



UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

# **EL CONSENTIMIENTO EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y SU REGULACIÓN EN CHILE**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

NICOLÁS CARROZA CLAPS

Profesor Guía: Dr. Daniel Álvarez Valenzuela

Santiago, 2024

## Tabla de Contenido.

Resumen.....	3
Introducción.....	4
Capítulo 1. La protección de los datos personales. Antecedentes y conceptos.....	6
1.1 El derecho a la privacidad como antecedente de la protección de datos personales.....	6
1.2 Definición de datos personales y datos sensibles.....	8
1.3 El tratamiento de los datos.....	9
1.4 La relevancia de la protección de los datos personales.....	10
1.5 Conclusiones.....	11
Capítulo 2. Panorama de la protección de datos personales.....	12
2.1 Protección de datos personales en Chile.....	12
2.1.1 Derecho constitucional a la autodeterminación informativa.....	12
2.1.2 Origen de la Ley 19.628 Sobre la Protección de la Vida Privada.....	15
2.2 Consentimiento en la protección de datos.....	16
2.3 Conclusiones.....	16
Capítulo 3. Historia de la tramitación del proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.....	18
3.1 Origen del proyecto.....	18
3.2 Tramitación del proyecto.....	19
3.2.1 Primer Trámite Constitucional.....	19
3.2.2 Segundo Trámite Constitucional.....	28
3.2.3 Tercer Trámite Constitucional.....	30
3.2.4 Comisión Mixta.....	31
3.3 Conclusiones.....	31
Capítulo 4. Análisis del consentimiento en el proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.....	33

4.1 Definición y requisitos. ....	33
4.2 Regla general para el tratamiento de datos y sus condiciones. ....	38
4.3 Otras fuentes de licitud y/o excepciones al consentimiento. ....	42
4.4 Regla especial para consentir el tratamiento de datos personales sensibles. ....	43
4.5 Datos personales relativos a niños, niñas y adolescentes. ....	45
4.6 Comparación de la Ley 19.628 y el proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.....	46
4.7 Conclusiones.....	48
Capítulo 5. Conclusiones.....	50
Glosario. ....	53
Bibliografía.....	54

## Resumen.

El presente ensayo examina la evolución normativa en torno al consentimiento en la regulación chilena sobre protección de datos personales. Se revisa desde el origen del derecho a la protección de datos personales<sup>1</sup> y su vínculo con el derecho a la privacidad; la historia de la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada; la regulación del consentimiento y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. Posteriormente, se realiza un análisis detallado de la tramitación legislativa del proyecto de reforma a la Ley 19.628,<sup>2</sup> revelándose los esfuerzos del legislador para mejorar la protección de los datos y equiparar la regulación nacional al Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea. Se presenta un análisis del concepto de consentimiento en el proyecto de ley, su definición, requisitos y normas especiales. Para este análisis se tuvo a la vista la regulación nacional y el mencionado reglamento de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> De ahora en adelante DPDP.

<sup>2</sup> Boletín 11.092-07 refundido con el Boletín 11.144-07. A la fecha de presentación del presente ensayo, el proyecto se encuentra despachado al Tribunal Constitucional, quedando pendiente su aprobación. De ahora en adelante “el proyecto”.

## Introducción.

En la sociedad actual está ampliamente extendido la utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC),<sup>3</sup> ya sea para uso personal, laboral o, incluso, como herramienta de organización estatal. La utilización de estas tecnologías recopila una gran cantidad de información sobre los individuos y la sociedad. El 99% de las grandes empresas y el 91% de las pymes hacen uso de TICs, los mismos porcentajes se replican en el uso de internet en las empresas.<sup>4</sup> Por otro lado, un 94,3% de los hogares declara tener acceso propio y pagado a internet, ya sea por red móvil, cable o satelital.<sup>5</sup> Teniendo en cuenta el alto nivel de acceso de la sociedad chilena a TICs y, en especial, a internet, queda claro que existe un gran espacio para la recolección de información de las personas. Junto a lo anterior, existe un gran interés en las empresas tecnológicas de recopilar grandes volúmenes de información, ya que es una materia fundamental para el desarrollo de nuevos softwares y para generar estrategias de venta o publicidad (Geradin y Kuschewsky 2013, 2–4) (Bollier y Firestone 2010, 20–25).<sup>6</sup> Dada la importancia de la información para la economía digital y la exposición que tiene la sociedad chilena, es importante una regulación que permita una adecuada protección de los datos personales.

Uno de los requisitos para el tratamiento legítimo de los datos personales es la existencia de una base de licitud que autorice al responsable a realizar el tratamiento. Una base de licitud es una hipótesis definida legalmente que faculta el tratamiento de los datos personales, siendo, tradicionalmente, el consentimiento la fuente de licitud principal (Contreras Vásquez y Trigo Kramcsák 2019, 70). El consentimiento es una base de licitud especialmente relevante ya que permite a las personas un control efectivo de su información, lo cual se condice con el derecho constitucional a la autodeterminación

---

<sup>3</sup> Las tecnologías de información y comunicación son el conjunto de herramientas que permite la comunicación a distancia y el acceso a información. Los principales ejemplos de estas tecnologías son la telefonía y el internet.

<sup>4</sup> Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, “[Informe General de Resultados: Encuesta de Acceso y Uso de Tecnología de Información y Comunicación \(TIC\) en Empresas](#)”, julio del 2020.

<sup>5</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones, “[Acceso, usos y usuarios de Internet](#)”, 1 de marzo del 2024.

<sup>6</sup> Pedro Huichalaf Roa, «Hacia la unificación de criterios sobre seguridad y protección de datos en internet», declaración de Chile para el Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, presentada en Santiago en el Seminario de Datos Personales organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en colaboración con la ONG META, disponible en <https://culturadigital.cl>.

informativa.<sup>7</sup> Otras ramas del derecho, como el derecho civil, comercial, penal, etc., han realizado pormenorizados estudios sobre el consentimiento en sus respectivas áreas, sin embargo, en materia de datos personales no ha sido sistemáticamente analizado. Junto a lo anterior, el consentimiento no se encuentra exhaustivamente regulado en la Ley 19.628 ni ha sido exhaustivamente analizado en la doctrina nacional. En vista de este hecho, se vuelve necesario un análisis exhaustivo del consentimiento en la regulación actual y en el proyecto de reforma a la Ley 19.628, Boletín 11.144-07.

Este ensayo tiene como objetivo principal realizar un estudio exhaustivo sobre el concepto de consentimiento en la regulación sobre protección de datos personales. Para ello, en el primer capítulo revisa algunos antecedentes y conceptos esenciales para la adecuada comprensión de este trabajo. En el segundo capítulo, se analiza el derecho constitucional a la autodeterminación informativa y la Ley N°19.628, su origen y su regulación del consentimiento. En el tercer capítulo se expone la historia fidedigna del proyecto de reforma y la voluntad del legislador, dando cuenta del proyecto y los debates que se realizaron por los parlamentarios y demás participantes. En el cuarto capítulo se analizó en profundidad el consentimiento en el proyecto de reforma a la Ley 19.628, siendo especialmente relevante su definición, requisitos y reglas especiales. Finalmente, en el último capítulo se recopilaron las conclusiones alcanzadas a lo largo del presente ensayo.

---

<sup>7</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, numeral 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”.

## Capítulo 1. La protección de los datos personales. Antecedentes y conceptos.

### 1.1 El derecho a la privacidad como antecedente de la protección de datos personales.

La Ley N°19.628 Sobre Protección de la Vida Privada fue promulgada el 18 de agosto del 1999 con la finalidad de resolver un vacío legal en la protección de los datos personales. Los avances de las TIC estaban teniendo un impacto importante en la vida de las personas, las cuales se veían expuestas al tratamiento de sus datos personales. Todo este proceso muchas veces se realizaba sin el consentimiento ni el conocimiento del titular de la información y no existía ninguna garantía de la verosimilitud de la información utilizada, ni de las conclusiones extraídas.<sup>8</sup>

Uno de los primeros antecedentes de la protección de la privacidad se encuentra en el derecho anglosajón, expuesto en el artículo “*The Right to Privacy*” (Warren y Brandeis 1890). En este artículo los autores realizaron una sistematización de la jurisprudencia de Estados Unidos. El *right to privacy* para estos autores se manifiesta en el derecho a ser dejado solo, generándose una esfera de autonomía y exclusión de terceros. En el texto se concluye que la ley debe dar una solución respecto a la protección de derechos incorporales que se ven afectados por el nuevo contexto social que se vivía. Esta protección se justifica en la similitud de la propiedad de las cosas corporales como de las incorporales, destacando que en ambos casos se le debe respeto a las decisiones del individuo. Los autores ponen como ejemplo la circulación de fotografías sin consentimiento o de la invasión de la privacidad realizada por publicaciones de diarios (Warren y Brandeis 1890, 195).

Este derecho a la privacidad es complejo de definir en tanto engloba una amplia aplicación en la vida de las personas. El autor Solove en su texto “*Understanding Privacy*” afirma que *privacy* es un concepto que no ha logrado ser definido concretamente. Este derecho se manifiesta de diversas formas, como son la libertad de pensamiento, el control del cuerpo, del hogar o de la información personal. Solove se suma a una serie de autores

---

<sup>8</sup> En la época de dictación de la Ley 19.628 se tuvo especialmente en cuenta el tratamiento de datos personales económicos, bancarios y comerciales para la creación de registros de morosidades. (Donoso Abarca y Reusser Monsálvez 2022, 13)(Donoso Abarca y Reusser Monsálvez 2022, 13)

que lamentan que un concepto tan importante para la democracia no logre ser definido concretamente. El autor ofrece una solución acorde la cual *privacy* no es un concepto único, sino que consiste en una serie de cosas distintas, pero con elementos comunes (J. Solove 2008, cap. 5).

En Chile, el autor Rodolfo Figueroa realiza una sistematización de la jurisprudencia chilena en temas relativos a la privacidad (Figueroa G 2013, 863). El doctor en derecho realiza una clasificación de conceptos de privacidad aplicados por la jurisprudencia constitucional chilena, aplicando las 16 categorías de privacidad sistematizadas por Solove en EE. UU., logrando identificar 13 de esas en la jurisprudencia chilena. En esta categorización se puede analizar como el derecho a la privacidad se encuentra relacionado con la protección de los datos personales. Estas categorías se dividen en cuatro grupos: i) la recolección; ii) el procesamiento; iii) la diseminación; y, iv) la invasión. Los primeros tres grupos se encuentran especialmente conectados con los datos personales de las personas, en tanto se tratan de la recolección de información, el procesamiento o uso de la información y de la diseminación de información privada. El cuarto grupo, relativo a la invasión, trata principalmente un aspecto del derecho a *privacy* que se relaciona más bien con la independencia y a la tranquilidad o soledad.

A pesar de esta última categoría, es evidente la conexión entre la protección de los datos personales y la privacidad como se ha descrito por estos autores. En este sentido, el autor Daniel Álvarez-Valenzuela afirma que en la regulación constitucional existe un sistema de protección a la privacidad (Álvarez-Valenzuela 2021, 131). Este sistema engloba derechos evidentemente diferentes, tales como el derecho a la privacidad propiamente tal y el DPDP, sin embargo, en ciertas hipótesis estos derechos se sobreponen, reforzando la protección de los bienes jurídicos amparado (Álvarez-Valenzuela 2021, 131–32).

A una conclusión similar llega el autor Renato Jijena Leiva, la cual concluye bajo ciertas circunstancias existiría una yuxtaposición del derecho a la privacidad y el DPDP, específicamente esto ocurriría cuando existe un tratamiento ilícito de datos sensibles, en



tanto bajo esta hipótesis se estaría afectando una expectativa concreta de privacidad y a la vez se estaría afectando el DPDP (Jijena-Leiva 2024, cap. 1B).

## 1.2 Definición de datos personales y datos sensibles.

La RAE indica que un dato es: “Información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho”. Siendo el dato información sobre algo concreto, entonces un dato personal es aquella información sobre una persona concreta. En esta línea, el proyecto de reforma a la Ley 19.628<sup>9</sup> en su artículo 2 letra f) define el dato personal como “cualquier información vinculada o referida a una persona natural identificada o identificable”. El dato personal es entonces una categoría amplia que incluye toda la información respecto a una persona identificable, lo cual abarca imágenes, sonidos o muestras físicas (Donoso Abarca 2011, 84). La definición también contempla que se entenderá por identificable, lo cual hace referencia a la susceptibilidad de vincular el dato a una persona natural específica (Donoso Abarca 2011, 83), ejemplificando algunos identificadores que permitan hacer la conexión entre la persona y el dato. Cabe aclarar que la identidad de la persona puede ser identificada directa o indirectamente. Es evidente que el número de cédula de identidad de una persona o su nombre permite identificar directamente a una persona, por otro lado, la identificación indirecta requiere de un trabajo de deducción más intenso para que sea exitosa.

