la Constitución los siguientes dos incisos: *“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales y obtener su rectificación, complementación y cancelación, si estos fueren erróneos o afectaren sus derechos, como asimismo a manifestar su oposición, de acuerdo con las disposiciones establecidas en la ley.*

Su tratamiento sólo podrá hacerse por ley o con el consentimiento expreso del titular”. BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO. HDL 21.096. p.5. <http://s.bcn.cl/25n48>

⁴⁰ Cabe decir que el artículo 19 N°4 de la CPR fue modificado con anterioridad por la importante reforma constitucional realizada en el año 2005 durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos. Mediante ella se eliminó de la norma el concepto de vida “pública”, así como el inciso segundo, que se refería a las responsabilidades que emanaban de la infracción del mismo precepto a través de un medio de comunicación social. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Ley 20.050: REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE DIVERSAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. 26 de agosto de 2005. <https://bcn.cl/2f96j>

⁴¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2018. Ley 21.096: CONSAGRA EL DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES. 16 de junio de 2018. <https://bcn.cl/2gdfw>

⁴² CONTRERAS, P. 2020. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. Estudios Constitucionales 18 (2): 87-120.

⁴³ CONTRERAS, P. 2020. p.92.

sustantivo, la moción parlamentaria se fundamentó en la necesidad de su consagración expresa como derecho fundamental autónomo, de modo de diferenciarla de otros derechos constitucionales como el derecho a la vida privada, al ser estos derechos diferentes, tanto en su función como en su contenido. Citando para ello las sentencias matrices en la materia, del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁴⁴ y en especial la del Tribunal Constitucional español⁴⁵, el preámbulo de la moción parlamentaria argumenta que el contenido del derecho a la protección de datos personales

*“(…) atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales (...).”*⁴⁶

Como queda de manifiesto, el objetivo del derecho a la protección de datos personales es más amplio que la protección de la vida privada -o la intimidad, en palabras del Tribunal español-, dentro de la cual se entendía comprendido en el caso chileno. En palabras de Rajevic, este derecho *“no solo se trata de una noción negativa o abstencionista (excluir a otros) sino también una positiva (controlar mis datos).”*⁴⁷ De hecho, en realidad la autodeterminación informativa encontraría su fundamento no en la protección de la vida privada, sino que de forma directa en la dignidad de las personas.⁴⁸ La garantía que el Estado pueda otorgar a los individuos, en torno a la autonomía decisional sobre su información personal, aun cuando no sea de la esfera de su vida privada, significa posibilitar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Expresión a su vez, de la capacidad de autonomía de las personas, lo que no es sino una dimensión de la dignidad humana, asegurada constitucionalmente.⁴⁹ No obstante, la reforma constitucional introdujo el reconocimiento expreso de este derecho en el mismo N°4 del artículo 19, *“ya que reconoce que se trata de un derecho derivado de la intimidad y es en ese entendido, la razón de su ubicación”*.⁵⁰

En cuanto a la regulación legal de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico – y relacionado con nuestro siguiente punto-, siguiendo a Contreras podemos señalar que la necesidad de

⁴⁴ Como bien aclara el profesor Contreras: *“Si bien la moción cita el caso de 1983 –Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE65, 1 (1983)–, ya en 1969 la cuestión fue debatida a partir del caso ‘Microcenso’, sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 27, 1 (1969). Para sus versiones traducidas, véase a Schwabe (2009).”* En: CONTRERAS VASQUEZ, P. 2020. p.91.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, del 30 de noviembre del año 2000, sobre el alcance del derecho constitucional a la protección de datos personales.

⁴⁶ HDL 21.096. p.4.

⁴⁷ RAJEVIC, E. 2011. p.5.

⁴⁸ CAMACHO, G. 2014. La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena. Revista de Gestión Pública, III (1): 73-93. pp.78-79.

⁴⁹ CONTRERAS, P. 2020. pp.100-101.

⁵⁰ HDL 21.096. p.4.

reforma de la ley 19.628 no fue una preocupación ajena al debate legislativo de la mencionada reforma constitucional. Frente a las dudas -minoritarias- de algunos legisladores, en torno a la necesidad de constitucionalización del derecho a la protección de datos personales (ya que sostenían que una ley integral sería más efectiva para su protección), además de los motivos sustantivos para su constitucionalización ya expuestos, también se les replicó con un argumento de carácter pragmático o estratégico, que nos interesa para efectos de este trabajo. Este argumento consistió en que la reforma constitucional a su vez serviría de “paraguas” para la imperativa reforma a la ley 19.628, que ya entonces se encontraba en tramitación legislativa, lo cual reforzaba la necesidad de la actualización de la ley, y presionaba a favor de su urgencia. Además, se sostuvo que ambas reformas eran totalmente compatibles, por cuanto la reforma legal desarrollaba los mecanismos de protección del derecho que se estaba constitucionalizando. Así, se plasmó en la historia de la ley de reforma constitucional, el consenso político existente en torno a la necesidad y urgencia de actualizar la Ley de Protección de Datos Personales.⁵¹

Habiendo introducido el marco constitucional, a continuación, expondremos de forma muy general algunos de los aspectos relevantes de la ley 19.628 vigente, para luego centrarnos en sus falencias y necesidad de reforma.

1.1. Ley 19.628 sobre “Protección de la Vida Privada”.

Respecto del diseño de la ley, en consistencia con la intención inicial del proyecto que le dio origen, la LPDP constituye una ley general, aplicable a los distintos casos de tratamiento de datos personales, ejerciendo de esa forma como normativa marco, pero reglando, además, los efectos del tratamiento de los datos personales en los distintos ámbitos de la vida, como los económicos, médicos y judiciales, entre otros.⁵²

En el primero de sus 24 artículos, la LPDP define su ámbito de aplicación sobre el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos, tanto por organismos públicos o por particulares. Enseguida, realiza una serie de definiciones legales. De las más relevantes es la definición de datos personales como *“los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”*⁵³ y de los datos personales sensibles, que son una categoría de datos

⁵¹ CONTRERAS, P. 2020. pp.97-99.

⁵² CERDA, A. 2012. p.18.

⁵³ Ley 19.628. Artículo 2° letra f).

personales especialmente protegidos, objeto de un régimen jurídico especial⁵⁴, 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.”*⁵⁵ Destacamos también, la definición de tratamiento de datos 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.”*⁵⁶

En términos generales, la LPDP contiene una serie de normas que permitieron ordenar el tratamiento de los datos⁵⁷, llenando un vacío manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico hasta entonces⁵⁸, y así *“evitando al menos algunos abusos”*.⁵⁹

La ley contiene un conjunto de principios⁶⁰ para el tratamiento de los datos personales, entre los cuales destacan: (1) el principio de licitud, en virtud del cual solo puede realizarse el tratamiento con autorización legal o consentimiento expreso del titular⁶¹; (2) el principio de información, según el cual el consentimiento del titular debe ser debidamente informado en cuanto al propósito del almacenamiento y su posible comunicación al público⁶²; (3) el principio de veracidad, que exige corregir los datos erróneos, inexactos, equívocos o incompletos⁶³; (4) el principio de finalidad, en virtud del cual -salvo los datos provenientes de fuentes accesibles al público- los datos personales solo pueden utilizarse para los fines para los que fueron recolectados⁶⁴; y (5) el principio de confidencialidad, el cual establece la obligación de secreto de quienes trabajan en el tratamiento de los datos personales, cuando hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público.⁶⁵

⁵⁴ Ley 19.628. *“Artículo 10.- 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.”*

⁵⁵ Ley 19.628. Artículo 2° letra g).

⁵⁶ Ley 19.628. Artículo 2° letra o).

⁵⁷ RAJEVIC, E. 2011. pp.5-6.

⁵⁸ HDL 19.628. Moción Parlamentaria. p.3.

⁵⁹ RAJEVIC, E. 2011. p.6.

⁶⁰ Seguiremos en este punto la clasificación realizada por Rajevic conforme a la ley. RAJEVIC, E. 2011. p.6.

⁶¹ Este principio deriva de los artículos 2° y 4° inciso primero y sexto de la ley 19.628.

⁶² Ley 19.628. Artículo 4° inciso segundo.

⁶³ Ley 19.628. Artículo 6° inciso segundo y 9° inciso segundo.

⁶⁴ Ley 19.628. Artículo 9° inciso primero.

⁶⁵ Ley 19.628. Artículo 7°.

Además, la ley reconoce a los titulares de los datos personales un conjunto de derechos, denominados derechos ARCO⁶⁶, que pueden ejercer respecto de los responsables de bancos de datos, o quien realice el tratamiento. Estos son los derechos de: (1) acceso, que permite exigir al responsable la información del *“tipo de los datos que procesa, su procedencia y destino, el propósito de tal almacenamiento y la individualización de aquellos a quienes son regularmente transmitidos, además de garantizarle acceso regular a aquellos que son tratados y que conciernen a su persona”*.⁶⁷ (2) De rectificación, que permite exigirle al responsable la modificación de los datos erróneos, inexactos, equívocos o incompletos; (3) de cancelación, en virtud de cual el titular puede exigir la eliminación de los datos, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal, estuvieran caducos o en caso que cese el consentimiento para su uso, si fueron obtenidos voluntariamente o sean usados para comunicaciones comerciales y ;(4) de bloqueo, el cual sin exigir la eliminación de los datos, impide su tratamiento, y puede ser ejercido en forma alternativa al derecho de cancelación, en los dos mismos últimos casos considerados para este, es decir, cuando fueron proporcionados voluntariamente o se usen para comunicaciones comerciales.

El mecanismo contemplado en la ley para el ejercicio de estos derechos es mediante su exigencia directa al responsable del banco de datos o quien realice el tratamiento⁶⁸, y no podrán ejercerse respecto de los organismos públicos en ciertos casos.⁶⁹ En caso de denegación, o falta de respuesta de los responsables, o quienes realicen el tratamiento -tanto públicos como particulares-, la normativa contempla una acción denominada por la doctrina como *habeas data*⁷⁰, mediante la cual los titulares de datos personales podrán hacer valer sus derechos contemplados en la ley ante los tribunales civiles ordinarios.⁷¹

Sin perjuicio de que el ámbito de aplicación general de la ley comprende el tratamiento de los datos personales por parte de los organismos públicos y los particulares, a los primeros se les aplican, además, las reglas del Título IV “Del tratamiento de datos por los organismos públicos”. Este título

⁶⁶ Contemplados en el artículo 12 de la Ley 19.628. Se denominan ARCO ya que es el acrónimo de las iniciales de los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.

⁶⁷ CERDA, A. 2012. p.31.

⁶⁸ Ley 19.628. Artículo 12.

⁶⁹ Ley 19.628. “Artículo 15. - No obstante lo dispuesto en este Título, 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.”

⁷⁰ CERDA, A. 2012. pp.42-43.

⁷¹ Ley 19.628. Artículo 16. Salvo si la causal invocada para su denegación fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, en cuyo caso se deberá deducir ante la Corte Suprema.

considera solo tres artículos. El primero es de carácter general, y dispone que el tratamiento de datos personales por estos organismos solo puede efectuarse respecto de las materias de la competencia del respectivo organismo, y de acuerdo con las reglas precedentes de la ley, en cuyo caso no necesitará consentimiento del titular.⁷² Esta norma, en realidad, no constituye sino un reforzamiento del principio general de licitud.⁷³ El siguiente artículo establece reglas particulares sobre el tratamiento de datos personales “*relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias*”.⁷⁴ Y el tercer y último artículo de este título, encarga al Servicio del Registro Civil e Identificación llevar un registro de los bancos de datos personales de los organismos públicos.⁷⁵

Para finalizar esta breve exposición sobre la Ley de Protección de Datos Personales vigente, es pertinente señalar que la LPDP contiene un conjunto importante de otras normas y contenidos relevantes, los cuales pueden ser revisados con mayor profundidad en otras fuentes. El objetivo en este punto no era otro que entregar algunas nociones básicas, pertinentes a este trabajo, sobre el marco regulatorio actual, para a continuación, poder revisar algunas de las principales críticas que se plantean a dicha regulación. En particular, aquella relativa a la falta de una autoridad de control.

1.2. Las falencias de la Ley 19.628.

Podemos comenzar este punto recordando que el inicio de la tramitación de la LPDP se remonta a 1993, y su aprobación al año 1999. En este sentido, si bien algunas de sus deficiencias ya se advertían al momento de su tramitación, al ser pionera en la región, la LPDP entró en vigencia en un momento de la historia en que el desarrollo de la tecnología y en especial, de las capacidades de tratamiento masivo de la información, aún eran muy básicas. Dicho esto, como ya anticipamos, es un hecho no resistido en la actualidad, que nuestra legislación en la materia presenta serias deficiencias, y que nuestro país se encuentra al debe en materia de protección de datos personales, particularmente considerando el estado de desarrollo tecnológico nacional y global.⁷⁶

En lo central, existe una crítica de carácter general a la normativa, que se proyecta en sus deficiencias particulares. Esta crítica se relaciona con el propósito de la ley, consistente en establecer un régimen jurídico de datos personales que “*conjugue de un lado el interés de quienes requieren el*

⁷² Ley 19.628. Artículo 20.

⁷³ RAJEVIC, E. 2011. p.8.

⁷⁴ Ley 19.628. Artículo 21.

⁷⁵ Ley 19.628. Artículo 22.

⁷⁶ COMITÉ DE EVALUACIÓN DE LA LEY/OCDE, Cámara de Diputados. 2016. Evaluación de la Ley N°19.628. Presentación.

Disponibile en: https://www.evaluaciondelaley.cl/wp-content/uploads/2019/07/informe_final_ley_19628_con_portada.pdf

procesamiento de ellos con una garantía a los derechos de aquellos a quienes se refieren".⁷⁷ En tal sentido, ya en su primer artículo, la ley permite a toda persona efectuar el tratamiento de los datos, siempre que lo haga de acuerdo a la ley y respetando el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.⁷⁸ Para la profesora Gladys Camacho *"El primer objetivo no debe ser la libre circulación de los datos personales, sino la tutela de los Derechos fundamentales de las personas"*, no obstante, el objetivo que persigue la legislación *"es borrar/eliminar/evitar los obstáculos para el ejercicio de una serie de actividades económicas que ha surgido al alero del espectacular desarrollo de las nuevas tecnologías y que suponen el movimiento o transacción de importantes volúmenes de dinero"*.⁷⁹ Es decir, existe un reproche en cuanto a que más que una ley protectora, se trataría de una *"regulación legal del mercado de tratamiento de datos personales"*⁸⁰, o en otras palabras, que esta *"solo regula el tratamiento de datos, y no el derecho de los titulares a controlar los mismos"*.⁸¹

Como se dijo, esta crítica de carácter general se relaciona y complementa con un conjunto importante de distintas insuficiencias particulares notadas por los diversos actores. Solo para dar cuenta de la amplitud de los desperfectos notados, nombraremos algunos de ellos, expuestos y sistematizados con mayor detalle en el informe del Comité de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados⁸², para luego profundizar en aquel que particularmente nos interesa en este trabajo. En este sentido podemos señalar como falencias de la ley: la ausencia de precisión de su ámbito de aplicación; la insuficiencia del concepto de dato personal contenido en ella; la falta de distinción de los actores que intervienen en el tratamiento de datos; una regulación del consentimiento que no contempla nuevas tecnologías; en general el concepto de fuentes accesibles al público; la imprecisión en el tratamiento de datos personales por personas jurídicas privadas; la amplitud de las excepciones al consentimiento; la indefensión del afectado por infracción de la ley; la ausencia de sanciones efectivas en caso de infracción; y por último, la ausencia de un órgano administrativo de fiscalización y control.

⁷⁷ CERDA, A. 2012. p.23.

⁷⁸ Ley 19.628. Artículo 1°, inciso segundo. *"Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce."*

⁷⁹ CAMACHO, G. 2012. Transparencia Pública y Protección de Datos Personales en Chile. Revista de Derecho Público (77): 37-65. p.38.

⁸⁰ ÁLVAREZ, D. 2016. p.53.

⁸¹ SANZ, F. 2013. p.470.

⁸² Nos referimos especialmente en este punto, a las deficiencias nombradas en el capítulo de conclusiones y recomendaciones del informe final de evaluación de la ley 19.628, realizado por la Cámara de Diputados, en el entendiendo que consiste en una sistematización y explicación sencilla de las principales falencias acá nombradas. Comité de Evaluación de la Ley/OCDE. 2016. pp. 78-86.

1.2.1. Ausencia de autoridad de control

Dentro de los consensos que genera el diagnóstico sobre la necesidad de actualizar la ley 19.628, uno de los aspectos sobre los que existe mayor acuerdo, es en torno a la dificultad que significa para la adecuada protección de los datos personales la inexistencia de una entidad administrativa de control independiente, que “*eduque, controle y fiscalice la protección de datos personales con un alcance transversal a todos los actores que tratan información de estas características*”.⁸³

La necesidad de una autoridad de control para una efectiva y real protección de los datos personales, de hecho, no era desconocida al momento de publicación de la ley 19.628. Su relevancia fue advertida antes, y durante la tramitación misma del proyecto que dio origen a la ley.⁸⁴ No obstante, la regulación no consideró la creación de una institucionalidad con dichas funciones. La existencia de un organismo de control es de suma importancia, ya que el tratamiento de datos personales que realizan tanto las instituciones privadas como públicas, en la práctica, hoy carece de fiscalización, lo cual impide conocer con precisión la finalidad con la que están siendo utilizados los datos, quiénes son los responsables de su tratamiento, y si se están respetando los principios de la ley.⁸⁵

En el mismo sentido, la ausencia de una autoridad de control se encuentra relacionada a la ineficiencia de la acción de *habeas data* contemplada en la ley.⁸⁶ Si bien ella permite a los titulares de datos personales exigir ante los tribunales de letras en lo civil el cumplimiento de los derechos que la LPDP les confiere, en los hechos, este mecanismo ha significado su indefensión. Conforme señala el profesor Daniel Álvarez, bien es conocida la inaccesibilidad que para la mayoría de los ciudadanos representa el acceso a la justicia impartida en los tribunales civiles ordinarios, al implicar un procedimiento de larga y costosa tramitación. Ello ha devenido en que esta acción se haya utilizado casi de forma anecdótica, prefiriéndose en mayor medida recurrir a otros mecanismos procesales no idóneos y de carácter general, como el recurso o acción de protección⁸⁷ para buscar hacer valer los derechos que la ley concede a los titulares de datos.⁸⁸

En resumen, existe amplio consenso, en que “*la legislación chilena de protección de datos personales requiere de una autoridad administrativa de control independiente, que facilite el acceso*

⁸³ Comité de Evaluación de la Ley/OCDE. 2016. p.85. En el mismo sentido ALVAREZ, D. 2016. p.56.

⁸⁴ ALVAREZ, D. 2016. pp.56-57.

⁸⁵ Comité de Evaluación de la Ley/OCDE. 2016. p.85.

⁸⁶ Establecido en el artículo 16 de la Ley 19.628.

⁸⁷ Contemplado en el artículo 20 de la CPR.

⁸⁸ ALVAREZ, D. 2016. pp.53-54.

*tanto de los titulares como de los responsables de datos a un procedimiento expedito no judicializado.*⁸⁹

De esto se hace cargo el Proyecto de Ley que trata este trabajo y que a continuación introduciremos.

2. Breve historia del Proyecto de Ley que modifica la Ley 19.628 y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11144-07 y 11092-07 refundidos.

Desde la publicación de la LPDP, se le han introducido diversas modificaciones⁹⁰, y presentado un gran volumen de iniciativas para su modificación, algunas referidas a normas puntuales, y otras de carácter estructural.⁹¹ Ninguna de estas propuestas de reforma significativa a la ley ha sido aprobada aún en el Congreso, lo cual mantiene a Chile, al momento de redacción de esta Memoria, con un sistema regulatorio débil, que permite que se vulnere el derecho de los ciudadanos con impunidad, y su información personal sea objeto de tráfico comercial con libertad.⁹²

En este estado de cosas, mediante un Mensaje de la Presidenta Michelle Bachelet, en el año 2017 se presenta al Senado el “Proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales”, Boletín 11.144-07. En el preámbulo del proyecto, se reconoce con claridad el consenso existente en torno a la obsolescencia de la legislación vigente en materia de protección de datos personales, considerando el avance de las nuevas tecnologías y en particular, -al igual que respecto de la reforma constitucional- considerando las directrices y compromisos internacionales suscritos por Chile, de forma preponderante con la OCDE.⁹³ Recogiendo este consenso, el proyecto señala haber sido elaborado de acuerdo con los aportes al debate de diversos actores relevantes, como la Mesa Público Privada de Protección de Datos, el Consejo de la Sociedad Civil de Economía Digital y la Corte Suprema, así como también recoger muchas de las conclusiones y propuestas del ya referido informe del Comité de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados.⁹⁴

⁸⁹ Comité de Evaluación de la Ley/OCDE. 2016. p.86.

⁹⁰ Por ejemplo, con el paso de los años se le han introducido diversas modificaciones en materia de prohibición de comunicación de deudas, como aquellas: contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas (Ley 19.812, junio 2002); que se hayan originado durante el período de cesantía que afecte al deudor (Ley 20.463, octubre 2010); las contraídas con concesionarios de autopistas por el uso de la infraestructura (Ley 20.575, febrero 2012); las contraídas para financiar la educación en cualquiera de sus niveles (Ley 21.214, febrero 2020); o las contraídas para financiar servicios y acciones de salud (Ley 21.504, noviembre 2022).

⁹¹ VERGARA, M. 2017. Chile: Comentarios preliminares al proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Revista Chilena de Derecho y Tecnología 6 (2): 135–152. p.135. También ÁLVAREZ, D. 2016. pp.53-54.

⁹² ÁLVAREZ, D. 2016. p.56.

⁹³ En particular, las directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales de la OCDE. Mensaje. Boletín 11.144-07. pp.2-3.

⁹⁴ Mensaje. Boletín 11.144-07. pp.3-4.

El objetivo general del proyecto consistía en generar una regulación que logre un equilibrio entre la protección de los derechos de las personas, respecto de sus datos personales, con la libre circulación de la información. Para ello, se proponía reforzar los derechos de los titulares de datos, e incrementar los estándares legales de tratamiento y regulatorios, tanto respecto de agentes públicos como privados, mediante una legislación moderna y flexible, ajustada a estándares internacionales, y en concordancia, también crear una autoridad de control pública de carácter técnico, que asuma los desafíos regulatorios presentados en la materia.⁹⁵

Poco tiempo después de su presentación, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado encargó a un equipo técnico⁹⁶ elaborar una propuesta que refundiera el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, con una moción parlamentaria presentada con anterioridad por un conjunto de senadores⁹⁷, con la cual compartía ideas matrices, y que se encontraba entonces en el mismo trámite constitucional. Esta última, sin embargo, no consideraba la creación de una autoridad de control⁹⁸, en consideración del impedimento que significaba la iniciativa exclusiva del Presidente de la República sobre la creación de nuevos servicios públicos.⁹⁹

Como señalamos, existe y ya existía al momento de su consagración constitucional, amplio consenso sobre la necesidad de actualizar nuestra legislación de protección de datos personales, y la necesidad de incorporar una autoridad de control que se haga cargo de fiscalizar y promover su cumplimiento. No se ha observado el mismo acuerdo en torno a cuál organismo debe encargarse dicho rol de control, por el contrario, este punto es uno de los que mayor disenso ha generado tanto en el mundo académico y político.¹⁰⁰ Incluso, las distintas visiones sobre el organismo más adecuado para

⁹⁵ Mensaje. Boletín 11.144-07. pp.4-5.

⁹⁶ Integrado por asesores de los Senadores miembros de la Comisión y representantes del Poder Ejecutivo. En: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. Primer informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos. p.207. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmiD=11661&prmBOLETIN=11144-07>

⁹⁷ Boletín 11.092-07. Proyecto de ley sobre protección de datos personales, iniciado en moción de los senadores señores F. Harboe, P. Araya, A. De Urresti, A. Espina y H. Larraín.

⁹⁸ Moción Parlamentaria. Boletín 11.092-07. p.5.

⁹⁹ CPR. Artículo 65 N°2.

¹⁰⁰ Un recuento de distintas posturas en la academia y la sociedad civil lo encontramos en ALVAREZ, D. 2016. p.60. Sobre el diseño político generado por este punto, ello queda ya de manifiesto en el preámbulo de la moción parlamentaria que luego sería refundida en el Proyecto de Ley del cual trata este trabajo. "(...) *la cuestión en torno al diseño y atribuciones de la institucionalidad, esto es una autoridad de control en materia de datos personales, no ha alcanzado un consenso político en torno al tipo de modelo de institucionalidad y a los recursos que significarían al erario público.*" COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.8. El desacuerdo político sobre el modelo institucional a seguir se mantendría a lo largo de distintos pasajes de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley refundido. Una de las instancias donde se expresó con intensidad esta discrepancia, fue durante su primer trámite constitucional en el Senado. Así se observa en el informe. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2020. Segundo informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos

ejercer el rol de fiscalización y protección se han materializado en la presentación de distintos proyectos de ley en el Congreso.¹⁰¹

Las principales opciones por las que se ha decantado el debate han sido dos. Una consiste en la creación de un organismo especializado, la Agencia de Protección de Datos Personales, que se encargue de ser la autoridad de control o de *enforcement* solo en materia de datos personales. La otra, es la de entregar dicha función de control al Consejo para la Transparencia, consagrándolo como un organismo de carácter bifuncional o mixto, encargado de la promoción y protección de la transparencia de la información pública, y al mismo tiempo, de la protección de los datos personales. Esta última opción, sostenida bajo los principales argumentos de consistir la transparencia y la protección de datos personales en “dos caras de la misma moneda”, en cuanto ambas se ejercen sobre la información, y ser un modelo más eficiente en el uso de recursos públicos, ya que implicaría menor burocracia y no se requeriría crear un nuevo servicio público.¹⁰²

Si bien desde sus inicios el Proyecto de Ley objeto de este trabajo contemplaba la creación de un organismo especializado denominado Agencia de Protección de Datos Personales (y que consta en el título mismo del Proyecto), el nacimiento de esta entidad enfrentó una importante resistencia durante la tramitación del Proyecto. Este punto fue objeto de un intenso “lobby” que buscaba abandonar este modelo, y entregarle el rol de fiscalización y control de los datos personales al Consejo para la Transparencia.¹⁰³ Podemos afirmar que esta presión tuvo efecto, ya que durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera se presentó una indicación del Ejecutivo que modificaba el Proyecto original, y entregaba al CPLT las competencias de control de los datos personales, pasando a llamarse Consejo para la Transparencia y la Protección de Datos Personales, desechando con ello la idea de un organismo unifuncional especializado.¹⁰⁴ Esta indicación retrasó aún más el avance de la esperada reforma a la ley 19.628, trabando de manera significativa la discusión legislativa del Proyecto, el cual estuvo alrededor de tres años sin movimientos importantes.

Sin embargo, mediante una nueva indicación del Ejecutivo, hacia fines del año 2021 se repuso la Agencia de Protección de Datos Personales como autoridad de control de la ley.¹⁰⁵ En estos términos,

personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos. p.274 y siguientes.

¹⁰¹ Por ejemplo, los Boletines 6120-07; 8143-03 y 11.144-07.

¹⁰² ALVAREZ, D. 2016. pp.62-77.

¹⁰³ El profesor Renato Jijena ya advertía en 2013 respecto del fuerte afán del Consejo para la Transparencia por transformarse en la autoridad chilena de protección de datos personales, y del “lobby” realizado por el organismo en el Congreso y ante el Ejecutivo para que se le encargue dicha función. JIJENA, R. 2013. p.93.

¹⁰⁴ PDL. Boletín de indicaciones. De fecha 06.07.2018.

¹⁰⁵ PDL. Boletín de indicaciones. De fecha 07.10.2021.

en la actualidad el Proyecto se encuentra en tercer trámite constitucional, calificado con Suma Urgencia, y con poco margen para sufrir nuevas modificaciones sustantivas.

Parece entonces relevante exponer un panorama general sobre en qué consiste, y cuáles son las principales funciones que se le entregan este nuevo y esperado organismo, que, tras la aprobación de la reforma, velará por la protección de los datos personales en nuestro país.

CAPÍTULO II: LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (APDP)

1. Orgánica de la APDP.

La Agencia de Protección de Datos Personales es definida en el Proyecto como una corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico y descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y tiene por objeto “*velar por la efectiva protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales de conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones.*”¹⁰⁶

La dirección superior del organismo se le encarga a un ente colegiado llamado Consejo Directivo de la Agencia, compuesto por tres consejeros designados por el Presidente de la República, con acuerdo de dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado, quienes además deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de protección de datos personales. Los consejeros durarán seis años en el cargo, sin posibilidad de ser designados para un nuevo periodo.¹⁰⁷

El Consejo Directivo de la Agencia deberá realizar sesiones de manera ordinaria una vez por semana, adoptando sus decisiones por mayoría. Entre los consejeros elegirán un presidente(a) y un vicepresidente(a), quien, en ese orden, tendrá la facultad de dirimir en caso de empate en la votación.¹⁰⁸ Respecto de la remoción de los consejeros, se contempla un catálogo acotado de casos que se reducen a incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta.¹⁰⁹ Estos casos serán conocidos por el pleno de la Corte Suprema, a petición del Presidente de la República, o de la Cámara de Diputados, lo cual constituye una manifestación de la independencia del organismo.¹¹⁰ Además, el

¹⁰⁶ En concreto, el artículo 30 del PDL dispone: “*Artículo 30.- Agencia de Protección de Datos Personales. Créase la Agencia de Protección de Datos Personales, corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.*

La Agencia tendrá por objeto velar por la efectiva protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales, de conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones.

El domicilio de la Agencia será fijado en el reglamento, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país.”

¹⁰⁷ PDL. Artículo 30 quáter.

¹⁰⁸ El empate se puede producir en caso de ausentarse o abstenerse un consejero. PDL. Artículo 30 quáter.

¹⁰⁹ PDL. Artículo 30 sexies.

¹¹⁰ En este sentido las intervenciones del asesor del Ministerio de Hacienda, señor Roberto Godoy y del Senador Harboe. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. pp.442 y 451 respectivamente.

Proyecto considera un catálogo importante de incompatibilidades e inhabilidades respecto del cargo de consejero.¹¹¹

Dentro de las funciones del Consejo Directivo, se encuentran: establecer la normativa interna de funcionamiento para el cumplimiento de sus funciones; el establecimiento de políticas de dirección, supervisión, planificación, organización y coordinación del funcionamiento de la Agencia; la dictación de normas, circulares y oficios de carácter general; y la proposición de reformas legales y reglamentarias al Presidente de la República o al Congreso, entre otras.¹¹² Respecto del presidente(a) del Consejo Directivo, este deberá ejercer el rol de jefe de servicio, representando judicial y extrajudicialmente a la Agencia; citando, presidiendo y estableciendo la tabla de materias a ser tratadas y las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo Directivo; deberá dictar los reglamentos internos, ejecutar y dar cumplimiento a los acuerdos alcanzados por el Consejo; contratar al personal, poner términos a sus servicios, y ejercer la vigilancia y control jerárquico de su actuación; conducir las relaciones de la Agencia con otros organismos públicos, órganos del Estado y entidades reguladoras internacionales; y ejercer funciones delegadas por el Consejo Directivo; entre otras funciones.¹¹³

En lo respectivo al personal de la Agencia, en sus inicios se estima un aproximado de 30 funcionarios de dotación¹¹⁴, y quienes desempeñen funciones directivas serán seleccionados mediante concurso público efectuado por la Dirección Nacional del Servicio Civil, sobre la base de una terna conformada por el Consejo de Alta Dirección Pública.¹¹⁵ Sin perjuicio de ser funcionarios públicos, el personal se registrará por el Código del Trabajo, y les serán aplicables las normas de probidad establecidas para funcionarios públicos, además del deber de reserva y confidencialidad establecido para ellos en la ley¹¹⁶, estando sometidos para estos efectos a la fiscalización de la Contraloría General de la República.¹¹⁷

2. Funciones y atribuciones.

Las funciones y atribuciones de la Agencia, en términos generales son las siguientes:

¹¹¹ PDL. Artículo 30 quinquies.

