



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento Derecho Procesal

**Sobre la protección de datos personales: Caso especial de los niños,
niñas y adolescentes**

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

**Realizada en el marco del Taller de Tesis sobre Privacidad y Nuevas
Tecnologías.**

Paula Vargas Díaz

Profesor Guía: Daniel Álvarez Valenzuela

Santiago de Chile-2017

Índice

Introducción	p.5
1. La vida privada.....	p.7
1.1 Definición y consagración constitucional y legal.....	p.8
1.2 Tratamiento desde los Derechos Fundamentales y derecho de la personalidad.....	p.11
1.3 La protección de datos personales como expresión de la vida privada	p.12
1.3.1 Vida privada y libertad de expresión	p.13
1.3.2 Información pública	p.15
1.3.3 Registro de datos personales	p.16
2. Problema constitucional	p.21
2.1 Artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República....	p.21
2.2 Acción de protección ¿una forma efectiva de garantía?.....	p.22
2.3 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Desarrollo de problemas típicos de la protección de datos personales sin diferenciarlo de la garantía constitucional de la vida privada	p.24
2.3.1 Problematización diferenciada de la protección de datos personales de la protección de la vida privada	p.26
3. Derecho chileno y comparado	p.29
3.1 Chile.....	p.29

3.2 Estados Unidos de América	p.29
3.3 España.....	p.31
3.4 Sistemas de Transferencia de Datos en el Derecho Comparado ..	p.33
4. Protección de niños, niñas y adolescentes	p.35
4.1 Convención de los derechos del niño, hacia una protección internacional	p.40
4.1.1 Marco normativo internacional de protección, un aporte desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	p.40
4.1.2 Antecedentes	p.42
4.1.3 Marco normativo aplicable	p.44
4.1.4 El derecho a la vida privada en niños, consagración constitucional	p.45
5. Régimen actual de protección de menores de edad en la ley de tratamiento de datos personales.....	p.47
5.1 Antecedentes y principales aspectos	p.47
5.2 Principios transversales	p.50
5.3 El marco normativo y en particular sobre la vida privada de menores y la protección de sus datos personales: Acerca del proyecto de ley	p.51
5.3.1 Caso concreto de datos personales de niños, niñas y adolescentes en materias de Salud.....	p.54
5.3.2 Caso concreto de datos personales de niños, niñas y adolescentes en materias de Educación	p.59

5.3.2.1 Derechos consagrados en la Ley General de Educación	p.65
5.4 Respecto del proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de los datos personales.....	p.69
5.4.1 Principios transversales del proyecto	p.71
5.4.2 Análisis del proyecto de ley que modifica la actual ley de protección de datos personales	p.73
5.4.3 Tratamiento en el proyecto de ley de datos personales de niños, niñas y adolescentes	p.97
Conclusiones.....	p.102

Introducción

El desarrollo de una sociedad íntegra incluye hoy en día el avance de las tecnologías, lo que, sin lugar a dudas, circunscribe y encomienda nuevos desafíos en la elaboración de políticas públicas, que precisamente estén acorde con los nuevos tiempos en los que se desenvuelve el sujeto de derechos. Como veremos, esto último no toca ni exige solo al ámbito gubernamental, muy por el contrario, es un asunto transversal al Estado e incluso a los propios particulares.

En el presente trabajo se analizará el régimen de protección de datos personales vigente en Chile, tanto como el proyecto de ley en tramitación y se hará una especial mención al caso de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta el principio general de protección, cuál es el interés superior del niño.

Al momento de abordar el tratamiento de los datos de carácter personal como expresión del derecho a la vida privada, debe hacerse un análisis íntegro, en miras a elaborar un concepto uniforme desde la perspectiva doctrinal. Habrá que abordar tanto el aspecto nacional e internacional en cuanto al tratamiento de datos, lo que implica necesariamente una mirada desde los principales tratados o convenciones internacionales suscritas por nuestro país que se refieran al tema.

Ello conlleva una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al ser la vida privada una garantía protegida constitucionalmente y por los mismos tratados. Incluso al momento de direccionar las obligaciones que el Estado asume, enfocada principalmente desde el diseño e implementación de políticas públicas, o la adopción y ejecución de obligaciones normativas internacionales, el acento debe estar puesto en la implementación desde los Derechos Fundamentales.

Como veremos, Chile ha generado algún tipo de avance con las modificaciones que se han hecho a la Ley N° 19.628, y con las propuestas en el nuevo

proyecto, generando un atisbo de legislación acorde con los nuevos avances tecnológicos y a la inserción internacional de nuestro país en red globales de cooperación; avance que evaluaremos si resulta satisfactorio tomando en cuenta las necesidades que promueve el siglo actual.

Todavía más, esta protección debe verse reforzada cuando se trate de datos que pertenezcan a un sector especial de la población, como los son los niños, niñas y adolescentes, al no contar con plena capacidad en el ejercicio de sus derechos. Veremos como este enfoque, debe estar altamente condicionado por la prescripción impuesta por la Convención de los Derechos del Niño, y la institucionalidad vigente en nuestro país.

Revisaremos la protección de los datos de carácter personal, específicamente en su faceta de datos sensibles, pues es una categoría que se hace plenamente aplicable (no obstante su carácter general) a casos específicos de protección para determinados sectores de la sociedad, como lo son los niños, niñas y adolescentes, haciendo una breve detención en áreas en que se ven especialmente mermados los derechos de la infancia y la adolescencia, cuales son el área de la salud, y la educación.

1. La vida privada

La construcción de la persona como sujeto de derechos está íntimamente relacionada con un desarrollo doble de ella, desde un ámbito social y otro particular. En efecto, el desarrollo humano no se da aisladamente, sino que como sujetos sociales debemos actuar a diario con el mundo que nos rodea y en el ámbito de nuestra circunscripción. Este contexto social deja entrever algunas problemáticas que se pueden generar desde el momento en que el desarrollo social se impone de manera coactiva, no solo sobre las decisiones de los sujetos como particulares, sino que incluso desde su propia autodeterminación.

Se puede discutir sobre la medida en que esta construcción social debe sobrepasar los límites de la autodeterminación individual y de qué forma esta debe ceder en función de un fin social, sin embargo, no debemos desatender el hecho de que cada persona, en tanto sujeto de derechos, debe ser respetada en lo más íntimo de su privacidad y de sus propias decisiones.

Para llegar al concepto de “*vida privada*”, se suscitó una ardua discusión terminológica durante la sesión 129^a de la Comisión Constituyente. El señor Jorge Ovalle consideró más apropiada la utilización de este concepto debido a que es más desarrollado en el lenguaje común, en comparación al concepto de “*privacidad*”, y a pesar de la intromisión y oposición de Enrique Ortúzar al respecto, la discusión culminó en atención a lo dispuesto por el Diccionario de la Real Academia, pues el vocablo “*privacidad*” no tendría existencia.

Tampoco se ha considerado idóneo el término de “*intimidad*” para hablar de este Derecho Fundamental, dada la estrictez de éste, considerando que lo íntimo, corresponde al ámbito más interior, personal y psicológico, donde residen las creencias y descansa la conciencia moral de cada persona. Norberto González, dota de valor al concepto de intimidad, determinando que

"la intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos

como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales" (González, 1991:278)

Cuando hablamos de lo privado nos referimos a aquello restringido, dominio de unos pocos, relacionado con todo lo doméstico y familiar, y consagrado en el derecho a la vida privada. Es todo lo que está fuera del ámbito del interés público, de lo que involucra al conjunto de la sociedad y que por tanto no necesariamente debe ser divulgado masivamente.

Debe ser entendida la vida privada como un derecho fundamental que tiene cada persona, viéndolo desde un punto de vista negativo, consistente en la facultad para *no ser interferidos o molestados*¹, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. Mientras que desde un punto de vista positivo, como detallaremos más adelante, consistiría en términos holgados, a aquella facultad de control o autodeterminación que tendría cada individuo.

1.1 Definición y consagración constitucional y legal

La vida privada como ámbito natural de la persona humana cuenta con un avanzado desarrollo a nivel legal como jurisprudencial. Este avanzado desarrollo conlleva a que existan ciertas confrontaciones al momento de su delimitación.

Una de las definiciones más completas la da el profesor Corral al decir que la vida privada es: "La posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las

¹ La consolidación de la idea de "ser dejado solo" o bien "no ser molestado" proviene de la utilización de la frase "*The right to be alone*" utilizada por el juez estadounidense Thomas Cooley, y acuñada por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, al dotar de contenido a la noción de *Privacy* en el artículo "*The right to privacy*" publicado en *Harvard Law Review* en el año 1890.

relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones” (Corral, 2001:3)

Por lo tanto, debemos tener en cuenta este primer antecedente que nos aporta la definición antes transcrita, la privacidad como esfera de autodeterminación del ser humano, constituye un límite para la actuación de cualquier sujeto externo, sea estatal, institucional o de otro sujeto individual.