El proyecto de reforma también contempla una categoría de datos llamados datos sensibles, los cuales requieren de especial protección. El mismo proyecto los define en su artículo 2 letra g) 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”. Junto a esta definición se hace una enumeración no taxativa de estos datos, incluyéndose el estado de salud, ideología, religión, etc. (Donoso Abarca 2011, 85). El tratamiento de datos personales sensibles se encuentra especialmente regulados en el artículo 16 del proyecto, elevándose las exigencias para su tratamiento lícito. La especial protección de los datos sensibles se justifica en que su contenido esta esencialmente

---

<sup>9</sup> Boletín 11.092-07 refundido con el Boletín 11.144-07.

vinculado a la privacidad, por lo que poseen una mayor potencialidad discriminatoria (Puccinelli 2004, 170). Esto es lo que motiva al legislador a darle una protección especializada, en tanto el tratamiento de estos datos podría afectar la intimidad o generar discriminaciones arbitrarias (Garrido Iglesias y Becker Castellaro 2017, 73–74).

### 1.3 El tratamiento de los datos.

El proyecto en su artículo 2 letra o) define el tratamiento de datos como “cualquier operación o conjunto de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan de cualquier forma recolectar, procesar, almacenar, comunicar, transmitir o utilizar datos personales o conjuntos de datos personales”. La definición de tratamiento es amplia con el fin de proteger de la manera más completa posible los datos personales, ejemplificando las acciones reguladas, pero a la vez manteniendo una cláusula genérica que permite recoger cualquier utilización no mencionada expresamente.

El tratamiento de datos personales puede ser automatizado o no. En el proyecto no se define que se entiende por “automatizado”, pero se entiende que el tratamiento no automatizado es aquel realizado por personas que de manera manual realizan el tratamiento (recolección, almacenamiento y utilización de datos). Por otro lado, el tratamiento automatizado es aquel tratamiento que se realiza a través de herramientas digitales con una intervención humana mínima o nula. Existen también una categoría intermedia de tratamiento parcialmente automatizado.<sup>10</sup>

El tratamiento de datos es una herramienta que se puede utilizar en pos de diversos objetivos. Por ejemplo, empresas aseguradoras de salud realizan el tratamiento de datos personales para definir el nivel de riesgo de la persona y definir su tarifa (Garla et al. 2013, 2–3). En este proceso se utilizan datos como el tiempo que se ve televisión, compras a domicilio, etnia, espacio geográfico, etc. (Mantelero 2016, 3). El tratamiento de datos personales de manera masiva puede tener grandes beneficios, como mejoras en la eficacia de los apoyos estatales, eficacia del desarrollo científico, nuevas

---

<sup>10</sup> Artículo 4 numeral 2 RGPD.

oportunidades de negocio, etc. El tratamiento de datos también conlleva ciertos riesgos por su potencial intrusión en la privacidad de las personas y la dificultad de comprender su funcionamiento (Bollier y Firestone 2010, 23–25).

#### 1.4 La relevancia de la protección de los datos personales.

Es relevante para la sociedad en su conjunto y para el individuo la protección de sus datos personales. Desde la perspectiva individual, cada persona tiene el derecho a la autodeterminación informativa, el cual requiere que la persona tenga un control efectivo de sus datos personales.<sup>11</sup> Junto a lo anterior, la protección de los datos personales también es una medida de seguridad frente a potenciales fraudes u otros delitos. El acceso a algunos datos personales puede facilitar o exponer a las personas a ser víctimas de estafas, phishing, suplantaciones de identidad u otros delitos peores (OCDE 2011, 10). Por ejemplo, el uso de identificadores en estafas telefónicas, el uso del correo electrónico personal para realizar phishing, la televigilancia por medios tecnológicos, etc. La protección de los datos no son solamente un problema de privacidad, también es un tema de seguridad de las personas.

Desde la perspectiva de la sociedad, existe un interés en proteger los datos personales por su relación con la seguridad nacional, soberanía o con la economía digital. El uso de las redes sociales está cada vez más extendido en las elecciones de los países siendo el *microtargeting*<sup>12</sup> una de las herramientas más comunes y eficaces para posicionar a los candidatos o sus ideas en las plataformas digitales (Bradshaw y Howard 2019, 1). Han existido casos en los cuales se han influenciado las elecciones por medio de redes sociales, el uso de *microtargeting*, etc. Ejemplo de lo anterior es el caso de *Cambridge Analytica*, ocurrido en Estados Unidos el 2016, en el cual se utilizó *microtargeting* para influenciar elecciones.<sup>13</sup> Incluso en Chile se ha visto la influencia de

---

<sup>11</sup> Este derecho será revisado en el apartado 2.1.1.

<sup>12</sup> El *microtargeting* es una estrategia de publicidad la cual envía a los usuarios contenido altamente personalizado. Esta personalización se da por el uso de modelos predictivos, fundamentados en grandes volúmenes de información tratados mediante inteligencia artificial. En el ámbito electoral, el *microtargeting* se usa para focalizar la publicidad en grupos más susceptibles a votar por una opción específica (Romero Fierros 2023).

<sup>13</sup> *European Parliamentary Research*, “Key social media risk to democracy; Risk from surveillance, personalisation, desinformation, moderation, and microtargeting. 2021, pág. 29.

las redes sociales en ellos procesos electorarios (Santana y Huerta Cánepa 2019). Estas herramientas y otras nuevas tecnologías hacen uso de grandes volúmenes de información (*Big Data*), dentro de las cuales seguramente hay datos personales. Justamente por lo anterior la información es tan relevante para la economía digital.

En la economía actual, la información y especialmente los datos personales son un factor clave para el éxito de las compañías que requiera el tratamiento de grandes volúmenes de información (Geradin y Kuschewsky 2013, 2–3). Precisamente al ser un recurso tan valioso, las empresas aplican una variedad de técnicas para acumular grandes cantidades de información (Geradin y Kuschewsky 2013, 5–6). Si un país no regula o lo hace inadecuadamente, se expone a sus ciudadanos a intromisiones ilegítimas dentro de su vida privada.<sup>14</sup> Estos riesgos son los que fundamentan la protección de los datos personales desde el origen de la Ley 19.628 y las demás modificaciones.

## 1.5 Conclusiones.

El objetivo de este capítulo era revisar algunos elementos relevantes para la adecuada comprensión del presente ensayo y la importancia de la protección de los datos personales. En el capítulo se estudió la relación entre la protección de los datos personales y el derecho a la privacidad, siendo este derecho un antecedente relevante a la protección de los datos personales. La privacidad es un concepto amplio que incluye diversas dimensiones y varias de estas contemplan los datos personales. En el capítulo se describieron los conceptos de dato personal y dato sensible, los cuales son el bien jurídico que se busca proteger en la regulación a analizar en los siguientes capítulos. También se revisó lo importante que es para la sociedad y para los individuos proteger sus datos personales, siendo importante para la seguridad personal, para la democracia y para la economía digital. Lo revisado en el capítulo tiene como función ser una base de conocimiento para comprender los capítulos siguientes.

---

<sup>14</sup> Moción de Eugenio Cantuarias Larrondo. Fecha 05 de enero, 1993. Moción Parlamentaria en Sesión 20. Legislatura 325.

## Capítulo 2. Panorama de la protección de datos personales.

El consentimiento es una habilitante legal sumamente relevante para el tratamiento de datos. En algunas legislaciones se le ha otorgado una función preferente al consentimiento como base de licitud para el tratamiento de datos personales (Ferretti 2014, 13). La doctrina tradicional le otorga esta función preferencial al consentimiento por estimar que es el medio que mejor garantiza el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, otorgando a los titulares un control efectivo de sus datos personales (Contreras Vásquez y Trigo Kramcsák 2019, 70). A pesar de ser tan relevante, la Ley 19.628 solo menciona cinco veces la palabra consentimiento y en ninguna parte era definida. La ausencia de la definición de consentimiento en la regulación de la protección de datos personales es una debilidad porque, a pesar de ser un concepto central para la ley, no se le dota de un contenido preciso, completo y claro.

En la doctrina nacional el consentimiento ha sido ampliamente estudiado en áreas como la civil, penal, prestaciones de salud, etc. A pesar de lo anterior, el consentimiento en lo relativo al tratamiento de los datos personales no ha sido sistemáticamente analizado. Dicha ausencia puede ser a causa de la falta de definición del consentimiento en la Ley 19.628. A falta de definición del concepto, no queda más que realizar una deducción de los elementos de este y acercarnos al concepto común del consentimiento.

### 2.1 Protección de datos personales en Chile.

#### 2.1.1 Derecho constitucional a la autodeterminación informativa.

El año 2018 se realizó una reforma constitucional por la cual se modificó el artículo 19 N°4,<sup>15</sup> agregándose el derecho a la protección de los datos personales de las personas. En esta misma reforma se establece la obligación de que el tratamiento y protección de estos datos se realice en las formas y condiciones que determine la ley. En la reforma se mandata al legislador a regular las formas y condiciones bajo las cuales se tratarán los datos personales, generándose una reserva legal de esta materia. Lo anterior tiene como consecuencia que exclusivamente una ley puede regular estas materias,

---

<sup>15</sup> Ley N° 21.096, CONSAGRA EL DERECHO A PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES, promulgada el 5 de junio del 2018.

excluyéndose cualquier otro tipo de norma. Acorde al autor Pablo Contreras, existieron tres dilemas al momento de legislar esta reforma: la necesidad de constitucionalizar el derecho, la densidad normativa que se le debe dar y la titularidad sobre los datos personales o su propiedad (Contreras 2020, 97).

En el debate parlamentario se discutió respecto a la necesidad de constitucionalizar el derecho a la autodeterminación informativa. Los argumentos en contra esgrimidos por los legisladores se dan principalmente por la “redundancia” de constitucionalizar este derecho,<sup>16</sup> en tanto este ya se encuentra suficientemente protegido por el derecho al respeto y protección de la vida privada.<sup>17</sup> Anterior a la reforma, se estimaba que la protección de los datos personales ya se encontraba amparada dentro de la protección de la vida privada (Alfonso Banda Vergara 2000, 67–68) (Nogueira Alcalá 2005, 449–51). Finalmente, esta postura no tuvo asidero suficiente y el legislador aprueba el proyecto de reforma constitucional, en tanto es necesario reconocer la dimensión activa del derecho<sup>18</sup> y también es necesario establecer la diferencia entre el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa (Contreras 2020, 100).

El segundo dilema fue la densidad normativa que el legislador debe otorgar a este derecho constitucional, en otras palabras, con que especificidad se debe regular constitucionalmente. En el debate legislativo hubo dos aspectos de la regulación que se debatieron: la definición constitucional de las bases de licitud del tratamiento y la regulación de los derechos ARCO. La moción parlamentaria en su origen contemplaba estas dos normas,<sup>19</sup> pero durante la tramitación se eliminaron estos aspectos bajo el argumento de flexibilizar la regulación.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Diario de Sesión en Sesión 19, Legislatura 366, fecha 08 de mayo 2018, págs. 96-97.

<sup>17</sup> Diario de Sesión en Sesión 19, Legislatura 366, fecha 08 de mayo 2018, pág. 97.

<sup>18</sup> Moción parlamentaria, Senado, Boletín N° 9.384-07, fecha 11 de junio 2014, págs. 1-2.

<sup>19</sup> Moción parlamentaria, Senado, Boletín N° 9.384-07, fecha 11 de junio 2014: "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".

<sup>20</sup> Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado, Boletín N° 9.384-07, fecha 14 de noviembre 2014, págs. 2-5.

El tercer dilema dice relación con la titularidad o propiedad de los datos personales. Este debate se dio principalmente en el segundo trámite constitucional, en el cual se presentó una indicación que modificaba el proyecto, exponiendo que se “asegurará la propiedad de los datos personales a su titular”.<sup>21</sup> Esta indicación es rechazada bajo los argumentos de que la propiedad no es el medio adecuado para proteger los datos personales, en tanto esto permitiría la transferencia de los datos personales, no permitiendo un control adecuado de la información e incluso abriendo la posibilidad de expropiar los datos personales.<sup>22</sup> Un segundo argumento en contra de la propiedad es que el DPDP tiene una relación de pertenencia con el derecho a la protección de la vida privada, por lo que amparar este derecho bajo el concepto de propiedad podría afectar la naturaleza del mismo.<sup>23</sup>

El proyecto de reforma en su origen se fundamentaba en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, acorde el cual la protección de los datos personales es un derecho distinto al derecho a la intimidad, tanto en su función como en su fondo (Contreras 2020, 90–92). El tribunal argumenta que la intimidad incluye la exclusión de terceros un ámbito de la vida personal, mientras que la protección de datos busca garantizar un poder de control sobre los datos personales de este.<sup>24</sup> El proyecto de reforma finalmente opta por reconocer la autonomía de este derecho, pero lo comprende como un derivado del derecho a la intimidad.<sup>25</sup> Dado lo anterior, se ubica este derecho dentro del mismo numeral que el derecho a la protección de la vida privada.