¹¹² PDL. Artículo 30 ter.

¹¹³ PDL. Artículo 30 nonies.

¹¹⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2023. Primer informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos. p.24.

¹¹⁵ PDL. Artículo 32.

¹¹⁶ PDL. Artículo 46.

¹¹⁷ PDL. Artículo 32, en relación con el artículo 45.

(a) Facultades normativas: dictar instrucciones y normas generales obligatorias que regulen las operaciones de tratamiento de datos personales conforme a los principios establecidos en la ley, las cuales deberán ser emitidas previa consulta pública realizada en la página web de la Agencia, y respecto de las cuales se deberán poder formular observaciones.¹¹⁸ Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias en materia de protección de datos personales, así como de sus propias instrucciones y normas generales.¹¹⁹ Además, en carácter de recomendación normativa: prestar asistencia técnica al Congreso Nacional, Poder Judicial y otros órganos autónomos, cuando le sea requerida, para la dictación y ejecución de sus políticas y normas internas, de forma que el tratamiento de datos personales de estos órganos sea conforme a los principios y obligaciones establecidos en la ley¹²⁰; y de gran relevancia, proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, las normas legales y reglamentarias para la debida protección y el perfeccionamiento de la regulación sobre la protección de datos personales.¹²¹

(b) Facultades fiscalizadoras: fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones, reglamentos, e instrucciones generales respecto del tratamiento de datos personales, determinar las infracciones e incumplimientos a los mismos, y ejercer la potestad sancionatoria sobre personas naturales o jurídicas que realicen esos tratamientos e incurran en infracciones de acuerdo con los principios y obligaciones dispuestos en dichos cuerpos normativos. En cumplimiento de esta función, la Agencia podrá requerir a quienes realicen el tratamiento la entrega de los documentos, libros, antecedentes e información en general, que fuere necesaria para la fiscalización, e incluso de manera fundada, citarlos a declarar, con el objeto de resolver un procedimiento sancionatorio.¹²²

(c) Facultades promotoras: desarrollar programas, proyectos y acciones de difusión y promoción de la protección de los datos personales a la ciudadanía¹²³; relacionarse y colaborar con órganos públicos en el diseño e implementación de políticas y acciones en torno a la protección y correcto tratamiento de los datos¹²⁴; suscribir convenios de cooperación y colaboración con entidades públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales (previa consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores en el último caso)¹²⁵; participar, recibir cooperación y colaborar con organismos internacionales en materia

¹¹⁸ PDL. Artículo 30 bis, letra a).

¹¹⁹ PDL. Artículo 30 bis, letra b).

¹²⁰ PDL. Artículo 30 bis, letra i)

¹²¹ PDL. Artículo 30 bis, letra h)

¹²² PDL. Artículo 30 bis, letra c), d) y e).

¹²³ PDL. Artículo 30 bis, letra g)

¹²⁴ PDL. Artículo 30 bis, Letra j)

¹²⁵ PDL. Artículo 30 bis, Letra k)

de protección de datos personales¹²⁶; y certificar, registrar y supervisar los modelos de prevención de infracciones, y los programas de cumplimiento, así como administrar el Registro Nacional de Sanciones y Cumplimiento.¹²⁷

3. Procedimientos.

Para superar la desprotección que, en los hechos, ha significado el procedimiento judicial de *habeas data* ante tribunales civiles ordinarios, el Proyecto contempla dos procedimientos administrativos ante la APDP. Uno de tutela de derechos, que viene a reemplazar el *habeas data* existente en la legislación actual, y otro de infracción de ley, de carácter sancionatorio. A su vez, respecto de estos procedimientos se contempla la posibilidad de reclamación judicial, acción que será conocida por una Corte de Apelaciones.¹²⁸

El procedimiento administrativo de tutela de derechos podrá ser iniciado ante la Agencia por el titular de datos, cuando el responsable de tratamiento haya negado de manera expresa o tácita un requerimiento de ejercicio de los derechos que la ley reconoce a los titulares.¹²⁹ La Agencia tendrá amplias facultades dentro del procedimiento para solicitar antecedentes o informes, abrir un término probatorio de ser pertinente (en el que se establece la libertad de los medios de prueba), convocar a las partes a una audiencia e instarlas a llegar a un acuerdo, e incluso, a petición del titular, en casos justificados y previamente oyendo al responsable de datos, suspender el tratamiento de datos personales que conciernen al titular. La resolución del reclamo que dicte la Agencia deberá ser fundada, y todo el procedimiento de tutela no puede superar los seis meses. Respecto de la resolución que resuelve el requerimiento, o no lo acoge a tramitación, esta podrá ser impugnada dentro de los 15 días hábiles desde su notificación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del domicilio del reclamante, a su elección.¹³⁰

El procedimiento administrativo por infracción de ley, por otro lado, tiene por objeto determinar y sancionar el incumplimiento o vulneración de los principios, derechos y obligaciones contempladas en la LPDP. Podrá ser iniciado de oficio por la Agencia, a petición de parte, como resultado de un proceso de fiscalización, a consecuencia del ejercicio de los derechos que reconoce la

¹²⁶ PDL. Artículo 30 bis, Letra l)

¹²⁷ PDL. Artículo 30 bis, letra m) en relación con el artículo 39.

¹²⁸ Contemplados en el PDL, en el Título VII del “De las infracciones y sus sanciones, de los procedimientos y de las responsabilidades”. Artículos 33-43.

¹²⁹ Realizado de acuerdo con el artículo 11 del PDL.

¹³⁰ PDL. Artículo 41.

ley ante un órgano público¹³¹ o de un procedimiento de tutela administrativa ante la APDP, caso en el cual deberá certificarse la recepción del reclamo. La Agencia abrirá un expediente y deberá designar un funcionario responsable de la sustanciación del procedimiento, el que presentará una formulación de cargos describiendo los hechos constitutivos de infracción, así como los principios, obligaciones y normas incumplidas. El responsable de datos contra quien se dirige el procedimiento podrá presentar sus descargos y todos los antecedentes que estime pertinentes para su defensa, solicitar diligencias o medidas probatorias. De estimarse que existan hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, la Agencia podrá abrir un término probatorio de 10 días, en el cual se admite cualquier medio de prueba, y los cuales serán apreciados de acuerdo a las normas de la sana crítica. La resolución que ponga fin al procedimiento, o sancione al responsable, deberá ser fundada, y podrá ser impugnada dentro de los 15 días hábiles desde su notificación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del domicilio del reclamante, a su elección. En los mismos términos, se podrá realizar un reclamo de ilegalidad por el interesado ante la Corte de Apelaciones, cuando derivado de un procedimiento de tutela de derechos, se presentó un reclamo de infracción de ley ante la Agencia, y han transcurrido más de seis meses desde la certificación de su recepción, sin que dicho reclamo haya sido resuelto por el organismo.¹³²

Por último, como ya se ha señalado, respecto de ambos procedimientos administrativos procede la reclamación judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago o del domicilio del reclamante, a elección de este último.¹³³ Además de las circunstancias ya descritas, en términos generales, las personas naturales o jurídicas pueden deducir el reclamo de ilegalidad ante la respectiva Corte, cuando estimen que un acto administrativo que paraliza el procedimiento, o una resolución final o de término emanada de la APDP sea ilegal. Recibida la reclamación que cumpla con los requisitos formales establecidos por la ley, la Corte requerirá un informe de la Agencia, y podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente. Luego de recibido el informe, o en rebeldía de este, la Corte podrá abrir un término probatorio que se registrará bajo las normas de los incidentes del Código de Procedimiento Civil¹³⁴, cuyas normas pertinentes, en conjunto con las del Código Orgánico de Tribunales, regirán en lo no regulado especialmente para este reclamo. Respecto de un reclamo de ilegalidad originado en un procedimiento de tutela de derechos, si la Corte falla a su favor, decidirá en su sentencia si existió agravio, ordenando de ser procedente, la rectificación del acto impugnado y de la respectiva resolución. En caso de una reclamación de ilegalidad

¹³¹ PDL. Artículo 23.

¹³² PDL. Artículo 42.

¹³³ PDL. Artículo 42.

¹³⁴ Contenidas en el Título IX del Código de Procedimiento Civil. Artículos 82-91.

contra una resolución que resuelve un procedimiento sancionatorio, la Corte podrá confirmar o revocar la resolución impugnada, establecer o desechar la comisión de la infracción, modificar o dejar sin efecto la sanción impuesta al responsable, o absolverlo.¹³⁵

Para finalizar este capítulo relacionado con la futura APDP, podemos recapitular que la Agencia se tratará de un órgano independiente, de carácter técnico, cuyo órgano de gobierno llamado Consejo Directivo estará compuesto por tres consejeros, entre los cuales elegirán a su presidente(a), y que solo podrán ser removidos de sus cargos por la Corte Suprema, a petición del Congreso o del Presidente de la República, y por ciertas causales taxativas y acotadas, establecidas en la ley. Más que estas causales, no se consideran facultades de control directas sobre la Agencia por parte de ningún organismo, más allá de aquellas correspondientes a la Contraloría, respecto de sus funcionarios y sus cuentas económicas.¹³⁶ Por otro lado, como vimos, la Agencia tendrá competencias tanto sobre el sector público como privado, con importantes atribuciones relativas a la regulación, promoción y fiscalización de los datos personales. Dentro de ellas se consideran la dirección de dos tipos de procedimientos administrativos, uno de tutela de derechos y otro sancionador, y sobre los cuales se podrá ejercer el derecho de reclamo judicial, de forma directa ante una Corte de Apelaciones.

¹³⁵ PDL. Artículo 43.

¹³⁶ PDL. Artículo 32, inciso séptimo.

CAPÍTULO III: LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

1. La mirada de la doctrina.

En este punto ahondaremos en torno a la potencial colisión entre los derechos de acceso a la información pública y autodeterminación informativa, desde un punto de vista conceptual. Con este objetivo, adoptaremos el enfoque propuesto por Sanz¹³⁷, y nos preguntaremos si estos son bienes jurídicos con relevancia equivalente. Enseguida, buscaremos el mecanismo de solución al conflicto que nos permita en mayor medida un “debido equilibrio” en el ejercicio de ambos derechos. Entendiendo por tal *“el máximo alcance de los bienes jurídicos concernidos hasta su nivel de desarrollo compatible.”*¹³⁸

Lo primero que debemos despejar para esta tarea, es determinar qué tipo de derechos se encuentran en potencial colisión, es decir, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos que en este caso pueden entrar en conflicto. De esta manera podremos establecer si existe algún grado de jerarquía de derechos en abstracto, o por el contrario, hay una equivalencia normativa entre ellos.¹³⁹ En este sentido, la doctrina se ha preguntado si ambos cuentan con el estatus de derechos fundamentales. Hay que recordar en este punto, que la definición misma de derecho fundamental no es pacífica en doctrina, y existen distintas vertientes que se pueden seguir para entender o no, un derecho como fundamental.¹⁴⁰

La afirmación de la calidad de derecho fundamental respecto de la protección de datos personales hoy resulta sencilla. Como vimos en el primer capítulo¹⁴¹, tras una reforma constitucional, desde el año 2018 la protección de datos personales se encuentra consagrada de forma expresa en el catálogo de derechos fundamentales, en el artículo 19 N°4 de la Constitución.¹⁴² Como se dijo¹⁴³, en la actualidad se entiende a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental de tercera

¹³⁷ En su ya citado trabajo de 2017. SANZ, F. 2017. Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (48): 135-163.

¹³⁸ SANZ, F. 2017. p.138.

¹³⁹ SANZ, F. 2017. pp.138-139.

¹⁴⁰ Para una revisión respecto de sus distintas concepciones véase: ALEXY, R. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹⁴¹ Capítulo I.1. Marco normativo del Derecho a la Autodeterminación Informativa. p.11 y siguientes.

¹⁴² CPR. “Artículo. 19: La Constitución asegura a todas las personas: (...) 4°. - El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;”

¹⁴³ Página 14.

generación, derivado del derecho a la vida privada, pero autónomo, independiente del mismo.¹⁴⁴ Por lo tanto, la entidad de la protección de este bien jurídico como derecho fundamental no merece mayor detención en este punto.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Distinto es el caso del derecho de acceso a la información pública. Este derecho no cuenta con una consagración constitucional expresa, en términos análogos a los de la protección de datos personales. Si bien ello ha significado una carencia, en cuanto no gozaría de las garantías que poseen los demás derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, esta circunstancia no le ha impedido ser reconocido como derecho fundamental, tanto por el Tribunal Constitucional, el Consejo para la Transparencia y la doctrina, mediante distintas “vías interpretativas”.¹⁴⁵

En el año 2007, el Tribunal Constitucional consolida su postura de reconocimiento al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental implícito en el “derecho a la libertad de emitir opinión e informar”, contenido en el artículo 19 N°12¹⁴⁶ de la CPR.¹⁴⁷ Mediante una sentencia que resolvía un recurso de inaplicabilidad, en primer lugar, el Tribunal asumió la posición que la enumeración de derechos del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es taxativa ni exhaustiva. Enseguida declaró que *“el derecho de acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión”*, libertad que se encuentra reconocida como derecho fundamental en el precitado numeral de la Constitución.¹⁴⁸ Al contenerse este derecho implícito, dentro de una norma constitucional que consagra un derecho fundamental, como en este

¹⁴⁴ RAJEVIC, E. 2011. pp. 4-5. La incorporación expresa de este derecho en la Constitución fue realizada por la Ley 21.096, publicada el 16 de junio del año 2018. En ese entonces, esta era uno de tan solo dos casos de derechos fundamentales introducidos explícitamente en la CPR con posterioridad a su entrada en vigencia. Véase CONTRERAS, P. 2020. p.87.

¹⁴⁵ SANZ, F. 2017. p.142.

¹⁴⁶ CPR. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) 12º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”

¹⁴⁷ Nos referimos en este punto a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 634-2006, de fecha 9 de agosto del año 2007. Para un análisis detallado de esta sentencia: VIERA-GALLO, J. 2013. El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Segunda época año I, (1): 173-209. pp.181-185. De igual forma, la Corte Suprema en fallos recientes ha seguido esta interpretación. Corte Suprema. Sentencia recaída en recurso de queja Rol N°1824-2019, de fecha 25 de febrero de 2020.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°634-2006, de fecha 9 de agosto del año 2007. Considerando 9°. En este punto es importante señalar que tal como señala Viera-Gallo, sin poner en duda el reconocimiento implícito del derecho de acceso a la información pública en la Constitución, la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional ha acotado el alcance que en un principio le habría conferido a este derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico. VIERA-GALLO, J. 2013. pp.189-190. En la misma línea RAJEVIC, E. 2012. El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: un panorama sinóptico a 2012. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Segunda época año I, (1): 279-203. pp.300-301.

caso “la libertad de emitir opinión y la de informar”, se entiende que en consecuencia le otorga al derecho de acceso a la información pública el carácter de derecho fundamental, aun cuando no lo tenga en su aspecto formal, al no estar consignado de forma expresa en la Carta Magna.¹⁴⁹

Existe un sector de la doctrina para el cual no se trataría de un derecho implícito en normas constitucionales, sino de un derecho iusfundamentalmente adscripto a las normas de la Carta Fundamental.¹⁵⁰ Esta tesis tiene como base la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, en el denominado caso Claude Reyes vs Chile.¹⁵¹ En el fallo, la Corte interpreta que el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 13¹⁵² el cual comprende al derecho a la libertad de recibir y buscar información, dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹⁵³ Luego, la Constitución permitiría el reenvío

¹⁴⁹ SANZ, F 2017. p.151.

¹⁵⁰ GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. 2009. Derecho de acceso a la Información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Estudios Constitucionales, Año 7 (1): 137-175. p.141. Esta posición también es compartida por DROGUETT, C. 2019b. El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Tesis doctoral. Santiago de Chile. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. p.136.

¹⁵¹ En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Chile por la negativa de entregar información ambiental, señalando que el sistema de acceso a la información pública chilena infringía el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ordenando a corregir sus disposiciones legales en la materia y capacitar a sus funcionarios públicos. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

¹⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de Noviembre del 1969.” *Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

¹⁵³ En ese sentido el párrafo 77 de la mencionada sentencia: “77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla,

del ordenamiento constitucional¹⁵⁴, complementando una serie de normas constitucionales¹⁵⁵, dentro de ellas principalmente el derecho fundamental a la libertad de emitir opinión e informar, con la Convención Americana de Derechos Humanos (y otros instrumentos internacionales). De esta forma, las normas pertinentes de los instrumentos internacionales se encontrarían adscritas a las normas ya citadas, estatuidas de manera directa en la Constitución chilena, siendo en consecuencia el derecho de acceso a la información un derecho fundamental asegurado por la CPR.¹⁵⁶

El Consejo para la Transparencia también ha considerado al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental. Los autores difieren en la vía por la cual el CPLT reconoce este derecho. En palabras de Sanz, el Consejo identifica que este derecho se encontraría consagrado de forma implícita, directamente en el artículo 8º de la CPR¹⁵⁷, distinguiéndose de las posturas analizadas con anterioridad, levantando de esta manera su “propia” vía interpretativa de reconocimiento.¹⁵⁸ Rajevic, en cambio, sugiere que el Consejo para la Transparencia sigue la vía interpretativa del Tribunal Constitucional, considerando el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental implícito en el derecho a la libertad de expresión, citando en sus resoluciones al efecto, la sentencia matriz del Tribunal Constitucional ya expuesta.¹⁵⁹

Sin perjuicio de cuál sea la tesis seguida por el CPLT, lo cierto es que la adjudicación de tal entidad normativa al derecho de acceso a la información pública por parte del organismo tiene efectos relevantes en su labor. Entre ellos, la entrega de la carga de la prueba de una causal de reserva al órgano que la invoca (en cuanto significa una restricción de un derecho fundamental) y la utilización de ciertos elementos de ponderación, cuando este derecho se ha visto enfrentado a otro derecho fundamental.¹⁶⁰ Al respecto, en el próximo punto trataremos sobre la ponderación como mecanismo para resolver

acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrafo 77. p.41.

¹⁵⁴ Mediante el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución.

¹⁵⁵ Estas son las normas del artículo 8º, y el artículo 19 N°12 y N°14 de la Constitución Política de la República.

¹⁵⁶ GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. 2009. pp.141-142.

¹⁵⁷ CPR. “Artículo 8º: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. (...).” A este artículo nos referiremos con posterioridad, cuando estudiemos la Ley de Acceso a la Información Pública y el Consejo para la Transparencia, en el capítulo IV de este trabajo. p.45.

¹⁵⁸ SANZ, F. 2017. pp.143-145.

¹⁵⁹ RAJEVIC, E. 2012. pp.286-287. Esta visión se corresponde con lo expresado por el Consejo en resoluciones más recientes. Por ejemplo: Amparo C7827-20, considerando 8.

¹⁶⁰ RAJEVIC, E. 2012. p.287.

conflictos entre derechos fundamentales. Luego, en el capítulo IV¹⁶¹, profundizaremos sobre el uso de la ponderación que -supuestamente- ha realizado el Consejo, a través del llamado test de interés público, para resolver los conflictos entre el derecho de acceso a la información pública con otros derechos fundamentales, como la protección de los datos de carácter personal.

LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN

Ahora bien, una vez despejado el primer obstáculo, si entendemos tanto al acceso a la información pública y la autodeterminación informativa como derechos fundamentales.¹⁶² ¿Cómo podemos resolver los casos de colisión o choque entre dos derechos fundamentales en un caso concreto? La doctrina tiene diferentes posturas. Entre ellas, podemos distinguir una postura que acepta la posibilidad de que dos derechos fundamentales colisionen en un caso concreto, y quienes entienden que eso no es posible.¹⁶³

Para la doctrina que acepta la posibilidad conceptual de colisión entre derechos fundamentales, esta sería una especie de antinomia normativa¹⁶⁴, que un caso concreto ocurre cuando *“las posiciones de dos o más titulares de derechos fundamentales, se enfrentan o chocan de tal modo que el resultado concedido a uno (o unos) deviene en la negación o rechazo de la protección de amparo o amparo invocado por el otro (u otros)”*.¹⁶⁵ Por ello, en estos casos concretos de colisión de derechos fundamentales o también llamados de “antinomia subjetiva”, para su solución se requiere de la prevalencia de un derecho por sobre el otro, ya que al colisionar se entiende que serían incompatibles

¹⁶¹ Capítulo IV: 1.3. Test de daño y test de interés público. p.59 y siguientes.

¹⁶² Tomaremos esta posición respecto del derecho de acceso a la información pública considerando que, según lo visto, así lo entenderían el Tribunal Constitucional, el CPLT, y la mayor parte de la doctrina nacional, por ejemplo: DROGUETT, C. 2019b. p.137; SANZ, F. 2017. p.161; GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. 2009, pp. 141-142; VIERA GALLO, J. 2012. pp.188-189 y ASTUDILLO, J. 2020. p.91. No obstante, cabe decir que la intensidad argumentativa requerida para justificar su carácter de derecho fundamental, así como la diversidad de criterios que se han empleado para su construcción normativa, sumado además a la carencia de mecanismos de garantía y de tutela constitucionales al no encontrarse contemplado de forma expresa dentro del listado de derechos fundamentales que asegura la Constitución, han motivado a cierto sector a instar decididamente por la incorporación formal de este derecho dentro del catálogo de derechos fundamentales contemplado en el artículo 19 de la Carta Magna. Dicho objetivo se ha perseguido mediante proyectos de reforma constitucional como los boletines N°8.805-07 y N°11.617-07, del año 2013 y 2018 respectivamente, amén de su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales de la Propuesta de Nueva Constitución, realizada por la Convención Constituyente en el año 2022. Todos intentos que no han resultado exitosos. En este último sentido también DROGUETT, C. 2019a. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia constitucional chilena. Revista Española de la Transparencia (9): 133-159. pp.151-152.

¹⁶³ ALDUNATE, E. 2005. La colisión de derechos fundamentales. Revista Derecho y Humanidades. (11): 69-78. p.71. También SANZ, F. 2017. p.155.

¹⁶⁴ SALMONA, F. 2008. Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Santiago, Cuadernos Tribunal Constitucional, LOM Ediciones. p.29.

¹⁶⁵ SANZ, F. 2017. p.156. En términos similares para ALDUNATE *“Se habla de colisión o choque de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental”*. En ALDUNATE, E. 2005. p.69.

sus efectos jurídicos en el caso alegado.¹⁶⁶ Los criterios tradicionales utilizados por la ciencia jurídica y nuestro derecho positivo para resolver las antinomias normativas ordinarias resultarían inservibles para la determinación de prevalencia en estos casos, ya que se trata de derechos fundamentales, que constan en un mismo cuerpo normativo y gozan de una misma jerarquía normativa.¹⁶⁷

Si bien se han intentado otros¹⁶⁸, el principal método de solución de conflictos para quienes aceptan la posibilidad conceptual de colisión entre derechos fundamentales, es la ponderación en el caso concreto, respecto de la cual su principal expositor es el jurista alemán Robert Alexy.¹⁶⁹ Para la ponderación en el caso concreto, serán las circunstancias del caso las que aportarán los elementos determinantes para otorgar preferencia a un derecho sobre el otro, solo para ese caso particular.¹⁷⁰ Este método parte de la base de los derechos fundamentales como principios, es decir, “mandatos de optimización”¹⁷¹, y lo que pretende determinar es, frente a dos derechos en abstracto del mismo rango, cual posee un mayor peso en el caso concreto. De esa forma, este método establece una relación de procedencia condicionada por el conjunto de las circunstancias del caso.¹⁷² Para ponderar un derecho fundamental, con otro opuesto en un caso concreto, se requiere considerar las posibilidades tanto jurídicas y fácticas, de realización del derecho (en cuanto colisiona con otro derecho fundamental), mediante la máxima -también llamado principio o juicio- de proporcionalidad.¹⁷³ Esta máxima comprende tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en un sentido estricto. Estos subprincipios aplicados de manera sucesiva servirían como prueba para determinar la licitud de

¹⁶⁶ SALMONA, F. 2008. p.66.

¹⁶⁷ Los criterios tradicionales para resolver antinomias normativas son el criterio jerárquico, según el cual entre dos normas de distinto grado la norma superior deroga a la inferior que le contradice; cronológico, por el cual, entre dos normas de igual rango prevalece la posterior a la anterior; y de especialidad, en virtud del cual entre dos normas de igual rango y simultáneas debe prevalecer aquella norma de carácter especial. Estos criterios no resultan útiles para resolver derechos fundamentales los cuales son coetáneos, tienen un mismo rango jerárquico y un mandato de aplicación general. SALMONA, F. 2008. pp.31-32. Se ha planteado, no obstante, la idea de resolver el conflicto mediante orden de prelación o jerarquía en abstracto entre derechos fundamentales, admitiendo que no todos se encontrarían en un mismo plano de importancia, noción que ha sido criticada por la falta de criterio objetivos para establecer dicha jerarquía, o de puntos que sirvan para fundamentarla positivamente. ALDUNATE, E. 2005. p.74.y SALMONA, F. 2008. pp.53-57. Para el último autor, sin perjuicio de la imposibilidad de establecer una jerarquía abstracta entre derechos fundamentales, algunos podrían poseer “pesos” distintos o una posición preferente que se pudiera incorporar como un criterio formal dentro del proceso de ponderación en el caso concreto. SALMONA. 2008. pp. 89-91. Una idea similar propone ALEXY al esbozar la idea de un “orden blando de valores”. ALEXY, R. 1993. p.156.

¹⁶⁸ Para una revisión de otros métodos de solución de conflictos entre quienes creen en la posibilidad de colisión de derechos fundamentales véase SANZ, J. 2017. pp. 155-160. También ALDUNATE. 2005. p.73.

¹⁶⁹ ALEXY. 1993. p.157 y siguientes.

¹⁷⁰ ALDUNATE, E. 2005. p.73.

¹⁷¹ Los principios se distinguirían de las reglas en cuanto los primeros consistirían en mandatos de optimización, lo que quiere decir que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, por lo que pueden ser cumplidos en diferente grado, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, siendo el ámbito de las primeras determinado por los principios y reglas opuestos. Las reglas en cambio, son normas que solo pueden ser cumplidas o no, conteniendo determinaciones en el ámbito de lo posible en un sentido fáctico y jurídico. ALEXY. 1993. pp. 86-87.

¹⁷² ALEXY, R. 1993. p.92.

¹⁷³ SALMONA, F. 2008. p.62.

la restricción del derecho fundamental opuesto.¹⁷⁴ De esta forma se aseguraría el cumplir con la “ley de la ponderación” para el caso particular, en virtud de la cual “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.¹⁷⁵

Se le critica a este mecanismo la falta de criterios objetivos que permitan justificar normativamente el mayor peso relativo (en el caso concreto) que se le otorga a uno u otro derecho. Se argumenta que esto devendría en una tarea valorativa de parte del operador, sin puntos de apoyo que permitan su vinculación positiva en la Constitución como fuente jurídica de la decisión.¹⁷⁶ Tampoco existirían los elementos para sostener que se ha logrado la máxima protección de los derechos involucrados en la colisión.¹⁷⁷ A pesar de estas críticas, el mecanismo cuenta con un nivel de aceptación importante¹⁷⁸, y ha sido empleado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno para resolver conflictos entre derechos fundamentales¹⁷⁹, y según veremos, con ciertas deficiencias, a él también ha apelado el Consejo para la Transparencia.¹⁸⁰

Para quienes no aceptan la tesis de colisión entre derechos fundamentales, en la doctrina nacional, Aldunate es su principal expositor.¹⁸¹ Para este autor, los derechos fundamentales se entienden como ámbitos de libertad jurídica protegida, particularizados debido a las lesiones o actos atentatorios históricos de los que fueron objeto, pero dentro de un postulado de libertad general de las personas frente al Estado. De esta forma, lo determinante sería el ejercicio de esta la libertad general frente al Estado, la cual puede ser regulada por el mismo, pero solo a través de la ley. En tal sentido, el individuo siempre ejerce su libertad general (sin perjuicio de que en el caso concreto esta pueda encontrarse amparada como una libertad fundamental), pero no su derecho fundamental a una

¹⁷⁴ Estos son: 1) Juicio de idoneidad: que persigue verificar la adecuación entre medio y el fin perseguido, en tanto los medios sean aptos para el fin constitucionalmente legítimo. 2) Juicio de necesidad: el cual persigue que la medida adoptada sea la menos lesiva para alcanzar el fin lícito determinado. 3) Juicio de proporcionalidad en un sentido estricto: consiste en un criterio propiamente ponderativo o balanceador entre los beneficios de la medida impuesta y los costos de haber concurrido en la vulneración de un derecho fundamental. SALMONA 2008. P.62. También COVARRUBIAS. 2012. p. 523.

¹⁷⁵ ALEXY, R. 1993. p.167.

¹⁷⁶ ALDUNATE, E. 2005. p.74.

¹⁷⁷ ALDUNATE, E. 2005. p.74. En un sentido similar PRIETO, L. 2000. Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. Cuadernos de Derecho Público (11): 9-30. pp.22-25.

¹⁷⁸ DROGUETT, C. 2019b. pp.73-74. SALMONA. 2008. p.70.

¹⁷⁹ DROGUETT, C. 2019b. pp.75-77. SALMONA. 2008. p.60.

¹⁸⁰ Capítulo IV.1.3. Test de daño y test de interés público. p.59 y siguientes.

¹⁸¹ Existe otro sector que niega la posibilidad de colisión entre derechos fundamentales y postula la teoría de que cada derecho fundamental tendría un límite inmanente (inherente) en los derechos de los demás. De este modo el contenido propio de un derecho por definición se encontraría delimitado por los derechos de los otros. Sin embargo, de igual manera la determinación precisa de este límite se constituye problemática, subsistiendo el problema y siendo desplazado a sede procesal, al ámbito de la confrontación de pretensiones. ALDUNATE, E. 2005. pp. 71-72.

libertad protegida. La colisión, por tanto, es de ejercicio de libertades (o derechos garantizados legalmente) debiendo resolverse de acuerdo a los límites o fronteras trazados por el juez, entre el ejercicio de la libertad de un individuo y la libertad o derecho de otro, de acuerdo al ordenamiento jurídico subconstitucional vigente (ya que a nivel constitucional ambas esferas de libertad se encontrarían igualmente protegidas).¹⁸² Esta última idea es coherente con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes vs Chile*, donde justamente a raíz del derecho de acceso a la información, señala que toda limitación de un derecho fundamental protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos debe fundarse en una cláusula limitativa de la misma Convención, pero realizarse a través de la ley.¹⁸³

Según esta posición, de seguirse la posibilidad conceptual de colisión de derechos fundamentales y su solución por la vía de la ponderación, se estaría evitando la cuestión de determinar si el ejercicio de los derechos en colisión reconoce algún límite o solución en el ordenamiento jurídico positivo, además de “enturbiar” dicho conflicto, derivando de manera irremediable en la idea de “un derecho más fundamental que otro”, lo cual consistiría en una valoración moral, pero no de derecho, sino de los elementos que llevan a preferir un derecho sobre otro.¹⁸⁴

Esta tesis tampoco es perfecta y cuenta con sus propias críticas. Considerando el uso común (o excesivo) de conceptos jurídicos indeterminados o excesivamente abiertos, no resultará poco frecuente que nos encontremos frente a un conflicto en que dos derechos son ejercidos dentro de sus límites del marco constitucional y legal, no obstante es imposible garantizar jurídicamente ambos.¹⁸⁵ En último término, aún con la intención de realizar la mayor delimitación subconstitucional posible de los derechos, nos encontraríamos obligados a realizar cierto ejercicio de precedencia de un derecho fundamental sobre otro, en el caso particular. Para esta tarea, la ponderación se encontraría en mejores condiciones, al contemplar su propia pauta de funcionamiento (la proporcionalidad) y considerar el conjunto de circunstancias (fácticas y jurídicas) del caso concreto, sin circunscribirse solo a la regulación legal.¹⁸⁶

Para concluir este punto, como observamos, los métodos de resolución de los conflictos de derechos fundamentales no es una materia pacífica. Si debemos decantarnos por una solución,

¹⁸² ALDUNATE, E. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: FERRADA, J. (Coord.). *La constitucionalización del derecho chileno*. Valdivia. Editorial Jurídica de Chile y Universidad Austral de Chile. pp. 13-38. pp.31-33.