Otra alternativa es promovida por el profesor Enrique Barros, que asocia el concepto de privacidad con la exclusividad, es decir, como una potestad de excluir a los demás de aquellos ámbitos y aspectos de la vida personal de cada individuo. Al respecto señala lo siguiente: “Los intereses comprendidos por la privacidad en sentido estricto están cautelados en la forma de derechos de exclusividad. La privacidad se expresa en el derecho a definir por nosotros mismos quiénes tienen acceso por amistad, amor, respeto o simplemente por interés, a un ámbito sujeto a nuestro control exclusivo. En este sentido, la exclusividad que caracteriza al ámbito privado no supone que la persona se encierre en sí misma como individuo, sino que el acceso resulte de un acto de disposición.” (Barros, 2007: 542)

El profesor Carlos Peña, por su parte, al esbozar un concepto de privacidad, genera una especie de contraste entre lo que consideramos como público, y lo que consideramos privado, para luego establecer que la privacidad tiene dos caras: la intimidad y la autonomía. Luego, al determinar con mayor precisión lo anterior, el profesor sostiene que “La idea de autonomía, como es sabido, suele esgrimirse a favor de una de las dimensiones de la privacidad. Mientras la intimidad, como sugerí anteriormente, aparece como un reclamo a la opacidad no frente a lo público, sino a lo social; la autonomía aparece como un reclamo de autodeterminación frente al poder, especialmente frente al poder del Estado” (Peña, 2001:221)

Haciendo hincapié en la ya mencionada autodeterminación, se puede vislumbrar a raíz de esta misma palabra, una especie de facultad de control que tendrían los eventuales titulares de este derecho. Haciéndose cargo de lo anterior, el profesor

Jijena determina que, desde una perspectiva positiva, el derecho a la vida privada consistiría en "la posibilidad de que los ciudadanos titulares y propietarios de los datos que les conciernen controlen el uso y eventual abuso de los antecedentes que a su respecto sean recopilados, procesados, almacenados y cruzados computacional y telemáticamente" (Jijena, 1992:40)

Por otro lado, Novoa Moneral, con respecto a la vida privada determina que "está constituida por aquellos fenómenos, como comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta ese conocimiento" (Novoa, 1987:45)

Por tanto, estas limitaciones operan no solo como forma de reconocimiento sino que también como garantía, en el sentido de que permite la libertad de la persona, sea en su pensar, opinión, actuar e incluso omisión, respetando las condiciones legales que ha dado el Estado de Derecho.

A su vez, manteniendo la misma dirección que la doctrina mayoritaria, Alfonso Banda considera que "(...) más que entender la intimidad o la vida privada como la total ausencia de información acerca del titular del derecho-*en sentido negativo*-, debe interpretarse que la *privacy* implica el ejercicio de un control de la persona respecto del flujo de informaciones que se manejan referidas a hechos o datos de su persona, en sentido positivo" (Banda, 2001: 266)

En definitiva, y a pesar de enfrentarnos entonces a diferentes nociones doctrinarias, es posible, dentro de éstas encontrar áreas tangenciales significativas. Nociones como "*control*", "*exclusividad*", "*autonomía*" e "*interioridad*" nos dirigen a un concepto donde el fuero interno del sujeto

adquiere relevancia, toda vez que se estaría hablando de un área en la cual el individuo contaría con una suerte de control exclusivo a cerca de aquellos contenidos que deben (o no) mantenerse dentro de la esfera privada según su propio parecer. De ahí deriva lo que se conoce como la autodeterminación informativa.

La privacidad como ejemplo corolario del respecto a la vida privada ha sido objeto de protección legal y constitucional, tanto a un nivel nacional como internacional. En efecto, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas señala que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. De igual manera el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma esta noción, prescribiendo que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Este sistema de protección internacional resalta la idea de reconocimiento de un ámbito de acción íntima de la persona, sobre el cual no puede haber ningún tipo de injerencia que sobrepase el núcleo esencial del Derecho en custodia. Ahora bien, debemos tener cuidado al momento de analizar el concepto de intromisión

que señalan ambos cuerpos normativos, ya que hablan de injerencia “*arbitraria*” o “*ilegal*”, cuestión que analizaré más adelante.

De manera armónica con lo que establece este sistema internacional de protección, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado este derecho a la vida privada y a la privacidad, a nivel constitucional, señalando en su artículo 19 N° 4.

1.2 Tratamiento desde los Derechos Fundamentales y derecho de la personalidad: hacia una protección uniforme

La vida privada como ámbito de protección encuentra una doble caracterización desde los derechos de la personalidad hasta el sistema de protección internacional de Derechos Fundamentales. Dicha distinción no es antojadiza y responde a diversas formas de entender una misma situación susceptible de tutela jurídica. En este sentido, como derecho de la personalidad diremos que la privacidad centra su objeto de protección en la autodeterminación de la persona y en la libertad de sus decisiones y como Derecho Fundamental se hace énfasis en la protección de *no interferencia*, es decir, en la prohibición de actuación de agentes externos que interfieran en el desenvolvimiento de la persona y en la promoción de éste.

Sin embargo, y como antecedente positivo, diré que ambas esferas de protección confluyen en un solo gran objetivo, cuál es la protección de la persona estableciendo límites normativos a terceros y a la vez un marco de actuación para las personas.

Ahora bien, esta distinción ha generado algún tipo de tensión desde la doctrina, toda vez que el concepto de vida privada como derecho de la personalidad ha sido desarrollado a partir de un concepto del Derecho Privado, mientras que la privacidad como Derecho Fundamental desde una noción de Derecho Público. Esto lo ha dejado claro el autor Carlos Peña, quien siendo citado por el profesor Tomás Vial Solar ha dicho que: “Los derechos de la personalidad como Derechos Fundamentales respecto a los demás derechos del ordenamiento privado se superponen en la cumbre del ordenamiento del sistema jurídico, sirviendo de presupuesto a los demás, lo que problematiza inusitadamente la posibilidad de un tratamiento dogmático normal por parte de la doctrina privatista”. (Vial, 1999: 53)

En este sentido, al ser los derechos de la personalidad una creación eminentemente del Derecho Privado, resulta contradictorio que Derechos Fundamentales que se encuentran en la cima del ordenamiento jurídico, puedan ser caracterizados desde esta óptica, es decir, como inalienables, intransferibles, imprescriptibles, extrapatrimoniales, y principalmente individualistas.

El mismo autor, nos entrega una opinión acertada, a mi modo de ver, sobre esta posible contradicción, al señalar que: “Sin embargo y bajo esa prevención, creo que ellos pueden servir para aprehender aspectos de la naturaleza de este derecho, determinando la forma de interpretar la garantía constitucional” (Vial, 1999: 54), es decir, tales características se ponen al servicio del derecho como garantía superior, con un fin protector de la persona y de sus características más sensibles e inherentes, como lo es su vida privada.

1.3 La protección de datos personales como expresión de la vida privada

Como fue definido en el punto 1.1, el derecho de vida privada, significa una posición de la persona o sujeto respecto del resto de la sociedad y también del poder estatal y su institucionalidad. En efecto, esta posición que ostenta el sujeto en tanto particular, tiene muchas variantes, ya que como lo prescribe el texto constitucional, abarca también a su familia, es decir a su entorno más próximo.

Una de las variantes que pueden ser identificadas son los datos personales, es decir aquellos elementos diferenciadores de las personas entre sí, y que constituyen uno de las expresiones más íntimas de la privacidad de la persona. En este punto abordaremos este tema en específico.

1.3.1 Vida privada y libertad de expresión

La contrapartida al derecho a la vida privada es el de la libertad de expresión, ya que existe evidentemente una cierta contraposición entre ambas garantías en cuanto límites el uno del otro. En este sentido el límite a la libertad de

expresión viene dado por la protección a la vida privada, por tanto existe el reconocimiento y protección a la libertad de expresión, siempre y cuando se respete la protección a la vida privada.

En caso de colisión de ambas garantías, la jurisprudencia² ha optado generalmente como forma de solución del conflicto por la ponderación de derechos en atención al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este método de ponderación, entiende que la colisión de normas fundamentales no debe ser entendida como un problema de normas rígidas y estrictas, sino que admite una cierta flexibilidad en el entendido de que los Derechos Fundamentales pueden ser ponderados como principios jurídicos que contienen un mandato para el constituyente.

En este sentido, la subsunción no puede operar como forma de solución de conflictos, ya que ambos preceptos constitucionales no operan de manera rígida y automática al ceder uno en favor de otro, sino que deben ser ponderados, esto entendido comúnmente como: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2002:146)

Este método de ponderación reconoce tres etapas. La primera es definir el grado de afectación de uno de los derechos, seguido a ello, debe determinarse la importancia de la satisfacción del primer derecho que se contrapone al segundo, y en una tercera y última etapa se debe ponderar y pesar si la satisfacción de uno de los derechos es lo suficientemente plausible o justificable para el sacrificio del otro.

Sin embargo, la jurisprudencia es conteste en el hecho de que la libertad de expresión, como garantía fundamental de la persona, no reconoce un valor absoluto cuando se trate en contrapartida a la vida privada, ya que esta última

² La Sentencia del caso “Cordero con Lara y otros” emitida por la Corte Suprema en agosto del año 2013 (Rol 8393-2012) representa claramente dicha ponderación entre la vida privada y la libertad de expresión/interés público. En la Sentencia se reconoce que el interés público debe ser considerado un límite al derecho a la intimidad.

deberá ser preferida en el juicio de ponderación, cuando la libertad de expresión afecte en su esencia y de manera injustificada la privacidad.

El conflicto clásico se da entre la libertad de expresión y el derecho al honor, como expresión de la privacidad. Conocido es el caso entre un oficial de reserva parapléjico y la revista satírica “Titanic”, que lo tildó de “Asesino nato” y “Tullido”. En tal caso, el tribunal Superior de Düsseldorf falló a favor del oficial, que la libertad de expresión debía ser limitada cuando estas opiniones tenían una connotación burlesca que dañaba el honor de la persona demandante.

1.3.2 Información Pública

En el caso de la información pública y con la finalidad de fortalecer el Estado Democrático de Derecho, recientemente con la instauración del Consejo para la Transparencia, se ha instalado una institucionalidad acorde con estos fines, que permite un traspaso mucho más rápido y ágil de información, y en caso de denegación injustificada, mecanismos adecuados de tutela, como el caso del recurso de Amparo.

Nuestro Estado ha tenido un importante avance en el último tiempo respecto a esta temática, ya que con la ley N° 20.285 se crea el Consejo para la Transparencia, órgano autónomo encargado de promover la transparencia de los organismos públicos, garantizar el derecho a la información, y velar por el correcto funcionamiento de las solicitudes que se hagan a éstas.