Como se comentó anteriormente, la privacidad al ser un concepto tan amplio puede generar debate respecto a lo que se comprende dentro de este derecho. El derecho a *privacy* en conformidad a Solove recoge ambos aspectos que se debatía en el proyecto. Tanto la intimidad como la autodeterminación informativa tienen elementos en

---

<sup>21</sup> Cámara de Diputados, Segundo Informe Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, Boletín N° 9384-07, 2 de mayo 2018, pág. 2.

<sup>22</sup> Cámara de Diputados, Segundo Informe Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, Boletín N° 9384-07, 2 de mayo 2018, págs. 3-4.

<sup>23</sup> Cámara de Diputados, Segundo Informe Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, Boletín N° 9384-07, 2 de mayo 2018, págs. 6-8.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español (“STCE”) 292/2000. Fundamentos jurídicos, número 6.

<sup>25</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, [Historia de la Ley N° 19.628](#), págs. 4-5.

común que permiten afirmar que se encuentra del concepto general de *privacy*, siendo ambas manifestaciones de este derecho según la comprensión del autor.

### 2.1.2 Origen de la Ley 19.628 Sobre la Protección de la Vida Privada.

El año 1993 el entonces Senador Eugenio Cantuarias presentó la moción parlamentaria que buscaba aprobar una ley sobre la protección civil de la vida privada. El senador expone en su moción que el proyecto buscaba “llenar un vacío manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico”.<sup>26</sup> La legislación chilena, hasta ese momento, no contaba con mecanismos específicos para la protección de la vida privada y los datos personales frente a intromisiones ilegítimas. A pesar de lo anterior, si se contaban con disposiciones dispersas de protección a la vida privada en el ordenamiento penal, comercial, civil, etc. Este proyecto se inspiró en la regulación comparada de España, Reino Unido, Noruega, Argentina y Francia (Viollier 2017, 8–9).

La moción parlamentaria, luego de diversas modificaciones, se transformó en la Ley 19.628 sobre la protección de la vida privada, promulgada el año 1999, que regula el tratamiento de los datos personales por los organismos públicos, privados y personas naturales. Hasta la fecha de este ensayo, se han promulgado 5 leyes que modifican a la Ley 19.628. Cuatro de estas modificaciones dicen relación con el tratamiento de información comercial, específicamente relativos a las deudas de las personas naturales.<sup>27</sup> Una de estas reformas da un importante paso hacia la protección de los datos personales al incluir el principio de finalidad.<sup>28 29</sup>

---

<sup>26</sup> [Moción del Senador Eugenio Cantuarias Larrondo](#). Fecha 05 de enero, 1993. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 325.

<sup>27</sup> Ley 21.504, Ministerio de Salud, 10 de noviembre del 2022. Ley 21.214, Ministerio de Educación, 28 de febrero del 2020. Ley 20.463 Ministerio de Economía, 25 de octubre del 2010. Ley 20.521 Ministerio de Economía 23 de julio del 2021.

<sup>28</sup> Acorde al artículo 3 letra b) del proyecto, el principio de finalidad indica que los datos personales deben recolectarse para fines específicos, explícitos y lícitos, limitándose el tratamiento a dichos fines. Este principio tiene un finalidad limitadora, informativa, transparencia y control del tratamiento de los datos personales (Peña Gutiérrez 2022, 62–66).

<sup>29</sup> Ley 20.575 Ministerio de Economía, 17 de febrero del 2012.



## 2.2 Consentimiento en la protección de datos.

Como ya fue mencionado, la Ley 19.628 no contiene una definición explícita de consentimiento, a pesar de que la norma sí realiza múltiples referencias al consentimiento, siendo especialmente relevante la contenida en el artículo 4. Esta es una clara debilidad de la ley, ya que, si pone al consentimiento como una de las dos bases de licitud más importante, lo lógico es tener una regulación exhaustiva y explícita de dicho concepto. Dicho artículo menciona que, por regla general, se requerirá autorización de la ley o el consentimiento de la persona para el tratamiento de sus datos personales. Junto a lo anterior, enuncia tres requisitos más para que el consentimiento sea válido. El consentimiento debe constar por escrito, ser expreso y la persona que autoriza debe estar informada del propósito de su almacenamiento y su posible publicación.

Frente al incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, esta no especifica si es un vicio de nulidad o inexistencia del consentimiento, así como tampoco define cuales serían los efectos de estos vicios del consentimiento. En principio se puede afirmar que, frente a estos vicios, se configura un tratamiento de datos ilícito y, consiguientemente, el responsable del banco de datos se encontraría en la obligación de indemnizar el daño patrimonial y moral que causare (artículo 23 de la Ley 19.628). Junto a lo anterior, en caso de el titular del dato realice un requerimiento al responsable del registro o banco de datos en conformidad al artículo 16 de la Ley 19.628, el tribunal también podrá aplicar una multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales y si la infracción se da en materia de datos personales económicos, financieros, bancarios o comerciales, la multa podrá ser de 10 a 50 UTM.<sup>30</sup>

## 2.3 Conclusiones.

El objetivo de este capítulo era revisar, en general, el sistema de protección de los datos personales en Chile y sus dos normas más relevantes. Se revisó la reforma que constitucionalizó el derecho a la autodeterminación informativa y que, al ser un derecho de rango constitucional, es la piedra angular de la protección de los datos personales. En

---

<sup>30</sup> Esta multa se aplica en caso de infracción a los derechos contenidos en el artículo 17 y 18 de la Ley 19.628.

esta sección también se concluye que el derecho a la autodeterminación informativa es una de las dimensiones del *right to privacy*, desde una perspectiva de exclusión de intromisiones y de control de los datos personales. Junto a lo anterior, se revisó el origen de la Ley 19.628, el contexto de su promulgación y se mencionaron las reformas que ha tenido hasta el año 2024. Respecto a esta Ley, se hace manifiesto que la falta de precisión de la regulación del consentimiento es una debilidad de esta, lo cual es revisado por el proyecto de reforma.

## Capítulo 3. Historia de la tramitación del proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.

### 3.1 Origen del proyecto.

En enero del año 2017 los senadores Harboe, Araya, De Urresti, Espina y Larraín presentaron un proyecto de ley que buscaba actualizar la legislación relativa a la protección de datos personales, esta moción parlamentaria pasó a ser denominada Boletín 11.092-07. El objetivo era adecuar la legislación nacional a los nuevos estándares normativos internacionales (especialmente el RGPD) y cumplir con las directrices de la OCDE.<sup>31</sup> Dentro de las modificaciones propuestas se encontraba la mejora de las definiciones, especificación de los principios aplicables, modificar los procedimientos judiciales, etc.

En marzo del mismo año se presentó un proyecto de ley mediante mensaje presidencial<sup>32</sup> que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. De forma similar al proyecto anterior, este mensaje tenía como objetivo actualizar y modernizar el marco normativo e institucional en lo relativo al tratamiento de datos personales. La principal diferencia del mensaje con la moción radica en la creación de una nueva institución denominada Agencia de Protección de Datos Personales. Esta institución tenía como objetivo la regulación, fiscalización y sanción en los temas relativos al tratamiento de datos personales.

En la sesión N° 4 del año 2017 del Senado, el Senador Felipe Harboe solicitó a nombre de la Comisión de Constitución que se refundieran los dos proyectos mencionados anteriormente. Se consultó previamente con el poder ejecutivo, con una mesa técnica y con los autores del boletín 11.092-07 respecto a su acuerdo a refundir los proyectos y todos estuvieron de acuerdo. Esta solicitud fue aprobada y se refundieron ambos proyectos en el boletín 11.144-07, continuándose con su tramitación en la Comisión de Constitución.

---

<sup>31</sup> Senado, Boletín 11.092-07, 17 de enero del 2017.

<sup>32</sup> Mensaje N° 001-365 de la entonces presidenta Michelle Bachelet, este mensaje pasó a ser denominado Boletín N° 11.144-07.

## 3.2 Tramitación del proyecto.

### 3.2.1 Primer Trámite Constitucional.

El mensaje presidencial y la moción parlamentaria tenían varios elementos en común respecto a la regulación del consentimiento. En el artículo 3 numeral 14 de la moción parlamentaria se definía el consentimiento como: “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el titular acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.<sup>33</sup>

El artículo 2 letra o) del mensaje presidencial contenía prácticamente los mismos elementos, ya que exigía que el consentimiento debe ser “libre, específica, inequívoca e informada”.<sup>34</sup> El elemento diferenciador entre ambas definiciones se encuentra en el mensaje presidencial, el cual requería que el consentimiento se manifieste mediante un acto afirmativo. De todas formas, la moción parlamentaria, pese a que no consideraba este elemento dentro de la definición, lo contemplaba su artículo 12.

Ambos boletines también tenían otras coincidencias respecto a la regulación del consentimiento, como las excepciones al consentimiento, la posibilidad de ser prestado por representante o mandatario, la revocabilidad no retroactiva, la carga de la prueba (que recae en el responsable), etc. En ambos proyectos también se daba a entender que el consentimiento es la base de licitud general. La principal diferencia en ambos proyectos radicaba en que el boletín 11.092-07 exponía que el consentimiento no será una base jurídica válida si es que existe un “desequilibrio claro”<sup>35</sup> entre la posición del titular y el responsable del tratamiento.

El proyecto refundido pasó a ser debatido en la Comisión de Constitución, cuya discusión se extendió desde marzo de 2017 hasta ese mismo mes del 2018, momento en el cual se remitió el primer informe a la sala del Senado para su discusión general. Durante el debate en la Comisión se escucharon una gran cantidad de profesionales de

---

<sup>33</sup> Senado, Boletín 11.092-07, 17 de enero del 2017.

<sup>34</sup> Mensaje Presidencial 001-365, Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2017.

<sup>35</sup> Senado, Boletín 11.092-07, 17 de enero del 2017, artículo 5.

distintos ámbitos, de ONG, sociedad civil, lobistas, universidades, organizaciones internacionales, etc.<sup>36</sup> La regulación del consentimiento fue un tema reiterado en las exposiciones de los expertos. A continuación, expondré algunos comentarios relevantes para la comprensión del proyecto.

Jorge Hermann en representación de Hermann Consultores expuso dos puntos en temas relativos al consentimiento. En primer lugar, afirmó que no está justificado que el tratamiento de datos personales y datos sensibles por instituciones sin fines de lucro se pueda realizar sin el consentimiento de las personas.<sup>37</sup> Esta crítica fue recogida por el legislador, que estableció una serie de requisitos para que el tratamiento de datos en estas circunstancias se encuentre debidamente regulado.<sup>38</sup> Dentro de estos requisitos se contemplan: tener como base el interés legítimo, sean datos de sus afiliados, no sean cedidos sin consentimiento, etc.<sup>39</sup> En segundo lugar, expuso que el tratamiento para fines históricos, estadísticos o de estudio no debería requerir del consentimiento del titular, siempre y cuando, estos se encuentren anonimizados. Esto se encontraba parcialmente recogido en el proyecto, en tanto admite el tratamiento en estas circunstancias, sobre la base de licitud de interés legítimo. De todas formas, el proyecto ya contemplaba que los datos anonimizados dejan de ser datos personales, por lo que no se limita su tratamiento.

Eduardo Escalona, en representación del gremio Retail Financiero realizó una exposición ante la Comisión en la cual destacó la definición del consentimiento, pues estimaba que el requisito del consentimiento inequívoco era especialmente relevante en materia contractual. El experto señaló que no se debe limitar el consentimiento a un medio escrito, ya que se puede dar el consentimiento por otros medios sin desmedro a este. El experto recomendó hacer referencia a la Ley 19.688 sobre firma electrónica como medio para dar el consentimiento por medio electrónico. Escalona concluyó afirmando que el Ejecutivo reconocía adecuadamente la existencia de distintos tipos de

---

<sup>36</sup> Dentro de los intervinientes cabe destacar la participación de la ONG Derechos Digitales, la Fundación Datos Protegidos, miembros del Centro de Estudios de Derecho Informático de la Universidad de Chile, representantes de la Agencia Española de Protección de datos, de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Argentina y de la Delegación de la Unión Europea en Chile.

<sup>37</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 127.

<sup>38</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, artículo 597.

<sup>39</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, artículo 16.

consentimiento, siendo la clave para estos que siempre sea inequívoco. Este comentario fue recogido por la Comisión, ya que se estipuló que se puede prestar el consentimiento de forma verbal, escrita o por un medio electrónico equivalente. Cabe destacar que la Ley 19.628 solamente acepta el consentimiento escrito.

Lorena Donoso del Observatorio de Medios FUCATEL señaló la relevancia del que el consentimiento sea inequívoco y su relación con la prueba de este. Afirmó la importancia de que sea el responsable del dato quien deba acreditar que el consentimiento fue prestado y que se realizó libremente.<sup>40</sup> Ambos puntos son sumamente relevantes para la adecuada protección de los datos personales y fueron recogidos por el legislador.