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrafos 88 a 95. Este argumento es desarrollado por GARCÍA, G y CONTRERAS, P. 2009. pp.143-145.

¹⁸⁴ ALDUNATE, E. 2003. p.33.

¹⁸⁵ DROGUETT, C. 2019b. p.69. También SALMONA, F. 2008. p.77.

¹⁸⁶ SALMONA, F. 2008. p.79.

siguiendo el razonamiento de Sanz¹⁸⁷, en primera instancia nos valdremos de la solución propuesta por quienes no consideran posible la colisión de derechos fundamentales, buscando en consecuencia, de forma exhaustiva el límite o solución al conflicto de derechos en el ordenamiento jurídico subconstitucional. Esto evitaría -en la mayor medida de lo posible- los problemas anotados por Aldunate respecto de la ponderación entre derechos fundamentales, en particular, el empleo de una labor valorativa sin una clara vinculación positiva en la Constitución como fuente jurídica. Pero al final del día, siguiendo el planteamiento de Droguett, existirán situaciones en que será inevitable la ponderación entre derechos, en las cuales la máxima de la proporcionalidad será una guía de gran utilidad para su resolución.¹⁸⁸ Por ello la ponderación ha sido empleada como mecanismo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional y ordinaria nacional.¹⁸⁹

En estas situaciones particulares, entre los derechos analizados, nos parece que la protección de datos personales se encontraría en una mejor posición jurídica que el acceso a la información pública, al tener un reconocimiento expreso como derecho fundamental constitucional, y encontrar su justificación de forma directa en la dignidad de las personas.¹⁹⁰ Por esta razón, estimamos que dentro del ejercicio de proporcionalidad, este derecho, en cuanto circunstancia jurídica, debiera tender a ser considerado con un “mayor peso” que el acceso a la información pública, sin perjuicio de los demás elementos que deberán ser considerados para la correcta operatividad de la ponderación en el caso concreto.¹⁹¹

2. Marco normativo de la relación entre el Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales, contemplado en el Proyecto de Ley que crea la APDP.

Cómo se ha señalado¹⁹², la colisión o tensión entre la transparencia y la protección de datos personales fue un punto crítico que se tuvo a la vista a lo largo de la discusión legislativa durante la tramitación de la reforma a la ley 19.628, así como también en la discusión doctrinaria que acompañó a los distintos intentos de reforma de la ley. Se temía que esta tensión se manifestara de manera perniciosa en una fuerte conflictividad entre la nueva autoridad de control de datos personales y el

¹⁸⁷ SANZ, F. 2017. pp.165-166.

¹⁸⁸ DROGUETT, C. 2019b. p.69.

¹⁸⁹ DROGUETT, C. 2019b. pp.75-77. Como señala la autora, este mecanismo también es empleado expresamente por el Tribunal Constitucional español.

¹⁹⁰ Según vimos en el capítulo I. p.13.

¹⁹¹ Siguiendo de esta forma los limitados alcances que se le pudiera otorgar a la “posición preferente” en abstracto de ciertos derechos fundamentales dentro los ejercicios de ponderación. SALMONA, F. 2008. pp.90-91.

¹⁹² Página 23.

organismo encargado de la transparencia, el CPLT. Lo anterior, por cuanto se preveía que tras la creación de la Agencia se generarían una serie de conflictos de competencias con el Consejo, los cuales se trabarían ante los tribunales ordinarios, desvirtuando los beneficios del sistema administrativo, y perdiéndose con ello parte de la eficiencia y especialidad técnica que la implementación de la autoridad administrativa pretende incorporar.

Como se verá a continuación, para mediar el potencial conflicto interinstitucional, el Proyecto de Ley incorpora un “mecanismo de coordinación regulatoria” para que ambas instituciones armonicen sus instrucciones generales, en aquellos casos en que estas puedan tener efectos en ámbitos de competencias de la otra. Reconociendo la tensión institucional que el modelo elegido significaba, este mecanismo sería el principal encargado de evitar un conflicto recurrente entre estas instituciones ante Tribunales, lo cual se consideró que desvirtuaría y perjudicaría el sistema.

2.1. Coordinación regulatoria del artículo 31.

En caso de que la discusión legislativa se decantara por la creación de una nueva institucionalidad encargada de la protección de los datos personales, distinta de la autoridad de transparencia, existía cierta claridad, tanto por de la doctrina como de los legisladores, sobre la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre ambas autoridades. De esta manera, para evitar o aminorar posibles conflictos de competencias prevalecientes entre la APDP y el CPLT se incorporó en el artículo 31 del Proyecto de Ley una norma de “Coordinación regulatoria”.

“Artículo 31.- Coordinación regulatoria. Cuando la Agencia deba dictar una instrucción o norma de carácter general y obligatoria que pueda tener efectos en los ámbitos de competencia del Consejo para la Transparencia, de acuerdo a las funciones y atribuciones señaladas en la ley N° 20.285, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver potenciales conflictos de normas y asegurar la coordinación, cooperación y colaboración entre ambos órganos.

El Consejo para la Transparencia deberá evacuar el informe solicitado dentro del plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha en que hubiere recibido el requerimiento a que se refiere el inciso precedente.

La Agencia considerará el contenido de la opinión del Consejo para la Transparencia expresándolo en la motivación de la instrucción o norma que dicte. Transcurrido el plazo sin que se hubiere recibido el informe, se procederá conforme al inciso segundo del artículo 38 de la ley N° 19.880.

A su vez, cuando el Consejo para la Transparencia deba dictar una instrucción general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de la Agencia, de acuerdo a las funciones y atribuciones señaladas en esta ley, el Consejo para la Transparencia remitirá los antecedentes y requerirá informe a la Agencia, la cual deberá evacuarlo en el plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha en que hubiere recibido el requerimiento. El Consejo para la Transparencia considerará el contenido de la opinión de la Agencia expresándolo en la motivación de la

instrucción general que dicte al efecto. Transcurrido el plazo sin que se hubiere recibido el informe, se procederá conforme al inciso segundo del artículo 38 de la ley N° 19.880.”

El mecanismo implica un reconocimiento implícito a la tensión entre los derechos de autodeterminación informativa y acceso a la información, y es consistente con la visión de que ambas autoridades de control ejercen sus atribuciones sobre una misma categoría de bien jurídico (información) pero con distintos objetivos o miradas institucionales.

De la redacción de la norma, enfatizamos que la opinión solicitada a la institución requerida no tendrá carácter vinculante, sino que solo deberá ser “considerada” por la institución requirente al dictar la instrucción general que pueda tener efectos en los ámbitos de competencias de la otra, y consignarla en su motivación. Tampoco se contempla un mecanismo para mediar o resolver las potenciales discrepancias que entre las instituciones surjan fruto de este procedimiento. El valor que el Proyecto le entrega al mencionado informe se encuentra en concordancia con el que de forma general la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos¹⁹³ entrega a los informes que deben emitirse por los órganos de la Administración del Estado, cuando sus actos administrativos puedan afectar las competencias de otros. En ese sentido, la razón de su reiteración en este cuerpo normativo se debe más bien a que el CPLT no se contempla dentro del ámbito de aplicación de la ley 19.880.¹⁹⁴

Aun cuando la coordinación regulatoria e interpretativa entre ambas autoridades es deseable, en el debate legislativo se expusieron dudas respecto de la real capacidad que tendrá el mecanismo propuesto para evitar la judicialización de conflictos entre estas instituciones. Durante la discusión legislativa se afirmó que existía el riesgo que ante opiniones diversas entre las instrucciones, un tercero pueda recurrir ante los Tribunales de Justicia, otorgándosele de esa manera al Poder Judicial la decisión regulatoria en la materia, en función de dichas instrucciones generales.¹⁹⁵ Ante esto, y como sostenemos fue la tónica durante la tramitación de este Proyecto, en reacción al posible “choque institucional” que se visualizaba, nuevamente se deslizó la idea de radicar en el CPLT la autoridad de control de datos personales como un modelo que se argumentaba evitaría esta problemática.¹⁹⁶

¹⁹³ Artículo 38. Ley 19.880. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley 19.880: ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 22 de mayo de 2003. Artículo introducido a la ley a raíz de la creación de la Comisión para el Mercado Financiero.

¹⁹⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. pp.450-451. En relación con lo establecido en la ley 19.880. Artículo 2°.

¹⁹⁵ Intervención del H. Senador Larraín. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.452.

¹⁹⁶ Intervención del H. Senador Larraín. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.451.

Para nosotros, la introducción de una instancia de armonización normativa entre ambos organismos parece del todo positiva. Esta permitirá introducir mayores espacios de intercambio entre las autoridades, aumentando de esa forma la eficiencia del sistema, y, en consecuencia, la seguridad jurídica de los destinatarios de estas normas e instrucciones generales. Pero resulta evidente que el mecanismo de coordinación regulatoria contemplado en la reforma con este objeto deja dudas en cuanto a su capacidad e idoneidad.

La eficacia que tenga el mecanismo de coordinación será observable con el transcurso del tiempo, tras la implementación de la reforma de la ley y la puesta en marcha de la nueva institucionalidad. Una gran cantidad de conflictos interpretativos entre la Agencia y el Consejo, trabados ante el aparato jurisdiccional, significará que la norma no fue suficiente para evitar que la tensión de derechos se manifieste en forma significativa en divergencias interpretativas entre ambas instituciones. De producirse esto último, la solución de estos conflictos por los Tribunales conllevará una serie de implicancias que se estiman como desventajosas, y que por lo tanto es conveniente evitar, a las cuales nos referiremos luego en el punto 3 de este capítulo.¹⁹⁷

2.2. Principio de coordinación general.

El principio de coordinación general se encuentra consagrado en el artículo 21 del Proyecto, el cual establece los *“Principios y normas aplicables al tratamiento de datos de los órganos públicos”*. Este precepto reitera que los tratamientos de datos personales que realicen los órganos públicos deben regirse por los principios generales de la ley¹⁹⁸, así como aquellos que rigen a la Administración estatal, *“especialmente los principios de coordinación, probidad y eficiencia”*.

El objetivo principal de la norma es consagrar el marco general de la relación de la Agencia con los demás organismos públicos, en resguardo del principio de eficiencia. La misma también refuerza la aplicación del principio de colaboración entre la APDP y los organismos de la Administración, lo cual a su vez aplica para la relación entre esta y el Consejo, al encontrarse el último dentro de la Administración.¹⁹⁹ Esta disposición, en conjunto con el mecanismo especial de coordinación regulatoria²⁰⁰, configuran el marco normativo que regula la relación institucional entre la Agencia y el Consejo, y en virtud de los cuales deberán coordinar aquellas actuaciones que pudieran tener efectos

¹⁹⁷ Página 42 y siguientes.

¹⁹⁸ Consagrados en el artículo 3° del PDL.

¹⁹⁹ RAJEVIC, E. 2010. pp.234-235.

²⁰⁰ PDL. Artículo 31.

sobre ámbitos de competencias del otro. La relación entre ambas disposiciones quedó de manifiesto durante la tramitación de la reforma, cuando frente a las inquietudes de ciertos legisladores sobre la posible judicialización que se produciría entre estas dos entidades, se respondió por el Ejecutivo que para ello se consideraba el principio de coordinación regulatoria del artículo 31, lo que sumado al principio de coordinación general, permitirían minimizar los riesgos de conflicto entre ambos organismos.²⁰¹

3. Solución del conflicto institucional por la justicia ordinaria. Ventajas y desventajas.

Una de las recomendaciones realizadas desde la academia, en torno a la creación de una nueva institucionalidad, era la de incorporar un mecanismo de resolución de contiendas de competencias que se haga cargo de las diferencias que de manera natural se produzcan entre dos instituciones con principios potencialmente contrapuestos.²⁰² Este mecanismo, en conjunto con el mecanismo de coordinación regulatoria, tendrían por objetivo aminorar la posibilidad de constantes conflictos de competencias trabados ante los Tribunales, debido a los riesgos al sistema que esto implicaría.²⁰³ Así en palabras de Enrique Rajevic:

“Optar por la creación de un nuevo organismo a cargo de la protección de datos requeriría generar mecanismos para resolver posibles conflictos competenciales con el CPT. Sería indeseable que finalmente éstos escalaran a los tribunales, pues en tal caso se arriesgaría buena parte de la eficacia del modelo. Sin embargo, es inevitable que al final de la jornada existan muchos casos en que la resolución del problema de acceso a la información o habeas data en el ámbito de la administración pública requiera de una ponderación conjunta entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa. Si no tenemos una instancia administrativa única que lo haga, debemos entregarle esta misión al Poder Judicial.”²⁰⁴

Aclaremos en este punto que no es en sí misma la posibilidad de recurrir judicialmente frente a decisiones de la autoridad de control, aquello que la doctrina considera inconveniente. Es en realidad, la resolución de los conflictos de competencias entre ambos organismos de control, por un órgano no

²⁰¹ En ese sentido la intervención de la delegada del Ejecutivo Macarena Lobos durante la tramitación legislativa. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2023. pp.393-394 y pp.406-407.

²⁰² Así se expresó la profesora Lorena Donoso en discusión en particular del proyecto en la Cámara de Diputados: *“Con la última redacción del Senado se perdieron algunos avances, tales como las normas relativas a la solución de contiendas de competencias entre el Consejo de la Transparencia y la Agencia, mediante un mecanismo de resolución de conflictos de competencia que debería ser rescatado. Al respecto, el 90% de los países tienen una autoridad separada con un mecanismo de resolución de competencias.”*. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2023. p.63.

²⁰³ ÁLVAREZ, D. 2016. pp.71-72.

²⁰⁴ RAJEVIC, E. 2011. p.157.

especializado, aquello que los expertos entienden como un posible riesgo para el óptimo funcionamiento del modelo. Así razona el profesor Álvarez:

*“Esto es preferible frente a un sistema en el cual la autoridad de control en materia de protección de datos personales sea un organismo distinto al CPLT, por cuanto en ese caso habría que determinar de manera precisa sus características orgánicas (esto es, por ejemplo, si se trata o no de un órgano autónomo constitucional), el alcance de sus funciones, y un mecanismo externo de arbitraje de las diferencias que naturalmente se producirían entre ambas instituciones, lo que redundaría, probablemente, en un permanente conflicto de competencias que sería resuelto, conforme nuestro diseño constitucional, por un órgano con ningún nivel de experiencia en cualesquiera de ambas materias, con los riesgos propios que un sistema de esta naturaleza implica.”*²⁰⁵

El problema notado por la doctrina entonces, consiste en la solución de estos conflictos por parte de un organismo que carece de la especialización o la experiencia necesaria en la materia, como lo serían los Tribunales que integran el Poder Judicial.²⁰⁶ Esta preocupación se corresponde con ciertas críticas realizadas a los tribunales chilenos, respecto a materias relacionadas con la protección de los datos personales, en cuanto a que tendrían un *“manejo limitado de la norma”*.²⁰⁷ A lo anterior, podríamos sumar otras consideraciones que se pueden entender como negativas de este mecanismo de resolución. Entre ellas, los largos tiempos de tramitación de la justicia ordinaria, el carácter adversarial que el sistema ordinario de justicia conlleva frente a otros sistemas como la mediación o arbitraje, con una aproximación de carácter más colaborativa, o bien, la posible disconformidad de criterios jurisprudenciales que se puede producir, entre otras cosas, por las diferentes integraciones y criterios de los cuerpos colegiados.

Sin perjuicio de sus inconveniencias, la resolución de este tipo de conflictos por parte del mismo Poder Judicial también significa importantes ventajas, como la interpretación de la normativa por parte del poder del Estado al cual se le encarga por mandato constitucional de forma exclusiva la interpretación de la ley, para resolver las controversias de relevancia jurídica en un caso particular.²⁰⁸

²⁰⁵ ÁLVAREZ, D. 2016. p.72.

²⁰⁶ ÁLVAREZ, D. 2016. p.72.

²⁰⁷ *“A la desconfianza en el sistema se suma el desconocimiento tanto de la norma como de los derechos asociados. Desde las organizaciones sociales, plantean que éste sería un tema que afecta de manera transversal tanto a la ciudadanía como a las instituciones y que es posible de percibir por medio de la baja preocupación o resguardo tanto al entregar información personal como al tratarla. Este desconocimiento también se proyecta en los tribunales de justicia quienes poseerían un manejo limitado de la norma.”* Comité de Evaluación de la Ley/OCDE. 2016. p.85.

²⁰⁸ Constitución Política de la República. *“Artículo 76. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Siendo el último intérprete de la ley, las decisiones emanadas de su máxima autoridad jerárquica, la Corte Suprema, gozan de imposibilidad de revisión en el fundamento y contenido de sus resoluciones por otro poder del Estado.

Por un lado, la solución judicial de los casos de colisión entre el acceso a la información y la protección de datos personales puede generar dudas en algunos, respecto a la calidad técnica de dichas decisiones. Por otro, la resolución de estos conflictos por los Tribunales posee las cualidades de ser resueltas por un tercero “imparcial” y cuyas decisiones eventualmente gozan de la calidad de cosa juzgada, como última palabra interpretativa del derecho. El ejercicio de esta facultad inherente a la función judicial, que detentan en forma exclusiva los Tribunales establecidos por ley, será esencial para poder generar cierto nivel de certeza jurídica en torno a donde se produce el punto de equilibrio entre ambos derechos en conflicto, en los casos particulares. Y de la misma forma -y en qué grado estará por verse-, el punto de equilibrio en cuanto a los límites precisos de las competencias del Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales.

Para finalizar este capítulo, podemos señalar que ya nos hemos referido en forma extensa al derecho a la autodeterminación informativa²⁰⁹ y a la Agencia de Protección de Datos Personales²¹⁰ que se encargará del control de este derecho tras la reforma. En esta parte, nos ocupamos del conflicto o colisión entre este derecho y el derecho de acceso a la información, desde el punto de vista conceptual y constitucional, como también la posible derivación de este conflicto a un plano institucional. Pues bien, nos resta profundizar sobre el segundo de estos derechos en potencial conflicto, el derecho de acceso a la información pública, y también sobre su autoridad de control, el Consejo para la Transparencia.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.”

²⁰⁹ Capítulo I. p.12 y siguientes.

²¹⁰ Capítulo II. p.24 y siguientes.

CAPÍTULO IV: EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. Acceso a la información pública y el Consejo para la Transparencia

El Consejo para la Transparencia se crea mediante la ley N°20.285 sobre “Acceso a la Información Pública”²¹¹ también denominada “Ley de Transparencia” (desde ahora también LAIP o LT), publicada en agosto del año 2008. El organismo entra en funciones en abril del año 2009²¹², hace ya casi 15 años a la fecha de redacción de esta Memoria. La Ley de Transparencia y la autoridad administrativa creada mediante ella para su control, el Consejo para la Transparencia, tenían por objetivo desarrollar, regular y fiscalizar el principio constitucional de publicidad en las actuaciones de los órganos del Estado.²¹³ Este principio fue introducido en la Constitución -en conjunto con el principio de probidad- en su artículo octavo, dentro del Capítulo I de Bases de la Institucionalidad, mediante la reforma constitucional realizada el año 2005, durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos.²¹⁴

“CPR. Artículo 8°: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. (...)”

El inciso segundo, del artículo octavo de la Constitución, consagra el principio de publicidad, tanto respecto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de los fundamentos y procedimientos utilizados para ellos. En el mismo inciso, se delega la regulación de las causales de reserva o secreto de la información al legislador con quórum calificado, cuando su publicidad afectare las causales genéricas que señala. Estas cuatro causales genéricas de excepción constitucional consisten en los casos en que la publicación de la información afecte: las funciones (del órgano de la Administración), los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

²¹¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20.285: SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 20 de agosto de 2008. <https://bcn.cl/2q6vd>

²¹² Consejo para la Transparencia. <https://www.consejotransparencia.cl/quienes-somos/>. [consultada el 11 de septiembre de 2023].

²¹³ DROUETT, C. 2019a. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia constitucional chilena. Revista Española de la Transparencia (9): 133-159. pp. 140-141.

²¹⁴ Ley 20.050. Publicada el 26 de agosto de 2005. Ya nos referimos a esta reforma constitucional con anterioridad, en cuanto también eliminó el concepto de vida “pública” del N°4 del artículo 19 de la Constitución, así como su inciso segundo. Nota al pie N°40. p.13.

Para lograr la consagración constitucional del principio de publicidad, fue clave el entendimiento de la transparencia como un principio elemental para enfrentar la corrupción dentro de un estado de derecho en la modernidad. En la actualidad, el acceso a la información como mecanismo de transparencia en la sociedad, y de manera particular del Estado, es considerado esencial para el funcionamiento democrático, de la mano con el principio de probidad.²¹⁵ El principio de probidad se contiene en el primer inciso del mismo artículo octavo de la Constitución, y se encuentra ligado en forma íntima con el principio de publicidad. En palabras de Sanz: *“los principios de probidad y transparencia; estos se encuentran estrechamente ligados entre sí ya que, de la aplicación exitosa del segundo, dependerá en gran medida la vigencia del primero”*.²¹⁶ No obstante, la Ley sobre Probidad Administrativa²¹⁷ entró en vigencia en 1999, casi con una década de anterioridad a la Ley de Acceso a la Información Pública.²¹⁸

Sin perjuicio de la consagración constitucional del principio de publicidad, y del incentivo que significó la potencial incorporación de Chile a la OCDE para modificar la legislación chilena, y cumplir las exigencias en materia de transparencia de los países miembros de la Organización²¹⁹, en realidad fue la casuística la que impulsó los esfuerzos políticos para que se aprobara una ley sectorial, que desarrollara y regulara dicho principio. Por un lado, los distintos escándalos de corrupción pública del país en la época²²⁰, y en especial, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precitado caso “Claude Reyes y otros contra Chile”, fueron en definitiva los verdaderos motivantes tras la promulgación de la ley 20.285.²²¹

²¹⁵ *“En otras palabras, la transparencia es un efectivo remedio contra el secretismo, escenario propicio para el desarrollo de la corrupción.”* En ASTUDILLO, J. 2020. p.91.

²¹⁶ SANZ, F. 2013. p.464.

²¹⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.653: SOBRE PROBIDAD ADMINISTRATIVA APLICABLE A LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 14 de diciembre de 1999. <https://bcn.cl/2faiv>

²¹⁸ Aun cuando esta ley significó un importante avance en materia de transparencia, la misma permitió la denegación del acceso a la información mediante la reserva o secreto que podía ser establecido en disposiciones legales o reglamentarias. Esto en relación con el D.S. N°26 del Ejecutivo, finalmente generó una gran cantidad de resoluciones exentas de Jefes Superiores de los Servicios de los organismos del Estado, las que declaraban secretos o reservados grupos de actos, y de esa forma se terminó *“transformando al secreto en la regla general al interior de la Administración pública nacional”*. DROGUETT, C. 2019a. p.140.

²¹⁹ CAMACHO, G. 2014. p.80.

²²⁰ Para TELLO et al: *“la aprobación de esta legislación no es el resultado de la convicción de los actores políticos sobre la necesidad de garantizar el acceso a la información, sino que constituye una respuesta gubernamental a los casos de corrupción que han afectado al sector público en los últimos años.”*. En TELLO E., C., CERNA G., M., & PAVÓN M., A. 2009. Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. Anuario De Derechos Humanos (5): 193-204. p.194.

²²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. La Corte condenó a Chile, ordenándole corregir sus disposiciones legales en materia de acceso a la información pública y capacitar a sus funcionarios. En palabras de la profesora Angela Vivanco, la sentencia *“motivó un fuerte interés del Ejecutivo en que la normativa del caso viera definitivamente la luz.”* En VIVANCO, A. 2008. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado: una normativa para Chile. Revista Chilena de Derecho, 35 (2): 371-391. p.386. Así también lo estima DROGUETT, C. 2019a. p.141.

LEY 20.285 SOBRE “ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA” O “LEY DE TRANSPARENCIA”

En cuanto a la Ley de Acceso a la Información Pública como tal, esta consiste de una estructura compleja de dos textos legales en una misma ley. Dentro del artículo PRIMERO²²² de la ley 20.285 se contiene la “ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”.²²³ En este texto legal se regula el régimen general de transparencia aplicable a los órganos de la Administración del Estado.²²⁴

La LAIP declara regular “el principio de transparencia de la información pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”.²²⁵ Enseguida, circunscribe los órganos de la Administración del Estado a los cuales les es aplicable el régimen general de transparencia de la ley, con ciertas particularidades.²²⁶

²²² En este trabajo nos referiremos a las normas contenidas dentro del artículo PRIMERO de la ley 20.285, es decir, a las normas de la “ley de transparencia de la función pública y acceso a la información del estado”, en letras minúsculas o por su numeración. En caso de que la referencia sea respecto de una norma del articulado general de la Ley de Acceso a la Información Pública, la referencia será al número del artículo escrito con letras mayúsculas, siguiendo así el formato utilizado por el mismo texto de la ley.

²²³ La cual a su vez se compone de 49 artículos permanentes y 3 transitorios.

²²⁴ Los artículos SEGUNDO y siguientes de la LAIP, consisten en preceptos que modifican diversos cuerpos legales pertinentes, como lo son la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley sobre Procedimientos Administrativos, Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de la Contraloría General de la República, entre otras leyes, y que regulan el régimen de transparencia aplicable a los órganos dotados de autonomía constitucional. Este doble articulado ha sido criticado por la doctrina como una mala técnica legislativa, pero más aún, por ser una expresión del “fracaso de poder sancionar un régimen unitario de transparencia”. En este sentido, ya podemos observar alguna de las dificultades conceptuales que genera la técnica legislativa utilizada. CAMACHO, G. 2015. El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho Público* (74): 211-239. pp.217-219.

²²⁵ Ley 20.285. Artículo 1°.

²²⁶ Ley 20.285. “Artículo 2°.- Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.” Esta lista se aparta de aquella que realiza de los órganos de la Administración la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. La Ley de Transparencia excluye del régimen general de transparencia a las empresas públicas, y particularmente a dos órganos autónomos constitucionales: la Contraloría General de la República y el Banco Central. El régimen por el que se regulan estos últimos en materia de transparencia se constituye de las disposiciones expresas que la ley 20.285 señala aplicables a cada una, así como las que sus respectivas leyes orgánicas establezcan. En concordancia, la LAIP en su articulado general modifica la ley orgánica constitucional de la Contraloría General y del Banco Central (artículos QUINTO y SEPTIMO respectivamente), y establece un régimen diferenciado de aplicación de la ley de acceso a la información pública. Se introduce en sus respectivas leyes orgánicas la facultad de recurrir de manera directa ante Corte de Apelaciones respectiva, en caso de denegación del derecho de acceso a la información, y de acuerdo con las normas aplicables a la entidad, quedando fuera de las competencias del Consejo para la Transparencia. Véase artículo 155 de la ley N°10.336 respecto de la Contraloría, y artículo 65 bis de la ley N°18.840 respecto del Banco Central. El mismo procedimiento de tutela se establece en el artículo NOVENO para el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Estos

Respecto del régimen general de transparencia, mandata a las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado a dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública, el cual define de la siguiente forma:

“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”²²⁷

A su vez, la misma ley prescribe que *“la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se aporten en el ejercicio de ella”*.²²⁸ Luego desarrolla el principio de transparencia y de publicidad, señalando que son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como los fundamentos, documentos de sustento, y procedimientos utilizados para su dictación, salvo las excepciones que se contienen en la misma ley y en otras leyes de quórum calificado.²²⁹ Al regular este principio emplea un criterio lato para referirse al concepto de información pública, la cual finalmente extiende a *“toda la información que detenta la Administración o que esté en mano de ella”*.²³⁰

Cuando se refiere al derecho de acceso a la información de los órganos de Administración²³¹, la ley utiliza un criterio más estricto, circunscribiendo el acceso a la información a aquella contenida en actos formalizados, así como a toda información elaborada con presupuesto público, salva las excepciones legales.²³² Las excepciones al principio de publicidad de la información y al derecho de

órganos autónomos también cuentan con un régimen especial de aplicación de la Ley de Transparencia, siendo una de las diferencias con los demás órganos de la Administración, el que no son alcanzados por las atribuciones de fiscalización del CPLT. Tampoco tiene el Consejo facultades fiscalizadoras sobre el Congreso Nacional y el Poder Judicial, en cuanto otros órganos del Estado, y cuyo régimen de transparencia se encuentra regulado en los artículos SEXTO y OCTAVO de la Ley 20.285, respectivamente. Todo lo anterior con mayor detalle lo trata CAMACHO, G. 2015. pp. 217-230.

²²⁷ Ley 20.285. Artículo 4°, inciso segundo.

²²⁸ Ley 20.285. Artículo 3°.

²²⁹ Ley 20.285. *“Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.*

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.”

²³⁰ CAMACHO, G. 2014. p.88.

²³¹ *“Ley 20.285. “Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.*

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.”

²³² CAMACHO, G. 2014. pp.87-88.

acceso a la información, consideradas en la ley, se encuentran numeradas de forma genérica en el artículo 21. Cómo veremos, mediante esta norma se ha aplicado la reserva de información que contiene datos personales.²³³

Por último, respecto de la regulación del derecho de acceso, la LAIP contiene ocho principios positivos.²³⁴ Algunos dignos de destacar en este estado, son el principio de la libertad de información²³⁵, según el cual toda persona goza del derecho de acceder a la información que obra en poder de la Administración, con la sola excepción de aquellas que sean establecidas por leyes de quórum calificado. El principio de apertura o transparencia²³⁶, conforme al cual se presume pública toda la información en poder de los órganos de la Administración, que se relaciona de forma importante con el principio de máxima divulgación²³⁷, de acuerdo con el que los órganos deben proporcionar la información en los términos más amplios posibles. Ambos excluyen de forma expresa la información sujeta a excepciones legales. Por último, relativo a estas excepciones y de gran relevancia para este trabajo, destacamos el principio de divisibilidad²³⁸, en virtud del cual, si un acto contiene información que puede ser conocida e información afecta a causal legal de reserva, se debe dar acceso a la primera y no a la segunda.