¿Cuáles actos pueden ser conocidos? El artículo 5 de la Ley N° 20.285 señala que: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Por lo tanto en contraposición a la información privada, todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado y de sus actuaciones en tanto función pública, deben ser conocidos por los particulares, en honor a la transparencia, la libertad de información y la seguridad jurídica, ya que como lo señala el artículo 11 letra b): “Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado”.

Por tanto, y precisamente por tratarse de funciones públicas, estos actos deben ser conocidos por todos, especialmente por los interesados, sin perjuicio de las limitaciones que establece el artículo 21 de la Ley N° 20.285.

1.3.3 Registro de datos personales

Ahora bien, el paso siguiente es determinar cuando los datos de carácter personal y no información que se refiera a la función pública de los órganos del Estado, pueda ser conocida por otras personas o agentes externos, e incluso pueda ser publicada en atención a la libertad de expresión. Dicho de otro modo, ¿Puede circular la información personal en el dominio externo de la persona, sea público o privado?

Como se señaló en el punto 1.3.1 existe una constante fricción entre ambas garantías, ya que la libertad de expresión admite límites en función de cuál sea la información privada que se quiera divulgar, si se cuenta o no con el consentimiento de esa persona, si existe una justificación para que esta sea publicitada, si genera un daño al honor o la vida privada, si el Estado como persona jurídica está legitimado para solicitar cualquier tipo de información de los particulares, etc.

Cuando se habla de datos personales, se hace alusión a aquellos elementos diferenciadores de las personas que lo identifican como tal. Son datos propios, que pertenece a cada uno de los seres humanos por su sola condición de tal y son uno de las más vivas expresiones del derecho a la privacidad. En este

sentido podemos identificar cuestiones tales como el nombre, domicilio, R.U.T., teléfono celular, padrón electoral, ficha clínica, afiliación política, etc.

Es del todo relevante tener en consideración lo establecido por la ley N° 19.628 (promulgada y publicada en el año 1999) que establece un primer acercamiento al tratamiento legal que debe tener la protección de la vida privada, en específico de los datos personales. En este sentido, dicho cuerpo normativo, estableció entre sus aspectos más importantes, un procedimiento para la recolección de datos personales, la autorización que debe existir para que determinadas instituciones puedan utilizarlos, y la forma en como estos datos personales podían ser transferidos de una institución a otra.

La finalidad de dicha Ley, sin duda fue establecer un primer antecedente normativo de protección a la vida privada y a los datos personales, ya que como se señala en la moción parlamentaria de 1993 del Diputado, Señor Eugenio Cantuarias Larrondo: “Partiendo del precepto contenido en el artículo 19 N°4 de nuestra Carta Fundamental, nuestra moción comienza anunciando la inviolabilidad de la vida privada y advirtiendo que toda intromisión en la misma es, en principio, ilegítima”³

Dicha normativa fue modificada el 17 de febrero de 2012, ya que como lo señala el mensaje presidencial en su apartado N° 2 como objetivos específicos de la modificación, “Como hemos señalado en esta exposición de motivos, una de las deficiencias de la legislación vigente radica en que parte de nuestra regulación ha sido superada por el avance de las tecnologías de la información y porque los mecanismos que contempla la Ley N° 19.628 para salvaguardar su respeto y protección, no se encuentran hoy al alcance real de todos los titulares que eventualmente puedan ver vulnerados sus derechos sobre los datos personales”⁴

³ Moción del Senador Eugenio Cantuarias Larrondo. Fecha 05 de enero, 1993. Cuenta en Sesión 20, Legislatura 325. Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4.

⁴ Mensaje de S.S. El Presidente de La República con el que inicia un proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter persona, Santiago, 25 de noviembre de 2011, p. 5.

La nueva normativa cumple con estándares internacionales de protección de datos, y que tiene como finalidad reforzar los derechos de los titulares de datos personales, conservando la médula central del procedimiento establecido en la primera versión de la ley en comento.

En este sentido se establece un Banco de datos personales, que será el encargado de almacenar el contenido recogido y administrarlo en función de los diferentes órganos e instituciones que soliciten parte de esta base de datos personales.

Por lo tanto, se debe tener en directa consideración lo que establece el Decreto N° 779 que aprueba el reglamento del registro de Bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, señalando en su artículo 1° que: “El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará el Registro de los Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos, en el cual se inscribirán todos los bancos de datos personales que de acuerdo con la ley respectiva lleven las autoridades, órganos del Estado y organismos (...)”.

La institución encargada de administrar y almacenar los datos personales es el Servicio de Registro Civil e Identificación, quien puede transferirlo a otras instituciones públicas, las cuales solo podrán utilizarlo en el marco de sus competencias, como lo señala el artículo 20 de la Ley N° 19.628.

Sin perjuicio de ello, se establecen derechos a los particulares frente a este almacenamiento de datos por parte de las instituciones públicas, derechos tales como a exigir que la utilización de sus datos sea pública o privada, que este almacenamiento de datos sea veraz, derecho a información, modificación, cancelación o bloqueo de los datos que se están utilizando sobre su persona, solicitar información a cualquier banco de datos (derivado desde el banco central del Servicio de Registro Civil e identificación) que tiene acceso a su historial, etc.

Los principios que inspiran la protección de datos contenidos en la Ley N° 19.628 pueden resumirse en los siguientes:

- (i) **Principio de licitud:** Contenido en el artículo 4 de la Ley, estableciendo en su esencia que cuando los órganos de la administración del Estado utilicen datos personales en la órbita de su competencia no será necesario el consentimiento del titular, sin embargo se considerará una buena práctica informar de ello con anterioridad al titular de su almacenamiento y posible utilización. Ahora, cuando los datos sean utilizados fuera del ámbito de sus competencias, los datos personales no podrán ser utilizados ni siquiera con el consentimiento del titular.
- (ii) **Principio de calidad de los datos:** Los datos que utilicen los bancos de datos deberán ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos. A este principio está retroalimentado por los ejes centrales de veracidad, finalidad y proporcionalidad⁵.
- (iii) **Principio de información:** Se recomienda a los órganos que utilicen datos personales y participen en la recolección y almacenamiento de ellos, que previamente informen a sus titulares sobre estos actos, lo que será considerado como una buena práctica.
- (iv) **Principio de seguridad:** Como lo señala el artículo 11 de la Ley, el responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales, con posterioridad a su recolección, deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.
- (v) **Principio del secreto o confidencialidad:** Según lo señala el artículo 7 de la Ley, las personas que trabajen con datos personales o accedan a ellos, están obligados a guardar secreto sobre ellos,

⁵ El artículo 9 de la Ley N°19.628 señala que: Artículo 9°. “Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos (...)”.

cuando estos datos hayan sido provistos por métodos de recolección no públicos.

Podemos concluir en este apartado, que es un hecho de que existe una institucionalidad al servicio de la protección de datos personales, su almacenamiento y transferencia entre instituciones, que ha sido recientemente modificada, y que tiene por finalidad la protección de la vida privada de las personas, en atención al estado avanzado del desarrollo tecnológico y al modelo global de mercado en que se encuentra inserto nuestro país.

El eje central de esta institucionalidad proteccionista, debe ser el respeto de los datos personales de los sujetos, el manejo adecuado por parte de las instituciones que los conservan, y su protección en plataformas nuevas y avanzadas, en consonancia con el avance tecnológico actual.

2. Problema Constitucional

2.1 Artículo 19 N° 4 Constitución Política de la República

En armonía con lo anteriormente señalado, el problema por la protección (o desprotección) y la promoción del derecho de la vida privada, es un problema superlativamente constitucional (sin olvidar otros aspectos que pueden circunscribirse al ámbito privado solamente)

Sin embargo en otros aspectos del Derecho a la vida privada, sin lugar a dudas hay intereses públicos comprometidos, sin perjuicio de que se traten de situaciones que versan casi exclusivamente sobre un sujeto en particular. Así por ejemplo el derecho a la identidad, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (tipificado como delito y prohibición, y que pueda realizarse con un autorización preventiva de un Juez de Garantía), el derecho a conservar, modificar o bloquear datos personales, el derecho a que esos datos personales sean administrados, etc.

En este sentido hay que tener a la vista lo que establece nuestra propia Constitución en su artículo 19 N° 4 al señalar que la Constitución asegura a

todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

Por lo tanto, se trata de una norma directamente protegida por nuestra Constitución y también en tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país, por lo que la fuerza normativa que tiene el derecho a la vida privada en nuestro ordenamiento, es de tal manera que se constituye como una de las garantías cúspides de protección para la persona. Ahora bien, al constituir su infracción un problema constitucional, cabe preguntarse si los mecanismos establecidos por la propia constitución son los adecuados para su tutela jurídica.

2.2 Acción de protección, ¿una forma efectiva de garantía?

Por el hecho de encontrarse dicho derecho consagrado en nuestra Constitución Política, precisamente en su artículo 20, una de las formas en que se ha hecho efectiva esta garantía es a través de la acción de protección, la cual tiene un carácter altamente efectivo en cuanto a la tutela efectiva de Derechos, por su rápida tramitación y conocimiento. Sin embargo, podemos advertir ciertas cuestiones dignas de ser mencionadas en cuanto a esta forma de protección constitucional.

En primer lugar, la acción de protección como acción constitucional tiene un carácter primeramente represivo y no preventivo, es decir se interpone (sin perjuicio de que se haga por amenaza de un derecho) luego de ocurrida una acción u omisión que prive o perturbe el derecho en cuestión, que en este caso sería la vida privada de una persona, por lo que perdería fuerza el hecho de que no puedan prevenirse situaciones. Sin duda esta es una situación tormentosa dentro de nuestro tema, ya que el hecho de establecer una protección anticipada con la finalidad de evitar ciertas infracciones pone en tela de juicio el valor que le damos a la libertad de expresión o la censura previa.