Stefan Larenas de la Organización de Consumidores y Usuarios señaló que la regulación del consentimiento requería de un debate más profundo. El señor Larenas afirmó que es especialmente relevante señalar que el consentimiento debe ser inequívoco y explícito. El expositor señaló que se debe excluir expresamente el consentimiento tácito, en tanto este es insuficiente para la adecuada protección de los datos personales.<sup>41</sup> El punto levantado fue objeto de debate a lo largo de la tramitación del proyecto. Los senadores llegaron a la conclusión que el consentimiento inequívoco y mediante un claro acto afirmativo excluye la posibilidad del consentimiento tácito.

Raúl Ciudad, en representación de Sociedad de Fomento Fabril realizó una crítica al requisito del consentimiento respecto a que este sea “libre”. El expositor afirmó que este elemento no se define y que sería redundante, en tanto el consentimiento es por regla general libre e identifica el consentimiento libre con la ausencia de vicios. Señaló que, siendo un elemento redundante y no definido, puede generar confusiones al momento de interpretar la ley, por lo que recomendó omitirlo.<sup>42</sup> A pesar de que el consentimiento válido es por esencia libre, el legislador optó por mantener este requisito explícitamente.

---

<sup>40</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 172.

<sup>41</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 172.

<sup>42</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 190.

Luego de recibidas las exposiciones de los expertos, la Comisión inició el debate y votación particular de cada artículo. En general, los artículos relativos al consentimiento fueron aprobados por unanimidad y sin un extenso debate.<sup>43</sup> La definición de consentimiento contenida en el artículo 2 letra o) fue aprobada por unanimidad y sin debate. Junto a lo anterior, se entendió incorporada a la definición aprobada la contenida en el proyecto iniciado por moción parlamentaria, de la siguiente manera: “o) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen”.<sup>44</sup>

Al momento de aprobar el derecho de oposición se generó un pequeño debate respecto a la posibilidad de que el consentimiento sea transmisible al momento de que el titular fallezca. Este debate se dio a motivo del ejercicio de los derechos ARCO por los herederos. Finalmente se aclaró que el consentimiento es personalísimo y como tal, otorga acciones personalísimas. Siendo los herederos persona distinta al titular, no podría afirmarse que el consentimiento se transmite. La ley de todas formas explícitamente autoriza a los herederos a ejercer los derechos ARCO del causante, incluido el derecho a la cancelación y oposición.<sup>45</sup> <sup>46</sup> Por lo anterior, los datos personales del titular no quedan indefensos una vez fallecido.

El artículo 12 del proyecto es considerado por el asesor del Ministerio de Hacienda Roberto Godoy como una de las “*normas centrales*” del proyecto, dado que incluye el “principio fundante” para el tratamiento de los datos.<sup>47</sup> Este artículo contiene la regulación del consentimiento como base de licitud para el tratamiento de los datos personales, específicamente sus características, medios de otorgamiento, revocación, prueba, etc.

---

<sup>43</sup> El artículo 2 letra o) fue votado de plano y aceptado por unanimidad. El artículo 13 sobre otras bases de licitud fue aprobado por unanimidad. El artículo 16 respecto al tratamiento de datos sensibles recibió alguna enmiendas y debate, sobre todo respecto al requisito de que sea previo y sobre las entidades sin fines de lucro, de todas maneras, es aprobado.

<sup>44</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 237.

<sup>45</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 280.

<sup>46</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 583-584. Artículo 4 inciso tercero: “En caso de fallecimiento del titular de datos, los derechos que reconoce esta ley pueden ser ejercidos por sus herederos”.

<sup>47</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 302.

En la moción original se hacía referencia al “desequilibrio claro”<sup>48</sup> como circunstancia que obstruye la validez del consentimiento como base de licitud. Este concepto fue modificado durante la discusión en la Comisión, pasando a ser “desequilibrio ostensible”.<sup>49</sup> Al momento de la votación el Senador Larraín consultó sobre el penúltimo inciso del artículo 12 en lo relativo al desequilibrio ostensible. El asesor Godoy respondió que este concepto hace referencia a que el consentimiento debe estar libre de vicios. Este concepto fue criticado en tanto no existe en el Derecho Civil ni en otras leyes, por lo que puede ser confuso. Se levantan otras dudas respecto a los efectos que tendría este inciso en los contratos de adhesión. El asesor responde estas dudas afirmando que el desequilibrio ostensible por sí mismo no trae aparejada por sí una sanción de invalidez del consentimiento como base de licitud. Su principal efecto es reforzar la carga de la prueba en el responsable en tanto este debe probar que el consentimiento fue prestado libremente. Luego de esta aclaración, el artículo fue aprobado por unanimidad, quedando de la siguiente manera:

“Artículo 12.- Regla general del tratamiento de datos. Es lícito el tratamiento de los datos personales que le conciernen al titular, cuando otorgue su consentimiento para ello.

El consentimiento del titular debe ser libre, informado y específico en cuanto a su finalidad o finalidades. El consentimiento debe manifestarse de manera inequívoca, mediante una declaración verbal, escrita o expresada a través de un medio electrónico equivalente, o mediante un acto afirmativo que dé cuenta con claridad de la voluntad del titular.

Cuando el consentimiento lo otorgue un mandatario, éste deberá encontrarse expresamente premunido de esta facultad.

El titular puede revocar el consentimiento otorgado en cualquier momento y sin expresión de causa, utilizando medios similares o equivalentes a los empleados para su otorgamiento. La revocación del consentimiento no tendrá efectos retroactivos.

---

<sup>48</sup> Senado, Boletín 11.092-07, 17 de enero del 2017.

<sup>49</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, págs. 303-304.



Los medios utilizados para el otorgamiento o la revocación del consentimiento deben ser expeditos, fidedignos, gratuitos y estar permanentemente disponibles para el titular.

El consentimiento no se considerará una base jurídica suficiente para la validez del tratamiento de datos, cuando exista un desequilibrio ostensible entre la posición del titular y el responsable.

Corresponde al responsable probar que el tratamiento de datos realizado contó con el consentimiento del titular”.<sup>50</sup>

En otra sesión el asesor Godoy propuso reabrir el debate respecto al artículo 12 para introducir dos enmiendas.<sup>51</sup> En la primera solamente se agregó la palabra “éste” al inciso tercero. En la segunda, la enmienda modificaba las circunstancias en la que se considera la existencia de un desequilibrio claro. En el artículo ya aprobado existía este desequilibrio cuando se supedita la celebración del contrato al consentimiento para el tratamiento de datos no necesarios y, junto a esto, existe un desequilibrio claro entre el titular y el responsable. En la enmienda se eliminaba el segundo requisito, siendo solamente necesario que el tratamiento de datos consentido no tenga relación con el contrato celebrado.

Esta enmienda fue criticada por los senadores porque no consideraba la diferencia de posición entre el titular y el responsable, ya que se podría estar ante una relación asimétrica.<sup>52</sup> Junto a lo anterior, no se definía lo que es desequilibrio ostensible y este inciso se solaparía con el principio de finalidad, que ya cubriría la circunstancia del tratamiento de datos para una finalidad distinta. El asesor Godoy reconoció que el desequilibrio ostensible es un concepto difícil de definir y quedaría a merced de los tribunales su definición. El objetivo de esta enmienda era la aplicabilidad del desequilibrio ostensible a los contratos de adhesión, cuando se buscaba el consentimiento para el

---

<sup>50</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, págs. 302-304, 590-591.

<sup>51</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, págs. 304-306.

<sup>52</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 305.

tratamiento de datos no necesarios. Finalmente, la Comisión rechazó la enmienda al considerar que se eliminaba el desequilibrio ostensible del artículo.<sup>53</sup>

Una vez despachado el Primer Informe de la Comisión de Constitución se procedió a la votación en general en la sala del Senado y el proyecto se aprobó el día 3 de abril del 2018 con 42 votos a favor y una abstención.<sup>54</sup> Posteriormente, se recibieron indicaciones al proyecto por los demás senadores y se procedió al debate en particular en la Comisión de Constitución. El resultado de este debate se recopiló en el Segundo Informe de la Comisión, remitido al pleno el día 16 de marzo de 2020. En este informe se dio cuenta del extenso debate respecto al artículo 12, en lo relativo al alcance, definición y naturaleza del desequilibrio ostensible. En esta etapa de la tramitación se mantuvo la definición de consentimiento. Los demás artículos relacionados al consentimiento no se modificaron, excepto el artículo 13 en el cual se especificó la base de licitud del interés legítimo.

Dentro del debate el asesor Godoy reconoció que el consentimiento contenido en el proyecto se distanciaba del regulado por el Código Civil (y el Código Comercial). La principal fuente de licitud, acorde al asesor Godoy, es el consentimiento inequívoco,<sup>55</sup> no siendo relevante que este sea expreso o tácito,<sup>56</sup> lo relevante para este acto es que no queden dudas sobre la voluntad del titular. La distinción entre consentimiento expreso o tácito no son adecuadas en un entorno digital, en tanto podría existir el consentimiento expreso y equivoco, se ejemplificó esta circunstancia con la aceptación de las *cookies*.<sup>57</sup> El titular puede consentir expresamente las *cookies*, pero podría existir confusión en los efectos de estas.<sup>58</sup> De todas formas, se debe considerar que para el tratamiento de datos

---

<sup>53</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 306.

<sup>54</sup> Senado, Legislatura 366ª, Sesión 5ª, martes 3 de abril de 2018.

<sup>55</sup> El consentimiento inequívoco será revisado en profundidad en la sección 4.1 del presente ensayo.

<sup>56</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 12.

<sup>57</sup> "Las cookies son archivos de texto que los sitios web colocan en un dispositivo mientras la persona navega. El tema está en que algunas cookies pueden recopilar y rastrear información como la dirección IP, ubicación y otros datos personales que podrían ser compartidos a terceros". [Página web SERNAC](#). Consultada el 18 de marzo del 2024.

<sup>58</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 127.

sensibles existe un estándar superior, acorde el cual el consentimiento también debe ser expreso, siendo esta una regla especial.<sup>59</sup>

En unas de las intervenciones del Senador Harboe, este afirmó que el desequilibrio ostensible es una especie de vicio del consentimiento especial.<sup>60</sup> El desequilibrio se daba entre el responsable del dato y su titular, por el cual es responsable pone como condición para la celebración de un contrato el consentimiento para el tratamiento de datos desligados al contrato principal. Era precisamente este desequilibrio entre el titular y el responsable lo que no da opción al titular para rechazar el tratamiento de sus datos a costa del contrato en cuestión, ya que no tenía posibilidad de negociación.

La Coordinadora de Mercados de Capitales, señora Catherine Tornel, en representación del Ministerio de Hacienda criticó la redacción del artículo 12 en lo relativo al desequilibrio claro. Tornel realizó dos críticas: la falta de definición del desequilibrio claro y que la ley prohibiría la prestación de un beneficio gratuito si la única contraprestación fuera el consentimiento para el tratamiento de los datos personales. La Coordinadora puso como ejemplo el wifi gratuito del aeropuerto que tiene como única contraprestación el tratamiento de los datos del usuario.<sup>61</sup>

En el debate se comentó que se sobrepondría el desequilibrio ostensible al principio de finalidad y proporcionalidad.<sup>62</sup> El senador Harboe y el asesor Godoy aclararon que estos principios se aplican en hipótesis distintas al desequilibrio claro. El desequilibrio ostensible claro se da en el contexto de que se condicione la celebración de un contrato al otorgamiento del consentimiento para el tratamiento de datos desligados al contrato. Por otro lado, los principios de finalidad y proporcionalidad se aplican cuando ya existe una base de licitud, limitando el tratamiento de los datos al fin por el cual se recolecto y al tratamiento de los datos estrictamente necesarios para dichos fines. El desequilibrio claro y los principios enunciados se aplican en distintas etapas del tratamiento.

---

<sup>59</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 30.

<sup>60</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 30.

<sup>61</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 132.

<sup>62</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 132.

El senador Harboe comentó que no es necesario realizar una definición de desequilibrio y sostuvo su postura en el derecho del titular del dato a llevar el conflicto ante un juez o ante la autoridad administrativa, las cuales definirán el concepto en el caso concreto. El Senador argumentó que la autoridad administrativa dentro de sus facultades reguladoras podrá precisar el concepto. A pesar de lo anterior, la Comisión decidió de todas formas dar más parámetros para definir el real sentido y alcance del concepto, con el fin de facilitar el trabajo a las demás instituciones.<sup>63</sup>

Una vez acogidas estas críticas, se realizó un debate respecto a las circunstancias en las cuales no se aplicaría el desequilibrio ostensible. El debate trató principalmente de como describir dichas circunstancias, utilizando el concepto de “*beneficios*” de forma general o especificándolo. Estas críticas se manifestaron en un par de enmiendas que modifican la redacción del desequilibrio ostensible. Quedando de la siguiente manera:

“Existe un desequilibrio ostensible, y se presume que el consentimiento para tratar datos no ha sido libremente otorgado, cuando el tratamiento de dichos datos se basa en un consentimiento otorgado para la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio que no requieren del tratamiento de datos personales para su ejecución o cumplimiento.