REQUERIMIENTO DE AMPARO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

El mecanismo para hacer ejercicio del derecho de acceso a la información pública ante un órgano de la Administración (también denominado transparencia pasiva²³⁹) dispuesto en la LAIP, solo exige ciertos requisitos básicos de forma, así como la individualización del solicitante y de la información solicitada.²⁴⁰ En caso de denegación, o falta de respuesta ante una solicitud de acceso a la

²³³ En particular a través de la causal del N°2 de la norma, como veremos en el Capítulo IV. Apartado 1.2. La causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia. p.57 y siguientes.

²³⁴ Contenidos en el artículo 11 de la ley 20.285.

²³⁵ Ley 20.285. Artículo 11, letra b).

²³⁶ Ley 20.285. Artículo 11, letra c).

²³⁷ Ley 20.285. Artículo 11, letra d).

²³⁸ Ley 20.285. Artículo 11, letra e).

²³⁹ La transparencia pasiva consiste en las solicitudes de acceso a la información que se pueden realizar a los órganos de la Administración del Estado. Esta se encuentra regulada en el Título IV. de la ley "*Del Derecho de Acceso a la Información de los órganos de la Administración del Estado*", artículos 10-30. La transparencia activa consiste en la información que los órganos de la Administración deben mantener a disposición del público en sus respectivos sitios web y se encuentra regulada en el Título III de la ley, artículos 7°-9°.

²⁴⁰ Ley 20.285. Artículo 12. Estos requisitos consisten en que la solicitud de acceso a la información sea formulada por escrito, o por los medios electrónicos contemplados especialmente al efecto, la individualización del solicitante, su dirección y firma, y la identificación clara de la información solicitada y del órgano administrativo al cual se le solicita.

información pública, la ley considera un procedimiento administrativo ante la autoridad de control de la ley, el Consejo para la Transparencia, para solicitar el amparo del derecho de acceso.²⁴¹

El requerimiento de amparo se puede formular al Consejo durante un plazo de 15 días desde que el órgano de la Administración²⁴² ha denegado en todo o en parte, o no ha dado respuesta en plazo, a una solicitud de acceso a la información que se considera pública.²⁴³ La resolución que dicte el Consejo sobre el requerimiento de acceso a la información es susceptible de ser reclamada de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, ejerciendo de esta forma su derecho de tutela judicial respecto de la autoridad administrativa.²⁴⁴

Es mediante estas resoluciones de requerimientos de amparo del derecho de acceso a la información pública, el mecanismo mediante el cual el Consejo para la Transparencia ha ido construyendo y consolidando su propia jurisprudencia administrativa. Respecto de lo que interesa a este trabajo, a través de este mismo mecanismo ha desarrollado y aplicado criterios particulares de interpretación de las normas, que han determinado en los hechos, los límites o fronteras entendidos por el organismo entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales. Pero antes adentrarnos en las actuaciones particulares del Consejo en torno a este conflicto de derechos, primero caracterizaremos de forma general a este organismo.

DISEÑO ORGÁNICO DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

La Ley de Transparencia dispone *“Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.”*²⁴⁵ A continuación, especifica la misión del organismo señalando que *“tendrá por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.”*²⁴⁶

La definición del Consejo para la Transparencia como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, ya le otorga un nivel de independencia del

²⁴¹ Ley 20.285. Artículos 24 y siguientes.

²⁴² De aquellos mencionados en el artículo 2° de la ley 20.285.

²⁴³ Ley 20.285. Artículo 24.

²⁴⁴ Ley 20.285. Artículo 28.

²⁴⁵ Ley 20.285. Artículo 31, inciso primero.

²⁴⁶ Ley 20.285. Artículo 32.

Poder Ejecutivo. Al tratarse de una corporación autónoma de derecho público se encontraría exceptuado del marco organizatorio de servicios públicos regulado por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²⁴⁷ o LBGAE.²⁴⁸ En efecto, la Ley de Transparencia modifica la LBGAE²⁴⁹, e incluye al Consejo para la Transparencia en las entidades excluidas de la aplicación del Título II de la misma ley (título cuyos preceptos regulan la organización básica de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos).²⁵⁰ De esta forma, esta materia para el Consejo se regula directamente por las normas de la misma ley 20.285.²⁵¹ Además de tratarse de un organismo con autonomía legal, con una naturaleza jurídica particular o “sui generis”²⁵², una serie de instrumentos diferentes le confieren al Consejo ciertos ámbitos de independencia, dotándolo de una autonomía reforzada.²⁵³ Para la doctrina, se trata en definitiva de un órgano “acentralizado” e independiente, pero dentro de la Administración.²⁵⁴

Respecto de estos “instrumentos” que le confieren ámbitos de independencia, en primer lugar, la dirección y administración superiores del CPLT le corresponden a un Consejo Directivo. Este Consejo Directivo se compone por cuatro miembros, también llamados consejeros, designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, para el cual se exige un alto quorum de dos tercios de sus miembros en ejercicio. A su vez, el presidente del Consejo es uno de los consejeros, elegido por sus propios pares, con un período de presidencia de 18 meses, sin posibilidad de reelección dentro de un mismo período de consejero.²⁵⁵

En cuanto al estatuto de los consejeros, en un comienzo fue planteada la idea de requerir que los candidatos tuvieran algún grado de prestigio o reconocimiento en materias de gestión pública. Esta idea se descartó durante la tramitación de la ley, y en la actualidad no se exige experiencia de ningún tipo para quienes sean propuestos como consejeros, por lo que opera plena discrecionalidad para la

²⁴⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto con Fuerza de Ley n.º 1 de 13 de diciembre de 2000: FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY Nº 18.575, ORGANICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. 17 de noviembre de 2001. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>

²⁴⁸ RAJEVIC, E. 2010. El Consejo para la Transparencia como 'Administración independiente'. Publicado en: Transparencia en la Administración Pública. Santiago, Abeledo Perrot. 231-247. p.233.

²⁴⁹ En particular, el artículo 21 de la LBGAE.

²⁵⁰ Ley 20.285. Artículo SEGUNDO.

²⁵¹ RAJEVIC, E. 2010. pp.233-234.

²⁵² RAJEVIC, E. 2010. p.233.

²⁵³ Para Rajevic siguiendo a Santa María estos instrumentos serían los mecanismos de designación y cese de los titulares de los órganos de gobierno, la atribución de potestades sustantivas de ordenación del sector, y una autonomía medial, entendiéndose por tal cierto grado de autonomía del Gobierno en la gestión interna del organismo. RAJEVIC, E. 2010. p.236.

²⁵⁴ CONTRERAS, P. 2021. La reforma del Consejo para la Transparencia y su órgano de gobierno: Entre la transparencia y la protección de datos personales. Anuario de Derecho Público UDP. Santiago, Ediciones UDP. 371-389. p.378.

²⁵⁵ Ley 20.285. Artículo 36.

elección de los candidatos al cargo.²⁵⁶ Los consejeros son remunerados por su asistencia a las sesiones del Consejo (con un tope de 100 UF mensuales el cual se alcanzaría con la asistencia a siete sesiones²⁵⁷), a excepción del presidente o presidenta, el cual recibe la remuneración equivalente a la de un subsecretario de estado.²⁵⁸

En palabras del profesor Pablo Contreras, este estatuto repercutiría en el perfil de quienes han ejercido el cargo de consejeros, quienes *“suelen ser académicos o que trabajen -o hayan trabajado- en think thanks de partidos políticos”*, quienes mantienen trabajos en el sector privado y se dedican en forma parcial al trabajo del Consejo.²⁵⁹ Si bien la estructura orgánica y de gobierno, así como el mecanismo de nombramiento de sus consejeros, son instrumentos que junto con otros reforzarían la autonomía del Consejo²⁶⁰, los mismos mecanismos también han sido objeto de críticas por la doctrina, debido a la *“lógica binominal”* con el que fueron pensados, lo cual se proyectaría en su funcionamiento.²⁶¹ Sin entrar en detalles sobre este interesante punto, se ha criticado que el importante componente político en el nombramiento de los consejeros sería funcional al sistema binominal con el que fue concebido, y arriesgaría la politización de las designaciones.²⁶² Además, que el estatuto de los consejeros²⁶³ y el diseño del órgano de gobierno del Consejo requieren ser reformados para un mejor funcionamiento directivo de la entidad.²⁶⁴

En cuanto a las funciones y atribuciones encomendadas en la ley al Consejo para la Transparencia, entre ellas se encuentran: fiscalizar el cumplimiento de la ley y sancionar su incumplimiento, resolver los reclamos por denegación de acceso a la información, promover la transparencia de la función pública y la publicidad de la información de los órganos de la Administración, dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la LAIP, formular recomendaciones, realizar capacitaciones, entre otras.²⁶⁵ En este punto advertimos que la ley también

²⁵⁶ RAJEVIC, E. 2010. p.236.

²⁵⁷ CONTRERAS, P. 2021. p.375.

²⁵⁸ Ley 20.285. Artículo 39.

²⁵⁹ CONTRERAS, P.2021. p.376.

²⁶⁰ RAJEVIC, E. 2010. pp.233-244.

²⁶¹ Así Contreras: *“La estructura de un Consejo Directivo integrado por un número par, que es renovado por duplas y su quórum de ratificación es de dos tercios de los senadores, es un diseño institucional que podría ser calificado como una proyección del sistema ‘binominal’ en la conformación del órgano de gobierno del Consejo.”* CONTRERAS, P. 2021. p.374.

²⁶² RAJEVIC, E. 2010. p.236.

²⁶³ Así Contreras citando a García *“García ha planteado que ‘la tutela de la transparencia está en manos de amateurs, de personas que no son profesionales de la Administración Pública y que trabajan part-time, porque su interés principal está en el sector privado’”*. CONTRERAS, P. 2021. p.376.

²⁶⁴ CONTRERAS, P. 2021. p. 380. *“A más de diez años de la LT y más de veinte años de la LPDP, el diseño del Consejo y su gobierno está agotado y actualmente bajo redefinición legislativa.”*

²⁶⁵ Ley 20.285. *“Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

encomienda al Consejo velar por el adecuado cumplimiento de la ley 19.628 por parte de los órganos de la Administración del Estado, y sobre ello nos referiremos en extenso en el acápite siguiente.

Por último, el ámbito de competencias del Consejo para la Transparencia para el ejercicio de su autoridad se encuentra circunscrito a los órganos de la Administración del Estado, con las particularidades ya advertidas²⁶⁶, sin tener en la actualidad ningún tipo de competencias sobre el sector privado.²⁶⁷

1.1. Los discutidos alcances de la función del CPLT sobre la protección de datos personales.

Dentro de las funciones y atribuciones encomendadas al Consejo, en el artículo 33 de la LAIP, se incorpora:

“Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N°19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.”

Esta disposición se inspira en la función dual que cumple el *Information Commissioner* en Reino Unido, en tanto fiscaliza el cumplimiento de las leyes de transparencia y de protección de datos personales de forma paralela²⁶⁸, y ha sido catalogada como “vaga”, al no precisar las atribuciones que

b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.

c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.

h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.

l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.”

²⁶⁶ Nota al pie N°226.

²⁶⁷ CONTRERAS, P. 2021. p.378. “(...) el Consejo fue creado para el enforcement de la LT solo respecto de la Administración y nada más.”

²⁶⁸ RAJEVIC, E. 2011. p.12.

le corresponden al Consejo para el cumplimiento de este mandato.²⁶⁹ Y es que, en efecto, el verbo “velar”, no tiene un contenido claro, que permita inferir con certeza los mecanismos y límites que le corresponden al CPLT en el cumplimiento de dicha disposición legal. La acusada vaguedad de la ley ha permitido al Consejo desarrollar y adjudicarse una serie de atribuciones en torno a la protección de datos personales. Entre ellas dictar “Recomendaciones Generales” en la materia²⁷⁰, o incluso conocer de forma directa y alternativa a un órgano jurisdiccional los recursos de *habeas data*.²⁷¹ Estas actuaciones pueden ser loables, en cuanto pretenden llenar un vacío existente, entre otras cosas, debido a la ausencia de una verdadera autoridad de control de datos en nuestra regulación, y por ello han sido valoradas en su contenido por parte de la doctrina.²⁷² Pero también han sido resistidas por otros, quienes consideran que el organismo de transparencia carece de “piso legal” para este tipo de actos en materia de protección de datos, e incluso las han calificado derechamente como ilegales.²⁷³ Para esta postura, al ser actuaciones dentro del marco del Derecho Público, siguiendo el viejo adagio “en Derecho Público solo es posible hacer aquello expresamente permitido”, para que el organismo pueda ejercerlas de forma lícita, aquellas atribuciones debieran estar reguladas de forma expresa en la ley, lo que dudosamente encontraría sustento jurídico en el mandato “vago” y amplio, contenido en la letra m) del artículo en comento.²⁷⁴

Esta posición fue sostenida de manera elocuente por el profesor Carlos Reusser, en el contexto de los diálogos académicos sobre el Proyecto de Ley que modifica la Ley de Protección de Datos y crea la APDP:

“Lo único que dice la ley de acceso a la información pública es que es función del Consejo para la Transparencia “velar” por el adecuado cumplimiento de la ley de protección de datos de carácter personal por parte de los órganos de la Administración del Estado, pero estamos en el ámbito del Derecho Público, en que sólo puede hacerse lo que la ley te autoriza y, más todavía, los órganos de la Administración tienen las facultades y

²⁶⁹ CONTRERAS, 2021. p.379.

²⁷⁰ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2020. Resolución exenta N°304: APRUEBA EL TEXTO ACTUALIZADO Y REFUNDIDO DE LAS RECOMENDACIONES DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y SUSTITUYE TEXTO QUE INDICA. 30 de noviembre de 2020. <https://bcn.cl/2mo4z>

²⁷¹ JIJENA, R. 2013. p.90.

²⁷² Así Matus: “Las recomendaciones del Consejo relativas a la Protección de Datos Personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado, proponen una serie de buenas prácticas complementarias de las normas obligatorias contenidas en la Ley de Datos Personales, las que, en su carácter de recomendaciones, tienen por objeto facilitar la comprensión y orientar para un mejor cumplimiento de las obligaciones que esta norma legal impone a los órganos de la Administración del Estado en materia de protección de datos personales. De esta forma, dicho instrumento recoge en su texto las obligaciones que dispone la ley y las complementa con orientaciones que facilitan su cumplimiento homogéneo por parte de la administración.” MATUS, J. 2013. p.206.

²⁷³ JIJENA, R. 2013. pp.89-90.

²⁷⁴ JIJENA, R. 2013. pp.89-90.

*atribuciones que les otorga la ley. ¿Y qué atribución concreta le da la ley al Consejo para la Transparencia en materia de protección de datos? Ninguna. La ley no contempla atribuciones, procedimientos, ni régimen de sanciones al respecto. Todo lo que dice es una palabra: “velar”.*²⁷⁵

Sin perjuicio de esta visión sostenida por un sector de la academia, la entidad fiscalizadora de derecho público del país, la Contraloría General de la República, ha dictaminado que el legislador en la Ley de Transparencia sí habilita al Consejo para “*decidir los medios o instrumentos idóneos*” que considere pertinentes para el velar por el cumplimiento de la Ley 19.628.²⁷⁶ De esta forma, el ente contralor ha dado validez a las atribuciones ejercidas por el Consejo con el objeto de mejorar el nivel de resguardo de los datos personales dentro de los organismos de la Administración, tales como la dictación de recomendaciones generales sobre la materia.

Lo que no deja duda alguna, es que en la actualidad el CPLT carece facultades sancionatorias respecto de la protección de datos personales.²⁷⁷ La falta de verdaderas y efectivas sanciones en materia de protección de datos constituye una de las falencias de la regulación vigente que pretende superarse con la reforma a la ley 19.628. En este sentido, a diferencia del Consejo, la APDP sí tendrá importantes atribuciones directas sobre las disposiciones de la Ley de Protección de Datos Personales, tanto de amparo, fiscalización, y de sanción.²⁷⁸ Y lo que es de gran relevancia, estas atribuciones las podrá ejercer sobre el sector público y privado. Este último sector de un enorme volumen, sobre el cual no existe un verdadero ente fiscalizador en la actualidad.

Como anticipamos²⁷⁹, el principal mecanismo mediante el cual el CPLT genera jurisprudencia administrativa y resuelve sobre los límites entre la transparencia y el derecho a la protección de datos personales, es a través de los requerimientos de amparo del derecho de acceso a la información pública.²⁸⁰ Estos requerimientos ante el Consejo, han tenido un incremento exponencial en casi una década y media desde la implementación de la Ley de Transparencia. En 2010 se ejercieron solo 919 requerimientos de amparo ante el Consejo, los cuales aumentaron a 3.010 en el año 2015, y a 9.526 en

²⁷⁵ REUSSER, C. En: ZAROR, D., REUSSER, C., BARROS, A., FERNÁNDEZ, M. Ángel, CEA, J. L., & COBO, N. 2019. Diálogo 2: Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de datos personales. Revista De Derecho Aplicado LLM UC, (3). p.7.

²⁷⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N°21.167, del 12 de agosto de 2019. Párrafos séptimo y octavo: “*Como puede advertirse, la ley junto con conferir al Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia, le encomienda expresamente la función de velar por la reserva de los datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y por el cumplimiento de la ley N° 19.628, para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto.*

Siendo así, dado que el legislador ha reconocido potestad en la materia al Consejo, para su ejercicio ese cuerpo colegiado puede decidir sobre los medios o instrumentos que sean idóneos para tal fin, entre ellos, la instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera (aplica criterio contenido en el dictamen N° 16.631, de 2018).”

²⁷⁷ CONTRERAS, P. 2021. p.379.

²⁷⁸ Como se vio en el Capítulo II. p.25 y siguientes.

²⁷⁹ Página 49.

²⁸⁰ Contemplados en el artículo 24 de la ley 20.285.

2022.²⁸¹ A su vez, respecto de aquellos requerimientos de amparo relacionados con la Ley de Protección de Datos Personales, en los últimos años, 372 amparos se relacionarían con la ley 19.628 en el año 2020, 305 en 2021 y solo 116 en el año 2022, por lo que podemos observar una posible tendencia inversa.²⁸²

Respecto del ejercicio de esta función, en palabras de Álvarez:

“El Consejo, en sus cortos años de existencia, ha cumplido un rol gravitante no solo en crear una cultura sobre la transparencia del ejercicio de la función pública y en facilitar el acceso de la ciudadanía a la información pública, sino que también en definir los contornos de la tensión entre el acceso a dicha información y la protección de datos personales de los ciudadanos, a través de las decisiones que han adoptado en los amparos sometidos a su conocimiento, en un proceso que, por cierto, ha estado sujeto a múltiples críticas.”²⁸³

Como señala el autor, la definición del Consejo sobre los contornos de los límites entre ambos derechos, ocurre cuando debe resolver requerimientos de amparo de acceso a la información en los cuales se estima que mediante la publicidad de la información se pudieran afectar los derechos de las personas, en particular, el derecho a la protección de su vida privada y sus datos personales. Al resolver estos casos, el Consejo ha debido razonar en torno a la posible concurrencia de la causal de reserva de la información prevista en artículo 21 N°2 de la LAIP.

1.2. La causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

En la frase final del inciso segundo del artículo octavo de la Constitución, se determina que una ley de quórum calificado²⁸⁴ podrá establecer la reserva o secreto de la información *“cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.²⁸⁵ La Ley de Transparencia en su artículo 21 reitera y desarrolla con rango legal estas causales constitucionales de reserva, disponiendo cinco excepciones a la regla general de publicidad²⁸⁶ también desarrollada por la ley.²⁸⁷

²⁸¹ Información extraída por este autor de las estadísticas disponibles del CPLT en <https://www.consejotransparencia.cl/tableau/datos-de-casos-del-cplt/>. Consultada el 07 de septiembre de 2023.

²⁸² Información extraída por este autor de las estadísticas disponibles del CPLT, al filtrar casos de aplicación de la Ley 19.628. En <https://jurisprudencia.cplt.cl/Paginas/ResultadoBusqueda.aspx?data=87CA8E5792>. Consultado el 08 de septiembre de 2023.

²⁸³ ÁLVAREZ, D. 2016. p.61.

²⁸⁴ El artículo 1° transitorio de la Ley 20.285, le extiende este carácter a las normas vigentes al momento de promulgación de la ley, que establezcan secreto o reserva de determinados actos o documentos, por las causales genéricas contenidas en el artículo 8° de la Constitución. Este sería el caso del artículo 4 de la ley 19.628.

²⁸⁵ Constitución Política de la República. Artículo 8°, inciso segundo.

²⁸⁶ Contenida y desarrollada en los artículos 5° y 10° de la LAIP.

²⁸⁷ El artículo 21 completo de la LAIP es el siguiente: *“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:*

La excepción del número 2 del mencionado artículo, y de mayor relevancia para los efectos de este trabajo, consiste en la causal genérica de reserva o secreto de la información cuando su “*publicidad, comunicación o conocimiento*” afecte “*los derechos de las personas*” (hasta acá una reiteración del límite constitucional del artículo octavo de la CPR). A continuación, especifica ejemplos de afectaciones a los derechos de las personas que se entienden especialmente considerados para su operatividad²⁸⁸, dentro de los cuales menciona “*la esfera de su vida privada*” como excepción lícita para denegar de manera total o parcial, el acceso o entrega de información. En este sentido el número 2 del artículo 21 de la LAIP:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: (...)

*2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento **afecte los derechos de las personas**, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, **la esfera de su vida privada** o derechos de carácter comercial o económico. (...)”²⁸⁹*

Anterior a la consagración constitucional del derecho a la protección de datos personales como un derecho autónomo, la doctrina entendía que esta norma, al establecer como causal de secreto o reserva la afectación de los “*derechos de las personas*”, y enseguida disponer “*particularmente tratándose de (...) la esfera de su vida privada*” producía un reenvío a la ley 19.628 que regula la “*Protección de la Vida Privada*”, así como también a otras disposiciones pertinentes.²⁹⁰ Teniendo en cuenta que las causales son genéricas, y pueden extenderse o ampliarse en su interpretación, mediante una interpretación amplia, se consideraba que dentro del concepto de “*vida privada*” -a la cual se alude a modo de ejemplo de derechos que proteger de manera particular- se encontrarían contemplados los

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.”

²⁸⁸ JIJENA, R. 2013. p.78.

²⁸⁹ El destacado es nuestro.

²⁹⁰ JIJENA. 2013. p.78. También RAJEVIC, E. 2010. p.11. y SANZ, J. 2013. p.466.

datos personales, que es aquello que en realidad regula dicha ley.²⁹¹ Esta visión sustenta normativamente la idea de los datos personales como causal lícita para limitar el ejercicio del derecho de acceso a la información, más allá incluso de la noción de vida privada, ya que se produciría un reenvío general a la ley 19.628. En nuestro parecer -en especial considerando su estatus de derecho constitucional autónomo- en la actualidad podemos referirnos de manera directa al derecho a la protección de los datos personales como causal de reserva de la información en tanto “afectación a los derechos de las personas”. De esta forma, la causal genérica del N°2 permite redirigirse a la ley 19.628, que regula a nivel legal el derecho constitucional a la protección de datos personales²⁹², sin tener que recurrir a la “esfera de su vida privada” como reenvío específico, entendiendo que ello consistiría solo en un ejemplo de un bien jurídico “particularmente” considerado para ser protegido, pero no una restricción del ámbito de aplicación de la causal.

De todas formas, en virtud de los artículos 8° y 19 N°4 de la CPR, y en aplicación del marco normativo contenido en la ley 19.628 que regula de forma legal la protección de los datos personales o la “Protección de la Vida Privada”, sumado al mandato realizado al CPLT en la Ley de Transparencia, en cuanto a velar por el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales, se han entendido a estos datos como una limitante lícita al derecho de acceso a la información pública.²⁹³ Este límite, sin embargo, no puede ser absoluto, y en palabras de Jijena debe aplicarse “*considerando caso a caso y la especial naturaleza del dato personal involucrado*”.²⁹⁴ Según el mismo autor, de usarse de forma general y sistemática a los datos personales para no abrir información del Estado respecto de ciertos y determinados antecedentes, se podrían amparar actos de corrupción.²⁹⁵ Entonces, ¿cómo ha decidido el Consejo en qué casos limitar el acceso a la información pública y aplicar la reserva de los datos de carácter personal?

A continuación, revisaremos los que se han perfilado como los principales mecanismos que ha utilizado el CPLT para decidir sobre la reserva o publicidad de la información, cuando ella contiene datos personales. Estos son los denominados test de daño y -especialmente- test de interés público.

1.3. Test de daño y test de interés público.

²⁹¹ JIJENA. 2013. pp.80-81.

²⁹² Contenido en el artículo 19 N°4 de la CPR.

²⁹³ JIJENA, R. 2013. p.61.

²⁹⁴ JIJENA, R. 2013. p.65.

²⁹⁵ JIJENA, R. 2013. pp. 65-66.

Si bien, en palabras de Covarrubias, el Consejo se ha valido de diversos instrumentos para ir delineando las fronteras entre lo público y lo privado, el test de interés público se ha perfilado como una de las herramientas centrales utilizadas por el organismo para determinar si la información debe ser entregada o reservada, en los casos en que compromete derechos fundamentales de las personas (como lo es el derecho a la protección de sus datos personales).²⁹⁶

El test de interés público, en palabras del Consejo, consistiría en una aplicación del principio de proporcionalidad²⁹⁷, y puede definirse como *“un proceso de ponderación entre el beneficio que reporta dar a conocer la información solicitada versus el daño que su divulgación generaría en los derechos de las personas.”*²⁹⁸ Al aplicar el test de interés público sobre los datos personales, el Consejo ha realizado un análisis de las consecuencias negativas que el acceso a la información generaría en el caso concreto sobre la vida privada de las personas (teniendo en cuenta el estatuto de derecho fundamental de esta) y un ejercicio de ponderación, respecto de si el interés público sobre la información tiene la relevancia suficiente, en el caso particular, para justificar su acceso o entrega. En definitiva, mediante su uso el Consejo pretende determinar si existe un *“interés público prevaleciente”* (o prevalente) que justifique la publicidad.²⁹⁹

Para Covarrubias y Droguett, el test de daño consistiría en la misma operación, realizada en cambio, en aquellos casos en que se trata de ponderar el acceso de la información con otras causales de reserva o secreto, distintas de los derechos de las personas, como lo son el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, la seguridad de la Nación, o el interés nacional.³⁰⁰ Por lo tanto, según estos autores la única diferencia entre el test de daño y de interés público, consistiría en el derecho o bien jurídico con el cual se pondera el acceso a la información. De forma distinta, para Rajevic, el test de daño consiste en *“ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos”*.³⁰¹ La visión sostenida por Rajevic parece ser más consistente con el mismo nombre del test, y con la operación que se supone efectúa el Consejo cuando declara realizar el referido test de daño,

²⁹⁶ COVARRUBIAS, I. 2012. Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada. Revista de derecho (Valparaíso), (38): 499-541. pp.503-504.

²⁹⁷ Así lo ha expresado el CPLT. Por ejemplo, en sus amparos A45-09, considerando 10; A115-09, considerando 9 y C402-09, considerando 13. COVARRUBIAS, I. 2012. pp.504-505. Respecto del principio o máxima de proporcionalidad ya nos referimos en el Capítulo III. p.35.

²⁹⁸ COVARRUBIAS, I. 2012. p.504.

²⁹⁹ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.505-506.

³⁰⁰ Contenidas en los números 1, 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Acceso a la Información Pública. COVARRUBIAS, I. 2012. p.504. También DROGUETT, C. 2019b. p.211.

³⁰¹ RAJEVIC, E. 2010. p.17.

lo cual podemos observar en algunas de sus resoluciones analizadas en el último capítulo de esta Memoria.³⁰²

Ambos test tendrían reconocimiento legal implícito en el artículo 21 de la LAIP³⁰³, al establecer el secreto o reserva de la información, cuando su publicidad, conocimiento o comunicación “afecte” los bienes jurídicos que se indican luego en cada causal.³⁰⁴ Así por ejemplo, en el caso de la protección de los datos personales, el fundamento para la aplicación del test de interés público se encontraría en la ley, al señalar que se podrá denegar el acceso a la información cuando su publicación “afecte” los derechos de las personas, cual sería en este caso, el derecho a la protección de sus datos personales y además “particularmente” la protección de la esfera de su vida privada.³⁰⁵ En tal sentido, esta ponderación de bienes jurídicos se ha hecho por el organismo caso a caso, concordando en esto con lo señalado por la doctrina. Desde el plano procedimental, al aplicar el referido test de interés público, el Consejo para la Transparencia ha buscado constatar, en primer lugar, si la información solicitada es o no un dato personal, y luego, si este reviste o no un interés público que -en su criterio- haga prevalecer la necesidad de su comunicación o publicidad.³⁰⁶

Covarrubias aporta una visión crítica a la utilización de estos test, y apunta a ciertos aspectos problemáticos de su empleo. Un primer argumento objeta su sustento normativo, en cuanto a que dichos test ponderativos no tendrían un reconocimiento explícito en la Ley de Transparencia, y aún más, tal mecanismo balanceador fue incorporado de forma expresa a la moción parlamentaria que dio origen a la ley, pero eliminado durante su tramitación.³⁰⁷ De la ausencia de una referencia a este mecanismo en el texto de la ley, sumada a la historia fidedigna de establecimiento de la misma, el autor desprende que el legislador no autorizaría el uso de un test balanceador entre derechos, atribuyéndole en consecuencia a las causales de reserva el carácter de absolutas.³⁰⁸

Un segundo argumento dice relación con el modo en que el Consejo ha hecho uso de estos mecanismos, en particular del test de interés público. En ese sentido, el CPLT ha declarado que este consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual, como vimos en el capítulo

³⁰² Capítulo V. p.70 y siguientes. Por ejemplo: Amparos C664-10, considerando 8; 663-10, considerando 8; C629-11, considerando 10; C7827-20, considerando 15 y C3197-23/C4525-23, considerando 7.

³⁰³ Nota al pie N°287. p.57.

³⁰⁴ DROGUETT, C. 2019b. p.209. También TELLO, E. et al. 2009. p.98.

³⁰⁵ Recordando lo visto en el acápite anterior (p.57) para Jijena esta causal del N°2 del artículo 21 no se debe entender aislada en el contexto de la ley, sino que complementada por el mandato al Consejo de velar por la aplicación de la ley 19.628, entendiéndose por lo tanto que la esfera de la vida privada alude especialmente a los datos personales. JIJENA. 2013. pp.79-80.

³⁰⁶ DROGUETT, C. 2019b. p.194.

³⁰⁷ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.514-516.

³⁰⁸ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.520.

anterior³⁰⁹, para operar requiere de la aplicación escalonada de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³¹⁰ No obstante, en sus resoluciones el Consejo no ha hecho uso de este examen tripartito, sino que en su ponderación solo ha aplicado el último de sus subprincipios, esto es, el sentido de proporcionalidad en sentido estricto.³¹¹ Mediante esta forma de aplicación, el organismo realiza de manera directa un balance respecto de si el beneficio de conocer la información es mayor al daño que ocasionará sobre otros bienes jurídicos protegidos, como lo serían los derechos de un tercero, dentro de los cuales ya hemos argumentado, se comprende el derecho a la protección de sus datos personales.³¹² Esta aplicación incompleta de la ponderación, incentivaría a “*un balanceo sin cuartel*” conducente a “*una prevalencia casi incondicionada del derecho de acceso en perjuicio de la vida privada*”, en muchos casos derivando en una “*intervención desproporcionada y, por tanto, inconstitucional*” sobre los derechos de las personas.³¹³ Algunas consecuencias de esta preponderancia las podremos observar en el análisis de jurisprudencia administrativa del Consejo, en el capítulo V.³¹⁴ A pesar de estas críticas, en palabras de Droguett, aun cuando no cuentan con reconocimiento expreso en la Ley de Transparencia, la utilización de estos test como elemento balanceador parece ser aceptada por la doctrina y la sociedad.³¹⁵

Para evitar las consecuencias negativas anotadas del uso de estos instrumentos, Covarrubias propone la utilización del principio de divisibilidad contenido en la misma LT³¹⁶, -lo cual ya evitaría la primera crítica planteada con anterioridad respecto a la falta de sustento normativo- como elemento morigerador del test de interés público. Sostiene que, en muchos casos, el Consejo cuando se encuentra frente a datos personales sensibles, sin aplicar ningún tipo de ponderación, ha resuelto de manera directa la reserva de la información, sin dejar estos datos a la merced de un balanceo “utilitarista” entre derechos constitucionales que consisten en aspectos inviolables e inconmensurables del bienestar humano.³¹⁷ En su visión -a la cual adherimos- el mayor uso de este principio, en muchas

³⁰⁹ Véase: Capítulo III. p.35 y siguientes.