Sin duda no es un tema pacífico, sin embargo hay cierto consenso tanto a nivel doctrinal⁶ como jurisprudencial⁷ en el sentido de que es perfectamente posible establecer ciertos límites preventivos a determinadas publicaciones que pudieran significar un atentado a la vida privada y la honra de las personas, dejando en claro de que en nuestro ordenamiento jurídico no existen derechos absolutos que deben ser ponderados por sobre otros de manera automática, sino que debe ser sopesado de manera casuística.

De igual manera, cualquier ciudadano tiene derecho a accionar ante los Tribunales de Justicia por las pretensiones que estime pertinente, la situación de que el fundamento de su petición sea plausible o no, es una cuestión que deberá ser analizada en el fondo, ello no es razón para que exista una interposición indiscriminada de recursos en los Tribunales de Justicia, sin embargo, no debe haber una negación a priori para poder atender este tipo de situaciones.

Ahora bien, una crítica cierta que se puede hacer al mecanismo constitucional de tutela como la acción de protección, es que la solución jurídica que otorga para los casos de su competencia es ordenar el inmediato cese de la acción u omisión que genera esta privación, perturbación u amenaza del derecho tutelado. La situación se torna estrictamente casuística generando solo precedentes judiciales, sin establecer un sistema de protección permanente que intervenga de manera transversal en la problemática en cuestión ni generando

⁶ El profesor Hernán Corral señala que: “Nos parece que reconocer que la libertad de expresión tiene límites y que entre ellos está la de no atentar ilegítimamente contra el derecho a la vida privada, es la única forma de resguardar armónicamente todos los derechos constitucionales y de respetar la igualdad ante la ley. De lo contrario otorgamos una especie de “licencia para dañar” a una cierta clase de personas que tienen el control de los medios de prensa, en desmedro de los ciudadanos comunes y corrientes”, “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980” p. 36.

⁷ Caso “La Última tentación de Cristo”: Corte Suprema, 17 de junio de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5ª, p. 99 Y Caso “Martorell”: Corte Suprema, 15 de junio de 1993, *RDJ* t. 90, sec. 5ª, p. 16.
Es preciso hacer mención que el Caso “Martorrel” fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, pues la prohibición de la entrada, distribución y circulación en Chile del libro constituía una violación al Derecho de Libertad de Conciencia y Expresión. Finalmente, ante esto, la Corte concluye con la recomendación al Estado de Chile de que cancele la censura del libro, que permita su libre circulación.

un verdadero desincentivo para la persona o entidad en cuestión, que haya menoscabado el derecho a la vida privada.

Lo sostenido en el párrafo anterior es posible extraer de un elaborado estudio desarrollado por el autor Rodolfo Figueroa, quien categorizó (en 16 diferentes categorías)⁸ y analizó diferentes casos jurisprudenciales en que se vio afectada, en diferentes aspectos, la vida privada, ya sea de personas naturales, como de personas jurídicas.

Si bien la mayoría de los casos analizados consisten en rechazos por parte de la Corte de Apelaciones (y confirmaciones de la Corte Suprema), se pueden observar ciertas líneas o directrices en torno a ciertas materias, como lo serían los casos de deudas tributarias indebidamente reveladas por la Tesorería General de la República o Tesorerías Regionales. “desde el 2006 los casos son acogidos de manera mayoritaria por las Cortes de Apelaciones y de manera uniforme por la Corte Suprema. El argumento es que la conducta de la Tesorería infringe el artículo 17 de la ley N°19.628: Las deudas tributarias no se pueden informar” (FIGUEROA, 2013: 869)

Como lo analizaremos más adelante, y con la última reforma que intervino en la Ley N° 19.628 sobre protección de datos personales, una de los medios que se ha utilizado para establecer un sistema permanente de protección, es generando una institucionalidad (tanto legal como orgánica) con fines preventivos y represivos, es decir, estableciendo mecanismos de actuación para temas sensibles como por ejemplo los datos personales, o bien tipificando nuevos delitos relacionados con estos temas, por ejemplo la inviolabilidad de las comunicaciones, el uso indebido de registros de datos personales, etc.

⁸ Las categorías que indica el autor son extraídas de una propuesta al respecto, efectuada por Solove, quien distingue entre 4 dimensiones de privacidad, y un total de 16 categorías. A grandes rasgos dicha sistematización corresponde a la siguiente: i) Recolección de información - Vigilancia - Interrogación ii) Procesamiento de información -Agregación – Identificación – Inseguridad – Uso secundario – Exclusión iii) Diseminación de información – Quiebre de confidencialidad – Revelación – Exposición – Accesibilidad aumentada – Chantaje – Apropiación – Distorsión iv) Invasión – Intrusión – Interferencia decisional.

2.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Desarrollo de problemas típicos de la protección de datos personales sin diferenciarlo de la garantía constitucional de la vida privada

Al constituir el derecho a la vida privada un problema constitucional como se señaló en el punto 2.1 y 2.2, la institución investida para velar por el respeto y promoción de tal garantía en el ámbito de sus competencias es el Tribunal Constitucional⁹.

Ahora bien, podemos notar a lo largo de la evolución jurisprudencial de dicho Tribunal, un giro a partir del año 2011, al establecer una diferenciación de la protección de datos personales de la garantía constitucional de la vida privada.

Ahora bien, el reconocimiento que ha efectuado dicho organismo al tema en comento constituye un enorme avance en la protección que se ha otorgado a este tema, teniendo como fin protector el libre desarrollo de la personalidad basado en la protección y respeto a su privacidad.

Como primera aproximación, debemos tener en cuenta que el tratamiento del tema por parte del Tribunal Constitucional es tardía, ya que el primer fallo data del año 1995, en causa rol N° 198-1994¹⁰, contando a la fecha con algunos giros jurisprudenciales que esbozaremos en este punto, como se señala en el artículo “La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal

⁹ Respecto de la vida privada, en Rol 1894-2011, el Tribunal Constitucional, en relación al control de constitucionalidad del proyecto de ley que sanciona el acoso sexual a menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil, en el considerando vigésimo primero dispone lo siguiente “es lo cierto que éste comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados. Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.” Respecto de la misma jurisprudencia, se consideró no verse vulnerada la vida privada de los usuarios de cibercafés, toda vez que “El usuario puede seguir circulando anónima e indistinguiblemente. Pero si quiere usar un cibercafé, debe someterse al registro.”

¹⁰ En la causa antes individualizada, sea realizó un requerimiento por un grupo de diputados en referencia al artículo 16 del proyecto de Ley N°18.403 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Dicha sentencia, mixta, establece la inconstitucionalidad de ciertas frases del precepto y otras las declara constitucionales.

Constitucional de Chile”: “Este es el inicio de la construcción del principio de legalidad en la protección de datos personales, el cual exige, a lo menos, que de otorgarse facultades a algún organismo público para restringir la privacidad, debe establecerse un procedimiento regulado en forma íntegra, completa y exacta en la ley, como también la existencia y procedencia del ejercicio de la potestad reglamentaria de forma estricta” (Quezada, 2012:130)

Lo cierto es que dicha sentencia marca la apertura jurisprudencial del Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, al señalar que: “En efecto, el inciso tercero del artículo 16 en examen, no contempla en forma íntegra, completa y exacta el procedimiento ni los casos precisos como debe aplicarse, pues se refiere a situaciones absolutamente discrecionales, en las que deben actuar los funcionarios del servicio autorizado para recoger e incautar la documentación y los antecedentes probatorios y objetos que estimen necesarios para la investigación. Es decir, al no especificarse el procedimiento y no señalarse los casos precisos en que las medidas proceden, se está vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que sólo pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley”¹¹.

En este sentido, lo que determinó el Tribunal Constitucional, es que en el caso de que se autorice a determinado agente (en el caso, el Consejo de Defensa del Estado) para poder interceptar o actuar en ámbitos privados como las comunicaciones o documentos privados, esta decisión no debe quedar al completo arbitrio del agente, puesto que se está consciente que se está infringiendo una garantía constitucional, aunque no en su esencia y con fines superiores.

En el evento de que dicha autorización no sea lo suficientemente fundada y no responda a fines superiores que permitan dicha intervención, entonces se

¹¹ Sentencia de Tribunal Constitucional, Rol 198-1994, 4 de enero de 1995.

estará en una abierta infracción a la esencia de la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por lo tanto, se genera un primer antecedente jurisprudencial sobre el tema. Ahora bien, el fallo antes citado es deficiente en el sentido de que no delimita de manera concreta el contenido y extensión de la garantía constitucional, sin perjuicio de establecer un límite externo a este.

Teniendo en cuenta este importantísimo antecedente jurisprudencial que inicia un camino de Sentencias en torno al tema, podemos diferenciar dos etapas en torno al tratamiento de la protección de datos personales como garantía conjunta y diferencia del derecho a la vida privada.

2.3.1 Problematización diferenciada de la protección de datos personales de la protección de la vida privada

A partir del año 2011 y con pronunciamientos respecto de la Sentencia de Inaplicabilidad Rol 1732-2010 y Rol 1800-2010, se genera un importante avance en torno a la problematización constitucional de la protección de datos personales.

En efecto, el giro jurisprudencial del Tribunal Constitucional en torno al tema gira principalmente en los siguientes aspectos:

- (I) Se expresa que la vida privada asegura a todas las personas el amparo de la injerencia de terceras personas, permitiendo así el pleno ejercicio de la de la libertad personal sin interferencias o presiones.
- (II) Se reconoce por primera vez que la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de datos personales.
- (III) La autodeterminación informativa se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registros de información de

carácter personal.

- (IV) Quedan fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarreen repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos a la comunidad.
- (V) Se reconoce que no todos los datos personales son sensibles, pero ello no obsta que de igual manera se encuentren amparados por el derecho a la privacidad. (Quezada, 2012:138-140)

Por lo tanto, se establece una suerte de graduación en la protección de datos personales como respeto y protección a la vida privada de la persona y su familia, señalando que la garantía constitucional es el marco normativo amplio para generar una protección a datos íntimos y sensibles y de datos personales en general, que no revistan tal calidad.