Con todo, lo dispuesto en el inciso anterior, no se aplicará en los casos en que se ofrezcan bienes, servicios o beneficios, cuando, quien ofrezca dichos bienes, servicios o beneficios, requiera como única contraprestación el consentimiento para tratar datos.”<sup>64</sup>

En la enmienda se mantuvo el concepto de desequilibrio ostensible y su ámbito de aplicación general, generándose una excepción para ciertos casos que se requiera como única contraprestación el consentimiento para tratar datos.

Una vez aprobado el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, se procedió a la discusión del proyecto de ley en la Comisión de Hacienda del Senado. La segunda

---

<sup>63</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, págs. 133-135.

<sup>64</sup>Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 499.

comisión no realizó modificaciones relevantes en temas de consentimiento y pasó a la votación en particular en la sala del Senado, que se realiza el día 25 de enero de 2022, aprobándose por unanimidad. Esta votación da por terminada el primer trámite constitucional, despachándose el proyecto a la Cámara de Diputados el mismo día.

### 3.2.2 Segundo Trámite Constitucional.

Una vez despachado el proyecto desde el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados comenzó el estudio y debate del proyecto. El debate se consolidó en el Primer Informe de la Comisión, despachado el día 15 de marzo del 2023. En esta etapa se modificó la definición de consentimiento y la regulación del desequilibrio ostensible. Los demás artículos relativos al consentimiento no fueron modificados en el fondo, solo aclaraciones o redacciones.

El diputado Andrés Longton abrió el debate de la definición del consentimiento mediante una indicación que agregaba el concepto expreso como requisito.<sup>65</sup> En el debate el exministro secretario general de la presidencia, Giorgio Jackson argumentó que el RGPD indicaba que el consentimiento se debe prestar mediante un acto afirmativo y que incluye los elementos ya descritos, no incluyéndose como requisito que este sea expreso. El diputado Longton sostuvo su postura en que nuestro ordenamiento ya reconoce el concepto de expreso, por lo que es más adecuado. Dentro del debate también se comentaba que las categorías del consentimiento expreso o tácito no son adecuadas para los entornos digitales, argumento también utilizado anteriormente en el Senado. La indicación del diputado Longton fue acogida en primer lugar, pero se recomendó al Ejecutivo la revisión de la definición.

Tiempo después se reabrió debate de la definición de consentimiento por una indicación recomendada por la mesa de expertos y recogida por los diputados Pamela Jiles y Marcos Ilabaca. La indicación modifica la definición de la siguiente manera:

“p) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada, otorgada a través de una declaración o una clara acción afirmativa,

---

<sup>65</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 161.

mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen”.<sup>66</sup>

Esta definición fue aprobada por unanimidad por la Comisión. La enmienda agregó el requisito de que el consentimiento se preste mediante una declaración o clara acción afirmativa. Esta enmienda se encuentra inspirada en la definición de consentimiento del RGPD, acercándose aún más a dicha regulación.<sup>67</sup>

La Comisión también revisó en profundidad la regulación del desequilibrio ostensible, que fue criticada en las presentaciones de expertos por ser inédita en el derecho comparado y porque el problema que se intenta solucionar ya se encontraría amparado por el principio de finalidad y proporcionalidad.<sup>68</sup> <sup>69</sup> El diputado Luis Sánchez realizó una indicación que modifica la regulación del desequilibrio ostensible, quedando de la siguiente manera:

“Se presume que el consentimiento para tratar datos no ha sido libremente otorgado cuando el responsable lo recaba en el marco de la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio en que no es necesario efectuar esa recolección.

Con todo, lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en los casos cuando quien ofrezca bienes, servicios o beneficios, requiera como única contraprestación el consentimiento para tratar datos”.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 409.

<sup>67</sup> RGPD, artículo 4, numeral 11: “consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;”

<sup>68</sup> Acorde al artículo 3 letra c) del proyecto, el principio de proporcionalidad indica que el tratamiento de los datos personales debe limitarse a los que sean necesarios para los fines del tratamiento, debiéndose suprimir o eliminar una vez cumplida su finalidad. Esto sin perjuicio de las excepciones que establezca la ley.

<sup>69</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 115.

<sup>70</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 217.

La representante de la SEGPRES y la mesa técnica recomendaron acoger esta indicación, argumentando que el concepto de desequilibrio ostensible se encontraba superado en el derecho comparado y fue criticado por los expertos durante la tramitación por ser equívoco. La Comisión aprobó la indicación por unanimidad, suprimiéndose el concepto de desequilibrio ostensible, pero manteniéndose la esencia de este como vicio del consentimiento.

Una vez aprobado el informe de la Comisión de Constitución, se procedió al informe de la Comisión de Hacienda. El informe de la Comisión no modificó el proyecto en lo relativo al consentimiento y se aprobó el proyecto. Luego de ambos informes, la Cámara de Diputados procedió a la votación en general y en particular el día 8 de mayo del 2023. El proyecto es aprobado en general por unanimidad de los diputados presentes. El proyecto también es íntegramente aprobado en la votación en particular, con algunos votos en contra y abstenciones. Luego de esta votación se despachó el proyecto al Senado para su tercer trámite constitucional.

### 3.2.3 Tercer Trámite Constitucional.

Una vez despachado el proyecto por la Cámara de Diputados, la Comisión de Constitución del Senado dio inicio al estudio de las enmiendas propuestas por la Cámara. La Comisión, en general, propuso aprobar las enmiendas relativas al consentimiento, incluidas las relativas a la definición, a la modificación del desequilibrio ostensible y aquellas de redacción. Uno de los puntos relevantes del consentimiento que propuso rechazar son las enmiendas al artículo 13, en la cual la Cámara de Diputados eliminó las fuentes de acceso público como base de licitud. El 3 de enero del 2024 el Senado realizó la votación de las enmiendas propuestas por la Cámara de Diputados. En esta votación se acogieron las recomendaciones de la Comisión de Constitución del Senado, quedando firme lo relativo al consentimiento, excepto el artículo 13 letra a). Lo no aprobado por el Senado fue despachado a la Cámara de Diputados para la conformación de una comisión mixta.

### 3.2.4 Comisión Mixta.

La Comisión Mixta se constituyó el 23 de enero de 2024 y remitió el informe con los resultados del debate el día 12 de agosto de 2024. En general todos los artículos relativos al consentimiento ya se encontraban aprobados por ambas cámaras. Solo existió discrepancia respecto al artículo 13. La Comisión Mixta finalmente propone mantener la eliminación de las fuentes de acceso público como base de licitud, esto fundamentado en que el tratamiento de datos en fuentes de acceso público solo se podría realizar en base al interés legítimo del responsable, lo cual otorga más garantías a los titulares y se acerca más al estándar europeo.<sup>71</sup>

### 3.3 Conclusiones.

El objetivo de este capítulo era revisar la historia de la reforma a la Ley 19.628 con la finalidad de considerar la voluntad del legislador al momento de interpretar las normas relativas al consentimiento. Cabe destacar que existió una amplia participación de organismos estatales, empresas y otras organizaciones de la sociedad civil. El proyecto de ley tuvo como origen un mensaje presidencial y una moción parlamentaria las cuales fueron refundidas. El proyecto, en lo relativo al consentimiento, no fue extensamente modificado a lo largo de su tramitación, manteniéndose la esencia de los boletines originales. Durante la tramitación queda clara que la intención del legislador es declarar al consentimiento como la base de licitud principal y preferente en el tratamiento de datos personales, quedando las demás bases como excepciones al consentimiento.

Dentro del consentimiento, lo que más sufrió cambios fue la regulación del desequilibrio ostensible, se eliminó este concepto de la regulación, pero se mantuvo la esencia de este con otra redacción, y se creó una excepción a la aplicación de este vicio. Junto a lo anterior, también queda clara la intención del legislador de crear dos estándares del consentimiento, elevando los requisitos para el tratamiento de los datos personales.

---

<sup>71</sup> Informe de la Comisión Mixta, boletines N° 11.092-07 y 11.144-07 refundidos, fecha 12 de agosto 2024, págs. 60-64.



En el siguiente capítulo se aplicará lo revisado en la tramitación del proyecto al análisis del consentimiento, siendo evidente la utilidad de tener a la vista la intención del legislador al momento de interpretar la ley.

## Capítulo 4. Análisis del consentimiento en el proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.<sup>72</sup>

### 4.1 Definición y requisitos.

La definición definitiva del consentimiento fue redactada por la Cámara de Diputados, modificando la redacción propuesta por el Senado, esta definición está contenida en el artículo 2 letra p), que indica lo siguiente:

“p) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada, otorgada a través de una declaración o una clara acción afirmativa, mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen.”<sup>73</sup>

Esta manifestación de voluntad tiene como requisitos que sea: libre, específica, inequívoca e informada. La definición también contempla la forma en la cual se otorga (clara acción afirmativa), la persona que la otorga, el contenido y efecto de la declaración. A continuación, analizaré los requisitos del consentimiento, los demás elementos se revisarán posteriormente, ya que es necesario tener en cuenta el artículo 12 del proyecto.

Los requisitos del consentimiento son acumulativos, en otras palabras, no habrá consentimiento válido si falta alguno de estos.<sup>74</sup> Estos requisitos tienen un estándar relativamente alto, por ejemplo, el consentimiento inequívoco es aquel en que no hay duda respecto a la intención del titular. Por lo anterior, la exigencia de la confluencia de estos requisitos es un estándar aún más alto. Surge la pregunta del por qué el legislador exige un estándar tan elevado para el consentimiento válido. Hay múltiples motivos que justifican esta regulación, como son la importancia del bien jurídico protegido y los riesgos de un estándar más bajo. En primer lugar, el consentimiento es una manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, el cual al ser de rango constitucional es lógico que la ley le dé una alta protección. En segundo lugar, el responsable del

---

<sup>72</sup> La normativa analizada en este apartado es la propuesta contenida en el Informe de la Comisión Mixta Boletín N° 11.092 y 11.144-07 refundidos, fecha 12 de agosto 2024.

<sup>73</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 447.

<sup>74</sup> El hecho de que los requisitos del consentimiento sean acumulativos se desprende de la redacción del artículo 12 del proyecto. El artículo indica que el consentimiento “debe ser libre, informado y específico en cuanto a su finalidad o finalidades”, exigiendo que se cumplan todos los requisitos.

tratamiento de datos puede intentar legitimar el tratamiento de datos mediante el consentimiento cuando de otra manera sería ilegal por falta de otra base de licitud. Esta fue una preocupación del grupo de asesores de la Unión Europea en la creación de guías de aplicación del RGPD<sup>75</sup> <sup>76</sup>. A pesar de que no siempre ocurrirá la circunstancia de que solamente se pueda aplicar la base de licitud de consentimiento (Kuner et al. 2021, 181), de todas maneras, existe el riesgo del abuso de esta base de licitud. Por lo anterior el legislador optó por exigir un alto estándar para la validez del consentimiento.

Uno de los requisitos del consentimiento es que este sea libre, eso sí, la ley no define expresamente que se entiende por libre. Como la definición de consentimiento fue fuertemente inspirada en el RGPD, se puede buscar antecedentes en la interpretación de este concepto que se ha realizado en el RGPD. El WP29 estima que el consentimiento no será libre cuando existan elementos de compulsión, presión o incapacidad de ejercitar la autonomía de la voluntad.<sup>77</sup> El requisito de libertad exige que el titular del dato tenga una elección real, libre de presiones y consecuencias negativas en caso de no otorgar su consentimiento.<sup>78</sup> Eso sí, no toda presión lleva a la invalidación del consentimiento por falta de libertad, por ejemplo, el simple convencimiento no viciará el consentimiento (Kuner et al. 2021, 182).

La libertad del consentimiento se relaciona con lo que se denominó “desequilibrio ostensible”, el cual se identifica con la falta de libertad del consentimiento ante la exigencia de este dentro de un ámbito contractual desligado al tratamiento de los datos solicitado (artículo 12 inciso 5 y 6).<sup>79</sup> De igual manera, el requisito del consentimiento libre se relaciona con el consentimiento informado, el ejercicio de la libertad requiere que el titular tenga conciencia de la posibilidad de rechazarlo total o parcialmente según sea el caso.

Acorde al proyecto de ley, el requisito de especificidad hace referencia a que la solicitud del consentimiento y el contenido de este debe declarar los fines del tratamiento

---

<sup>75</sup> “Article 29 Working Party”, de ahora en adelante WP29.

<sup>76</sup> WP29, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, 10 de abril del 2018, pág. 3.

<sup>77</sup> WP29, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, 10 de abril del 2018, pág. 5.

<sup>78</sup> WP29, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, 10 de abril del 2018, pág. 7.

<sup>79</sup> El desequilibrio ostensible será analizado en el apartado 4.2.

de los datos solicitados. Este requisito se relaciona con el requisito del consentimiento informado, en tanto se le debe informar al titular los fines del tratamiento. No se define exactamente cuando se cumple con el requisito de especificidad, quedando en manos de la Agencia y de los tribunales aplicar su criterio. Acorde al análisis del RGPD, realizado por el WP29, si se declaran fines genéricos o vagos no se cumplirá con este requisito.<sup>80</sup> El fin de este requisito, acorde al WP29, es asegurar el control del titular de sus datos y la transparencia del responsable de datos. El tratamiento de datos solo puede alcanzar, en principio, los fines específicamente consentidos, siendo ilegal el tratamiento para otros fines. Hay que tener en cuenta el principio de finalidad regulado por el artículo 3 letra b), el cual admite el tratamiento para fines distintos de los autorizados, siempre y cuando sea para fines compatibles a los autorizados.