³¹⁰ A modo de recordatorio, estos subprincipios, juicios o máximas consistirían en: 1) Juicio de idoneidad: que persigue verificar la adecuación entre medio y el fin perseguido, en tanto los medios sean aptos para el fin constitucionalmente legítimo. 2) Juicio de necesidad: el cual persigue que la medida adoptada sea la menos lesiva para alcanzar el fin lícito determinado. 3) Juicio de proporcionalidad en un sentido estricto: consiste en un criterio propiamente ponderativo o balanceador entre los beneficios de la medida impuesta y los costos de haber concurrido en la vulneración de un derecho fundamental.

³¹¹ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.523-524.

³¹² COVARRUBIAS, I. 2012. pp.522-524.

³¹³ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.525-528.

³¹⁴ Capítulo V. p.71 y siguientes.

³¹⁵ DROGUETT, C. 2019b. pp.210-212.

³¹⁶ Ley 20.285. “Artículo 11.- El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: (...) e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.”

³¹⁷ COVARRUBIAS, I. 2012. p.532.

situaciones llevaría a conclusiones similares que al aplicarse el subprincipio de necesidad de la proporcionalidad, permitiendo eludir los problemas que se desprenden del test de interés público. El uso de este principio permite sortear la necesidad de ponderar entre derechos, y de esa manera satisfacer el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con pleno respeto a otros derechos constitucionales, como lo son el derecho a la protección de la vida privada y de los datos de carácter personal.³¹⁸

Habiendo repasado las competencias del Consejo para la Transparencia en torno a la protección de datos personales, así como los medios y mecanismos con los que se ha valido para ejercerlas, finalizaremos este capítulo anotando algunas semejanzas y diferencias, entre el diseño institucional del mencionado Consejo y la Agencia de Protección de Datos Personales.

2. Similitudes y diferencias institucionales entre el Consejo para la Transparencia y la Agencia de Protección de Datos Personales.

Podemos iniciar este punto considerando lo expuesto en la introducción de este trabajo, recordando la íntima relación que liga a estas dos instituciones (o que ligará, entendiendo la eminente creación de la Agencia). Esto es que, en esencia, ambas ejercerán sus funciones sobre un mismo objeto jurídico: la información.³¹⁹ El Consejo, respecto de la transparencia y acceso a la información cuando esta se considera pública. La Agencia, sobre la protección y control de la información cuando esta contiene datos de carácter personal. También podemos recordar en este punto, -como ya vimos en el primer capítulo³²⁰- la larga discusión doctrinaria y legislativa que, entre otros argumentos, esta óptica generó en el contexto de la reforma a la ley 19.628, respecto de si debiera ser el Consejo para la Transparencia el órgano de *enforcement* de la ley, o si se debiera entregar esta función a otro organismo, en especial, un nuevo organismo independiente y especializado en la protección de los datos personales.³²¹

³¹⁸ COVARRUBIAS, I. 2012. pp.532-533.

³¹⁹ RAJEVIC, E. 2011. p.1.

³²⁰ Capítulo I. p.23.

³²¹ En palabras del profesor Daniel Álvarez: *“Como se puede apreciar, constituye hoy una opinión generalizada y mayoritaria, la necesidad de contar con una autoridad de control en materia de protección de datos personales en Chile. El disenso se produce al momento de determinar qué órgano debiera ejercer dicha función. Las alternativas para el establecimiento de una autoridad de control en materia de protección de datos personales son varias. La primera, es la creación de una agencia autónoma constitucional, similar al CPLT, exclusivamente dedicada a la protección de datos personales; la segunda, es otorgarle al CPLT esa atribución; la tercera, encomendarle esa función a otros órganos del Estado, como el SERNAC, alguna superintendencia o, incluso, dispersar sus competencias entre distintos órganos públicos.”* En ÁLVAREZ, D. 2016. p.60.

En esta discusión, con avances y retrocesos, y una considerable oposición de por medio³²², la creación de una nueva Agencia especializada fue el camino seguido al final por el Congreso. Este modelo consideramos que se encuentra en línea con los modelos exitosos de protección de datos personales en el plano internacional³²³, a pesar de los argumentos que planteaban que un órgano de carácter bifuncional, que vele por la transparencia y la protección de datos personales, sería la mejor solución institucional, llegando incluso a afirmar -de forma equivocada a nuestro parecer- que ese modelo sería la tendencia actual en el derecho comparado.³²⁴

En ese sentido, la primera y más grande diferencia entre ambas instituciones consiste en el objetivo institucional de cada una. Mientras que el objeto del CPLT consiste en fiscalizar las normas de transparencia y publicidad, promover la transparencia, y garantizar el derecho de acceso a la información dentro de la Administración Pública³²⁵, siendo la protección de los datos personales solo una tarea “secundaria”, la Agencia ya tiene en su definición el objeto de “*velar por la protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales*” y fiscalizar el cumplimiento de la LPDP.³²⁶ Estas diferentes misiones institucionales son de la esencia de estos organismos, y tienen injerencia al momento en que las instituciones deben equilibrar el cumplimiento de ese objetivo primario, con la mayor realización posible de otros bienes jurídicos.³²⁷ Relacionado con lo anterior, la doctrina ha observado que el CPLT otorga cierta preponderancia al derecho matriz de su control, el acceso a la información, por sobre otros derechos, cuando debe ponderar entre ellos.³²⁸ Esta tendencia habría ejercido un efecto desequilibrante en las resoluciones del Consejo, en los casos de requerimientos de amparo en los cuales ha debido ponderar el legítimo ejercicio del derecho de acceso a la información, con la protección de datos personales. Así lo estima, por ejemplo, Jijena: “*las*

³²² Capítulo I. p.20.

³²³ CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS – INGENIERÍA INDUSTRIAL, U. DE CHILE. 2010. Diseño de un Modelo Organizacional del Consejo para la Transparencia en su nueva función de protección de datos”. Informe Final. 18 de mayo de 2010. pp.110-111. https://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/files_mf/1277938127_6_1_1_9_archivo.pdf. De forma más reciente: VICENCIO, N. 2020. Nueva ley de datos personales para Chile. Proyecto de ley para la modernización normativa en la protección de datos personales en Chile: análisis evaluativo y desafíos. Tesis presentada para obtener el grado académico de Magíster en Políticas Públicas. Santiago de Chile. Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile. pp.14-16.

³²⁴ En tal sentido el diputado Leonardo Soto: “*Fundamenta que crear una institución nueva –y no aprovechar la experiencia del Consejo Para la Transparencia de más de diez años- va en contra la experiencia internacional en esta materia. Los principales países del mundo tienen una autoridad encargada de ambos aspectos, es decir, de la transparencia y la protección de datos, por ejemplo, Inglaterra, Alemania, Suiza, México a nivel federal, Australia, Argentina, Perú, Uruguay, Canadá.* COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2023. p.393.

³²⁵ Ley 20.285. Artículo 32.

³²⁶ PDL. Artículo 30.

³²⁷ Parra Jijena, el CPLT “*no es una autoridad de protección de datos y han demostrado que no llevan en su ADN la importancia de velar por la privacidad de los chilenos.*” JIJENA, R. 2013. p.89.

³²⁸ SANZ, F. 2013. p.501.

*decisiones del Consejo (...) han reflejado la falta de sensibilidad de un órgano que nace para transparentar con la necesidad de proteger la privacidad, tanto en cuanto a datos personales procesados computacionalmente.”*³²⁹

A lo expuesto, debemos sumarle las dudas que el mandato legal de “velar” por la LPDP deja sobre las atribuciones del Consejo en este ámbito, en contraste con la extensa regulación de las funciones y atribuciones en la protección de datos personales, que el nuevo marco regulatorio otorgará a la Agencia.³³⁰ Los distintos objetivos institucionales son, sin lugar a duda, la más evidente y relevante diferencia entre ambos organismos, para lo cual, cada entidad se estructura de acuerdo con las normas, principios y atribuciones que mejor le permitan concretar dicho objetivo. Esto, ya que ejercen sus funciones sobre dos derechos completamente distintos, que tienen un mismo objeto jurídico (la información), pero cuentan con fundamentos y finalidades completamente distintas.³³¹

Respecto de sus estructuras orgánicas, como se vio al inicio de este capítulo al momento de analizar al Consejo³³², este se define en la ley como una *“Corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”*³³³. De forma similar, la definición de la naturaleza de la nueva Agencia:

*“Créase la Agencia de Protección de Datos Personales, corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.”*³³⁴

Aun cuando ambas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, a la vista salta una diferencia entre ambas, cual es la última frase contenida en la definición de la Agencia, que prescribe su relación con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía.³³⁵ Esto es así, ya que la Agencia se entiende como un servicio público de aquellos contemplados en el inciso primero del artículo 21 de la LBGAE, mientras que el Consejo se encuentra regulado especialmente en el inciso segundo del mismo artículo, como uno de los

³²⁹ JIJENA, R. 2013. p.90.

³³⁰ Ya analizado en el Capítulo II. p.25 y siguientes.

³³¹ JIJENA, R. 2013. pp.93-94

³³² Página 50.

³³³ Ley 20.285. Artículo 31.

³³⁴ PDL. Artículo 30.

³³⁵ Así la intervención del asesor del Ministerio de Hacienda: *“Subrayó que es en el ámbito de la Administración del Estado donde se radica la Agencia. Desde el punto de vista normativo, declaró que ella se acerca a un modelo institucional similar al de la Fiscalía Nacional Económica. Esta última es parte de la Administración del Estado, se relaciona con el Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, y se encuentra bajo la supervigilancia de la máxima autoridad, mas no bajo su potestad jerárquica.”* COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.425.

organismos excepcionados de las categorías generales de la LBGAE, y el cual contaría con una naturaleza jurídica propia “sui generis”.³³⁶ Otra diferencia que vale la pena notar es el perfilamiento de “carácter técnico” en la misma definición de la Agencia, lo que -como se verá- tiene cierto correlato en las normas sustantivas que regulan su composición.

En cuanto al ámbito de ejercicio de sus competencias, la diferencia es de envergadura. El ámbito de competencias del Consejo para la Transparencia está circunscrito a los órganos de la Administración del Estado, con las ya anotadas particularidades y excepciones que la normativa contiene, separándose de la definición que hace de ellos la LBGAE en su artículo primero.³³⁷ La competencia de la Agencia, en cambio, alcanza tanto a los organismos del Estado³³⁸ como al sector privado.³³⁹ Esto último constituye un enorme avance, en un objetivo pendiente para la protección adecuada de los datos personales en Chile, ya que hoy el sector privado no cuenta con ningún tipo de autoridad administrativa de control y es el principal sector a regular y fiscalizar.³⁴⁰

Desde el punto de vista de gobierno y directivo, existen importantes similitudes entre ambos organismos, pero con algunas diferencias notables. En primer lugar, la Agencia, al igual que el CPLT, es dirigida por un Consejo Directivo, cuyos consejeros son designados por el Presidente de la República con acuerdo de dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado.³⁴¹ El Consejo Directivo de la Agencia se compondrá de tres miembros³⁴², a diferencia de los cuatro miembros del Consejo Directivo del CPLT, el cual fue diseñado de forma que se pudiera producir empate en sus votaciones, y fuera dirimido por el voto del presidente o presidenta del Consejo.³⁴³ Para que se produzca esta situación en el Consejo Directivo de la Agencia, deberá ausentarse o abstenerse un consejero o consejera.

Respecto de la figura de presidente o presidenta, en el caso del CPLT y como un factor que refuerza su autonomía de gobierno, este es elegido por su Consejo Directivo, de entre sus miembros, facultad que no se consideraba en un comienzo para la Agencia, cuyo presidente y vicepresidente en

³³⁶ RAJEVIC, E. 2010. p.233.

³³⁷ CAMACHO, G. 2015. p.218. Nota al pie N°226. p.47.

³³⁸ Sin perjuicio del caso del Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como los organismos autónomos constitucionales: Contraloría General de la República, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Banco Central, Servicio Electoral y la Justicia Electoral, y los demás tribunales especiales creados por ley, para los cuales se provee el régimen especial para el tratamiento de los datos personales contemplado en los artículos 54 y 55 del PDL.

³³⁹ Funciones y atribuciones de la Agencia. PDL. Artículo 30 bis.

³⁴⁰ VERGARA, M. 2017. p.141.

³⁴¹ PDL. Artículo 30 quater. Vale la pena recordar en este punto lo señalado por la doctrina en cuanto a las implicancias en torno a este alto quorum. CONTRERAS, P. 2021. p.375.

³⁴² PDL. Artículo 30 quater.

³⁴³ CONTRERAS, P. 2021. p.375.

un inicio eran designados de forma directa por el Presidente de la República. Sin embargo, durante la tramitación del Proyecto, a través de una indicación del Ejecutivo, se modificó el sistema de elección de la presidencia y vicepresidencia de la Agencia, y se incorporó un sistema de elección análogo al del Consejo Directivo del CPLT, la cual se realizará por sus propios pares, aumentando la autonomía de gobierno del organismo.³⁴⁴

Sobre el perfil del cargo de consejero, en el caso de la APDP la ley mandata que estos *“deberán ser personas de reconocido prestigio profesional o académico en materias de protección de datos personales”*³⁴⁵, lo cual es consistente con el carácter técnico que se prescribe para la Agencia.³⁴⁶ La Ley de Transparencia no contiene una disposición análoga para los consejeros del CPLT, lo cual se relaciona con la crítica realizada por la doctrina respecto de cierta falta de idoneidad y especialización técnica que han tenido históricamente los consejeros de dicho organismo.³⁴⁷ En este mismo sentido, otra diferencia relevante del estatuto de consejeros de ambas instituciones consiste en que a los consejeros de la Agencia se les exigirá dedicación exclusiva.³⁴⁸ Como se señaló, esto no es así en el caso de los consejeros del CPLT, los cuales carecen de dedicación exclusiva, y son remunerados por la asistencia a las sesiones del Consejo, con un tope remuneratorio. Lo anterior, con las consecuencias negativas anotadas por la doctrina, en cuanto ha generado un efecto adverso en la especialización e intereses de quienes han ejercido dicho cargo en el organismo de transparencia.³⁴⁹ Por lo tanto, es esperable que el órgano de gobierno de la Agencia diverja de esta actual deficiencia del CPLT, y que su instancia directiva se integre por perfiles más *“técnicos”* que se dediquen en forma exclusiva a las labores del cargo, sin mantener otros trabajos de forma paralela.³⁵⁰ Sin perjuicio de este perfilamiento más técnico, los consejeros de la Agencia deberán ser aprobados con el mismo alto quórum del Senado requerido para la designación de los consejeros del CPLT, con el inherente componente político que ello significa.³⁵¹

³⁴⁴ La modificación aprobada es la siguiente: *“En el inciso cuarto del artículo 30 quáter propuesto ha reemplazado la oración “El Presidente de la República designará al presidente y al vicepresidente del Consejo Directivo de la Agencia, dentro de los miembros del Consejo Directivo de la Agencia.” por la siguiente: “El Consejo Directivo de la Agencia designará a su presidente y vicepresidente, de entre sus miembros, de conformidad con lo establecido en los estatutos de la Agencia.”* OFICIO N° 304-370. Oficio de S.E. el Presidente de la República, por el cual formula indicación al proyecto boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos, con fecha 07 de marzo de 2023.

³⁴⁵ PDL. Artículo 30 quater, inciso tercero.

³⁴⁶ PDL. Artículo 30.

³⁴⁷ CONTRERAS, P. 2021. p.376.

³⁴⁸ PDL. Artículo 30 quater, inciso sexto.

³⁴⁹ CONTRERAS, P. 2021. p.376. Este argumento lo expusimos en la página 52.

³⁵⁰ Esto sin perjuicio del desempeño por cargo docente por un máximo de 12 horas semanales establecido en el artículo 30 quinquies.

³⁵¹ La contradicción que ello puede significar fue reconocida durante la discusión en el Senado del PDL que crea la Agencia, por el propio asesor del Ministerio de Hacienda. *“Desde el punto de vista del nombramiento, señaló que en el artículo 30, que introduce la creación de la Agencia, se define a ésta como un organismo técnico. Reconoció que hacer participar a un órgano esencialmente*

Sobre los cargos directivos, las personas que desempeñan funciones directivas en el Consejo para la Transparencia son seleccionadas mediante concurso público efectuado por la Dirección Nacional del Servicio Civil, sobre la base de una terna conformada por el Consejo de Alta Dirección Pública. Este mismo sistema se considera para la elección de cargos directivos en la Agencia de Protección de Datos Personales.³⁵²

Respecto de sus funciones, los procedimientos administrativos de cautela de derechos contemplados para cada entidad son prácticamente análogos. Ante ambas autoridades de control (APDP y CPLT) se contempla un procedimiento administrativo de tutela de derechos cuando el ejercicio de ellos haya sido negado con anterioridad (expresa o tácitamente), por alguno de los sujetos fiscalizables. En el caso de la Agencia, los encargados de datos, y en el caso del Consejo para la Transparencia, los órganos de la Administración del Estado no exceptuados.³⁵³ Frente a ambos procedimientos administrativos se contempla la posibilidad de recurrir judicialmente ante una Corte de Apelaciones. En el caso del CPLT, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, y en el caso de la Agencia, ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del domicilio del reclamante, a su elección.³⁵⁴

También ambas autoridades cuentan con facultades sancionatorias ante los incumplimientos de los preceptos o principios contenidos en su ley respectiva. La Agencia podrá iniciar de oficio el procedimiento a raíz del ejercicio de sus herramientas fiscalizadoras, a petición de una parte, o derivarse de un procedimiento de reclamación de derechos iniciado por un particular, al constatar el organismo una infracción de ley a raíz del procedimiento.³⁵⁵ El modelo por el que se optó en el Proyecto de reforma a la LPDP para el establecimiento de la responsabilidad sancionatoria sobre los organismos públicos, fue copiado del contemplado en la Ley de Transparencia, por lo que se encuentran en concordancia.³⁵⁶ Este modelo en esencia consiste en sanciones de multas sobre la remuneración mensual de la autoridad o jefe superior del órgano público infractor de la ley, y de sanciones administrativas por parte de la Contraloría al funcionario infractor de ser pertinentes en el caso, de acuerdo al Estatuto Administrativo.³⁵⁷

político, como el Senado, en su nombramiento, significa en algún grado desvirtuar la naturaleza del órgano que se está creando". COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.458.

³⁵² Artículos 32 del PDL y artículo 43 de la ley 20.285, respectivamente.

³⁵³ Ya analizados en cuanto a su particularidad en la LAIP. Capítulo IV. p.48. Nota al pie N°226.

³⁵⁴ Artículo 28, ley 20.285 y artículo 43 del PDL.

³⁵⁵ PDL. Artículo 42.

³⁵⁶ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.543.

³⁵⁷ PDL. Artículos 44 y 45.

La decisión de dotar con competencias sancionatorias a la Agencia no fue una decisión sin aprehensiones en el debate legislativo, en cuanto a *“el problema de un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales”*.³⁵⁸ Para responder a esta desconfianza, se argumentó que este tipo de atribuciones no eran nuevas en órganos administrativos dentro de nuestro ordenamiento, dando el ejemplo de la Comisión para el Mercado Financiero, y que siguiendo los criterios de la Corte Suprema³⁵⁹ la Agencia reunía el requisito de autoridad técnica, y el procedimiento en discusión contenía las reglas necesarias de un debido proceso administrativo.³⁶⁰

Para concluir este capítulo, podemos decir que de manera consistente se ha reconocido la existencia de una inevitable tensión entre los derechos de autodeterminación informativa y acceso a la información pública, al ser ambos derechos ejercidos sobre la información. Esta tensión queda en evidencia y debe ser resuelta en los requerimientos de amparo de acceso a la información pública, cuando la información requerida contiene datos de carácter personal. En estos casos, se ha interpretado que se produciría un reenvío a la Ley de Protección de Datos Personales, mediante la causal de reserva de la información relativa a la afección a los derechos de las personas, y en especial a *“la esfera su vida privada”*. Postulamos que para nosotros el reenvío a la Ley de Protección de Datos Personales puede realizarse de forma directa desde la causal genérica de afectación de los derechos de las personas, en especial, considerando la consagración expresa de derecho constitucional de la protección de los datos personales, desde el año 2018.

Con todo, la aplicación de esta causal de reserva por el Consejo ha sido objeto de críticas. De forma predecible, en muchos casos no le ha otorgado el mismo valor a la protección los datos personales que al acceso a la información, tendiendo a hacer primar la segunda sobre la primera. También es innegable que, de todos modos, desde su creación, el Consejo para la Transparencia ha significado un avance y una transformación para el país, en torno al desarrollo y comprensión de ambos derechos. Quizás es por lo mismo, que entre la Agencia y el Consejo existirán importantes semejanzas, en torno a sus estructuras orgánicas, funciones y atribuciones, mecanismos de tutela, de promoción, de fiscalización y de sanción. Sus órganos directivos también serán similares, pero con un enfoque más técnico en el caso de la Agencia. Este enfoque se hace cargo de una de las principales críticas de la

³⁵⁸ En ese sentido las intervenciones del Senador Larraín. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018 p.440 y p.530.

³⁵⁹ Los criterios que se mencionan son los desarrollados por la Corte Suprema a raíz del caso Rol 62.128-2016 caratulado *“Corpbanca S.A con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”*, en el cual se determinan las garantías mínimas que debe contener un debido proceso administrativo.

³⁶⁰ Intervención del Senador Harboe. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. p.530.

doctrina sobre el funcionamiento del órgano de gobierno del CPLT, lo cual ha tenido cierta repercusión en la calidad técnica de sus decisiones, en particular, en los casos en que el Consejo se ha enfrentado a situaciones de posible colisión entre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales.

Es por ello por lo que en el capítulo siguiente analizaremos jurisprudencia administrativa del Consejo para Transparencia en la cual ha resuelto casos de conflicto entre ambos derechos. Advertimos de este análisis, algún grado de inconsistencia en el razonamiento y en las decisiones del organismo, en torno a la aplicación de las causales de reserva. También, adelantamos que en sus decisiones más recientes se puede observar un mayor grado de discernimiento y cautela, sobre la información a la cual permite o niega el acceso, cuando contiene datos personales. Sin más preámbulo, veamos cómo ha decidido el Consejo en estos casos de colisión o conflicto de derechos.

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

El método que se utilizará para este análisis de jurisprudencia administrativa consiste en la agrupación de requerimientos de amparo de acceso a la información pública, en cuatro temas o materias consideradas relevantes por este autor³⁶¹, respecto de las cuales se aprecia la potencial colisión entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de los datos personales. En cada tema, primero se enunciarán las principales normas constitucionales y legales utilizadas de base por el Consejo para la Transparencia al resolver los requerimientos. Luego, se expondrán los enunciados argumentativos que ha empleado el Consejo en cada materia, y que han sustentado sus decisiones y criterios particulares. Vale decir en este punto, que la recopilación y análisis de estas resoluciones no tiene por objeto ser un estudio sobre los hechos y el derecho aplicado en cada caso particular. Es más, en la mayoría de los casos no expondremos los casos más allá de su mera individualización. La intención de este análisis es extraer, en términos generales, criterios construidos por el CPLT al resolver este conflicto de derechos, y luego reflexionar sobre perdurabilidad de estos, tras la reforma a la Ley de Protección de Datos Personales. Con este horizonte, un tercer paso en cada materia consistirá en exhibir modificaciones normativas contenidas en el Proyecto, que pudieran ser relevantes para las decisiones de conflictos análogos en el futuro. Terminaremos el análisis en cada materia con un breve ejercicio proyectivo de las divergencias que, los cambios en la regulación, y la creación la nueva autoridad de control de la ley, pudiera implicar sobre los criterios particulares sostenidos por el CPLT, en torno a la colisión entre ambos derechos.

1. Correos electrónicos de funcionarios públicos. Amparos C83-10, C406-11, C1101-11, C7827-20, C1220-17 y C2733-22.

1.1. Marco normativo aplicable.

Artículos 8°, y 19 N°4 y N°5³⁶² de la Carta Fundamental.

Artículos 5°, 10°, 11 letra c), y 21° de la ley 20.285.

Artículos 2° letra f) y g), y 7° de la ley 19.628.

³⁶¹ En vista de la relevancia que han significado en la opinión pública, la doctrina o la jurisprudencia y que puedan ser objeto de revisión luego de la entrada en vigencia de la reforma a la Ley 19.628 y la creación de la APDP.

³⁶² Constitución Política de la República. "Artículo 19.- La constitución asegura a todas las personas (...) 5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley."

1.2. Interpretación del Consejo.

Debemos comenzar advirtiendo que un desafío adicional en esta materia consiste en el importante rol que juega el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.³⁶³ Este derecho fundamental ha desempeñado un papel central en el debate de los requerimientos de amparo analizados, en cuanto podría impedir el acceso a los correos electrónicos de forma absoluta. Muchas veces, ello ha relegado a la protección de datos personales a un rol de menor importancia argumentativa como excepción a la publicidad de la información. En función de la relevancia que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas ha tenido en la discusión, expondremos sobre la aplicación -o falta de aplicación- de este derecho en estos requerimientos resueltos por el CPLT. Pero al no ser este derecho objeto de análisis en esta Memoria, más allá de la exposición de los argumentos del Consejo sobre este derecho, no ahondaremos con profundidad en la interesante discusión sobre sus alcances y límites en este tipo de casos. De sortearse este derecho, la protección de los datos personales sigue teniendo una importante función como limitante a la publicidad. Como ya hemos argumentado, su protección debe entenderse más allá de aquellos datos que dicen estricta relación con la vida privada de las personas, y que -como veremos- para el Consejo a veces parece ser aquello que se debe proteger en forma exclusiva, al menos en la jurisprudencia del organismo más antigua analizada en esta materia.

En términos amplios, podemos anticipar que el CPLT se ha inclinado por la idea de permitir el acceso al contenido de los correos electrónicos de funcionarios públicos, cuando dicen relación directa con el ejercicio de la función pública. Para llegar a esta decisión, el organismo ha empleado, sobre todo, dos instrumentos de forma combinada para sustentar su razonamiento jurídico. En primer lugar, y desde los comienzos de su funcionamiento, el Consejo ha sostenido la posición de que los funcionarios públicos tienen una esfera de la vida privada más reducida que la del resto de las personas que no ejercen cargos en la Administración Pública.³⁶⁴ El segundo instrumento del que se ha valido el Consejo para fundamentar sus decisiones en la materia, ha sido el test de interés público.³⁶⁵

Frente a este tipo de requerimientos, primero el organismo de transparencia ha sostenido la aplicación general del artículo 5° de la LT, considerando en consecuencia, que los correos electrónicos

³⁶³ CPR. "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) 5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley."

³⁶⁴ ASTUDILLO, J. 2020. p.99.

³⁶⁵ COVARRUBIAS, I. 2015. La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión (algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa) Revista Ius et Praxis (1): 217-270. p.228.

institucionales se encuentran dentro del marco de aplicación de la norma, ya que la misma señala que es pública *“la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento (...)”*.³⁶⁶ Esta disposición, en relación con el principio de apertura o transparencia³⁶⁷, permiten al Consejo presumir que los correos contenidos en casillas institucionales sería información pública, ya que obran en poder de un órgano de la Administración y fueron elaborados con presupuesto público.³⁶⁸ Por lo tanto, para el organismo, en principio, la información contenida en los correos electrónicos de funcionarios públicos sería información pública, debiendo permitirse su acceso, salvo la configuración de una causal de secreto o reserva sobre la misma.

Luego, respecto de la posible afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas³⁶⁹, tanto de los funcionarios públicos, como de un tercero que sea parte de la relación comunicativa, el CPLT ha argumentado que no pueden considerarse privadas comunicaciones por parte de funcionarios públicos que dicen relación con el ejercicio de las funciones públicas.

“11) Que la comunicación solicitada no puede estimarse ‘privada’, en los términos del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, pues ésta versa, exclusivamente, sobre materias objeto de la relación jurídica que mantiene el particular con la Administración del Estado (...)”.³⁷⁰

De esa forma, sostiene que estas comunicaciones se encontrarían fuera del ámbito de protección de la garantía fundamental.

*“Por otro lado, si se estimara que los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de materias propias del desempeño de sus funciones son comunicaciones de carácter privado, se crearía un canal secreto que transformaría en reservados documentos esencialmente públicos por el puro hecho de ser remitidos por esa vía.”*³⁷¹

En sus palabras, de negarse el acceso sobre este medio de comunicación se *“generaría un bolsón de opacidad que permitiría a los órganos de la Administración del Estado vulnerar la letra y espíritu de la Ley de Transparencia”*.³⁷²

Si bien permitir el acceso a los correos es el criterio mayoritario sostenido por el CPLT en las resoluciones estudiadas, en ocasiones este mismo organismo ha resuelto de forma contraria,

³⁶⁶ El énfasis en la norma es realizado por el CPLT al momento de citar el artículo 5, en diversas resoluciones de los requerimientos de amparo analizados en este punto.

³⁶⁷ Contemplado en el artículo 11 letra c) de la ley 20.285.

³⁶⁸ Amparos C83-10 considerando 3 y C406-11, considerando 5.

³⁶⁹ Consagrado en el artículo 19 N°5 de la CPR.

³⁷⁰ Amparo C83-10, considerando 11. En el mismo sentido amparo C1101-11, considerando 21

³⁷¹ Amparo C1101-11, considerando 15.

³⁷² Amparo C1101-11, considerando 15.

interpretando que los correos electrónicos de funcionarios públicos si se encuentran protegidos por la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, señalando de manera expresa que el hecho de ser correos de funcionarios públicos no los exime del marco de protección de la norma.

“(…) Por lo demás, la Ley de Transparencia no tiene la especificidad ni la determinación que le exige la Constitución Política para restringir el derecho que protege las comunicaciones vía correos electrónicos, pues no determina los casos ni las formas en que sería admisible la limitación de este derecho fundamental garantizado por el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental, en función de resguardar al máximo posible la intimidad y la vida privada de su titular.”³⁷³

Incluso, sin considerar el contenido del mensaje, o si se trata de casillas institucionales.