El avance jurisprudencial del Tribunal Constitucional se grafica en el hecho de que hace un recorrido desde lo que se entendió por derecho a la vida privada en su aspecto más superficial, hasta lo más detallado, como el reconocimiento que no todos los datos personales son datos sensibles, pero que de igual manera deben quedar a la orden de dicha protección.

3. Derecho chileno y comparado.

3.1 Chile.

Como ya se ha señalado, la protección de la vida privada de las personas, no solo se encuentra consagrado y protegido como una garantía a nivel constitucional, sino que también se ha dictado una normativa específica en esta materia, en 1999, cual es la Ley N° 19.628, la cual recoge como ámbito de protección el derecho de las personas a desarrollar su vida privada, y entre ellas, la protección de sus datos personales como expresión de ello.

No existe sin embargo un ámbito de protección específico para el caso de tratamiento de datos personales de niños y niñas en el ámbito de desarrollo de su personalidad, y su protección queda entregada a la normativa constitucional e internacional, la cual tiene por objeto el desarrollo íntegro y general de los menores de edad, estableciendo derechos de carácter general.

3.2 Estados Unidos de América.

“En la Constitución de Estados Unidos no existe una garantía constitucional expresa de un *right to privacy*, pero la doctrina y la jurisprudencia por vía interpretativa han considerado que su reconocimiento se encuentra implícito en diversas enmiendas constitucionales. Sobre estas bases, la sentencia del Caso *Griswold vs. Connecticut* (1965) afirma la existencia de un derecho a la intimidad genérico, deducible, por vía interpretativa, de la propia Constitución” (Fernández Ruiz-Gálvez, 2013: 56)

En 1974 se aprobó la ley PrivacyAct en Estados Unidos. Esta ley estableció normas para la protección de los datos en poder del Estado. Dicha norma estableció un conjunto de prácticas que rige el mantenimiento, uso y difusión de informaciones sobre las personas que se mantienen en registros de carácter federal.

En la Sección 2, letra a) N°1, se señala como principio rector de la Ley que: “La privacidad de un individuo es afectada directamente por la captación, conservación, uso y difusión de información personal por entes y órganos federales”, por tanto, la regulación de dichos datos es necesaria con la finalidad del respeto de la privacidad de los individuos.

De igual manera se regulan derechos anexos tales como el acceso a registros de datos personales por parte de los afectados, e incluso se permite al individuo solicitar la modificación de un registro que hiciera referencia a su persona.

Complementando los derechos de los afectados, establece obligaciones para los órganos que contuvieren datos de carácter personal, tales como el requisito de conservar en sus registros solamente aquella información que fuere relevante y necesaria para realizar un fin que en virtud de disposición legal o decreto presidencial hubiere de ser realizado por el órgano.

En este sentido, dicha norma constituyó sin duda un significativo avance en materia de regulación de datos personales y su tratamiento a nivel estatal. La dictación de esta normativa permitió el avance a nivel mundial de la regulación de un tema que hasta la fecha no había sido tratado.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, existe un tratamiento especial de la información tratada por establecimientos educacionales que reciban fondos estatales, según se indica en la ley federal llamada “*Family Education Rights and Privacy Act*” (FERPA)¹², donde se faculta a los padres o tutores de los estudiantes, siempre y cuando estos sean menores de 18 años, a tener acceso directo a los informes educacionales, o bien, a realizar ciertas solicitudes en caso de haber inconvenientes con los datos escolares del menor de edad que esté a

¹² Respecto de la citada norma (traducida al español como “Ley de los derechos educativos y privacidad familiar”) hay un caso anecdótico llamado “*Owasso Independent School District v. Falvo*” (2002), donde la Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que el hecho de que otro estudiante revisara exámenes de otros, no constituía una violación a las normas FERPA, toda vez que el dato personal, que en este caso sería la calificación del estudiante, sólo sería dotado de dicha calidad al ser ingresada en algún registro oficial.

su cargo. Las escuelas que se rigen por esta norma están obligadas a informar anualmente (el medio por el cual lo hagan queda a discreción de cada escuela) de los derechos que tienen los padres, tutores y estudiantes de los derechos que tienen en virtud de FERPA.

También existe respecto de los menores de edad, una protección especial respecto de los datos personales ingresados a plataformas online, mediante la ley federal “*Children’s Online Privacy Protection Act of 1998*” (COPPA), donde se regula sólo respecto de los menores de 13 años, imponiendo una serie de reglas para aquellos sitios web (o aplicaciones inclusive) donde se requiera el ingreso de datos personales de menores de edad para la creación de una cuenta o un perfil. El sitio en cuestión debe requerir el consentimiento del mayor de edad responsable del menor, usualmente haciendo envío de un correo electrónico, donde se debe incluir, de manera clara, y en un lenguaje comprensible, la política de privacidad del sitio, el tipo de datos que se recolectarán, y la eventual finalidad de la información recolectada.

3.3 España.

Un caso paradigmático de regulación lo constituye la Ley N°21.750 Orgánica 15/1999¹³, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante “LOPD”). Dicha norma sin duda constituyó uno de los primeros avances en regulación de protección de datos de carácter personal, y que como lo señala su artículo 1, tenía como objeto “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”

Dicha norma de carácter general fue complementada por el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1720/2007, que

¹³ La dictación de esta normativa responde al marco legal brindado por la Unión Europea, generando directivas que obligó a los Estados miembros a cumplir a través de sus regulaciones internas, dicha directiva data del día 24 de octubre de 1995.

expresó en su mensaje que tenía por objeto la ejecución de protección de datos respecto de áreas sensibles, como los datos de los menores de edad.

En efecto, a partir del artículo 13 se estableció un requisito de tratamiento de datos de carácter personal, haciendo la diferencia para mayores de 14 años, los cuales podría actuar personalmente prestando su consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal (debido a una presunción de madurez), con el simple requisito de que el lenguaje utilizado sea comprensible para el adolescente, y que obviamente, cumpla con los elementos del consentimiento, es decir, libre, inequívoco, específico e informado, y para menores de 14 años, requiriendo para ellos el consentimiento de sus padres o tutores.

El referido reglamento no solo establece este principio específico que genera la obligación de conseguir el consentimiento del menor o de su representante sobre sus datos personales, sino que también regula de manera específica la forma de conseguir el consentimiento, el cual trata de un procedimiento reglado donde prima el principio de la transparencia, información y libertad en la decisión¹⁴.

Sin duda una de las prerrogativas importantes que establece el reglamento, es el establecido en el artículo 17, el cual permite la revocación del consentimiento del afectado, señalando que: “El afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento (...)”, señalando además la obligación de cesar en el tratamiento de datos de carácter personal, en un plazo de 10 días desde la recepción de la revocación del consentimiento.

¹⁴ Artículo 14, N°4. Deberá facilitarse al interesado un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de los datos. En particular, se considerará ajustado al presente reglamento los procedimientos en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.

No está demás mencionar la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante “AEPD”), ente independiente de carácter público, encargado de velar por el cumplimiento de la LOPD, y facultado para actuar, ya sea por petición de la ciudadanía, o de oficio en ciertas circunstancias. La amplia gama de funciones encomendadas a la AEPD permite dotar de efectividad a la norma antes citada, pues incluso, dentro de sus facultades, tiene el poder de sancionar a los responsables de los ficheros y a los encargados del tratamiento de datos, toda vez que incurran en alguna infracción (en los términos que establece el título VII de la LOPD, en donde se categorizan las infracciones en: leves, graves, y muy graves)

También es preciso hacer mención a que la materialización del derecho estudiado, según se reconoce en la misma Constitución Española de 1978, se manifiesta en su artículo 18.4 se consagra que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

3.4 Sistemas de transferencia de datos:

En Derecho comparado se pueden establecer dos sistemas predominantes sobre el estándar que debe ser observado por las legislaciones y sistemas que interactúan en la transferencia de información y datos personales, (i) Nivel Adecuado de Protección y (ii) Puerto Seguro:

- (i) El Nivel Adecuado de Protección, vigente en la Unión Europea (UE), descansa sobre un complejo conjunto de normas y principios que definen y orientan la decisión de la autoridad (4) llamada a evaluar si el país receptor de la transferencia califica con un escenario institucional que dé garantías a los datos que serán objeto de flujo.
- (ii) Por su parte, el sistema de Puerto Seguro es aún más complejo ya que significa una serie de regulaciones parciales, estructuradas sobre normas específicas y conductas sectoriales, con un fuerte énfasis en la autoregulación, pero sin un contenido de estándares básicos de

aplicación general. Este es el sistema vigente en Estados Unidos y que para algunos genera vacíos y riesgos al depender excesivamente del autocumplimiento. (Cruz Fuenzalida, 2011: 46)

La diferencia radica en la importancia que se da a un nivel sectorial de protección de datos (y su transferencia) y a la autorregulación (también sectorial) o a una regulación macro y transversal para un conjunto de determinados países.

Sin embargo, pareciera ser que, en ambos sistemas de protección de transferencia de datos, los bienes jurídicos en resguardo sería los mismos, cuál es la protección por la vida privada del titular de los datos personales y la garantía de que dicha información no será mal utilizada, sin embargo, hay que distinguir si poner el acento en la autorregulación como forma efectiva de tutela, o una protección normativa general.

4. Protección de niños, niñas y adolescentes

Ahora, centrándonos en el caso especial de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, habría en primer lugar esclarecer la siguiente interrogante: ¿Qué es un menor de edad según nuestra ley? Según nuestra legislación, calificarían como menores de edad, y, por tanto, como sujetos que merecen particular protección, los infantes, los impúberes y los menores adultos, es decir, todo aquel menor de dieciocho años.