Durante el debate legislativo se discutió sobre el contenido respecto al consentimiento inequívoco. El consentimiento inequívoco significa que no hay dudas de la voluntad declarada (Kuner et al. 2021, 185).<sup>81</sup> Este estándar se relaciona con la carga de la prueba que recae sobre el responsable del tratamiento, pues este queda obligado a probar sin lugar a duda la validez de la voluntad declarada y en caso de que no pueda probarlo, se presume que el consentimiento es inválido. En el RGPD este requisito se contempla en el artículo 4 numeral 11 como *unambiguous*, que se traduce a inequívoco. En este reglamento se indica que el acto afirmativo claro puede ser por cualquier medio, inclusive por escrito, verbal o por un medio electrónico.<sup>82</sup> Se proponen como ejemplos marcar una casilla en un sitio web, seleccionar parámetros técnicos para la utilización de servicios o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente la aceptación de la propuesta.

Existió un claro paralelismo entre la historia del RGPD y la historia de la reforma en el debate respecto al consentimiento inequívoco o expreso/explicito.<sup>83</sup> <sup>84</sup> Esta distinción se revisará en profundidad en el apartado sobre el consentimiento para el

---

<sup>80</sup> WP29, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, 10 de abril del 2018, pág. 28.

<sup>81</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 128.

<sup>82</sup> RGPD, considerando 32.

<sup>83</sup> [Propuesta de RGPD COM \(2012\) 11 final](#), 25 de enero del 2012.

<sup>84</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 128.

tratamiento de datos sensibles. El consentimiento inequívoco no requiere que el consentimiento se exprese por escrito, bastando que no exista duda de la voluntad expresada por el medio que sea.

El requisito de que sea expreso o explícito es suplido tanto en el proyecto como en el RGPD por la necesidad de que el consentimiento se realice mediante una declaración o acción claramente afirmativa. Esto tiene como objetivo evitar que el consentimiento se entregue tácitamente. En la discusión del proyecto se estimaba que las categorías de consentimiento expreso o tácito son inadecuadas para un entorno digital, por lo que se prefirió el concepto de inequívoco. De todas formas, se exige una acción afirmativa con el fin de aclarar que no se podría entender prestado el consentimiento de forma pasiva. Por ejemplo, el mero acceso a una web no es una manifestación de la voluntad que sirva como base de licitud para el tratamiento de los datos recolectados. Otras formas que no se considerarían un acto afirmativo serían el silencio, condiciones pre-aceptadas o inactividad en general.

Acorde al proyecto, el consentimiento debe ser informado, pero no expone claramente que información se debe entregar para satisfacer este requisito. Como se mencionó anteriormente, el consentimiento informado se relaciona con el requisito de especificidad. De esta relación se puede concluir que como mínimo se debe informar de los fines del tratamiento de forma no genérica. La información también debe ser entregada antes de dar el consentimiento, de lo contrario, consentimiento nacería viciado. El artículo 14 y el 14 ter contienen una serie de obligaciones de información que tiene el responsable con el titular del dato. Dentro de las obligaciones de informar se encuentran la política de tratamiento de datos personales; la individualización del responsable y su representante legal; el medio de contacto; los tipos de datos que trata; la política de seguridad; el derecho a recurrir a la Agencia; entre otros. Estas obligaciones de informar no tienen directa relación con el consentimiento informado, pero es un antecedente relevante para interpretar qué información es para el titular del dato según la ley.

El WP29 dentro de las guías para la aplicación del RGPD se define los requerimientos mínimos para que el consentimiento sea informado. Estos requisitos son:

la identidad del responsable; la finalidad de cada tratamiento de datos para los cuales se pide consentimiento; que tipo de datos serán recolectados y usados; la existencia del derecho a retirar el consentimiento; información sobre el uso de la información para él la toma automática de decisiones acorde al artículo 22 del RGPD y los posibles riesgos de transferencia de información por la falta de medidas de seguridad acorde al artículo 46 del RGPD.<sup>85</sup> Estos requisitos, claramente, no se podrían aplicar de forma directa a la regulación chilena, pero estando la reforma profundamente inspirada en el RGPD, es un antecedente relevante para la comprensión del consentimiento informado.

La reforma contempla el deber de adoptar medidas de seguridad (artículo 14 quinquies), el deber de información y el de transparencia respecto a la toma automática de decisiones (artículo 14 ter). Dentro de los requisitos del consentimiento informado en el RGPD se contemplan justamente el deber de informar sobre posibles riesgos y sobre la toma automática de decisiones. Dada esta similitud, se puede concluir que se podrían aplicar los últimos dos requisitos contemplados por el WP29 para el consentimiento informado.<sup>86</sup> Se debe tener en consideración que la Agencia de Protección de Datos Personales puede dictar normas generales y obligatorias que aclaren los requisitos mínimos para el consentimiento informado, en conformidad al artículo 30 bis letra a).

Dentro de la definición de consentimiento, contenida artículo 2 letra p), se contempla que personas pueden consentir el tratamiento de datos. Acorde al proyecto, pueden consentir el tratamiento el titular del dato, el representante legal o el mandatario. El titular del dato es la persona natural a quien conciernen o refieren los datos personales (artículo 2 letra ñ), en otras palabras, la persona de la que trate el dato personal puede consentir su tratamiento. En segundo lugar, el representante legal del titular del dato puede consentir el tratamiento de sus datos. La representación es la institución jurídica por la cual los efectos de un acto jurídico que celebra una persona a nombre de otra se radican de forma mediata y directa en esta última, como si ella lo hubiera personalmente celebrado (Vial del Río 2003, 10:298). El artículo hace referencia principalmente a la representación legal, por la cual los tutores actúan en nombre de los incapaces. También

---

<sup>85</sup> WP29, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, 10 de abril del 2018, pág. 13.

<sup>86</sup> WP29, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, 10 de abril del 2018, pág. 13.

existe la representación judicial y voluntaria, siendo especialmente relevante la segunda. La representación voluntaria hace referencia a la persona capaz que, mediante un mandato, otorga a otra persona la facultad de actuar a nombre suyo. Hay que tener en consideración que el mandato y representación no son la misma institución, la representación es una modalidad de los actos jurídicos y el mandato es un contrato. Uno de los elementos de la naturaleza del mandato es la representación, más no es necesario para la existencia de este (Vial del Río 2003, 10:302). Esto justifica que se haga una referencia separada al mandato y a la representación. El consentimiento mediante mandatario será analizado posteriormente en conjunto al artículo 12.

#### 4.2 Regla general para el tratamiento de datos y sus condiciones.

El artículo 12 del proyecto contiene la norma central de este y su principio fundamental. En el inciso uno de este artículo se indica que, por regla general, se requiere como base de licitud para el tratamiento de los datos personales el consentimiento o habilitación legal expresa. El consentimiento tiene una función preferencial para el tratamiento de datos personales, esto emana de la historia del proyecto<sup>87</sup> y por el hecho de tener un artículo separado de las demás bases de licitud.<sup>88</sup> Las normas de regulación al consentimiento se aplican con preferencia a las normas de las demás bases de licitud, lo cual no obsta que, frente a la revocación o invalidación del consentimiento, se pueda seguir tratando los datos en conformidad a las normas sobre las demás bases de licitud.

En el segundo inciso del artículo 12 se reiteran los requisitos del consentimiento contenidos en el artículo 2 letra p). La definición del consentimiento es complementada a lo largo del artículo 12, existiendo armonía entre la definición y su regulación. En este artículo se aclara que el consentimiento debe ser específico en cuanto a la finalidad o finalidades del tratamiento, junto a lo anterior, se aclara que el consentimiento debe ser previo al tratamiento. En el Congreso se debatió si explicitar que el consentimiento debe ser previo, en tanto se estimaba no ser necesario. Es parte del proyecto que el tratamiento de datos sin una base de licitud que lo justifique es ilícito, por lo tanto, el tratamiento de

---

<sup>87</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 302.

<sup>88</sup> Cámara de Diputados, Primer Informe Comisión de Constitución Boletín 11.144-07, 15 de marzo del 2023, pág. 70.

datos personales sin el consentimiento es ilícito, aunque se preste el consentimiento posteriormente.

Acorde a la historia del proyecto, el objetivo de incluir el requisito del consentimiento previo era precisamente aclarar que, si se consiente a posteriori, el tratamiento realizado en el entretanto sigue siendo ilícito. Este requisito excluye la posibilidad de convalidar el tratamiento de datos sin consentimiento, lo cual de todas maneras no obliga al titular del dato a perseguir judicial o administrativamente al responsable del tratamiento, pero abre la posibilidad a la Agencia a sancionar dicho tratamiento. En este mismo inciso se expone que el consentimiento se puede prestar de forma verbal, escrita o por un medio electrónico equivalente. El responsable del tratamiento tiene la libertad de decidir el medio por el cual se prestará el consentimiento, pero debe tener en consideración que la carga de la prueba recae en él. Considerando esto, el responsable debiese preferir un medio adecuado para dar fe del consentimiento posteriormente.

En el inciso tercero del artículo 12 se exige que el mandatario se encuentre especialmente facultado para consentir el tratamiento de datos del mandatario, de otra manera el consentimiento sería inválido. El contrato de mandato se encuentra regulado en el artículo 2116 del Código Civil. Es importante tener en consideración que el mandato es por regla general consensual (artículo 2123 del Código Civil), lo que significa que se puede celebrar de forma verbal, escrita o por cualquier medio inteligible. El mandante debe ser capaz de celebrar un contrato de mandato y de ejecutar por sí mismo el encargo que encomienda, por lo que debe ser capaz de consentir el tratamiento de los datos en cuestión. Respecto al mandatario, se deben seguir las reglas generales, por lo que podría ser un menor adulto, con la salvedad que solamente obliga al mandante y a terceros (artículo 2128 Código Civil). En este caso el mandante sería el titular del dato o su representante legal y el tercero sería el responsable del tratamiento.

En los incisos 4 y 5 del artículo 12 se regula la revocación del consentimiento otorgado para el tratamiento de datos. El legislador al aceptar la revocación del consentimiento busca que el titular del dato tenga un control efectivo respecto a sus datos



personales, siendo esta una de las formas que la ley protege el derecho a la autodeterminación informativa. La revocación no requiere que el titular exprese la causa por la cual lo realiza, por lo anterior, el responsable no puede exigir ni calificar los motivos por los cuales se revoca el consentimiento, bastando la solicitud del titular del dato. El artículo no expresa específicamente quienes pueden revocar el consentimiento, lo lógico sería concluir que, al igual que para dar el consentimiento, puede revocarlo el titular del dato, su representante legal o un mandatario expresamente facultado para realizarlo.

El artículo 12 inciso quinto indica que “Los medios utilizados para el otorgamiento o la revocación del consentimiento deben ser expeditos, fidedignos, gratuitos y estar permanentemente disponibles para el titular”. Junto a esto, el inciso cuarto indica que la revocación del consentimiento se deber realizar por un medio similar o equivalente al que se otorgó. Ambas normas tienen como finalidad que la revocación permita que el titular del dato tenga un control efectivo sobre este. Si el medio para revocar fuera sumamente engorroso, el titular vería amenazado su derecho a la autodeterminación informativa, en tanto no podría tener un control eficaz de su información.

Desde una perspectiva desconfiada del responsable del tratamiento, este también podría dificultar la revocación del consentimiento con la finalidad de mantener el tratamiento que de otra manera podría ser ilícito. El WP29 concluyó que, en la práctica, si el consentimiento se otorgó mediante un click, debiese ser posible revocarlo por la misma acción o si se realizó mediante una plataforma digital, la misma plataforma debería tener la opción para revocarlo. Esta obligación respecto al medio para revocar el consentimiento es un mínimo que el responsable del tratamiento debe respetar, ya que puede dar como opción otros medios con el fin de que el titular escoja aquel que le sea más adecuado.

En el artículo 7 letra b) se indica que frente a la revocación del consentimiento y a la falta de otra base de licitud, el responsable del tratamiento se encuentra en la obligación de suprimir los datos personales recolectado. De este artículo también se desprende que si el responsable tiene otra base de licitud que justifica el tratamiento de los datos del titular, este podría seguir con el tratamiento de dichos datos. Lo anterior no

obsta el ejercicio de otros derechos del titular, tales como el derecho a oponerse o a suprimir los datos. La obstaculización del derecho a revocar el consentimiento puede ser considerada una falta grave o una falta leve, dependiendo de la interpretación. Acorde al artículo 34 ter letra e), la obstaculización o impedimento del ejercicio del derecho de supresión es una falta grave, que se sanciona con una multa de hasta 5000 UTM. En caso de que el medio para revocar el consentimiento obstaculice el ejercicio del derecho de supresión, se podría inferir que es una falta grave. En caso contrario, se aplicaría la falta genérica contenida a en el artículo 34 bis letra g) sobre la infracción de derechos no sancionados con falta grave o gravísima.