“Que, el órgano requerido, para recabar la información solicitada deberá revisar las comunicaciones electrónicas solicitadas, lo que constituiría por sí sola una invasión inaceptable de la intimidad personal de los titulares de los correos electrónicos.”³⁷⁴

Esta última posición, que podríamos catalogar “de mayor protección”, la ha mantenido en los casos analizados tras constatar que las comunicaciones electrónicas solicitadas no se circunscriben a ningún acto administrativo en particular, por lo cual -en su criterio- estas no tendrían la relevancia necesaria para justificar su publicidad en aras del control social, denegando su acceso en consecuencia. En estos casos, entiende que al igual como ocurre con otras vías de comunicación -como las telefónicas, cartas u otros medios de comunicación audiovisuales o radiofónicos- entre personas individualmente consideradas, estas pueden incluir información, ideas, opiniones o juicios de valor, confidenciales o privados. Aplica entonces, la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la LT, aun cuando estas comunicaciones fueron realizadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y desde casillas institucionales.³⁷⁵

El Consejo también ha resuelto que estas comunicaciones si pueden ser secretas en función de su contenido (y no de su medio o continente) cuando en ellas se contengan antecedentes de la vida privada de algún individuo (emisor, receptor o un tercero), y que no digan relación con el ejercicio de la función pública.³⁷⁶ En este caso -ha sostenido el organismo- debiera aplicarse el principio de la divisibilidad, concediéndose el acceso a los documentos solo respecto de la información que no se vea afecta a secreto o reserva legal de manera directa, como si lo sería aquella en que se expone algún

³⁷³ Amparo C1220-17, considerando 10.

³⁷⁴ Amparo C2733-22, considerando 16.

³⁷⁵ Amparos C1220-17, considerando 6 y C2733-22, considerando 2.

³⁷⁶ Amparos C7827-20, considerando 7; C3556-22, considerando 6 y C1101-11, considerando 16-17.

antecedente acerca de la vida privada de las personas, y que no tenga estricta relación con el desempeño de las funciones públicas.³⁷⁷

En dos resoluciones más recientes, en las cuales de forma explícita³⁷⁸ o implícita³⁷⁹ se reconoce que los correos electrónicos solicitados podrían contener información personal y sensible de terceras personas, el Consejo ha ordenado que antes de su entrega a los requirentes, se tarjen los datos sensibles y datos personales “de contexto” contenidos en los correos electrónicos, aplicando de esa forma el principio de divisibilidad.³⁸⁰ Sin embargo, al momento de ordenar la entrega, no limita la reserva a los datos de terceros, por lo cual se infiere que también entiende reservados los datos personales de los funcionarios públicos que consten en los respectivos correos electrónicos. Estas decisiones más recientes no circunscriben la reserva de la información a la “vida privada”, y son más comprensivas y acordes con el concepto de datos personales. A pesar de realizar en sus consideraciones reiteradas referencias a la “vida privada” como causal de justificación de la reserva, en última instancia se prescinde de esta noción, para mencionar en forma directa a los datos personales como el bien jurídico protegido. Citando sus respectivas fuentes normativas, el Consejo termina ejemplificando una serie de datos personales que deberán ser tarjados antes de conceder el acceso a los respectivos correos, tales como, el RUT, fecha de nacimiento, estado civil y domicilio, entre otros datos, y también de forma genérica los datos sensibles.³⁸¹

Como se dijo, esta aplicación de la divisibilidad no la limita a la información de terceros, por lo cual también debiera ser aplicable respecto de los datos personales y sensibles de los funcionarios públicos involucrados en la información a acceder. Este criterio implica un aumento en la esfera de protección concedida por el organismo respecto de decisiones anteriores, en las cuales la reserva de la información se encontraba circunscrita de forma restrictiva a la “vida privada” y la “intimidad” de las personas, sin ordenar la reserva ni el empleo del principio de divisibilidad sobre otros datos personales que se pudieran contener en dichas comunicaciones.³⁸²

1.3. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.

Proyecto de Ley Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos.

³⁷⁷ Amparos C406-11, considerando 7 y C7827-20 considerando 13.

³⁷⁸ Amparo C7827-20, considerandos 12 y 13.

³⁷⁹ Amparo C3556-22.

³⁸⁰ Amparos C7827-20 considerando 16 y C3556-22 considerando 17.

³⁸¹ Amparos C7827-20 considerando 16 y C3556-22 considerando 17.

³⁸² Amparo C406-11 considerando 7 y C1101-11, considerando 17.

Artículo 22.- Comunicación o cesión de datos por un órgano público. Los órganos públicos están facultados para comunicar o ceder datos personales específicos, o todo o parte de sus bases de datos o conjuntos de datos, a otros órganos públicos, siempre que la comunicación o cesión de los datos resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones legales y ambos órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias. La comunicación o cesión de los datos se debe realizar para un tratamiento específico y el órgano público receptor no los podrá utilizar para otros fines.

Asimismo, se podrá comunicar o ceder datos o bases de datos personales entre organismos públicos, cuando ellos se requieran para un tratamiento que tenga por finalidad otorgar beneficios al titular, evitar duplicidad de trámites para los ciudadanos o reiteración de requerimientos de información o documentos para los mismos titulares.

El órgano público receptor de los datos sólo puede conservarlos por el tiempo necesario para efectuar el tratamiento específico para el cual fueron requeridos, luego de lo cual deberán ser cancelados o anonimizados. Estos datos se podrán almacenar por un tiempo mayor cuando el órgano público requiera atender reclamaciones o impugnaciones, realizar actividades de control o seguimiento, o sirvan para dar garantía de las decisiones adoptadas.

Para los efectos de poder comunicar o ceder datos personales a personas o entidades privadas, los organismos públicos deberán contar con el consentimiento del titular, salvo que la comunicación o cesión de datos sea necesaria para cumplir las funciones del organismo público en materia de fiscalización o inspección.

Cuando se trate de comunicar o ceder datos personales en virtud de una solicitud de acceso a la información formulada con arreglo a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 20.285, los organismos públicos deberán contar con el consentimiento del titular obtenido en la oportunidad prevista en el artículo 20 de dicha ley.

Respecto de la comunicación de los datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias, se aplicará lo dispuesto en el artículo 25.

Los organismos públicos deberán informar mensualmente a través de su página web institucional los convenios suscritos con otros organismos públicos y con entidades privadas relativos a cesión o transferencia de datos personales. Esta obligación será fiscalizada por la Agencia.

**El destacado es nuestro.*

1.4. Las posibles divergencias de la APDP.

Esta es una materia en la cual, como se ha planteado, se ha interpretado y aplicado de forma diversa el marco normativo, lo que ha generado resultados dispares en distintos casos, con resoluciones a veces opuestas por parte del Consejo.

Si bien, el problema se ha enfrentado en forma mayoritaria desde la lógica del conflicto entre derechos fundamentales, en particular, sobre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho de acceso a la información, la falta de especificidad que al respecto tiene el ordenamiento subconstitucional, no favorece a encontrar certeza jurídica, y una solución pacífica para resolver los requerimientos de información en la materia. En ese sentido, entendemos que debido a la relevancia que en la actualidad tiene este medio de comunicación, en especial en el contexto del ejercicio de funciones laborales -dentro de las cuales las funciones públicas no son una excepción- la aplicación de forma absoluta de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sobre los correos electrónicos de los funcionarios públicos podría generar consecuencias indeseadas, al significar la opacidad total de un medio comunicativo que, por sus características y relevancia, sería intolerable para la sociedad y perjudicaría de forma importante el efectivo funcionamiento del principio de transparencia en los órganos de la Administración. También, la aplicación del principio de publicidad sin contrapesos podría afectar de forma grave el derecho a la protección de la vida privada de las personas y a su autodeterminación informativa.

Cómo podemos inferir, esta disputa entre derechos, sin lugar a duda, no será resuelta con la reforma a la ley 19.628. Es probable que este debate requiera la intervención del legislador mediante una ley con la especificidad suficiente para determinar los casos, e incluso los mecanismos, mediante los cuales el CPLT o el organismo que se determine, pueda acceder a los correos electrónicos -u otras formas de comunicación electrónica- de los funcionarios, con el objetivo de materializar el principio de publicidad.

Sin perjuicio de esto, la reforma a la ley 19.628 robustece la protección de los datos personales, entre otras cosas, regulando con mayor especificidad las condiciones de su tratamiento por parte de los órganos públicos. El artículo 22 del Proyecto, en su inciso quinto, preceptúa que para comunicar datos personales en virtud de una solicitud de acceso a la información, realizada de acuerdo a la Ley de Transparencia, los órganos públicos deberán contar con el consentimiento del titular de los datos. Este inciso pudiera tener aplicación al momento de decidir este tipo de casos, ya que obligaría al organismo

público a dar traslado formal a los titulares de los datos personales que se contengan en estas comunicaciones, los cuales podrán de forma legítima oponerse a su comunicación o cesión, de lo cual se derivaría la reserva de estos. Si bien en algunos casos en que el Consejo ordenó permitir el acceso a los correos electrónicos aplicó la causal de reserva del artículo 21 N°2 en relación con la LPDP, ordenando tarjar de forma general los datos personales de terceros antes de entregar la información, no empleó el mismo cuidado respecto de los datos personales de los funcionarios públicos. Respecto de ellos se limitó a ordenar de forma genérica la aplicación del principio de divisibilidad tarjando o resguardando los datos circunscritos a su vida privada.

El artículo 22 del Proyecto de Ley no distingue entre funcionarios y no funcionarios, lo cual debiera significar que de contenerse datos personales en los correos a los cuales se solicita acceso, se le solicite el consentimiento al funcionario, pudiendo oponerse de manera legítima. De ello pudiera derivarse una aplicación más intensiva del principio de divisibilidad contenido en la LT al momento de entregar la información solicitada, ordenándose en general la reserva de los datos personales de los funcionarios públicos, más allá de los relativos a la esfera de su “vida privada”. Esta visión elevaría el estándar de protección sostenido por el Consejo, ampliándose la reserva a la generalidad de los datos personales de los funcionarios, siguiendo la dirección tomada por el organismo en las dos últimas resoluciones analizadas.

En definitiva, creemos que con la reforma estarán las condiciones normativas (e institucionales) para abandonar el criterio de reserva reducido a la “vida privada” de los funcionarios, y elevar dicho estándar de reserva a sus datos personales en general.

Todo esto podrá ser objeto de cierta coordinación interpretativa sobre sus límites, entre la autoridad de transparencia y de protección de datos personales, tras el funcionamiento del mecanismo contemplado al efecto en el proyecto de ley, en su artículo 31. Mediante su uso, las autoridades podrán dictar instrucciones generales que determinen una primera interpretación que permita dilucidar los límites que desde el punto de vista administrativo se comprenden entre la publicidad y la reserva de la información contenida en los correos electrónicos de funcionarios públicos, y de los datos contenidos en estas -y también otras- comunicaciones electrónicas.

2. Información relacionada a condenas penales y beneficios penitenciarios. Amparos C629-11, C3721-16, C3019-17, C4065-18 y C5879-22.

En este punto analizaremos criterios empleados por el CPLT al resolver requerimientos de amparo del derecho de acceso a la información, cuando lo solicitado es información relativa a la

identificación de personas condenadas en sede penal, modalidades de cumplimiento de condena, y beneficios penitenciarios o intrapenitenciarios concedidos, así como los antecedentes utilizados para sus otorgamientos.

2.1. Marco normativo aplicable

Artículos 5°, 10°, 21 N°2 y N°5 de la ley 20.285.

Artículo 2° letra f) y g), 7°, 9° y 21° de la ley 19.628.

2.2. Interpretación del Consejo

Respecto a la información relacionada a las condenas penales, en términos generales podemos anticipar que el CPLT ha resuelto la entrega de la información relativa a los datos personales de los condenados, tanto la “identificatoria”, aquella relativa a las modalidades de cumplimiento y beneficios penitenciarios concedidos, así como a los antecedentes que fundaron o se tuvieron a la vista para el cambio en la modalidad de cumplimiento o el otorgamiento de beneficios de cumplimiento. Lo anterior, siempre en los casos que la condena se encuentra en ejecución, considerando la prohibición expresa de comunicación o publicación de los datos personales relativos a infracciones penales cuando la acción penal está prescrita, o la pena se ha cumplido o ha prescrito. Prohibición expresa contenida en el artículo 21 de la Ley de Protección de Datos Personales.³⁸³

En primer lugar, respecto a los “datos identificatorios”, el Consejo ha entendido que los nombres y apellidos de los condenados corresponden a datos personales³⁸⁴, y ha resuelto ordenar su entrega cuando la pena se encuentra en ejecución.³⁸⁵ Para ello el organismo ha argumentado en forma diversa la existencia de un interés público en individualizar a una persona que ha sido condenada³⁸⁶, que dichos datos constarían en fuentes de acceso público³⁸⁷, y que su comunicación no se encontraría

³⁸³ Ley 19.628. “Artículo 21.- Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Exceptúase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18.” Esta disposición tendría como fundamento favorecer la reinserción social. Así se observa en la historia fidedigna de la ley: “*La filosofía que hay detrás es que cuando la pena ya está prescrita o ésta se ha cumplido, la persona ha pagado su deuda con la sociedad, por lo cual no debe quedar marcada para siempre en forma infamante que impida su reinserción social*”. Intervención diputado José Antonio Viera-Gallo. HDL 19.628. p.184.

³⁸⁴ Amparo C4065-18, considerando 4.

³⁸⁵ Amparos C3721-16; C3019-17 y C4065-18.

³⁸⁶ Amparo C3019-17, considerando 11.

³⁸⁷ Refiriéndose al registro mandatado en el artículo 19 N°7, letra g) de la Constitución. A saber: “*los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público*”. Amparos C4333-20, considerando 2 y C4065-18, considerando 4.

prohibida por el artículo 21 de la ley 19.628.³⁸⁸ No se observa la misma consistencia en sus decisiones respecto de los RUT. Resolviendo su entrega en un caso, en función de una correcta individualización del condenado para así evitar *“cualquier confusión que por alcance de nombre pueda originarse”*³⁸⁹ y su reserva en otro, basado en su propia jurisprudencia administrativa³⁹⁰ y en consideración del principio de finalidad de la LPDP.³⁹¹ Sobre este principio, el organismo razona que la utilización del RUT estaría restringida al ámbito de cumplimiento de la pena, finalidad con la cual dicho dato fue recolectado, no pudiendo entregarse para otros fines sin consentimiento del titular.³⁹²

Respecto de la información relacionada a las condenas, situación penitenciaria, modalidad de cumplimiento y beneficios penitenciarios, el Consejo en general ha concedido el acceso estos datos, entendiendo que corresponden específicamente a *“datos personales relativos a condenas por delitos, pues dice relación con las circunstancias en que se desarrolla el cumplimiento y la ejecución de las condenas”*.³⁹³ Bajo esta perspectiva, el Consejo ha interpretado a contrario sensu el artículo 21 de la LPDP, concluyendo que dicha norma, al prohibir la comunicación de la información respectiva a causas penales en los casos en que se encuentra prescrita la acción, o cumplida o prescrita la pena, la misma disposición estaría permitiendo en forma tácita su publicidad, en aquellas situaciones procesales que no cumplen estos requisitos copulativos. Estos serían los casos en que las condenas se encuentran en ejecución, sin considerar la modalidad de dicha ejecución o cumplimiento.³⁹⁴ De esta forma, el Consejo concluye que para el legislador no se vulnerarían los derechos de los condenados por la divulgación de la información relativa a su condena o a su cumplimiento cuando la condena se está ejecutando, o bien, que este considera la existencia de un *“interés público prevalente”* en su publicidad.

*“En consecuencia, debe concluirse que ha sido el propio legislador quien al consagrar la citada norma ha efectuado ex ante un juicio de ponderación que le ha llevado a descartar la eventual afectación de los derechos de los condenados o a considerar un interés público prevalente en la divulgación de información relativa a condenas mientras estas aún no se cumplen.”*³⁹⁵

³⁸⁸ Amparo 3019-17, considerandos 8-12.

³⁸⁹ Amparo C3019-17, considerando 11.

³⁹⁰ Amparo C3721-16, considerando 5.

³⁹¹ Contenido en el artículo 9 de la LPDP. *“Artículo 9°.- 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.*

En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos. (...).”

³⁹² Amparo C3721-16, considerando 5-6. Cabe destacar que, sin señalarlo de forma expresa, en este caso el Consejo parece otorgarle de manera impropia al RUT la calidad de un dato personal sensible. Esto ya que primero señala que su tratamiento no estaría permitido salvo concurran las circunstancias del artículo 10 de la LPDP (el cual establece requisitos para el tratamiento de datos sensibles), y luego funda su reserva en el artículo 2 letra g) de la misma ley, la cual contiene la definición de dato sensible.

³⁹³ Amparo C3721-16, considerando 9-10.

³⁹⁴ Amparos C4333-20, considerando 6; C3721-16, considerandos 10-11 y C3019-17, considerandos 8-10.

³⁹⁵ Amparo C371-16, considerando 10.

Además, se ha apoyado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley de Protección de Datos Personales, como elemento de interpretación para reforzar esta argumentación.³⁹⁶ De ella, extrae la decisión de los legisladores de no incluir finalmente las “condenas criminales” dentro del listado de datos personales sensibles considerados en la LPDP, lo cual sería un argumento adicional para sostener que el legislador consiente la publicidad de los datos personales de quienes se encuentren cumpliendo una condena penal.³⁹⁷

Sobre los antecedentes requeridos para conceder los beneficios penitenciarios o la modificación en las modalidades de cumplimiento de la condena, tales como los informes psicológicos o sociales considerados para su otorgamiento, el Consejo también ha decidido conceder el acceso a los mismos. Aunque en sus resoluciones más recientes, con ciertos elementos de moderación.

Admitiendo que estos antecedentes contienen datos personales e incluso sensibles de los condenados, y, por lo tanto, sujetos a reserva en principio, el organismo ha entendido que dicha reserva debe ceder ante el interés público existente sobre ellos. Lo anterior en cuanto, su divulgación *“permite propiciar un adecuado nivel de control social”* respecto del otorgamiento de beneficios penitenciarios, y de forma general sobre la administración penitenciaria del país.³⁹⁸ Bajo este argumento, en el primer caso analizado sobre este punto (del año 2011), aun considerando la existencia de datos sensibles, el Consejo resuelve la entrega total de los informes sociales y psicológicos de una persona condenada.³⁹⁹ En otro caso más reciente, si bien se ordena la entrega de estos antecedentes, se puede apreciar un mayor nivel de cautela sobre el acceso a los datos personales y sensibles contenidos en ellos.⁴⁰⁰ Así, en esta decisión, el organismo ordena un conjunto de medidas que buscan cierto resguardo de estos datos, tales como dar acceso al informe solo respecto del pronóstico psicosocial o la recomendación del personal técnico sobre el beneficio concedido. Además, ordena que de forma previa a la entrega de estas piezas se tarjen los datos personales sensibles, así como los datos personales de contexto que se contengan en ellos, tales como el RUT, nacionalidad, apodo, fecha y lugar de nacimiento, entre otros, aplicando el principio de divisibilidad.⁴⁰¹ Este última resolución de amparo además cuenta con el voto disidente del presidente del Consejo, para quien los informes psicológicos se confeccionan en base a información proporcionada por el “evaluado” en un contexto de confidencialidad. Esta se encontraría

³⁹⁶ Código Civil. *“Artículo 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”*

³⁹⁷ Amparos C3019-17, considerando 11; C3721-16 considerando 12.

³⁹⁸ Amparos C629-11, considerando 11; C5879-22, considerandos 10 y 18.

³⁹⁹ Amparo C629-11, considerando 11.

⁴⁰⁰ Amparo C5879-22.

⁴⁰¹ Amparo C5879-22, considerando 23.

cubierta por el secreto profesional, y sin el consentimiento del condenado para que sea conocida por terceros distintos de los encargados de aprobar o rechazar el beneficio solicitado.⁴⁰² En tal sentido, el consejero sostiene que si bien la opinión del profesional no es en sí mismo un dato personal, puede contener información íntima, cuyo conocimiento por terceros podría tener consecuencias indeseadas, e incluso llegar a ser un acto constitutivo de delito por quien divulgue la información.⁴⁰³ Por lo tanto, el voto disidente argumenta que la protección de esta información debiera ser considerada de un valor tal, que su protección se imponga incluso sobre el interés legítimo de conocer los antecedentes generados en ejercicio de la función pública, y ante la disyuntiva entre ambos, protegerse la reserva.⁴⁰⁴

2.3. Modificaciones al marco legal con la reforma de la Ley 19.628.

El PDL considera una modificación sustantiva en la materia, sobre el artículo 21 de la LPDP, el cual pasa a ser el número 25 en el proyecto.

Ley 19.628 vigente	Proyecto de Ley boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos
<p>Artículo 21.- Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.</p> <p>Exceptúase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18.</p>	<p>Artículo 25.- Datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias. Los datos personales relativos a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias sólo pueden ser tratados por los organismos públicos para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y en los casos expresamente previstos en la ley.</p> <p>En las comunicaciones que realicen los organismos públicos, con ocasión del tratamiento de estos datos personales, deberán velar en todo momento porque la información comunicada o hecha pública sea exacta, suficiente, actual y completa.</p>

⁴⁰² Amparo C5879-22, voto disidente, párrafos 1 y 2.

⁴⁰³ Amparo C5879-22, voto disidente, párrafo 3.

⁴⁰⁴ Amparo C5879-22, voto disidente, párrafo 4 y 5.

	<p>No podrán comunicarse o hacerse públicos los datos personales relativos a la comisión y condena de infracciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias, una vez prescrita la acción penal, civil, administrativa o disciplinaria respectiva, o una vez que se haya cumplido o prescrito la pena o la sanción impuesta, lo que deberá ser declarado o constatado por la autoridad pública competente. Lo anterior es sin perjuicio de la incorporación, mantenimiento y consulta de esta información en los registros que llevan los órganos públicos por expresa disposición de la ley, en la forma y por el tiempo previsto en la ley que establece la obligación específica correspondiente. Las personas que se desempeñen en los órganos públicos están obligadas a guardar secreto respecto de esta información, la que deberá ser mantenida como información reservada.</p> <p>Cuando la ley disponga que la información relativa a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias deba hacerse pública a través de su incorporación en un registro de sanciones, o su publicación en el sitio web de un órgano público o en cualquier otro medio de comunicación o difusión, sin fijar un período de tiempo durante el cual deba permanecer disponible esta información, se seguirán las siguientes reglas:</p> <p>a) Respecto de las infracciones penales, los plazos de publicidad se regirán por las normas particulares que rigen para este tipo de infracciones.</p>
--	---

	<p>b) Respecto de las infracciones civiles, administrativas y disciplinarias, permanecerán accesibles al público por el período de cinco años.</p> <p>Se prohíbe el tratamiento masivo de los datos personales contenidos en los registros electrónicos de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias que lleven los organismos públicos. El incumplimiento de esta prohibición constituye una infracción gravísima de conformidad a esta ley.</p> <p>Exceptúense de la prohibición de comunicación los casos en que la información sea solicitada por los tribunales de justicia u otro organismo público para el cumplimiento de sus funciones legales y dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán mantener la debida reserva.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el inciso tercero del presente artículo, los datos personales relativos a la comisión y sanción de infracciones penales revisten carácter reservado y, salvo las disposiciones legales que autorizan su tratamiento, no podrán ser comunicados o cedidos a terceras personas por los organismos públicos que los posean.</p>
--	--

De la comparación de los preceptos, podemos sostener que el nuevo artículo 25 contemplado en el Proyecto extiende -o a lo menos clarifica- el alcance del actual artículo 21 de la LPDP. Lo cual significa en el caso de las causas penales (por estarnos refiriendo a ellas en este punto), que la prohibición de tratamiento -salvo expresa autorización de la ley- comprende tanto a los datos personales parte de la acción penal misma, por cuanto datos relativos a la comisión de la infracción, como a los relativos a la etapa de ejecución de la condena (datos relativos a la sanción de la infracción

penal).⁴⁰⁵ Esto sin perjuicio de las reglas particulares que rigen la publicidad durante los procedimientos penales previstas de forma en la ley, en particular en el Código Procesal Penal.

Si bien el inciso tercero de la nueva norma reproduce la regla contenida en el artículo 21 de la ley vigente, en torno a la prohibición de la comunicación o publicidad de los datos personales en los casos en que se encuentre prescrita la acción, o cumplida o prescrita la pena (agregando que dicha situación debe ser declarada por la autoridad competente), enseguida excepciona a los registros de este tipo de datos llevados por órganos públicos por expresa disposición de la ley. A estos, en su caso, se le aplicarán de forma supletoria las disposiciones del inciso cuarto del mismo artículo. Uno de estos registros mandatados de forma expresa por la ley corresponde al sistema informático del Poder Judicial, motivo por el cual, en relación con la licitud de tratamiento de datos conferida al órgano por el artículo 57 del proyecto, la prohibición de comunicación expuesta no tendría aplicación sobre el mismo.⁴⁰⁶

Por último, y de gran relevancia en cuanto a sus efectos, consideramos los incisos quinto e inciso final del nuevo artículo 25 del Proyecto. El inciso quinto prohíbe el tratamiento masivo de este tipo de datos contenidos en registros electrónicos, bajo pena de infracción gravísima a la ley.⁴⁰⁷ El inciso final, reitera la reserva de los datos personales relativos a la comisión e infracción de sanciones penales -sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero- los cuales no podrán ser comunicados o cedidos a terceras personas por los organismos públicos que las posean, salvo autorización legal. Como argumentaremos, este último inciso puede tener importantes efectos en torno a los criterios sostenidos por el Consejo. A diferencia de la norma actual, y del inciso tercero del nuevo artículo, el inciso final del nuevo artículo 25 prohíbe de forma general la publicidad de los datos relativos a la comisión y sanción de las infracciones penales, sin circunscribir dicha prohibición a los casos en que las condenas se encuentren cumplidas o prescritas.

2.4. Las posibles divergencias de la APDP.

Teniendo en cuenta los principios contemplados para el tratamiento de datos personales por los organismos públicos, como aquellos mandatados para el funcionamiento de la Agencia, y

⁴⁰⁵ En palabras de la Corte Suprema *“Esta limitación parece adecuada, en tanto permite proteger el principio de inocencia y precaver posibles discriminaciones arbitrarias o ilegales a los titulares de los datos”*. CORTE SUPREMA. Informe Proyecto de Ley N°5-2017. Santiago, 03 de mayo de 2017. Oficio N°63-2017. Boletín N°11.144-07. p.12.

⁴⁰⁶ CORTE SUPREMA. Informe Proyecto de Ley N°5-2017. Santiago, 03 de mayo de 2017. p.14.

⁴⁰⁷ Lo cual se encuentra en concordancia con su incorporación en el catálogo del PDL de infracciones gravísimas a la ley, en el artículo 34 quáter, en su letra g). *“Artículo 34 quáter.- Infracciones gravísimas. Se consideran infracciones gravísimas, las siguientes: (...) g) Efectuar tratamiento masivo de datos personales contenidos en registros electrónicos de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias, que llevan los organismos públicos, sin contar con autorización legal para ello.”*

considerando la redacción del artículo 25 del Proyecto, es de esperar que la implementación de la reforma signifique ciertos cambios en el nivel de protección que se le otorga en Chile a los datos de las personas condenadas en sede penal.

La norma contenida en la legislación vigente se inserta de forma completa dentro del nuevo artículo, y a ella se agregan una serie de incisos que regulan con mayor detalle el tratamiento de los datos personales relativos a las infracciones penales. El inciso final establece una regla general de reserva de los datos personales relativos a este tipo de infracciones, prohibiendo su comunicación a terceros, salvo autorización legal, y a diferencia del inciso tercero, sin circunscribirse a los casos de prescripción o cumplimiento de la pena. Por lo tanto, si bien mediante la interpretación a contrario sensu del nuevo inciso tercero, aún se podría inferir como permitida la comunicación de los datos personales en los casos que la condena está en ejecución, el inciso final de la misma norma entrega un importante sustento normativo para poner mayor límite a este acceso. Queda abierta la pregunta de hasta qué punto o grado, la regla general del inciso final de la nueva norma, se opone o faculta a oponerse, a lo que se ha entendido como una habilitación tácita para dar acceso a los datos personales de los condenados, cuando se encuentra en ejecución la condena. Es decir, hasta qué punto la regla general del inciso final del nuevo artículo podrá limitar la información que se entiende permitida publicar, en base a una interpretación contraria del tercer inciso del mismo artículo. Si bien no es posible una respuesta certera en este estado, es posible sostener que, cuanto menos, el inciso final otorgará base suficiente para que la Agencia de Protección de Datos se oponga de manera clara y categórica a la publicación de los informes psicológicos y sociales de los condenados, máxime si se considera los datos sensibles que integran y revelan dichos informes. Ello implicaría abandonar el criterio sostenido por el Consejo en cuanto a entender públicos estos antecedentes (aun con las nobles precauciones anotadas en los últimos casos destacados).

Es de esperar que esta protección no llegue hasta allí, lo que entendemos como un núcleo mínimo a respetar en tanto datos sensibles, y que se extienda sobre otros datos personales, superándose los criterios amplios de acceso que el CPLT ha aplicado sobre la información de las personas sujetas a una condena penal. Es cierto que la habilitación tácita del legislador para tratar los datos de los condenados (cuya condena se encuentra en ejecución) constituye un argumento normativo fuerte, cuyos límites son difíciles de determinar. Por ejemplo, si esta disposición habilitará a la entrega y publicidad absoluta en torno a los “datos identificatorios” es algo que está por verse, y en ello la interpretación armónica que se realice del nuevo artículo 25 jugará un rol esencial, así como por cierto las interpretaciones que del mismo realice la Agencia y el propio Consejo. Con el mismo espíritu

de una interpretación armónica y coherente del marco legal, esta sería una de aquellas materias en las que sería relevante la utilización del mecanismo de coordinación regulatoria entre ambas autoridades considerado en el Proyecto. Este podría permitir clarificar entre ambos organismos los alcances del inciso final sobre el inciso tercero del nuevo artículo 25, y así evitar interpretaciones contrarias sobre los límites que se deben entender entre la reserva y la publicidad de los datos personales en estos casos.

Todo lo expuesto con anterioridad, debe comprenderse sin perjuicio de la posibilidad del acceso particular⁴⁰⁸ a estos datos mediante la consulta de los archivos y registros, físicos e informáticos, del Poder Judicial, los que -como se dijo- corresponden a un caso de registros que llevan los órganos públicos por expresa disposición de la ley, en este caso, en cumplimiento del principio de publicidad del artículo 9° del COT, y del artículo segundo de la ley 20.886.⁴⁰⁹

3. Causas sancionatorias administrativas. Amparos C617-09, C663-10, C664-10, C2795-17, C2-22, C3805-22 y C3197-23/C4525-23.

3.1. Marco normativo aplicable

Artículo 8°, 19 N°12 CPR.

Artículo 21 N°1 y N°5 Ley 20.285.

Artículo 2° letra f) y 21 Ley 19.628

3.2. Interpretación del Consejo

De las resoluciones estudiadas, observamos que en términos generales el CPLT ha resuelto la publicidad de los sumarios de carácter sancionatorio. En el caso de los sumarios administrativos, cuando estos se encuentran afinados, y cuando se encuentran en curso o afinados, y sin considerar un impedimento si se encuentran prescritos o su sanción cumplida, respecto de los sumarios sanitarios. Al igual que en otras materias, en sus resoluciones más actuales el organismo ha ordenado que antes de

⁴⁰⁸ Por otro lado, su tratamiento masivo se encuentra prohibido en el inciso quinto del artículo en estudio del PDL que modifica la LPDP, así como también en la ley vigente mediante el inciso sexto del artículo 2° de la ley N°20.886. “Se prohíbe el tratamiento masivo de los datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, sin su autorización previa. La infracción cometida por entes públicos y privados a lo dispuesto en este inciso será sancionada conforme a la ley N° 19.628.” CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 20.886: MODIFICA EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, PARA ESTABLECER LA TRAMITACIÓN DIGITAL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. 18 de diciembre de 2015. <https://bcn.cl/2iyzi>

⁴⁰⁹ Esta es la interpretación sobre la aplicación del inciso tercero del artículo 25 del PDL, sostenida por la Corte Suprema en su informe recaído en primer trámite constitucional. En el concluye que la prohibición de tratamiento de los datos relativos a infracciones penales, administrativas y disciplinarias cuando se encuentre prescrita la acción, o cumplida o prescrita la pena, no le empecería al Poder Judicial. En: CORTE SUPREMA. Informe Proyecto de Ley N°5-2017. Santiago, 03 de mayo de 2017. Oficio N°63-2017. Boletín N°11.144-07. pp.13-16.

la entrega, se tarjen los datos personales contenidos en los sumarios, en aplicación del principio de divisibilidad de la LT.