El artículo 26 de nuestro Código Civil dispone al respecto una clasificación tripartita, en la cual calificaría como infante todo aquel sujeto que no ha cumplido los siete años de edad. Luego determina que es impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años. Finalmente señala que es adulto todo aquel que ya ha dejado de ser impúber, pero que éste permanecerá siendo un menor de edad mientras no cumpla la mayoría de edad, esto es, a los dieciocho años. Entonces, para nuestra legislación, todo menor de dieciocho años debe ser considerado un menor de edad. Lo anterior es compatible con lo que dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que ésta determina en su artículo primero que niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

¿Qué es lo que justifica que exista un trato especial a este sector de la población? La profesora Undurraga, al respecto ha determinado que “(...) los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos humanos y constitucionales. La CDN reafirma este principio, contempla reglas especiales para que puedan ejercer sus derechos humanos y establece un régimen particular para su protección, teniendo en cuenta su proceso de desarrollo físico y mental.” (Undurraga, 2007:170)

Ya en el ámbito normativo internacional y nacional existe un estatuto de protección particular respecto de la infancia y la adolescencia, ya que, en tanto

sector vulnerable de determinados actos delictivos, se ha querido fortalecer el sistema de protección general. Por ejemplo, a través de la Convención de Derechos del Niño, que en su artículo 16.1 establece que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

En lo que respecta a la protección de datos personales de menores también se hizo énfasis en la tramitación de la modificación de la Ley N°19.628, teniendo plena conciencia que, como sector específico de la sociedad, se requería brindar un ámbito de protección diferenciado al de los datos personales en general.

En efecto, el mensaje del proyecto de Ley señala en su título de Protección especial respecto de los datos personales de niños, niñas y adolescentes, que: “En virtud de las propuestas recibidas en la consulta ciudadana, se ha incorporado en el presente proyecto de ley una norma especial respecto del tratamiento de datos personales de los niños, niñas o adolescentes, el cual siempre tendrá particularmente en cuenta el interés superior de tales personas que merecen un trato peculiar, atendidas sus características”¹⁵

En efecto, el proyecto de ley tenía como finalidad la prohibición del tratamiento de todo tipo de datos personales de niños, y estos podrían ser excepcionalmente utilizados en caso de que fueren indispensables y necesarios para su identificación o en caso de urgencia médica, los cuales de igual manera solo podrían entregarse con consentimiento expreso e informado de quien tiene su cuidado personal.

Junto con ello se establece una obligación adicional para los recintos educacionales y quienes tengan el cuidado personal del menor, de velar por la protección de la información de niños y adolescentes que se encuentren bajo su dependencia.

¹⁵ Mensaje de S.S. El Presidente de La República con el que inicia un proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter persona, Santiago, 25 de noviembre de 2011, p. 10.

Este último aspecto ha sido debidamente aplicado por el Consejo para la Transparencia, que en solicitud C80-2010, determinó lo siguiente: “Que, asimismo, la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 16.1 establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...) Que, atendidos los antecedentes de este caso, este Consejo estima que la publicidad, comunicación o conocimiento de la hoja de vida de la menor afecta la esfera de su vida privada, derecho que también es consagrado en la Constitución en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, configurándose así la causal del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia. Por lo tanto, se rechazará el presente amparo”.¹⁶

Esta decisión del Consejo para la Transparencia, de negarse a otorgar información que conste en la hoja de vida del menor, hace suya la buena doctrina de que los datos personales de los menores que manejan los recintos educacionales, no pueden constituirse como fuentes de acceso al público para ser informados, y tomando en consideración el principio del interés superior del niño (principio transversal a todo el tratamiento de nuestro ordenamiento jurídico respecto de los menores de edad), deniega la solicitud de acceso a la información que se hizo ante la antedicha institución.

En este sentido: “Los datos personales de los menores que son tratados en el sistema educacional no pueden considerarse como provenientes de fuentes de acceso al público para proceder a su revelación y merecen protección pese a

¹⁶ En sentido en requerimiento C-579-2010: “Que, conforme a lo anterior, en aplicación del artículo 47 de la Ley de 6 Transparencia el Consejo para la Transparencia podrá sancionar a la autoridad que “injustificadamente”: (i) no divulgue la información requerida por el artículo 7°; (ii) lo haga comunicando datos personales cuya comunicación no responde a la finalidad autorizada por el legislador; o (iii) divulgue información secreta o reservada. 17) Que, en cuanto a la presente reclamación, es menester hacer presente que en este caso la información relativa al menor de edad ha sido provista al órgano administrativo con la exclusiva finalidad de identificar a los asistentes de las salas cunas contratadas por éste, para dar cumplimiento a las obligaciones impuesta por el Código del Trabajo, razón por la cual, conforme a lo prescrito por el artículo 9° de la Ley N°19.628, en principio, el órgano administrativo sólo se encuentra autorizado para utilizar dichos datos personales para los fines para los cuales han sido recolectados. Sin embargo, el artículo 7°, letra e), de la Ley de Transparencia ordena a los órganos de la Administración divulgar en sus sitios electrónicos los contratos de prestación de servicios celebrados por éstos, entre los que se encuentran los citados contratos de prestación de servicios de sala cuna”

las falencias de nuestra legislación en la materia, especialmente teniendo en consideración que uno de los principios de nuestra legislación es el del interés superior del niño” (Donoso, 2009: 5)

Por lo tanto, existe un tratamiento uniforme en cuanto a la protección de datos personales de la infancia y adolescencia, siendo más rigurosos en su análisis, siguiendo los parámetros establecidos de la Ley N°19.628, permeados por el principio transversal de protección al menor en nuestro ordenamiento, el interés superior del niño.

Por otro lado, en torno a la protección de datos personales de menores de edad, surge inquietud en relación a la titularidad del ejercicio de esta protección, dado a la naturaleza del sujeto protegido, esto obviamente, porque es donde existen mayores probabilidades, por no decir una certeza absoluta, de que se requiera de un representante para el ejercicio o reclamación de este tipo de derechos.

Existe discusión en torno a esta materia, específicamente a si este derecho puede o no ser ejercido a través de un representante, o sí, por el contrario, corresponde sólo al titular directo de los datos. La última de estas hipótesis, está directamente relacionada con la idea de que estaríamos en presencia de un derecho personalísimo, y por tanto, de naturaleza intransferible. Desde mi punto de vista, mencionada controversia no merece un análisis detallista, pues a todas luces no parece razonable, en virtud de que un menor de edad se encuentra en una etapa peculiar de madurez y desarrollo, que sea el mismo titular directo, pues se vería en una desmedida desprotección.

Al respecto, y como parece reclamar la lógica, Paula Jervis estima que resulta sensato determinar que este tipo de derechos pueda ser ejercido por medio de representantes, ya sean legales o voluntarios. Esto último en atención a lo siguiente "la finalidad de la ley es justamente brindar protección a los titulares de datos personales, amparo que no podría llevarse a cabo en aquellas hipótesis de imposibilidad de ejercicio personal de los derechos. Imaginemos

una persona que se encuentre fuera del país, o incluso el caso de un menor de edad" (Jervis, 2002:21)

Como en este caso hablamos de menores de edad, se trataría de una representación legal, por lo que, en la generalidad de los casos el ejercicio de estos derechos lo harán el padre o la madre, mientras tenga alguno de ellos el cuidado personal del niño, niña o adolescente, o su tutor.

De todas maneras, parece ser necesario distinguir entre categorías de menores, como se realiza en derecho comparado, atendiendo al principio de su autonomía progresiva y en orientación a su escala de madurez y capacidad. Es posible al respecto, hacer mención a lo dispuesto por nuestro Código Civil en su Libro Cuarto, en su conocido artículo 1447, toda vez que considera como incapaces absolutos a los impúberes y como incapaces relativos a los menores adultos. Esta categorización quiere decir, que, bajo determinadas circunstancias, es decir, o bien debidamente representado, o con una simple autorización, los actos realizados menores adultos tendrán valor en la vida del derecho, lo que, según mi parecer, no debiera ser distinto en materia de datos personales, debiendo necesariamente hacerse distinción entre el actuar de un niño, y el actuar de un adolescente, por razones evidentes.

En relación a esto último, la profesora Fabiola Lathrop, en un estudio más bien relativo al derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes, determina lo siguiente: "En mi opinión, la regla general debe ser la exigencia de esta suma diligencia de parte de los representantes en la celebración de actos de relacionados con los derechos de la personalidad de menores de edad representados. Es más, la aplicación del principio de autonomía progresiva en los actos de disposición de ciertas proyecciones –generalmente de índole económica– del derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes (y de otros de sus derechos de la personalidad), a mi parecer, refuerza el argumento de que la representación debe ser la regla excepcional en estas materias, puesto que el reconocimiento y protección de los diversos estadios evolutivos de las

facultades de dichos representados, exige otorgar mayor protagonismo a estos últimos en la celebración de estos actos” (Lathrop, 2013:944)

4.1 Convención de los derechos del niño, hacia una protección internacional.

4.1.1 Marco normativo internacional de protección, un aporte desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una idea aceptada sobre los derechos fundamentales de una persona dice relación que son aquellos que le pertenecen a todas las personas por su sola condición de tal, es decir, sin la distinción de condición, raza, religión, condición socioeconómica, geográfica, etc. Podemos defender la idea de que estos derechos fundamentales se establecieron luego de las guerras del Siglo XX, como mecanismos normativos de protección internacional, el cual busca generar un ámbito de protección universal.

En este contexto, es que se dictaron múltiples instrumentos internacionales de protección internacional y regional. Ejemplo de ello es el establecimiento de una Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1948, que tuvo como finalidad, establecer una hora de ruta en el ámbito internacional y que sirvió de base para otros instrumentos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así mismo se instituyeron mecanismos de protección regional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, y organismos tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta institucionalización se generó a partir de una fuerte apertura internacional, tanto a nivel económico, político, social, comunicacional, etc. La globalización como elemento geopolítico, sin duda tiene consecuencias a nivel normativo de protección, y en muchos casos hemos visto, que la recurrencia a Cortes

Internacionales, con el efecto de dirimir conflictos de Derecho Interno, pero con aplicación de tratados internacionales, es cada vez mayor.