El artículo 12 en sus incisos 6 y 7 indican lo siguiente:

“Se presume que el consentimiento para tratar datos no ha sido libremente otorgado cuando el responsable lo recaba en el marco de la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio en que no es necesario efectuar esa recolección.

Con todo, lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en los casos cuando quien ofrezca bienes, servicios o beneficios, requiera como única contraprestación el consentimiento para tratar datos”.

Esta circunstancia es lo que originalmente se denominaba desequilibrio ostensible, se trata de un tipo especial de vicio del consentimiento, en tanto obsta la libertad del titular del dato al momento de consentir.<sup>89</sup> Esto se manifiesta en que se condiciona la celebración de un contrato al otorgamiento del consentimiento para el tratamiento de datos con un fin completamente distinto al del contrato.<sup>90</sup>

La Cámara de diputados eliminó el requisito de la existencia de un desequilibrio claro/ostensible entre el titular y el responsable del dato, por lo que basta que el consentimiento sea una condición para celebrar un contrato y que el tratamiento tenga un fin desligado al del contrato. Hay que tener en consideración que durante la tramitación se tuvo en vista el considerando 43 del RGPD que trata la circunstancia del desequilibrio

---

<sup>89</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, págs. 30-31.

<sup>90</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 133.

entre el titular del dato y el responsable. El Senado creó una excepción a este vicio del consentimiento, acorde el cual no se aplicará cuando se ofrezcan beneficios, bienes o servicios cuya única contraprestación es el tratamiento de datos. El objetivo de esta excepción es no bloquear la prestación de estos beneficios gratuitos.

En la tramitación se utilizó como ejemplo el wifi gratuito del aeropuerto, pero en la vida diaria los titulares constantemente consienten el tratamiento de sus datos para acceder a beneficios. Otros ejemplos son las redes sociales gratuitas (X, Facebook, Instagram, TikTok, etc.), los videojuegos *free to play*, descuentos por inscribirse en ciertas empresas, entre otros. Esta excepción tiene como condición que no se exija ninguna otra contraprestación más que el tratamiento de los datos del titular, la cual puede llegar a ser engañosa al momento de aplicarse. Por ejemplo, la inscripción a un juego *free to play* es en su origen gratuita, pero posteriormente el juego puede tener microtransacciones.<sup>91</sup> Entonces, se podría aplicar la excepción al momento de inscribirse, pero al momento de pagar una microtransacción ¿Sigue aplicándose la excepción? ¿El responsable puede seguir condicionando el acceso al juego? ¿Se puede revocar el consentimiento otorgado en los términos de servicio? De igual manera que en los juegos *free to play*, hay otros servicios que pueden estar en circunstancias similares. Estas dudas tendrán que ser analizadas por los tribunales y la Agencia de Protección de Datos Personales.

#### 4.3 Otras fuentes de licitud y/o excepciones al consentimiento.

En el artículo 13 del proyecto se regulan otras bases de licitud para el tratamiento de datos distintas al consentimiento. Siendo el consentimiento la regla general para el tratamiento de datos personales, hay que considerar que las demás bases son excepcionales.

La letra a) de este artículo expone que se podrán tratar los “*datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial*” siempre y cuando se realicen en conformidad del título III de la ley. Este título contiene los artículos 17 a 19, que no fueron seriamente modificados con la reciente reforma. La principal modificación

---

<sup>91</sup> Una microtransacción es la compra de un objeto virtual con dinero real. Se suelen utilizar como medio para monetizar servicios gratuitos.

ocurre respecto al artículo 17. Este proyecto obliga al responsable del tratamiento a suprimir de sus registros las obligaciones prescritas, sin ser necesario que sea necesario solicitarlo, ordenarlo judicialmente o que lo ordene la Agencia. La letra b) expone que se podrán tratar los datos para el cumplimiento de una obligación legal o cuando así lo disponga la ley. La letra c) expone la base de licitud dentro del cumplimiento o celebración de relaciones contractuales o precontractuales. La letra d) contiene la base de licitud del interés legítimo del responsable del tratamiento o de terceros, siempre y cuando no afecte los derechos del titular del dato. La letra e) expone la base de licitud por la cual se autoriza el tratamiento de datos cuando sea “necesario para la formulación, ejercicio o defensa de un derecho ante los tribunales de justicia u órganos públicos.”

#### 4.4 Regla especial para consentir el tratamiento de datos personales sensibles.

El artículo 16 del proyecto contiene la regla general para el tratamiento de datos sensibles. Como se explicó anteriormente, los datos sensibles son una categoría especial de datos personales los cuales son considerados importantes por tratar sobre las características físicas o morales del titular o circunstancias de su vida privada. Debido a esto, el legislador optó por exigir un estándar más elevado para el tratamiento de estos datos, lo que se manifiesta en la exigencia del consentimiento expreso y en una regulación más estricta para la aplicación de las demás bases de licitud.<sup>92</sup> Es necesario tener en cuenta que la regulación de los datos personales sensibles es excepcional, en tanto solo se aplica para ciertos tipos de datos, pues la regla general para el tratamiento de datos personales se encuentra en el artículo 12 y 13. El estándar de consentimiento expreso también se aplica para la cesión internacional de datos personales regulada en el artículo 27 letra d) y para consentir la toma automática de decisiones regulada en el artículo 8 bis letra b). Debido a la diferencia entre el consentimiento para el tratamiento de datos personales y para los datos sensibles, se puede concluir que existen dos tipos de consentimiento en el proyecto.

---

<sup>92</sup> Senado, Primer Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 14 de marzo del 2018, pág. 16. Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 13.

El consentimiento para el tratamiento de datos personales sensibles requiere el cumplimiento de los requisitos generales contemplados en el artículo 12, a los cuales se le suma el requisito de que sea expreso. Durante el debate parlamentario en varias ocasiones se discutió la diferencia entre inequívoco y expreso. El consentimiento inequívoco hace referencia a la falta de dudas respecto a la declaración de voluntad, mientras que expreso hace referencia a la voluntad manifestada en términos directos y explícitos (Barcia Lehman 2007, 36). El legislador abandona la categorización de expreso o tácito en la regla general por estimarse que no es adecuado para un entorno digital.<sup>93</sup> Lo anterior no se aplica al dato sensible, en tanto se exige el consentimiento expreso acorde a la terminología habitual.<sup>94</sup>

Durante la tramitación del proyecto se hicieron constantes referencias al RGPD respecto a la diferenciación del consentimiento inequívoco y expreso. Quedando en claro que el consentimiento expreso es un estándar superior, no se puede interpretar este requisito exclusivamente de la forma habitual en el derecho civil. Esto se debe a que el consentimiento contenido en la regla general ya incluye como requisito lo que comúnmente se entiende como consentimiento expreso (exige una clara acción afirmativa). No se puede interpretar la ley de tal forma que una de sus normas sea superflua por superposición con otra. Este principio, sumado a la historia del proyecto, hace concluir que el objetivo del legislador al exigir el consentimiento expreso es elevar el estándar para el tratamiento de datos sensibles. Dado que el legislador se inspiró fuertemente en el RGPD, es adecuado aplicar los requisitos del consentimiento expreso de la regulación europea, los cuales mencionaré a continuación.

En el RGPD también se aplica el consentimiento expreso para el tratamiento de datos sensibles, regulado en el artículo 9; para la transferencia internacional de datos, regulado en el artículo 49 (a países fuera de la UE) y para consentir la toma automática de decisiones, regulado en el artículo 22. El consentimiento expreso en la regulación europea, en conjunto a los demás de los requisitos comunes, requiere que: no sea implícito; una alta precisión y claridad en la declaración de voluntad; una descripción

---

<sup>93</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 127.

<sup>94</sup> Senado, Segundo Informe Comisión Constitución Boletín 11.144-07, 16 de marzo del 2020, pág. 164.

precisa de la finalidad o finalidades del tratamiento y el deber de informar el derecho a revocar el consentimiento (Kuner et al. 2021, 377). Estos requisitos del consentimiento expreso son una base adecuada para la interpretación de la regulación chilena, debiéndose analizar su adecuación a la legislación nacional.

#### 4.5 Datos personales relativos a niños, niñas y adolescentes.

El artículo 16 quáter regula el tratamiento de una categoría especial de los datos relativos a niños, niñas y adolescentes (NNA). Se considera que este grupo requiere de especial protección en tanto son menos conscientes de los riesgos, de sus posibles consecuencias, de las medidas adecuadas de seguridad y de los derechos que tienen.<sup>95</sup> En primer lugar, se condiciona el tratamiento de sus datos al respeto del interés superior del NNA y a su autonomía progresiva, estos principios se aplican con independencia del tipo de dato o la base de licitud. Cumpliéndose este requisito, el tratamiento de los datos personales de los NNA se puede realizar aplicando como base de licitud la habilitación legal expresa o el consentimiento, el cual se encuentra especialmente regulado para esta categoría de datos personales.

El artículo 16 quáter crea 3 categorías respecto a la capacidad de los NNA, clasificándolos por rangos etarios. La primera categoría incluye a las personas hasta los 14 años, denominándolos niños y niñas. En esta categoría, los datos solamente se pueden tratar con el consentimiento de su tutor o cuando la ley lo manda expresamente, el tratamiento de estos datos no se puede fundamentar en las otras bases de licitud. La segunda categoría incluye a los adolescentes desde los 14 hasta los 16 años. En esta categoría se pueden tratar sus datos personales en conformidad a las reglas generales, siempre respetando los principios mencionados anteriormente. Esto tiene como excepción el tratamiento de sus datos sensibles, los cuales solamente pueden ser tratados con el consentimiento de su tutor o cuando la ley lo autorice expresamente. La tercera categoría incluye los adolescentes desde los 16 hasta los 18 años. En esta categoría el tratamiento de sus datos personales y sus datos sensibles se rigen por las reglas generales, por lo que se pueden tratar los datos aplicando cualquier base de licitud.

---

<sup>95</sup> RGPD, Considerando 38.

La única diferencia entre esta categoría y las reglas generales es la aplicación del principio del interés superior del NNA y el respeto de su autonomía progresiva. Desde los 18 años en adelante las personas son por regla general capaces para consentir el tratamiento de sus datos, siguiéndose las normas relativas a la capacidad del derecho común.

#### 4.6 Comparación de la Ley 19.628 y el proyecto de ley Boletín N° 11.144-07.

El proyecto de ley reforma en profundidad a la Ley 19.628, actualizándola a la legislación más moderna en lo relativo a la protección de datos personales. En lo que se refiere al consentimiento, se contemplan importantes mejoras a su regulación, las cuales serán revisadas a continuación. Una enmienda no tan importante, pero ejemplificadora del espíritu de la reforma, es el cambio de nombre de la Ley 19.628 la cual pasaría de ser “Sobre la Protección de la Vida Privada” a “Sobre la Protección de los Datos Personales”. Este cambio es relevante en tanto pone en el centro de la ley a los datos personales, un objeto más concreto y preciso que vida privada.

En el artículo 1 bis del proyecto se regula el ámbito territorial de la aplicación de la ley. Anteriormente la Ley 19.628 seguía la regla general de aplicación de la ley en el territorio de la República. De aprobarse el proyecto, se aplicaría la ley a los responsables establecidos en Chile, cuando el mandatario trate datos a nombre de un responsable establecido en Chile, cuando el tratamiento tenga por objetivo ofrecer bienes o servicios a titulares en Chile, entre otros. El proyecto modifica algunas definiciones relevantes contenidas en el artículo 2, siendo especialmente relevante para este ensayo la modificación de la definición de datos personales y consentimiento. La definición original de dato personal solo contemplaba el hecho de ser una información relativa a una persona natural identificada o identificable, el proyecto complementa esta definición al indicar qué se entiende por identificable y ejemplifica algunos identificadores.<sup>96</sup> La Ley 19.628 no contemplaba una definición de consentimiento, siendo una importante debilidad de esta.

---

<sup>96</sup> Ley 19.628, artículo 2 letra f).

El artículo 4 de la Ley 19.628 contiene lo que se estima que es la regla general para el tratamiento de datos y su norma central: el consentimiento del titular, a su vez, el artículo también contiene las excepciones para la regla general. Este artículo tiene su equivalente en el artículo 12 y 13 del proyecto, el primero regula la regla general para el tratamiento y el segundo las demás bases de licitud. Haciendo una comparación entre ambas, en el artículo 4 de la Ley 19.628 destaca que el consentimiento solo puede ser dado por escrito y expresamente. Por otro lado, el artículo 12 del proyecto amplía las formas en las que se puede prestar el consentimiento, aceptando que se exprese por un medio escrito, verbal, un medio electrónico equivalente o un acto afirmativo claro.