SUMARIOS ADMINISTRATIVOS (Amparos C617-09; C2795-17 y C3197-23/C4525-23)

Frente a las solicitudes de acceso a sumarios administrativos, tanto respecto del informe final del mismo, como de las distintas piezas que conforman el expediente, el CPLT ha tenido a la vista el Estatuto Administrativo, en el cual se dispone el llamado “secreto sumarial”.⁴¹⁰ Para el Consejo, la reserva establecida en el mencionado Estatuto es excepcional, en consideración del principio de publicidad constitucional y de la Ley de Transparencia, por lo que debe interpretarse de forma restrictiva, como toda regla que establezca el secreto de información.⁴¹¹ De esta relación normativa, resuelve el carácter temporal del secreto sumarial. Por lo tanto, para el Consejo, una vez afinado el sumario administrativo, este pasa a estar sometido a la regla general de publicidad de los actos de la Administración del Estado, interpretación para la cual además se apoya en dictámenes de la Contraloría General de la República que así lo entienden.⁴¹²

Entendido el carácter de información pública que en general tendrían los sumarios administrativos una vez que se encuentran afinados, el Consejo pasa a analizar la procedencia de alguna causal de reserva que pudiera configurarse sobre la información contenida en los expedientes sumariales, como lo sería la protección de los derechos de las personas, y de la esfera de su vida privada, en virtud del N°2 del artículo 21 de la LT. En esta materia, el organismo ha reiterado como criterio, la aplicación del test de daño, en cuanto requiere una “*expectativa razonable de daño o afectación negativa*” de los derechos protegidos por la mencionada causal, que además sea “*presente o probable y con suficiente especificidad para justificar su reserva*”.⁴¹³

Bajo esta lógica, razona en torno a la publicidad de los datos personales de los denunciantes, o de terceros funcionarios que se contengan en los expedientes sumariales. El Consejo ha entendido que la publicidad de sus datos generaría el riesgo de inhibir futuras denuncias o declaraciones de testigos, las cuales son realizadas en el contexto de una investigación administrativa, bajo una evidente y razonable expectativa de reserva.⁴¹⁴ Esta posición, la observamos claramente en los casos estudiados,

⁴¹⁰ Ley 18.834. Artículo 137, inciso segundo. “*El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa.*” CHILE. Ministerio de Hacienda. 2005. DFL 29: FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.834, SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO. 16 de marzo de 2005. <https://bcn.cl/2f8f2>

⁴¹¹ Amparo C617-09, considerando 4.

⁴¹² Amparos C2795-17, considerando 1 y C3197-23/C4525-23, considerando 5.

⁴¹³ Amparo C3197-23/C4525-23, considerando 7.

⁴¹⁴ Amparos C3197-23/C4525-23, considerando 8-10 y C2795-17, considerandos 2-5.

relativos a sumarios originados por denuncias de acoso laboral, en específico, acoso laboral de carácter sexual.

Considerando los potenciales efectos inhibitorios que la publicidad de los datos de estos individuos podría generar en este tipo de casos, afectándose con ello a futuras investigaciones, y repercutiendo en definitiva, en el adecuado cumplimiento de las funciones del órgano, el Consejo ha ordenado la aplicación del principio de divisibilidad contemplado en la LT, antes de la entrega del expediente sumarial.⁴¹⁵ En concreto, ha resuelto que antes de la entrega sean tarjados del expediente: la identidad de las personas denunciantes y de los funcionarios públicos que declararon en el sumario en calidad de testigos, así como en general, cualquier antecedente que permita inferir la identidad de dichos denunciantes o testigos, como por ejemplo la mención al cargo, a las funciones desempeñadas o el año de ingreso al organismo.⁴¹⁶

Respecto de los testimonios voluntarios prestados por terceros que no revisten la calidad de funcionario público, el CPLT ha aplicado un nivel aún mayor de protección de la información, ordenando la reserva íntegra de las piezas o cuadernos del expediente en la que se contengan dichos testimonios.⁴¹⁷ De igual forma, tratándose de casos distintos a sumarios relativos a denuncias de acoso laboral o sexual, el Consejo ha ordenado la reserva de todos los datos personales de terceros no funcionarios (como domicilio, RUT, teléfono y correo electrónico).⁴¹⁸ En cierto sentido, esta decisión sería concordante con la visión sostenida por el Consejo, en cuanto a que los funcionarios públicos tienen una “esfera de privacidad” más reducida que quienes no ejercen funciones en la Administración del Estado, como lo serían en este caso dichos terceros.⁴¹⁹ Similar nivel de reserva, pero por diferente motivo, ha aplicado el organismo respecto de las comunicaciones “privadas”⁴²⁰ contenidas en los expedientes sumariales, tales como: correos electrónicos, conversaciones de Whatsapp y relatos referidos a llamadas telefónicas, entre otros. En estos casos, el CPLT ha entendido que dichas conversaciones se encontrarían protegidas por los derechos constitucionales del artículo 19 de la CPR N°s 4 y 5, por lo cual su publicidad significaría la afectación de los derechos constitucionales de las personas, configurándose sobre ella la reserva constitucional genérica del artículo 8° inciso segundo de la Constitución, resolviendo en consecuencia denegar de manera absoluta el acceso a ellas.

⁴¹⁵ Amparos C3197-23/C4525-23, considerando 8-11 y C2795-17, considerandos 2-4.

⁴¹⁶ Amparos C3197-23/C4525-23, considerado 12 y 13 y C2795-17, considerando 7.

⁴¹⁷ Amparo C2795-17, considerando 6.

⁴¹⁸ Amparo C617-09, considerando 13.

⁴¹⁹ Amparo C617-09, considerando 8.

⁴²⁰ El Consejo no las cataloga de manera explícita como privadas, pero aparentemente si las entiende como tales, en virtud del razonamiento que realiza en este punto, aplicando sobre ellas el manto protector de inviolabilidad de las comunicaciones privadas del art. 19 N°5 de la Constitución.

SUMARIOS SANITARIOS (Amparos C663-10; C664-10; C2-22 y C3805-22)

En el caso de los sumarios sanitarios analizados, en términos generales el CPLT ha ordenado el acceso a la información relativa a los mismos, sin importar el estado en que se encuentren, ordenando la reserva de los datos personales contenidos en ellos, en aplicación del principio de divisibilidad de la LT.

En dos resoluciones más recientes estudiadas en esta materia, el Consejo resuelve sobre la entrega de sumarios sanitarios que aún se encuentran en curso.⁴²¹ En ellas, razona que el sumario sanitario se encuentra regulado en el Código Sanitario, el cual no establece hipótesis especiales de reserva o secreto sobre aquel procedimiento administrativo, con lo cual desprende que se trata de información pública aún antes que el sumario se encuentre afinado.⁴²² Por consiguiente, ha ordenado la entrega de la información contenida en los respectivos sumarios, antes de su resolución final, pero haciendo uso del principio de divisibilidad. De esta manera, previo a su entrega ordena tarjar los datos personales “de contexto” que se contienen en ellos, tales como el RUT de la persona natural (y no de la persona jurídica), domicilio particular, fecha de nacimiento, domicilio, y firma, entre otros.⁴²³ En una de estas resoluciones, además, emplea el test de daño para descartar la reserva de la información en cuanto no se habría alegado con la suficiente prueba ni especificidad, la afectación de un derecho derivada de la publicidad del sumario aún no resuelto.⁴²⁴

Distinto es el caso de las dos resoluciones más antiguas estudiadas en este punto. En ambas decisiones el Consejo resolvió hacer entrega de todas las resoluciones recaídas en los sumarios sanitarios solicitados por el requirente, sin hacer aplicación del principio de divisibilidad.⁴²⁵ En estas decisiones el CPLT razona en torno al artículo 21 de la ley 19.628 ⁴²⁶, considerando que los datos personales contenidos en la información solicitada serían “datos caducos” al contenerse en sumarios afinados cuyas sanciones ya fueron cumplidas, por lo que efectivamente se encontrarían protegidos por el ámbito de aplicación de dicha norma. A continuación, señala aplicar el “test de daño” para concluir que existiría un elevado interés público en el conocimiento de las fiscalizaciones que dan origen al sumario, ante el cual debe ceder el derecho de las personas naturales sancionadas⁴²⁷, no obstante

⁴²¹ Amparos C2-22 y C3805-22.

⁴²² Amparos C3805-22, considerando 3 y C2-22, considerando 2-5.

⁴²³ Amparos C3805-22, considerando 8 y C2-22, considerando 9.

⁴²⁴ Amparo C2-22, considerando 8.

⁴²⁵ Amparos C663-10 y C664-10.

⁴²⁶ Previamente expuesto. p.81.

⁴²⁷ Lo cual pareciera corresponderse más bien con al llamado “test de interés público”, reflejando la falta de consistencia del Consejo en la aplicación de estos test.

corresponderse los hechos con el marco de aplicación de la norma, por lo que decide de igual forma acceder a la entrega de la información solicitada.⁴²⁸

3.3. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.

En este punto hacemos referencia al cuadro comparativo ya expuesto en torno al artículo 21 de la LPDP, el cual es modificado de forma relevante por el PDL, pasando a ser el nuevo artículo 25.⁴²⁹

3.4. Las posibles divergencias de la APDP.

En esta materia cabe destacar el cuidado que de forma general ha demostrado el Consejo en sus resoluciones, en cuanto a los datos personales contenidos en los sumarios administrativos y sanitarios.

Respecto de los sumarios administrativos, la reserva de todos los datos personales de denunciantes y terceros, mediante la aplicación del principio de divisibilidad, así como respecto de todas las piezas del expediente relativas a terceros no funcionarios, implica un alto estándar de protección que debiera mantenerse tras la reforma a la Ley de Protección de Datos. En estos casos, la justificación de la reserva se ha basado de forma especial en los “efectos inhibitorios” sobre futuros procedimientos que la publicidad de los datos de quienes participaron en él pudiera generar, más que en consideración al estatus que gozan los datos personales como bien jurídico constitucional y legalmente protegido. Este argumento pudiera usarse en forma conjunta al relacionado con los “efectos inhibitorios” que en este tipo de casos pudiera generar la publicidad de estos datos, como una doble justificación de su reserva, reforzando la misma.

Por lo tanto, en este aspecto, tras la reforma se debiera mantener el criterio utilizado por el Consejo para Transparencia, con lo anotado en torno a que la justificación de su reserva puede ser sustentada además por la protección normativa otorgada a los datos personales.

En el caso de los sumarios sanitarios, también parece correcto el criterio desarrollado por el Consejo en cuanto a ordenar la reserva de los datos personales “de contexto” contenidos en ellos, de forma generalizada. Al igual que respecto a los sumarios administrativos, y otras materias, este criterio debiera mantenerse y reforzarse bajo el nuevo marco normativo e institucionalidad de protección de datos personales.

Resulta dudoso el criterio aplicado por el Consejo en los casos que razona en torno al artículo 21 de la LPDP. Parece interpretar la norma de manera en extremo restrictiva, y desestima su aplicación

⁴²⁸ Amparos C664-10, considerando 7-8 y C663-10, considerando 7-8.

⁴²⁹ Página 81.

sin mayor fundamentación que expresar -según su criterio y sin ahondar en este punto- la existencia de un interés público en el conocimiento de la información, que hace preferible su publicidad. Vale preguntarse por la habilitación normativa del Consejo en estos casos para decidir no aplicar una disposición de la LPDP, en circunstancias que el mismo organismo admite expresamente que se configuran los presupuestos requeridos para su operatividad. ¿Tiene el Consejo la facultad legal para decidir no aplicar una norma que debiera- según su propia confesión- operar en el caso concreto? La respuesta parece ser negativa, aún más considerando que en estos casos tampoco aplica medidas que tiendan a disminuir el daño que a los derechos de las personas generará la publicidad de la información, como lo podría ser la aplicación intensiva del principio de divisibilidad sobre los datos personales previo a su entrega, como lo realizó en las otras resoluciones en estudio.

Por lo anterior, consideramos que aún con la ley vigente, un organismo encargado de forma principal de velar por la protección de datos personales -como lo será el caso de la APDP- debiera entender reservados los datos personales contenidos en sumarios sancionatorios que se encuentren prescritos, o cuyas sanciones se encuentren cumplidas o prescritas, al aplicar la disposición expresa del artículo 21 de la LPDP, lo cual apreciamos no ha sido la línea unívoca seguida por el CPLT en esta materia. Este artículo y su inclusión en la reforma -ya expuesto⁴³⁰- prohíbe de forma expresa a los organismos públicos que someten a tratamiento datos personales respectivos a infracciones administrativas y disciplinarias, su comunicación una vez prescrita la acción o cumplida o prescrita la infracción. Aun cuando esta disposición podría no ser aplicable en virtud de otra norma expresa que autorice su publicidad, los motivos normativos que desestiman su aplicación debieran quedar expuestos en las resoluciones del Consejo. A mayor abundamiento, en las tres resoluciones analizadas en las que el Consejo se ha detenido en la prohibición que constituye esta norma, por ser casos en que dichas sanciones ya fueron cumplidas, decide prescindir de la aplicación de esta disposición. En una de ellas, relativa a un sumario administrativo, citando decisiones anteriores descarta la aplicación del precepto, sosteniendo que el archivo del expediente y de los actos administrativos que disponen la medida disciplinaria “no constituiría un tratamiento de datos personales”, lo que dejaría a dichos actos y expedientes fuera del marco de protección del artículo 21.⁴³¹ En los otros dos casos, relativos a sumarios sanitarios, simplemente decide que existiría un interés público superior que justifica su publicidad en virtud de la supuesta aplicación del test de daño.⁴³²

⁴³⁰ Página 81.

⁴³¹ En virtud de la definición de tratamiento del artículo 1° de la LPDP. Amparo C617-09, considerando 6 letra c) y 7.

⁴³² Amparos C664-10, considerando 7-8 y C663-10, considerando 7-8.

Esta regla general se verá exceptuada de forma expresa mediante la incorporación de esta información en los registros llevados por organismos públicos, ya sea en un registro público de sanciones, en su sitio web, o cualquier otro medio que se mandate en la ley para su comunicación o publicidad, y por el tiempo previsto en la misma, y en caso de no señalarlo serán públicas por cinco años, según lo establecido en la letra b) del mismo artículo 25 del PDL.

En conclusión, en términos generales podemos esperar que se mantengan los criterios sostenidos por el Consejo para la Transparencia en la materia, en cuanto aplica de forma recurrente el principio de divisibilidad sobre los datos personales contenidos en los sumarios, salvo en lo resuelto sobre los sumarios sanitarios cuya sanción se haya cumplido. Sobre este último punto entendemos que, en el caso de los sumarios administrativos y sanitarios afinados, sin recurrir a los “test de daño” para determinar la publicidad estos, deberán entenderse secretos una vez que la sanción en ellos impuesta se ha cumplido o ha prescrito. Por lo tanto, la regla general debiera ser que la información contenida en los sumarios sanitarios se considerará pública cuando el respectivo sumario se encuentre en proceso o afinado, y solo cuando se encuentre afinado, en el caso de los sumarios administrativos (respetando de esta forma el “secreto sumarial” que impone el artículo 137 del Estatuto Administrativo durante el curso de los mismos). Luego la información se entenderá reservada, una vez que la sanción en ellos impuesta se cumpla o prescriba, lo que deberá ser declarado por la autoridad correspondiente, debiendo el respectivo organismo “quitar la publicidad relativa a la misma”.⁴³³

Todo lo anterior -nuevamente- sin perjuicio de lo expresamente regulado de forma diversa respecto de la publicidad de este tipo de datos en leyes especiales, así como la incorporación de esta información en los registros llevados por organismos públicos, para su comunicación o publicidad, según sea mandatado en la ley, y por el tiempo previsto en la misma, o por la regla supletoria incorporada en la letra b) del inciso quinto de la nueva norma.

4. Incumplimiento de cargas públicas de personas naturales. Amparos C403-11, C1221-11, C2750-14 y C1269-16.

En materia de incumplimiento de cargas públicas, el CPLT ha modificado su criterio de forma importante tras un fallo de la Corte Suprema en el año 2013. Así observamos que, en una primera etapa en análisis, el Consejo se decanta por permitir el acceso a la información respectiva a las personas morosas, cuando la deuda y la situación de morosidad resulta “indubitada”, principalmente bajo el

⁴³³ CORTE SUPREMA. Informe Proyecto de Ley N°5-2017. Santiago, 03 de mayo de 2017. Oficio N°63-2017. Boletín N°11.144-07. p.15.

argumento de considerar de interés público el incumplimiento de las cargas públicas. Tras la sentencia de la Corte Suprema en la materia, en lo que podemos considerar una etapa jurisprudencial administrativa más reciente del organismo, el Consejo -aplicando para ello los criterios y razonamientos delineados por la Corte- cambia su criterio, y entiende reservados los datos personales respectivos a los contribuyentes y deudores de organismos públicos. En consecuencia, deniega la entrega de los datos personales relacionados a la deuda y morosidad de este tipo de deudores, aplicando al efecto la hipótesis de reserva del N°2 del artículo 21 de la LT, en relación con la ley 19.628, en particular con su artículo 17.⁴³⁴

⁴³⁴ Ley 19.628. "Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios, y la información relacionada con obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en cuanto hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o éstas se encuentren con alguna modalidad pendiente.

También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento. No podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas; tampoco las deudas contraídas con instituciones de educación superior de conformidad a las leyes números 18.591 y 19.287, ni aquellas adquiridas con bancos o instituciones financieras de conformidad a la ley N° 20.027, o en el marco de las líneas de financiamiento a estudiantes para cursar estudios en educación superior, administradas por la Corporación de Fomento de la Producción, ni alguna deuda contraída con la finalidad de recibir para sí o para terceros un servicio educacional formal en cualquiera de sus niveles; ni las deudas contraídas con prestadores de salud públicos o privados y empresas relacionadas, sean instituciones financieras, casas comerciales u otras similares, en el marco de una atención o acción de salud ambulatoria, hospitalaria o de emergencia sean éstas consultas, procedimientos, exámenes, programas, cirugías u operaciones; tampoco podrán comunicarse las deudas contraídas con concesionarios de autopistas por el uso de su infraestructura.

Las entidades responsables que administren bancos de datos personales no podrán publicar o comunicar la información referida en el presente artículo, en especial los protestos y morosidades contenidas en él, cuando éstas se hayan originado durante el período de cesantía que afecte al deudor.

Para estos efectos, la Administradora de Fondos de Cesantía comunicará los datos de sus beneficiarios al Boletín de Informaciones Comerciales sólo mientras subsistan sus beneficios para los efectos de que éste bloquee la información concerniente a tales personas.

Sin embargo, las personas que no estén incorporadas al seguro de cesantía deberán acreditar dicha condición ante el Boletín de Informaciones Comerciales, acompañando el finiquito extendido en forma legal o, si existiese controversia, con el acta de comparecencia ante la Inspección del Trabajo, para los efectos de impetrar este derecho por tres meses renovable hasta por una vez. Para que opere dicha renovación se deberá adjuntar una declaración jurada del deudor en la que manifieste que mantiene su condición de cesante.

El bloqueo de datos será sin costo para el deudor.

No procederá el bloqueo de datos respecto de quienes consignen anotaciones en el sistema de información comercial durante el año anterior a la fecha de término de su relación laboral.

Las entidades responsables de la administración de bancos de datos personales no podrán señalar bajo ninguna circunstancia, signo o caracterización que la persona se encuentra beneficiada por esta ley."

4.1. Marco normativo aplicable

Artículo 19 N°4 CPR.

Artículo 21 N°2 Ley 20.285

Artículos 17 y 20 de la ley 19.628.

4.2. Interpretación del Consejo (previa a la sentencia de la Corte Suprema en la materia)

En las dos primeras resoluciones de requerimientos de amparo en estudio, ambas del año 2011, el CPLT se inclina por la publicidad de los datos personales relativos al incumplimiento de las cargas públicas. En ellas, los requirentes de información han solicitado a un organismo público la entrega de una base de datos en las que constan las identidades de deudores y los montos de deuda, entre otros datos solicitados. En el primer caso, el requirente solicita a una Tesorería Provincial, el listado de todas las ejecuciones fiscales iniciadas por ella durante un período de tiempo de un año, con la indicación de los datos de las causas y de los deudores tributarios en ellas ejecutados.⁴³⁵ En el segundo caso, el requirente de información solicita -entre otras cosas- el listado de deudores y respectivos montos de deuda, de los cobros de extracción de basura y aseo domiciliario municipal.⁴³⁶

En el primer caso, relativo a la información de personas naturales morosas, ejecutadas fiscalmente, la Tesorería General de la República en forma previa había denegado al requirente la entrega de ciertos datos solicitados, correspondientes a los nombres, RUT, domicilios, formularios y montos adeudados de los ejecutados, en consideración del artículo 17 de la Ley 19.628.⁴³⁷ El mencionado artículo permite la comunicación de los datos personales relativos a ciertas obligaciones de carácter comercial y económico mencionadas en la disposición, dentro de las cuales no se encuentran contempladas las obligaciones o deudas tributarias, por lo cual la comunicación de las deudas de este tipo no estaría permitida por la LPDP. Este criterio había sido sostenido con anterioridad por el Consejo, así como por la Corte Suprema en fallos previos a la entrada en vigencia de la LT, los cuales la Tesorería cita en su respuesta al requirente y en sus descargos para justificar la reserva de dicha información. Sin embargo, al resolver el requerimiento de amparo, el Consejo primero determina que, en principio, la lista de deudores tributarios morosos es información pública, al considerar que dicho listado es confeccionado por el Tesorero Comunal por mandato expreso del Código Tributario. Por ello, sostiene que dicho documento correspondería a información elaborada con presupuesto público, y que obra en manos de un órgano de la Administración (la Tesorería General), por lo cual de

⁴³⁵ Amparo C403-11.

⁴³⁶ Amparo C1221-11.

⁴³⁷ En relación con el artículo 20 de la misma ley.

conformidad a lo dispuesto en la LT⁴³⁸, y en relación con el principio de apertura o transparencia del mismo cuerpo legal, debe presumirse información pública.⁴³⁹ Luego, el Consejo razona sobre la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la LT, al relacionarse con el mencionado artículo 17 de la Ley de Protección de Datos Personales. Este último proscribire con carácter general la comunicación de deudas a terceros, salvo los casos expresamente en él señalados. Pero para el Consejo, lo permitiría tratándose de deudas indubitadas cuyo fundamento y exigibilidad es claro, justificando esta interpretación en que la norma excepciona de la prohibición general de comunicación *“...el incumplimiento de obligaciones derivadas de... créditos de... organismos públicos”*.⁴⁴⁰ Además, argumenta que al ser las deudas tributarias el reflejo de cargas públicas, su incumplimiento tendría un evidente interés público que justifica su publicidad⁴⁴¹, siendo la reserva de la información respecto a la calidad de deudor del Fisco un interés que no alcanza el estándar de derecho, por lo cual no le sería aplicable la reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, ya que esta exige la afectación de un derecho de la persona.⁴⁴² Por todo lo anterior, el CPLT resuelve modificar el criterio sostenido en resoluciones anteriores⁴⁴³ y ordena a la Tesorería Provincial requerida la entrega del listado de las ejecuciones fiscales solicitadas por el requirente, con todos los datos respectivos (rol de la causa, nombre y RUT del deudor, formularios respectivos, monto adeudado, etc.) siempre que la deuda se entienda indubitada, según los criterios determinados por el organismo en su resolución.⁴⁴⁴

En el otro caso analizado relativo a esta etapa, se solicita información de deudores de la tarifa de aseo domiciliario municipal. El Consejo primero razona en torno a la publicidad de los datos identificatorios -nombre y RUT- de los propietarios de bienes raíces, deudores de dicha tarifa. Al respecto, el organismo se remite a una decisión anterior, en la cual señala que dichos datos figuran en la base catastral del Servicio de Impuestos Internos, y se pueden conocer incluso mediante internet (a través del Rol de Avalúo del bien raíz) por lo que determina que estos datos constituirían información pública, de acuerdo con la LT.⁴⁴⁵ Enseguida argumenta que las condiciones de la tarifa cobrada sobre los derechos de aseo municipal son fijadas por una ordenanza municipal, lo cual constituye una resolución municipal general y obligatoria que debe estar a disposición del público, concluyendo que

⁴³⁸ En particular, el artículo 5° de la ley 20.285.

⁴³⁹ Amparo C403-11, considerando 1-3.

⁴⁴⁰ Amparo C403-11, considerando 13. Esta interpretación es además reforzada en el considerando 15 letra c) mediante la cita de un informe del profesor Renato Jijena, en el cual sostendría esta misma postura.

⁴⁴¹ Amparo C403-11, considerando 12.

⁴⁴² Amparo C403-11, considerando 17.

⁴⁴³ Amparo C403-11, considerando 11.

⁴⁴⁴ Es decir, una vez que transcurre el plazo para oponer excepciones y éstas no se deducen, o habiéndolas deducidas hubiesen sido rechazadas. Amparo C403-11, considerando 14.

⁴⁴⁵ De acuerdo con los artículos 5° y 10° de la ley 20.285. Amparo C1221-11, considerando 8.

se trata de un documento eminentemente público, incluido el monto que cada propiedad debe pagar.⁴⁴⁶ Respecto a las deudas contraídas por los particulares sobre el pago de dicha tarifa, el Consejo se apoya en el D.L. sobre Rentas Municipales en cuanto determina que *“las municipalidades estarán obligadas a certificar, a petición de cualquier persona que lo solicite, el monto del derecho de aseo que corresponda a una propiedad determinada y la existencia de deudas en el pago de ese derecho.”*⁴⁴⁷ A juicio del organismo, el inciso citado manifiesta en forma inequívoca la intención del legislador de establecer como pública la morosidad en el pago de los derechos de aseo municipales, al obligar a la municipalidad a certificar tal hecho a petición de cualquier persona.⁴⁴⁸ Apoya esta idea citando la decisión previamente analizada (C403-11) y replicando el argumento de que si bien la calidad de deudor consiste en un dato personal *“las deudas tributarias constituyen un reflejo de cargas públicas, cuyo cumplimiento tiene un evidente interés público que justifica su publicidad”*, extendiendo el criterio aplicado a los deudores tributarios, a los deudores morosos de pago de derechos de aseo municipal.⁴⁴⁹ Mediante este razonamiento, el Consejo descarta la aplicación en contrario del artículo 17 de la LPDP sobre estas deudas, y en consecuencia decide que no se configura la causal de secreto o reserva la información del artículo 21 N°2 de la LT, ordenando la entrega completa de la base de datos solicitada por el requirente.

Con posterioridad, en el año 2013, la Corte Suprema se pronuncia sobre esta materia, estableciendo una línea interpretativa contraria al razonamiento sostenido por el CPLT en los dos casos ya analizados.⁴⁵⁰ Tras la sentencia del máximo tribunal, el organismo de transparencia volverá a cambiar de criterio, y siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte en el aludido fallo, tomará una postura contraria a la publicidad de los datos personales relativos a deudas tributarias y al incumplimiento de cargas públicas de las personas naturales.

4.3. La sentencia de la Corte Suprema.⁴⁵¹

Tras un requerimiento de amparo acogido por el Consejo para la Transparencia⁴⁵², en el cual se le solicitaba a la Municipalidad de Las Condes la entrega de la información respecto de los deudores de patentes municipales, el referido municipio reclama de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de

⁴⁴⁶ Amparo C1221-11, considerando 10.

⁴⁴⁷ D.L. N°3.063. Artículo 6°, inciso 9°. CHILE. Ministerio del Interior. 1996. Decreto N°2385: FIJA TEXTO REFUNDIDO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY NUM. 3.063, DE 1979, SOBRE RENTAS MUNICIPALES. 20 de noviembre de 1996. <https://bcn.cl/2f91g>

⁴⁴⁸ Amparo C1221-11, considerando 11.

⁴⁴⁹ Amparo C1221-11, considerando 12.

⁴⁵⁰ Mediante el recurso de queja en causa Rol 4681-2013, de fecha 11 de noviembre de 2013.

⁴⁵¹ Sentencia Corte Suprema. Rol 4681-2013, de fecha 11 de noviembre de 2013.

⁴⁵² Amparo C1038-12.

Santiago, respecto de la resolución del Consejo. Resolviendo el reclamo de ilegalidad, la Corte de Apelaciones confirma la decisión del Consejo, frente a lo cual la Municipalidad presenta un recurso de queja ante la Corte Suprema, la que acoge el recurso en el año 2013.⁴⁵³ En su sentencia, el máximo tribunal dirime sobre la materia, estableciendo nuevos criterios que son seguidos por el CPLT en la actualidad. Desde entonces, al resolver requerimientos de amparo sobre información relacionada a deudas tributarias, y cargas públicas en general, de forma recurrente el Consejo hace referencia a la mencionada sentencia, rechazando en conformidad a ella los requerimientos de acceso a los datos personales relacionados a este tipo de deudas.

La información que fue solicitada a la Municipalidad consistía en la nómina de los deudores de impuestos por concepto de patentes municipales, con sus nombres completos, RUT, dirección y cédula de identidad del respectivo representante legal, el primer y último período adeudado, y los montos totales de dicha deuda con intereses, así como de los últimos tres años, también con sus respectivas deudas e intereses. La Municipalidad negó la entrega de esta información, basada en la causal de reserva del 21 N°2 de la LT, en relación con el artículo 17 de la Ley de Protección de Datos Personales. Ante la negativa de su entrega, el solicitante deduce un requerimiento de amparo del derecho de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia. El Consejo decide acceder a la solicitud del requirente, y ordena a la Municipalidad la entrega de la información, al considerarla de carácter pública y argumentar la existencia de un interés público que justificaba su publicidad.⁴⁵⁴

Ante esta resolución, el municipio impugna la decisión mediante un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁵⁵, la cual -con un voto disidente- al momento de analizar la configuración de la causal del artículo 21 N°2 de la LT, en tanto afectación a los derechos de las personas, básicamente reproduce los argumentos del Consejo en cuanto a que la información solicitada sería pública, al formar parte del acto municipal y ser elaborada con presupuesto público.⁴⁵⁶ La Corte sostiene que aun cuando dichas deudas consistirían en datos de carácter personal conforme a la LPDP, por tratarse de deudas tributarias constituyen un reflejo de cargas públicas involucrando un evidente interés público que justificaría su publicidad.⁴⁵⁷ Caber notar en este punto, que según reconocería con posterioridad el referido municipio, la nómina requerida por el solicitante comprendía la información de más de 2.000 contribuyentes de patentes municipales.⁴⁵⁸

⁴⁵³ Sentencia Corte Suprema. Rol 4681-2013.

⁴⁵⁴ Amparo C1038-12, considerando 6.

⁴⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol C-8762-2012.

⁴⁵⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Rol C-8762-2012, considerando séptimo y octavo.