Nuestra Constitución Política de la República establece un catálogo no taxativo de Derechos Fundamentales que se reconocen a todo ser humano por su sola condición de tal. Dicho reconocimiento se realiza no solo a nivel constitucional, sino que también por tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país, que en conjunto forman un bloque de constitucionalidad de protección.

Es necesario ofrecer un concepto sobre los Derechos Fundamentales:

“Con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman esta clase de Derechos” (Squella, 2000:158)

Este concepto nos ofrece la idea de que el carácter de los derechos fundamentales es precisamente su importancia en cuanto a esferas esenciales de las personas y/o grupos de personas. El reconocimiento que nuestra Constitución hace respecto de dichos Derechos Fundamentales como se ha dicho, no solo se hace a nivel interno, en un catálogo enunciativo del artículo 19, sino que también abre una inmensa puerta a nivel internacional en su artículo 5° inciso 2°, señalando que:

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

Si bien es cierto se ha discutido sobre el carácter normativo de estos instrumentos internacionales (discusión que excede ampliamente a las posibilidades de poder

tratarlo en esta presentación), lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en algunas oportunidades, señalando expresamente que estos tratados internacionales no tienen el carácter constitucional que algunos juristas podrían pensar.

4.1.2 Antecedentes.

Un hito importante respecto del marco normativo de protección de niños, niñas y adolescentes, lo constituye la firma y ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, por parte del Estado de Chile. Adoptada por la Organización de Naciones Unidas en noviembre de 1989, fue ratificada por nuestro país el día 14 de agosto de 1990.

Dicha Convención está regida por cuatro principios transversales que guían el espíritu del instrumento normativo, estos principios son: La **no discriminación**¹⁷,

el **interés superior**¹⁸ del niño, su **supervivencia, desarrollo y protección**¹⁹, así como su **participación**²⁰ en decisiones que les afecten.

¹⁷ Principio reconocido en el art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares

¹⁸ Principio consagrado en el art. 3 inciso 1°:

La adopción de la Convención sin duda constituye un avance en la nueva perspectiva de la infancia, en el que el niño deja de ser visto como propiedad y extensión de sus padres, sino que, por el contrario, se le considera un ser humano titular de sus propios derechos en virtud de su autonomía progresiva¹⁷.

La Convención de los Derechos del niño establece obligaciones ciertas para el Estado de Chile, entre las cuales se puede destacar: Respetar los derechos

enunciados por la Convención y propender a su promoción, en este sentido se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar dichos derechos.

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Este principio además, ha sido estudiado extenuantemente por parte de la doctrina, en razón a su difícil delimitación por la propia abstracción del concepto. En el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema, en sentencia de 11 de abril de 2011 determina que “este principio tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”.

¹⁹ Principio reconocido en el art. 6 de la Convención que determina:

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

²⁰ Principio consagrado en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, donde se dispone que:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Este principio está consagrado en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece lo siguiente:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”

4.1.3 Marco normativo aplicable.

Es importante recalcar lo establecido por el artículo 4 de la Convención: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Respecto de las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que menciona dicho artículo, el Estado de Chile ha generado políticas institucionales de protección a los niños, niñas y adolescentes, con competencias acotadas, incluso, como se vio, ratificó la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, para el caso que nos convoca, cuál es la protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes, pareciera ser que no existe una legislación acorde todavía.

Ahora bien, es precisamente la Convención de los Derechos del Niño, la que nos entrega un concepto fundamental en cuanto a la protección de la vida privada de los niños, al establecer en el artículo 16 que: 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La protección normativa que genera este artículo de la Convención de Derechos del Niño, constituye un pilar fundamental respecto de la vida privada de los niños, ya que consagra expresamente un ámbito interno de no interferencia, extendiéndolo también a su familia, domicilio y correspondencia. Respecto de

este último punto, esboza de manera tenue, la protección de datos de carácter personal, estableciendo un marco acotado de protección.

De igual manera, el artículo 17²¹ de la misma Convención, protege la información que se maneje sobre el niño y respecto de su difusión por medios de comunicación, generando importantes prohibiciones respecto a la utilización de estos datos de carácter personal, en función del reconocimiento de su vida privada.

4.1.4 El derecho a la vida privada en niños, consagración constitucional.

Como ya fue indicado anteriormente el Derecho a la vida privada, a la honra y a la imagen, se encuentra específicamente consagrado en este catálogo no taxativo de Derechos Fundamentales al que hemos hecho alusión. Esto trae una consecuencia jurídica enorme, cuál es la obligación Estatal de proteger, garantizar y promocionar dicho derecho.

Sea como una obligación negativa de abstención (no infringir la esfera interna de aplicación de dicha garantía constitucional) y también como una obligación positiva (promoción a través de la institucionalidad administrativa, marco normativo legislativo y judicial), la vida privada de las personas constituye uno de los pilares de desarrollo social.

²¹ Artículo 17: Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

En este sentido es que es importante mencionar que el derecho a la vida privada, al estar garantizado a todas las personas por su sola condición de tal, es directamente aplicable también a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derechos de la comunidad jurídica. Sin duda que esta aclaración que parece obvia, es importante mencionarla, toda vez que con la inclusión en nuestro Derecho interno de instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño y la consiguiente institucionalidad que debió adoptar el Estado de Chile para su aplicación, uno de los principios rectores (como será analizado posteriormente) trataba sobre la adopción de una nueva política de la niñez, en el cual el niño fuera visto como un pleno sujeto de derechos, independiente de la relación jurídica con sus padres, tutores o el Estado.

5. Régimen actual de protección de niños, niñas y adolescentes en la ley de tratamiento de datos personales

5.1 Antecedentes y principales aspectos.

El día 21 de septiembre de 2015 se despachó un mensaje presidencial con el que se propone un proyecto de Ley de sistema de garantía de los derechos de la niñez, mediante mensaje N°950-363, que trata sobre la protección transversal que deben tener los niños y niñas en nuestro sistema jurídico, reemplazando la Ley de Menores promulgada en 1967.

En primer lugar, señala dicho mensaje que el proyecto de ley está basado en un sistema de garantías, el cual busca consolidar el cumplimiento de la obligación del Estado de respeto y promoción de los derechos de los niños, consagrados en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales. Esto se materializa principalmente a través de políticas sociales, impulsadas desde la administración del Estado, pero también mediante prestaciones especializadas.

Con dicha Ley lo que se busca es sentar los preceptos marcos para la institucionalidad en su conjunto, con la finalidad de que el respeto y garantía de los derechos de los menores, sea un principio transversal al Estado, en este sentido señala el punto N°3 del Mensaje que: “Ello implica reconocer la naturaleza intersectorial de las materias vinculadas a la niñez, la vocación articuladora de la institucionalidad, y la necesidad de que el enfoque de derechos de los niños se instale transversalmente en los órganos del Estado y la sociedad chilena.”²²

Por tanto, el objetivo macro del mensaje presidencial es establecer un sistema integral de protección, ya que, si bien se cuenta hoy en día con un reconocimiento normativo, dichas garantías deben ser complementadas a nivel de administración del Estado y políticas sociales.

²² Mensaje Presidencial de Su Excelencia, Presidenta de la República sobre Sistema de Garantía de los Derechos de la niñez, Mensaje N°950-363, p. 7.

Ahora bien, ¿en qué consiste específicamente la nueva institucionalidad propuesta por el mensaje antes individualizado? Se debe fortalecer las instituciones ya existentes, tales como el Ministerio de Desarrollo Social en el cual radican las tareas de rectoría del sistema a través de un Comité Interministerial con el efecto de hacer cumplir los preceptos establecidos por la Ley en trámite. Con el efecto de poder realizar estas tareas, se creará la “Subsecretaría de la Niñez”, dependiente de dicho Ministerio, encargada de prestar al Ministro del ramo la debida colaboración en las tareas relacionadas con sus nuevas atribuciones en materia de niñez. Así mismo se creará la figura de un defensor de la niñez, el cual tendrá como misión la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños, ante las distintas instancias en que se le permita participar, y cuya implementación será tratada en una ley diferente.

Cabe mencionar que se establecerá como política social, la habilitación al Ministerio de Desarrollo Social (a través de las instituciones que ya hemos señalado) para actuar de manera directa a través de programas de protección, que hoy se encuentran altamente judicializados, esto con la finalidad de entregarle un mayor protagonismo a la administración del Estado (precisamente a través de políticas sociales).

Sin duda que este mensaje presidencial busca fortalecer las facultades e intervenciones por parte de la administración del Estado con la finalidad de potenciar una política general de protección sobre la niñez, lo que significa cumplir con una de las obligaciones del Estado a nivel internacional, mediante la suscripción de los instrumentos ya individualizados (principalmente, la Convención sobre los Derechos del niño).

Ahora bien, cabe mencionar que el elemento conceptual de política pública para efectos de entender de mejor manera el tenor utilizado en el mensaje presidencial es del todo relevante. Lo primero que se puede observar es que consolida facultades ya existentes, y junto con ello crea una institución nueva, a

la cual se le entregan un conjunto de prerrogativas que tienen como finalidad la protección, garantía y promoción de los derechos del niño.