Respecto a los requisitos del consentimiento, el artículo 4 de la Ley 19.628 exige que sea expreso e informado respecto al propósito del almacenamiento y a la posibilidad de su posible comunicación al público. Mientras que el artículo 12 del proyecto exige que el consentimiento sea inequívoco, informado, específico y libre. Siendo la segunda mucho más exigente respecto al estándar del consentimiento. Otras diferencias entre estos artículos son: los medios para revocar el consentimiento, la carga de la prueba del consentimiento y el vicio especial por el cual no es válido el consentimiento exigido para la celebración de un contrato desligado a los fines del tratamiento.

Respecto a las bases de licitud distintas al consentimiento, el artículo 4 de la Ley 19.628 es bastante más laxa y genérica que el artículo 13 del proyecto, el cual especifica con mayor claridad las demás bases de licitud y se elimina la base de licitud sobre los datos contenidos en fuentes de acceso público. La eliminación de esta base de licitud es suplida por el interés legítimo del responsable o de un tercero, el cual permite el tratamiento de los datos personales recolectados lícitamente, siempre que se respeten los derechos y garantías de la ley. El responsable aún puede acceder a los datos personales contenidos en fuentes de acceso público, pero el tratamiento (el cual incluye el almacenamiento) se legitima en la base de licitud de interés legítimo. Este cambio permite que el titular del dato mantenga el control de su información, aunque este fuese publicado en fuentes de acceso público, ya que de todas formas puede ejercer los derechos que le reconoce la reforma.



Una diferencia trascendental entre la Ley 19.628 y el proyecto es que el segundo contempla dos tipos de consentimiento, el consentimiento para el tratamiento de datos personales en general y el consentimiento para el tratamiento de datos sensibles (y otras circunstancias). El consentimiento para datos sensibles exige que, en conjunto a los requisitos comunes, sea otorgado expresamente, por otro lado, la Ley 19.628 no realiza ninguna distinción en la prestación del consentimiento entre ambos datos. A pesar de esto, en la Ley también se regula de forma especial los datos sensibles, elevando el estándar de protección de estos en comparación a los demás datos personales, pero no se realiza una diferenciación respecto a los requisitos del consentimiento.

El artículo 16 quáter del proyecto regula de forma especial los datos personales relativos a los niños, niñas y adolescentes, generando una categoría especial de datos personales. Por otro lado, la Ley 19.628 no hace ninguna referencia a los datos personales de este grupo, los cuales se regulan de la misma manera que los datos de los adultos, por lo que se les aplicarían las reglas generales sobre la capacidad.

#### 4.7 Conclusiones.

El objetivo de este capítulo era realizar un análisis profundo del consentimiento en el proyecto de ley, especialmente de sus requisitos, reglas generales y especiales. De lo analizado se desprende que el legislador exige un alto estándar de libertad y certeza para la validez del consentimiento, especialmente por exigir una serie de requisitos copulativos y relacionados entre sí. El proyecto indica en su artículo 12 que el consentimiento es la regla general para el tratamiento de datos, siendo las demás bases de licitud secundarias y excepcionales al consentimiento.

Del capítulo también se puede desprender que el proyecto contempla dos tipos de consentimiento, el general que sería el consentimiento inequívoco regulado en el artículo 12 y el consentimiento expreso, regulado especialmente para el tratamiento de datos sensibles, entre otros. El estándar del consentimiento expreso es más exigente que el consentimiento inequívoco, esto se debe a que busca proteger los datos sensibles, que son especialmente importantes para el individuo y la sociedad. El consentimiento expreso

requiere que la manifestación de voluntad no sea implícita, un alto nivel de precisión en la declaración y una descripción precisa de las finalidades del tratamiento.

Además, el proyecto contempla 3 categorías especiales de capacidad de los NNA, las cuales van aumentando las facultades progresivamente. El tratamiento de los datos de NNA siempre deberán tener en consideración el respeto a los principios de interés superior del niño y de la autonomía progresiva, independiente de su edad, datos en cuestión o tratamiento. El proyecto de reforma mejora sustantivamente la regulación del consentimiento para el tratamiento de datos personales, la cual da un marco claro de requisitos para su validez, distingue sus exigencias de acuerdo con la importancia del dato y regula especialmente el tratamiento de los datos de NNA.

## Capítulo 5. Conclusiones.

A lo largo de este ensayo se revisa el consentimiento en el tratamiento de datos personales en la regulación chilena a lo largo de su historia. En el primer capítulo se contextualizó el origen de la protección de datos personales, siendo un antecedente sumamente relevante el derecho a la privacidad. Este derecho es un concepto amplio que se manifiesta de diversas maneras, múltiples de las dimensiones de la privacidad se encuentran en una estrecha relación con los datos personales, especialmente las categorías de recolección, procesamiento y diseminación de la información. En esta sección también se estudió la importancia que tiene para el individuo y la sociedad la protección de los datos personales, destacando principalmente los riesgos de seguridad y autonomía en ambos niveles.

En el segundo capítulo se revisó el origen de la Ley 19.628 y la conformación de un sistema de protección de los datos personales. En esta sección se destaca la relevancia de la reforma constitucional que ampara el derecho a la autodeterminación informativa y como este derecho se encuentra relacionado con el derecho a la privacidad e intimidad, ya que la privacidad requiere que la persona tenga la autonomía de decidir quién accede a sus datos personales y con que finalidad se le permite el acceso.

En el tercer capítulo se estudió la tramitación del proyecto de ley de reforma a la Ley 19.628 Boletín 11.144-07, lo cual permitió comprender la voluntad del legislador. El objetivo del legislador al reformar la ley es actualizar y modernizar la protección de datos personales, ya que la Ley 19.628 de 1999 fue pionera en su época, pero inadecuada para la sociedad altamente conectada que existe en la actualidad. Una legislación desactualizada provoca dos problemas, por un lado, traba el tratamiento legítimo de datos, el cual es necesario para el adecuado funcionamiento de la sociedad digital, por otro lado, expone a los titulares al tratamiento inadecuado de sus datos personales. A lo largo del análisis de la tramitación del proyecto se concluye que uno de los objetivos del legislador es fortalecer la base de licitud del consentimiento, ya que se estima que los datos personales deben estar bajo la esfera de control de su titular y el consentimiento es la base de licitud adecuada para este fin. Junto a lo anterior, otro objetivo del proyecto

era alcanzar un estándar de protección similar al RGPD, la consideración de este reglamento resulta esencial para la adecuada interpretación del marco legal nacional. La historia fidedigna del proyecto es un antecedente importante para su interpretación y aplicación.

En el cuarto capítulo se analizó en profundidad la regulación del consentimiento en el proyecto, explorando su definición, requisitos, excepciones y reglas especiales. Del análisis se puede concluir que el consentimiento es la regla general para el tratamiento de datos, siendo la base de licitud general y preferente. Las demás bases de licitud quedan reguladas como excepciones al consentimiento del titular, aplicándose frente a la ausencia de este. El legislador optó por dar este trato preferencial al consentimiento por ser la base de licitud que le otorga un mayor control al titular sobre sus datos personales, contemplándose la posibilidad de revocar el consentimiento y regulándose un fácil acceso a este derecho. En este capítulo también se concluyó que existen dos estándares de consentimiento, el general denominado consentimiento inequívoco, y uno especial, denominado consentimiento expreso. El consentimiento expreso se aplica en circunstancias específicas que se consideran especialmente importantes, como son la cesión internacional de datos, la toma automática de decisiones y el tratamiento de datos sensibles, los cuales son especialmente protegidos por la naturaleza de su contenido.

Este ensayo tuvo como objetivo recopilar los antecedentes necesarios y ofrecer un análisis para facilitar la futura aplicación de la regulación del consentimiento en el tratamiento de datos personales.

Durante el desarrollo del ensayo, se hace evidente que Chile ha tenido un importante desarrollo desde la promulgación de la Ley 19.628 en el año 1999. Desde un inicio con una protección dispersa de los datos personales, se dio un importante avance con la publicación de la Ley 19.628 y se desarrolló aún más con la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. El paso más importante hacía una adecuada protección de los datos personales es el proyecto de reforma analizado en el presente ensayo, el cual permitirá a Chile acercarse a uno de los más importantes estándares internacionales, el RGPD.

A pesar de los logros alcanzados, queda pendiente continuar avanzando en la promulgación e implementación de la reforma, especialmente la puesta en funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos Personales, todo esto en miras de una adecuada implementación de la reforma en el ámbito privado y público. Los constantes avances en las TICs generan tanto beneficios como riesgos para las personas, por lo que el Estado de Chile debe mantenerse alerta ante los nuevos desarrollos tecnológicos a nivel internacional para mantener una adecuada protección de los datos personales de las personas que viven en su territorio.

Glosario.

Derechos ARCO: Derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

DPDP: Derecho a la protección de datos personales.

NNA: Niños, niñas y adolescentes.

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos.

TIC: Tecnología de información y comunicación.

UTM: Unidad Tributaria Mensual.

WP29: Working Party Article 29.

## Bibliografía.

Alfonso Banda Vergara. 2000. "MANEJO DE DATOS PERSONALES. UN LIMITE AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA". *Revista De Derecho (Valdivia)* 11.

Álvarez-Valenzuela, Daniel. 2021. "The Constitutional System for the Protection of Privacy in Chilean Law". *Global Privacy Law Review* 2 (Issue 2).  
<https://doi.org/10.54648/gplr2021017>.

Barcia Lehman, Rodrigo. 2007. *Lecciones de derecho civil chileno. Tomo I. Del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bollier, David, y Charles M Firestone. 2010. *The promise and peril of big data*. Aspen Institute, Communications and Society Program Washington, DC.

Bradshaw, Samantha, y Philip N. Howard. 2019. "The Global Disinformation Order: 2019 Global Inventory of Organised Social Media Manipulation". *Comprop*.

Contreras, Pablo. 2020. "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena". *Estudios constitucionales* 18 (2). <https://doi.org/10.4067/s0718-52002020000200087>.

Contreras Vásquez, Pablo, y Pablo Trigo Kramcsák. 2019. "Interés legítimo y tratamiento de datos personales: Antecedentes comparados y regulación en Chile". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 8 (1). <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.52915>.

Donoso Abarca, Lorena. 2011. "El problema del tratamiento abusivo de los datos personales en salud". *Reflexiones Sobre el Uso y Abuso de los Datos Personales en Chile*.

Donoso Abarca, Lorena, y Carlos Reusser Monsálvez. 2022. *La protección de los datos personales en Chile*. 1°. DER Ediciones.

Ferretti, Federico. 2014. "Data protection and the legitimate interest of data controllers: Much ADO about nothing or the winter of rights?" *Common Market Law Review* 51 (3). <https://doi.org/10.54648/cola2014063>.

Figuroa G, Rodolfo. 2013. "EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE PROTECCIÓN". *Revista chilena de derecho* 40 (3). <https://doi.org/10.4067/s0718-34372013000300005>.

Garla, Satish, Albert Hopping, Rick Monaco, y Sarah Rittman. 2013. "What do your consumer habits say about your health? Using third-party data to predict individual health risk and costs". *SAS Institute, Paper*, 170–2013.

Garrido Iglesias, Romina, y Sebastián Becker Castellaro. 2017. "La biometría en Chile y sus riesgos". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2017.45825>.

Geradin, Damien, y Monika Kuschewsky. 2013. "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue". *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2216088>.

J. Solove, Daniel. 2008. *Understanding Privacy*. Harvard University Press.

Jijena Leiva, Renato. 2024. *Datos Personales en el Estado. Administrados, Contribuyentes y Funcionarios Públicos*. 1°. Legal Publishing Chile.

Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave, Chris Docksey, Laura Drechsler, y Luca Tosoni. 2021. "The EU General Data Protection Regulation: A Commentary/Update of Selected Articles". *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3839645>.

Mantelero, Alessandro. 2016. "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection". *Computer Law and Security Review* 32 (2). <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.01.014>.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2 (11).



- OCDE. 2011. “National Strategies and Policies for Digital Identity Management in OECD Countries”. París.
- Peña Gutiérrez, Maximiliano Cristian. 2022. “El principio de finalidad limitada en el reglamento general de datos personales de la Unión Europea y su aplicación en la normativa de datos personales en Chile”. Santiago: Universidad de Chile.
- Puccinelli, Óscar. 2004. *Protección de datos de carácter personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Romero Fierros, Sebastián. 2023. “El desafío regulatorio de las nuevas tecnologías: análisis del uso de datos personales e inteligencia artificial en el contexto de campañas electorales. Una mirada nacional y comparada.” Santiago.
- Santana, Luis E., y Gonzalo Huerta Cánepa. 2019. “¿Son bots? Automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017”. *Cuadernos.info*, nº 44, 61–77. <https://doi.org/10.7764/cdi.44.1629>.
- Vial del Río, Víctor. 2003. *Teoría General del Acto Jurídico. Biblioteca Cinco días. Clásicos de la Economía*. Vol. 10.
- Viollier, Pablo. 2017. “El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile”.
- Warren, Samuel D, y Louis D Brandeis. 1890. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review* 4 (5): 193–220. <http://www.jstor.org/stable/1321160>.