⁴⁵⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Rol C-8762-2012, considerando décimo.

⁴⁵⁸ Corte Suprema Rol 4681-2013, fojas 11.

Tras el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Municipalidad interpone un recurso de queja ante la Corte Suprema, en contra de las ministras de la Corte de Apelaciones que dictaron el fallo, en el cual alega que el Consejo para la Transparencia -y principalmente la Corte de Apelaciones mediante la confirmación de lo resuelto-, estaría infraccionando la Ley de Protección de Datos Personales, y aplicando de forma preminente los principios y normas de la Ley de Transparencia, por sobre los de la LPDP, entre otros argumentos.⁴⁵⁹

La Corte Suprema, en la sentencia sobre el recurso de queja, recurre a las respectivas normas constitucionales para determinar que la difusión de las deudas relativas a impuestos municipales transgrede el mandato de protección constitucional, por cuanto implica “colocar en entredicho la vida privada de las personas”.⁴⁶⁰ Enseguida sostiene que los casos consignados en el artículo 17 de la LPDP, dice relación con obligaciones de tipo comercial y no con aquellas que fundan la solicitud de acceso (las cuales consisten en deudas de patentes municipales).⁴⁶¹ De esta manera la Corte desestima que esta norma permita o justifique la publicidad de otro tipo de deudas diferentes de aquellas permitidas de forma expresa en dicho artículo. En el considerando siguiente, razona en torno de la afectación a los derechos de las personas que supone la publicidad de este tipo de información, señalando que cuando una persona aparece como deudora en una nómina, puede verse afectada tanto su capacidad de operar comercialmente, como su prestigio comercial, con lo cual mediante su entrega también se pueden afectar los derechos de carácter comercial o económico de los deudores.⁴⁶² Por todo lo anterior, la Corte estima que la Municipalidad, en cuanto organismo estatal, se encuentra habilitada y obligada a aplicar la reserva del artículo 21 N°2 de la LT sobre la información solicitada y denegar su entrega, e incluso, intentar un reclamo judicial de ser necesario, para cautelar los derechos fundamentales de las personas. En este caso, los derechos que inciden en la esfera de sus vidas privadas, o derechos de carácter comercial o económico que pueden afectar su honra.⁴⁶³ En consecuencia, el máximo tribunal entiende que los jueces incurrieron en falta o abuso grave al no aplicar las normas de la mencionada causal de reserva de la información, resuelve dejar sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y la decisión del Consejo fundante del reclamo, y en su lugar, denegar la entrega de la información, marcando así un claro criterio jurisprudencial.

⁴⁵⁹ En particular, la vulneración de los artículos 2 letra f) (en cuanto vulnera el concepto legal de dato personal), 4 y 17 de la ley 19.628. Corte Suprema Rol 4681-2013, fojas 18-20.

⁴⁶⁰ Sentencia Corte Suprema Rol 4681-2013, considerando noveno y décimo.

⁴⁶¹ Sentencia Corte Suprema Rol 4681-2013, considerando undécimo.

⁴⁶² Sentencia Corte Suprema Rol 4681-2013, considerando duodécimo.

⁴⁶³ Sentencia Corte Suprema Rol 4681-2013, considerando décimo tercero.

4.4. Interpretación del Consejo (posterior a la sentencia de la Corte Suprema en la materia)

Tras la sentencia de la Corte Suprema, el Consejo para la Transparencia cambia su criterio al resolver este tipo de requerimientos, siguiendo los lineamientos expuestos por la Corte Suprema en su resolución. Podemos observar este cambio de forma evidente, en una resolución de un requerimiento de amparo del año 2014, relativo a una solicitud de acceso a la nómina de contribuyentes que adeudaban el pago de patentes municipales.⁴⁶⁴ En este caso, el requerimiento de información es casi idéntico a aquel requerimiento que originó el aludido fallo de la Corte Suprema, por lo cual, al justificar su rechazo, el Consejo básicamente se basta con su referencia a la sentencia de la Corte. En resumen, tras citar la referida sentencia, el Consejo señala que la divulgación de los datos requeridos resulta improcedente, en consideración del régimen de protección de los datos personales fijado por el constituyente y por el legislador, por lo cual debe aplicarse en este caso la reserva de artículo 21 N°2 de la LT sobre la información solicitada. Resuelve rechazar el requerimiento de amparo al configurarse la citada causal de reserva de la LT en relación con la ley 19.628 y la garantía constitucional del artículo 19 N°4 de la CPR.⁴⁶⁵

El “nuevo” criterio del Consejo, posterior al fallo de la Corte Suprema, se desprende con meridiana claridad en otra decisión analizada, del año 2016. Este requerimiento de amparo tenía por antecedente una solicitud de acceso al listado mapeado de un conjunto importante de datos personales de todos los deudores tributarios morosos del país, cuya ejecución ya hubiera sido iniciada (en términos similares a la información solicitada en el amparo C403-11 expuesto con anterioridad).⁴⁶⁶ Frente a la solicitud inicial de información, realizada a la Tesorería General de la República, este organismo hace entrega de lo solicitado al requirente, con la sola excepción de los domicilios señalados en las demandas, y de la información relacionada a los casos en que las deudas no son actualmente exigibles, o en que se encuentra pendiente el plazo para presentar excepciones. Ante esta entrega incompleta de la información, el solicitante realiza un requerimiento de amparo ante el Consejo para la Transparencia, el cual resuelve rechazar dicho requerimiento. En su resolución, haciendo referencia a decisiones anteriores, y en particular, al precitado fallo de la Corte Suprema, el Consejo sostiene que los antecedentes relacionados a las personas morosas de deudas tributarias constituyen información de carácter personal de los contribuyentes.⁴⁶⁷ En consecuencia, determina que sería información reservada, en virtud del artículo 21 N°2 de la LT, en relación con la ley 19.628, y la garantía

⁴⁶⁴ Amparo C2750-14.

⁴⁶⁵ Amparo C2750-14, considerandos 3-6.

⁴⁶⁶ Amparo C1269-16.

⁴⁶⁷ Amparo C1269-16, considerando 3.

constitucional de respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, por lo cual la comunicación de los datos requeridos resultaría improcedente.⁴⁶⁸ Pero no solo eso. Además de rechazar el requerimiento de amparo, considerando que Tesorería ya había entregado al requirente parte de la información solicitada, el Consejo decide “representar” al Tesorero General de la República, que al haber entregado parte de la información, la cual contenía datos personales de deudores tributarios, estaría infraccionando su deber de resguardo de los datos personales que obran en poder del Servicio.⁴⁶⁹ Este verdadero “llamado de atención” deja en evidencia la evolución que ha tenido el organismo de transparencia sobre la concepción de la reserva de este tipo de datos.

Los dos últimos casos analizados dan cuenta del giro en el criterio -sentencia de la Corte Suprema mediante- que ha tenido el Consejo, respecto a la interpretación de la publicidad de los datos personales de deudores tributarios y de cargas públicas. Hoy podemos sostener que, frente a un requerimiento de amparo de acceso a la información pública en estos casos, el Consejo entenderá que estos datos deben reservarse y en consecuencia denegar su entrega, en consistencia con lo resuelto por la Corte Suprema, en base al marco constitucional y legal que protege a estos datos.

4.5. Modificaciones al marco legal con la reforma a la Ley 19.628.

En este caso, el artículo 17 de la LPDP no presenta modificaciones relevantes en el PDL, el cual quedaría básicamente idéntico tras la reforma a la ley vigente. Esto se puede deber en buena medida a que desde la publicación de la ley 19.628 esta norma ha sido objeto de diversas modificaciones.⁴⁷⁰ Ninguna de ellas se relaciona específicamente a las deudas de carácter tributario o de cargas públicas en términos generales.

Cabe destacar que, tras la entrada en vigencia de la reforma a la Ley de Protección de Datos Personales, el nuevo artículo 22 contenido en el Proyecto también podría tener aplicación al momento de resolver casos como los analizados.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Amparo C1269-16, considerandos 3-5.

⁴⁶⁹ Amparo C1269-16, considerando 8.

⁴⁷⁰ Así, se ha modificado la norma para introducir la prohibición de la comunicación de las deudas: contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas (Ley 19.812, jun. 2002), cuando se hayan originado durante el período de cesantía que afecte al deudor (Ley 20.463, oct. 2010), cuando han sido repactadas, renegociadas o novadas, y las contraídas con concesionarios de autopistas por el uso de la infraestructura (Ley 20.575, feb. 2012), las contraídas para financiar la educación en cualquiera de sus niveles (Ley 21.214, feb. 2020), y las contraídas para financiar servicios y acciones de salud (Ley 21.504, nov. 2022).

⁴⁷¹ Ya expuesto a raíz de los correos electrónicos de funcionarios públicos. p.74.

4.6. Las posibles divergencias de la APDP.

Como hemos argumentado, con posterioridad a la sentencia de la Corte Suprema, la interpretación del CPLT en torno a la publicidad de las deudas de cargas públicas y tributarias ha tenido un importante giro hacia la protección de los datos personales, aplicando de forma más comprensiva la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la LT, y abandonando la interpretación amplia del artículo 17 de la LPDP, realizada con anterioridad por el organismo. Por lo tanto, estimamos que la implementación de la reforma a la ley 19.628 y la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales, más que generar un cambio de criterio en esta materia, signifique la confirmación de una línea protectora de los datos personales relativos a las deudas en general, interpretando en forma restrictiva los casos en que se autoriza su comunicación, contenidos en el artículo 17 de la LPDP (y que se mantienen en el Proyecto). Esto, al considerar que los casos en que se permite la comunicación de este tipo de datos personales sería solo respecto a las deudas y obligaciones económicas, financieras, bancarias o comerciales, taxativamente nombradas en esta disposición. Ello no habilita, por lo tanto, a la comunicación o publicación de otro tipo de deudas que no se incluyan de forma expresa en este precepto, como las deudas tributarias, aun bajo el argumento de la protección de otros bienes jurídicos de carácter general, como el interés público o el orden económico, como lo habría justificado el Consejo en su jurisprudencia inicial. Este artículo, por lo demás, ha sido modificado de forma reiterada, introduciéndose al mismo de manera progresiva cada vez más casos específicos de deudas sobre las cuales se prohíbe su comunicación, como lo son las deudas contraídas con instituciones de educación superior o para su financiamiento, las relativas a ciertos servicios básicos o las referidas al uso de autopistas concesionadas, entre otras.

Esta interpretación restrictiva en cuanto a la publicidad de las deudas en general, es posible que lo sea aún más en torno a las deudas y obligaciones económicas contraídas con organismos del Estado, al considerar el contenido del nuevo artículo 22 del PDL (ya expuesto en torno a los correos electrónicos⁴⁷²), en el cual se regula la “Comunicación o cesión de datos por un órgano público”. En su inciso cuarto, esta norma obliga a los organismos públicos a contar con el consentimiento del titular de los datos, para la comunicación o cesión de datos personales en virtud de una solicitud de acceso a la información realizada conforme a la Ley de Transparencia. De esta forma, la disposición contiene un mandato general de consentimiento del titular de los datos, el que debiera ser aplicable al momento en que a cualquier organismo público le sean solicitados datos personales mediante la Ley de Transparencia, y que no tengan una disposición especial que los regule, como sería el caso de las deudas

⁴⁷² Página 74.

tributarias y municipales analizadas en este acápite. Por lo tanto, ante una solicitud de acceso a la información de deudores de cargas públicas o tributarias, se debiera solicitar el consentimiento a los deudores para divulgar sus datos, y frente a la falta de consentimiento de estos, rechazar su entrega. Esta disposición podría ejercer como una barrera adicional que prevenga la entrega de este tipo de datos por parte de los organismos públicos. Al ser aplicable de manera general, más allá de los datos personales relativos a deudas, deberá considerarse la existencia de consentimiento o autorización antes de la entrega de cualquier tipo de dato personal de los ciudadanos. Con ello, se podría reforzar la aplicación de la causal de reserva por los organismos públicos en estos casos desde un plano procesal, lo cual evitaría situaciones como aquella observada en el último caso expuesto, en el cual la Tesorería entregó una gran cantidad de información de carácter personal de los contribuyentes sin que ellos pudieran oponerse.

En conclusión, en esta materia, los criterios sostenidos por el Consejo para la Transparencia con posterioridad al fallo expuesto de la Corte Suprema debieran mantenerse tras la reforma a la ley 19.628. Siguiendo este mismo criterio, la Agencia de Protección de Datos Personales deberá ejercer sus atribuciones de control y fiscalización en torno a dichos datos y sobre todos aquellos datos relativos a deudas comerciales, financieras, bancarias y de otro tipo expresamente prohibidos de ser comunicados y publicados, según lo dispuesto en el artículo 17 de la LPDP vigente, el cual se mantendrá inalterado tras la reforma.

CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, en el comienzo de este trabajo dimos cuenta de la verdadera evolución que ha tenido el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de los datos personales, el cual derivado del derecho a la vida privada, se ha consagrado en la actualidad como un derecho autónomo. Esta evolución no ha sido fruto de una mera reflexión aislada de la doctrina, sino que se encuentra ligada de forma directa con el acelerado avance tecnológico que ha experimentado la sociedad, desde que se formularan las primeras ideas de concebir un derecho a la vida privada.

En este sentido, si bien en 1999, al momento de publicarse la ley 19.628 sobre Protección de los Datos Personales en Chile, esta fue una legislación pionera en la región, en la actualidad es un hecho no discutido su insuficiencia para otorgar un adecuado nivel de protección a este tipo de datos. Como vimos en el primer capítulo, la regulación vigente es objeto de diversas críticas, y una de las más importantes se refiere a la inexistencia de una verdadera autoridad de control en materia de datos personales.

Desde la publicación de la ley a la fecha, un gran hito normativo consiste en la introducción expresa del derecho a la protección de datos personales en la Constitución, realizada en el año 2018. Con ello, hoy la protección de los datos personales es un derecho tutelado en el plano constitucional y legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero con una deficiente protección “en los hechos”, debido a las falencias y la obsolescencia del marco regulatorio. Esta situación de desprotección será superada tras la aprobación de la importante reforma a la Ley de Protección de Datos Personales, que se encuentra en trámite y sobre la cual trata este trabajo. Esta añorada reforma, moderniza y robustece el marco regulatorio de los datos personales, y crea una nueva autoridad de control independiente, encargada de su cumplimiento y fiscalización, la Agencia de Protección de Datos Personales. Sobre la nueva Agencia nos referimos en el capítulo segundo, y expusimos sus principales funciones, procedimientos y aspectos de diseño. Tras una extensa y disputada tramitación legislativa, sobre la cual nos referimos en distintos pasajes a lo largo de este trabajo, hoy la reforma a la LPDP se encuentra ad portas de finalizar sus trámites legislativos, y la Agencia pronta a ser una realidad.

Introducido este marco general en torno al derecho a la protección de los datos personales, en el tercer capítulo nos adentramos a la colisión o conflicto que se puede producir entre este derecho y el derecho de acceso a la información pública. En primer lugar, reparamos que, a diferencia de la protección de los datos personales, en la actualidad el derecho de acceso a la información pública no cuenta con reconocimiento expreso en nuestra Constitución. A pesar de ello, observamos que este derecho ha sido reconocido como derecho fundamental a través de diversas vías argumentativas, tanto

por la doctrina, el Tribunal Constitucional y el Consejo para la Transparencia. Siguiendo esta línea, y considerando a ambos derechos como derechos fundamentales, nos referimos a los mecanismos de resolución de conflictos entre este tipo de derechos. Nos centramos en dos posturas de la doctrina al respecto. La primera, que creía que ante la colisión entre derechos fundamentales el conflicto debía resolverse con la preponderancia de un derecho sobre el otro, mediante el mecanismo de la ponderación, y su máxima de la proporcionalidad (con sus tres respectivos subprincipios). Y la segunda, que creía que la colisión entre derechos fundamentales en realidad no era conceptualmente posible, en cuanto los derechos fundamentales consisten en ámbitos de un derecho general de libertad frente al Estado, los cuales son reconocidos por causas históricas, y cuyo ejercicio se regula solo mediante la ley. En tal sentido, para esta postura la solución al conflicto debe ser encontrada siempre en el ordenamiento jurídico subconstitucional, en cuanto se trataría de precisar los límites entre el ejercicio de derechos protegidos a nivel legal, y no constitucional.

Tras la exposición de ambas posturas, nos decantamos por aplicar los principios de la segunda hasta su máximo alcance, con el objeto de evitar en la mayor medida de lo posible los problemas subyacentes a la ponderación de derechos fundamentales. Sin embargo, reconocimos la imposibilidad de responder a todos los casos de potencial conflicto entre derechos fundamentales mediante la correcta limitación del ordenamiento jurídico subconstitucional, considerando que existirán ocasiones en que ambos derechos en oposición se encontrarán dentro de sus límites lícitos de ejercicio en el plano legal, pero cuyos efectos serán incompatibles. Ante estos casos será necesario recurrir a algún grado de ponderación en el ejercicio de ambos derechos en el caso concreto. Dentro de este ejercicio ponderativo, postulamos que la protección de los datos personales podría encontrarse en una mejor posición jurídica, lo cual sería un elemento a considerar dentro del ejercicio ponderativo en el caso concreto, y no una prevalencia en abstracto de este derecho por sobre el derecho acceso a la información pública. En efecto, la solución de esta tensión de derechos no es una materia sencilla que se pueda resolver de modo abstracto ni absoluto. La dificultad que representa en ciertos casos concretos encontrar el equilibrio o límite preciso en la realización de ambos derechos, en base a la regulación legal, quedó luego evidenciada en el último capítulo de la Memoria, al momento de analizar la jurisprudencia administrativa del Consejo para la Transparencia relativa a este conflicto de derechos.

Después del análisis conceptual de la colisión de derechos, vimos como este conflicto podría manifestarse a nivel institucional, entre la nueva Agencia de Protección de Datos Personales y el Consejo para la Transparencia, instituciones que ejercerán sus funciones sobre la protección de derechos potencialmente “opuestos”. Notamos como esta inminente tensión institucional fue

reconocida en el plano doctrinario y político a raíz de la reforma, y en virtud de ello se incorporó en el Proyecto un mecanismo de “coordinación regulatoria” entre la Agencia y el Consejo. Vimos también algunas implicancias que la resolución de este conflicto por los Tribunales de Justicia significa, en especial su resolución por un organismo no especializado. Quedan ciertas dudas sobre la real capacidad de este mecanismo de coordinación para evitar que el potencial conflicto institucional escale ante los Tribunales con habitualidad. Este será un aspecto sobre el cual habrá que estar atentos una vez que entre en funciones la Agencia de Protección de Datos Personales, ya que de su suficiencia depende parte importante de la eficiencia del sistema.⁴⁷³

Por último, en esta parte, tras analizar el posible conflicto institucional, cerramos este capítulo con una comparación de algunos aspectos en el diseño de la Agencia y el Consejo para la Transparencia. Estas autoridades de control cuentan con una serie de características orgánicas similares, así como procedimientos administrativos y de tutela análogos. La diferencia esencial entre ambos organismos radica en su misión, ya que las funciones de la Agencia estarán enfocadas y delimitadas sobre la protección de los datos personales, funciones que a diferencia del Consejo podrá ejercer tanto sobre el sector público como el privado. Además, a la Agencia se le dota con un perfil más técnico, lo que debiera evitar algunos de los problemas que se han observado en el funcionamiento del CPLT, en particular a nivel de su órgano de gobierno.

Tras el análisis conceptual del conflicto entre derechos y su posible expresión entre las instituciones encargadas de su respectiva protección, en el capítulo cuarto estudiamos la regulación del derecho de acceso a la información pública. Notamos como este derecho cuenta con una ley sectorial relativamente moderna, y con una institucionalidad independiente, que se hace cargo de su amparo, fiscalización y promoción, el Consejo para la Transparencia.⁴⁷⁴ Expusimos como a este organismo se le encarga cierto rol protector de los datos personales dentro de la Administración del Estado, el cual ha ejercido dentro de los ámbitos de sus competencias (y a veces forzando los alcances de estas) ante la ausencia de un órgano de control especializado en la materia. Este rol protector del Consejo se ha puesto a prueba cuando el organismo se ha enfrentado a resolver si conceder el acceso o aplicar una causal de reserva sobre la información cuando la misma contiene datos personales. En este punto, estudiamos como en supuesta aplicación del principio de proporcionalidad, el Consejo ha utilizado los test de daño y test de interés público como las principales herramientas para dirimir los

⁴⁷³ Concordando plenamente en este punto con lo señalado por RAJEVIC, E. 2010. p.19.

⁴⁷⁴ En cierto sentido, podemos argumentar que el derecho de acceso a la información pública sufre de los problemas normativos inversos a los de la protección de datos personales. En cuanto los últimos si se encuentran reconocidos explícitamente como derecho fundamental en la constitución, pero carecen de una autoridad de control y una legislación actualizada.

casos de conflicto entre el derecho de acceso a la información pública, y a la protección de datos personales. También expusimos cierta crítica realizada por la doctrina al uso de dichos test, tanto respecto de su legitimidad como de su operatividad. Esta visión crítica también postulaba el empleo del principio de divisibilidad contemplado en la Ley de Transparencia, como alternativa para lograr un mejor nivel de satisfacción de ambos derechos en conflicto.

En el último capítulo analizamos jurisprudencia administrativa del Consejo para la Transparencia, relativa a cuatro temas en los cuales la protección de datos personales y el acceso a la información pública se encuentran en tensión. Tras la revisión de un conjunto de resoluciones del Consejo sobre requerimientos de amparo relativos a las respectivas materias, constatamos - concordando con lo advertido por la doctrina- cierta tendencia del organismo por privilegiar el acceso a la información por sobre la protección de los datos personales, cuando debe ponderar entre ambos derechos. En este sentido, nos sumamos a las críticas en torno al mal uso que ha realizado el organismo del llamado test de interés público, sobre todo en su jurisprudencia administrativa más primitiva. También de este análisis pudimos observar algún nivel de inconsistencia en los distintos criterios y decisiones del organismo, resolviendo de forma contradictoria en ciertos casos.

A pesar de la crítica anterior, es destacable como alguno de los criterios “más gravosos” sostenidos por el Consejo en torno a la protección de datos personales en sus primeras resoluciones, parecen haber sido superados por el mismo organismo. En particular, aquellos casos en los que en función de la supuesta existencia de un “interés público prevalente” ha privilegiado la publicidad de la información sin sustento normativo (como en el caso de las deudas con organismos públicos), o sin dictar medidas de resguardo de los datos personales (como en el caso de los correos de los funcionarios públicos o los relativos a personas condenadas en materia penal). Esta superación de criterios del Consejo en torno a la protección de la información personal debe ser reconocida, y puede ser indicativa de cierta disposición al cambio por parte del organismo de transparencia, lo cual cobrará aún mayor relevancia al implementarse la nueva regulación e institucionalidad en materia de protección de datos.

Al contrastar el marco normativo vigente aplicado en las resoluciones del Consejo, con aquellas modificaciones normativas contempladas en el Proyecto que pudieran ser de interés para la mantención o modificación de los criterios sostenidos por el organismo, se observan disposiciones que pudieran significar un mayor estándar de protección de la información personal en los casos estudiados. Esta idea se ve reforzada, si se tiene en cuenta no solo la reformulación de normas sustantivas, sino también la creación de un organismo que velará de manera particular por el cumplimiento de estas disposiciones, en forma independiente del derecho de acceso a la información,

como no lo ha existido hasta ahora. Este aumento del estándar protector podría traducirse, por ejemplo, en una aplicación más intensiva del principio de divisibilidad al momento de entregar la información que se encuentra en manos de órganos de la Administración, y que contenga datos personales. De ello se podría derivar el uso común de la reserva de los datos personales de forma generalizada al momento de entregar la información, sin distinguir si se trata de información relativa a la “vida privada” de las personas, siguiendo de esa manera los criterios que parece haber empleado el Consejo en algunas de sus últimas resoluciones.

Como se dijo al principio de esta Memoria, hasta qué punto específico llegará la reserva y la protección de los datos personales frente al derecho de acceso a la información pública tras la implementación de la reforma, seguirá siendo por ahora una pregunta abierta. Esperamos que este trabajo haya sido un aporte, en el sentido de entregar algunas nociones para comenzar a contestar esta pregunta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, E. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: FERRADA, J. (Coord.). La constitucionalización del derecho chileno. Valdivia. Editorial Jurídica de Chile y Universidad Austral de Chile. pp. 13-38.
- ALDUNATE, E. 2005. La colisión de derechos fundamentales. *Revista Derecho y Humanidades* (11): 69-78.
- ÁLVAREZ, Daniel. 2016. Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad en materia de protección de datos? *Revista de derecho (Coquimbo)*, 23(1): 51-79.
- ALEXY, R. 1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ASTUDILLO, J. 2020. El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos frente al derecho de acceso a la información pública. Un estudio a la luz de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, 5(15): 89-112.
- CAMACHO, G. 2012. Transparencia Pública y Protección de Datos Personales en Chile. *Revista de Derecho Público* (77): 37-65.
- CAMACHO, G. 2014. La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena. *Revista de Gestión Pública*, III (1): 73-93.
- CAMACHO, G. 2015. El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho Público* (74): 211-239.
- CERDA, A. 2003. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. *Revista Chilena de Derecho Informático* (3): 47-75.
- CERDA, A. 2012. Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales. Material de estudio del Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile
- CONTRERAS, P. 2020. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales* 18 (2): 87-120.
- CONTRERAS, P. 2021. La reforma del Consejo para la Transparencia y su órgano de gobierno: Entre la transparencia y la protección de datos personales. *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago, Ediciones UDP. 371-389.
- COVARRUBIAS, I. 2012. Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada. *Revista de derecho (Valparaíso)* (38): 499-541.
- COVARRUBIAS, I. 2015. La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión (algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa) *Revista lus et Praxis* (1): 217-270.
- DE LEÓN, P. 2008. Hacia un Concepto de Transparencia: Orígenes e Importancia. pp.1-13. Disponible en: <https://studylib.es/doc/4640318/%E2%80%9Chacia-un-concepto-de-transparencia--or%C3%ADgenes-e-importancia%E2%80%9D>

- DROGUETT, C. 2019a. El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia constitucional chilena. *Revista Española de la Transparencia* (9): 133-159.
- DROGUETT, C. 2019b. El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Tesis doctoral. Santiago de Chile. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. 2009. Derecho de acceso a la Información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, *Estudios Constitucionales*, Año 7 (1): 137-175.
- JIJENA, R. 2013. Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2 (2): 49-94.
- MAYOCHI, S. 2021. La prensa amarillista y la prensa tradicional en la guerra hispano-estadounidense (1898). *Colección*, 32 (2): 13-53.
- MURILLO, P. 2008. El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales. *Eusko Ikaskuntza* (20): 43-58.
- MURILLO, P. 2009. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad. En: *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp. 11-77.
- NIEVES, M. 2011. El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica de los intereses constitucionales en juego. *Teoría Y Realidad Constitucional* (28): 279 – 312.
- PRIETO, L. 2000. Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Cuadernos De Derecho Público* (11): 9-30.
- RAJEVIC, E. 2010. El Consejo para la Transparencia como 'Administración independiente'. Publicado en: *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, Abeledo Perrot. 231-247.
- RAJEVIC, E. 2011. Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación. En: *CHILE y la protección de Datos Personales: 26 de noviembre de 2010*. Santiago de Chile. Expansiva. 1-18.
- RAJEVIC, E. 2012. El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: un panorama sinóptico a 2012. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*. Segunda época año I, (1): 279-203.
- SANZ, F. 2013. Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (41): 457-502.
- SANZ, F. 2017. Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (48): 135-163.
- SANZ, F. 2018. Delimitación de las esferas de la vida privada, privacidad e intimidad, frente al ámbito de lo público. *Transparencia & Sociedad* (6): 127-149.
- SALMONA, F. 2008. Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Santiago, Chile. Cuadernos Tribunal Constitucional, LOM Ediciones.
- TELLO E., C., CERNA G., M., & PAVÓN M., A. 2009. Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia. *Anuario De Derechos Humanos* (5): 193-204.

VALDIVIESO, P. y BERNAS, J. 2014. Dificultades de la aproximación de la transparencia como una política de comando y control: experiencia chilena con los municipios. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (58): 201-234.

VERGARA, M. 2017. Chile: Comentarios preliminares al proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6 (2): 135–152.

VICENCIO, N. 2020. Nueva ley de datos personales para Chile. Proyecto de ley para la modernización normativa en la protección de datos personales en Chile: análisis evaluativo y desafíos. Tesis presentada para obtener el grado académico de Magíster en Políticas Públicas. Santiago de Chile. Escuela de Gobierno, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIERA-GALLO, J. 2013. El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*. Segunda época año I, (1): 173-209.

VIVANCO, A. 2008. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado: una normativa para Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2): 371-391.

CONFERENCIA

ZAROR, D., REUSSER, C., BARROS, A., FERNÁNDEZ, M. Ángel, CEA, J. L., & COBO, N. 2019. Diálogo 2: Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de datos personales. *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (3). <https://doi.org/10.7764/rda.0.3.1873>

INFORMES

CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS – INGENIERÍA INDUSTRIAL, U. DE CHILE. 2010. Diseño de un Modelo Organizacional del Consejo para la Transparencia en su nueva función de protección de datos”. Informe Final. 18 de mayo de 2010.

https://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/files_mf/1277938127_6_1_1_9_archivo.pdf

COMITÉ DE EVALUACIÓN DE LA LEY/OCDE, Cámara de Diputados. 2016. Evaluación de la Ley N°19.628. Disponible en: https://www.evaluaciondelaley.cl/wp-content/uploads/2019/07/informe_final_ley_19628_con_portada.pdf

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2018. Primer informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos.

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmID=11661&prmBOLETIN=11144-07>

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2020. Segundo informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos.

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmID=11661&prmBOLETIN=11144-07>

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 2023. Primer informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos.

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmID=11661&prmBOLETIN=11144-07>

CORTE SUPREMA. 2017. Informe Proyecto de Ley N°5-2017. Santiago, 03 de mayo de 2017. Oficio N°63-2017. Boletín N°11.144-07.

LEGISLACIÓN

CHILE. Ministerio del Interior. 1996. Decreto N°2385: FIJA TEXTO REFUNDIDO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY NUM. 3.063, DE 1979, SOBRE RENTAS MUNICIPALES. 20 de noviembre de 1996. <https://bcn.cl/2f91g>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.628: SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA. 26 de agosto de 1999. <https://bcn.cl/3d8b5>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.653: SOBRE PROBIDAD ADMINISTRATIVA APLICABLE A LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 14 de diciembre de 1999. <https://bcn.cl/2faiy>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2001. Decreto con Fuerza de Ley n.º 1 de 13 de diciembre de 2000: FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.575, ORGANICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO. 17 de noviembre de 2001. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley 19.880: ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 29 de mayo de 2003. <https://bcn.cl/2wmij>

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2005. DFL 29: FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.834, SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO. 16 de marzo de 2005. <https://bcn.cl/2f8f2>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Ley 20.050: REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE DIVERSAS MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. 26 de agosto de 2005. <https://bcn.cl/2f96j>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20.285: SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 20 de agosto de 2008. <https://bcn.cl/2q6vd>

CHILE. Ministerio de Justicia. 2015. Ley 20886: MODIFICA EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, PARA ESTABLECER LA TRAMITACIÓN DIGITAL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. 18 de diciembre de 2015. <https://bcn.cl/39f7t>

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2018. Ley 21.096: CONSAGRA EL DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES. 16 de junio de 2018. <https://bcn.cl/2gdfw>