En este sentido, hay que tener en consideración que una política pública con enfoque de derechos humanos debe contener al menos las siguientes aclaraciones preliminares; “(i) La adhesión a un enfoque de derechos en las políticas sociales no es sólo un deber moral, sino una obligación jurídica en el marco de la normativa internacional y nacional de los derechos humanos. (ii) Las políticas sociales no solo deben promover la materialización de todos los derechos humanos, sino que además deben respetarlos en el proceso de implementación de esas políticas sociales y evitar cualquier vulneración, y (iii) El enfoque de derechos humanos proporciona un marco conceptual que parte del reconocimiento de las personas como titulares de derechos y agentes de cambio-Principios rectores” (Sepúlveda, 2013: 24)

De esta forma, los estándares desarrollados por los organismos internacionales en torno a ciertos derechos servirán para fijar pautas para diseñar, implementar y evaluar las políticas adoptadas por el Estado. Así en el caso concreto de las estrategias para el desarrollo, el enfoque de derecho no busca determinar cómo el estado debe “alcanzar el desarrollo” sino más bien fija una serie de “elementos, principios, estándares y obligaciones” que debe ser tenido en cuenta por el Estado al diseñar una política pública. (Pautassi, 2007: 102)

Lo anterior queda más claro, si entendemos que la creación de este sistema de garantías, permitirá posteriormente el desarrollo de otros cuerpos normativos, que tendrán como objeto colaborar y lograr plasmar de manera tangible aquellas garantías mencionadas en el proyecto.

Para cumplir estos objetivos, los cuales se enmarcan dentro de la institucionalidad que un enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha dado a las políticas sociales, el proyecto de ley adopta una noción de protección y promoción de las garantías del niño, enmarcada dentro de ciertos principios fundamentales.

5.2 Principios transversales.

Precisamente, el título II desarrolla estos principios que estructuran el nuevo sistema de garantías de derechos de la niñez, a saber:

- 1.- El reconocimiento del niño como sujeto de derecho,
- 2.- El principio de autonomía progresiva, conforme al cual todo niño es capaz de ejercer sus derechos, por sí mismo, de acuerdo a la evolución de sus facultades, edad y madurez,
- 3.- El derecho de los niños a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, explicitándose las categorías sospechosas, y
- 4.- El interés superior del niño, entendido como el disfrute y satisfacción de sus derechos.

Sin duda que, con el reconocimiento de estos principios, se establece una complementación a otros ámbitos normativos de nuestro ordenamiento jurídico, que ya los reconocen de manera explícita. La importancia de estos principios rectores radica en que, al tratar situaciones específicas de protección a niños, niñas y adolescentes, son justamente estas máximas las que deben circunscribir y orientar la actuación de todos los órganos del Estado, entre ellos, la administración.

Este enfoque es de real importancia, toda vez que como señala Rossi: “Implica entonces abrir la discusión sobre los marcos conceptuales y metodológicos, los diseños institucionales y las modalidades de gestión pública, a fin de mejorar las condiciones para el ejercicio efectivo y activo de los derechos por parte de sus titulares, promoviendo la participación social, el fortalecimiento de las capacidades de las personas, la producción y circulación de información relevante, y como contrapartida, la responsabilización de los actores institucionales a través de la previsión de mecanismos de reclamo adecuados y accesibles, entre los principios más destacados”. (Rossi, 2013: 95)

5.3 El marco normativo y en particular sobre la vida privada de menores y la protección de sus datos personales: Acerca del proyecto de ley

Respecto del derecho a la vida privada en la infancia y adolescencia y en específico sobre la protección de datos de niños, niñas y adolescentes, el proyecto de Ley consagra ambas situaciones, generando ámbitos de protección, pero por sobre todo, fijando un estándar transversal a todos los sujetos sociales e institucionales que participen en la esfera de desarrollo íntegro de los menores de edad.

En este sentido el artículo N°25 del proyecto de Ley, el cual consagra normativamente el Derecho a la vida privada del niño, señala que: Todo niño tiene derecho a desarrollar su vida privada, a gozar de intimidad y a mantener comunicaciones sin injerencias arbitrarias o ilegales. Los padres y/o madres, o quienes tengan legalmente el cuidado del niño, o los que por cualquier motivo lo tengan a su cargo, la sociedad y las autoridades deben respetar este derecho, promover y orientar su ejercicio, y protegerlo de cualquier quebrantamiento arbitrario de su intimidad.

Sin duda la consagración normativa que se pretende mediante este artículo 25, representa un importante avance, respecto de dos cuestiones principalmente: (1) Reconocimiento del derecho a la vida privada, y (2) Respeto y promoción del derecho a la vida privada del niño.

Así mismo, el artículo 26 consagra el derecho a la honra y la propia imagen²³, generando una importante conquista en cuanto a la protección de datos

²³ Artículo 26: "Toda persona, sea natural o jurídica, debe respetar este derecho. Los medios de comunicación y los profesionales de la comunicación, en el desempeño de su rol y ejercicio de sus funciones, deberán tener especial respeto por el interés superior del niño, resguardando su identidad, imagen, honra y reputación. (...) Se prohíbe divulgar la imagen, la identidad o los datos necesarios para la identificación de todo niño, salvo su consentimiento expreso conforme a su edad y grado de madurez;

personales para los niños, ya que regula específicamente la relación de los menores de edad y los medios de comunicación, señalando la carga para éstos, que en lo referido al trato con los niños y adolescentes, se deberá siempre tener especial respeto por el interés superior de los niños, resguardando su dignidad.

Así mismo consagra la orden expresa de que los medios de comunicación deberán evitar la exhibición y divulgación de toda información que pueda estigmatizar a un niño, o afectar su imagen, honra o reputación. Es decir, establece requisitos sobre la información que pueda ser difundida y la que no puede ser exhibida o divulgada. Sin embargo, me parece que las causales que establece para efectos de prohibir la difusión, como lo son la imagen, honra o reputación, no solo establecen un mecanismo represivo de sanción (y no prevención), sino que parecen excesivamente amplios.

De igual manera, no establece un criterio general para todo tipo de situaciones en que la exhibición y divulgación de datos personales de menores de edad pueda constituir una infracción al derecho a vida privada de los niños, sino que se limita al caso de los medios masivos de comunicación y respecto de delitos cometidos por niños, niñas y adolescentes, por tanto, a mi juicio y a falta de esta regulación particular, la protección queda entregada a los criterios generales establecidos en la Ley N°19. 628.²⁴

En este sentido, a mi juicio el proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo, incurre en una sensible omisión, pues es complejo someter a una sector determinado de la población (como lo son los niños y niñas) a la regulación general establecida

y la autorización de sus padres y/o madres, representantes legales o quienes lo tengan legalmente a su cuidado, cuando corresponda. (...)

²⁴ Es específico respecto del tratamiento de datos sensibles, señalado en el artículo 10 de la Ley N° 19.628, cuestión que será analizada en la parte siguiente de este trabajo.

por la Ley, ya que precisamente uno de los objetivos de la discriminación positiva, tiende a generar una regulación especial y particular cuando exista un grupo acotado de la población que así lo requiera.

Cabe hacer hincapié que respecto del debido proceso, el diputado Ricardo Rincón, pretendía una enumeración de aquellas garantías especialmente resguardadas en tenor a la materia de los Derechos del Niño, y en específico, para referirse a la protección de la vida privada, al establecer que dentro de un proceso en que se vea involucrado un menor de edad debiera existir particularmente: Respeto a su vida privada e imagen, y a la de su familia, en todas las fases del procedimiento, prohibiéndose su difusión de todo aquello que contribuya a mantener la estigmatización de la que sea objeto. Dicha indicación fue rechazada, y actualmente el artículo 35 del proyecto de ley proporciona una protección que se sustenta en las bases generales, recreando, con firmeza, lo sostenido por nuestra propia Constitución en su artículo 19 N°3 y Tratados Internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, respecto de las garantías judiciales y la mismísima Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 37 y 40²⁵ particularmente.

De todas formas, y sin perjuicio de que, no se hace mención específica a la protección de la vida privada de un menor de edad involucrado en algún proceso judicial, sí existe un particular interés y cuidado por el respeto de las garantías del niño, niña y adolescente, toda vez que el proyecto incluso pretende una especialización por parte de todos aquellos funcionarios que

²⁵ Al respecto, el Art. 40 de la Convención, considera lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento

hagan trato con los derechos de éstos, incluyéndose también, una representación judicial especializada.

Por lo demás, resulta ser un punto resguardado, como vimos, el derecho a la honra y a la propia imagen, por lo que se configuran disposiciones suficientes como para considerar reiterativo plasmarlo nuevamente en el proyecto.

5.3.1 Caso concreto de datos personales de niños niñas y adolescentes en materias de Salud.

Esta falta de regulación particular puede derivar en situaciones del todo complejas, que incluso sean atentatorias a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, ejemplo de ello es el campo de la protección de datos personales en materias de salud.

Debemos establecer como principio general, el hecho de que es necesario que los centros de atención de salud (públicos o privados) cuenten con datos de carácter personal que se constituyan como información relevante para los fines propios del Servicio. En este sentido tener información veraz y actualizada, permite en el caso de los recintos públicos, la adopción de políticas públicas y para el caso de recintos privados, la toma de decisiones relevantes ya sea a nivel económico, social o de calidad del Servicio, a nivel de otorgar diagnóstico y tratamiento²⁶ adecuado al paciente.

Respecto de los datos personales en materia de salud, la propia Ley N°19.628 nos aporta un dato relevante, en su artículo 2, letra g), al tratar los datos sensibles, que son: “Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

²⁶ Esta misma información es relevante también para la industria farmacéutica y de laboratorios, como complementación al Servicio de salud proporcionado por los recintos asistenciales y clínicas privadas.

Esto además es llamativo, en atención a que, en ocasiones, estos recintos de atención de salud, cuentan con datos genéticos²⁷, datos que, dadas sus particularidades, resultan ser de carácter sensible.

Ahora bien, ¿todos los datos en materia de salud pueden ser considerados necesariamente como “estados de salud físicos o psíquicos”? A este respecto se ha señalado que: “Entendemos que la enumeración de datos sensibles no es taxativa y, por tanto, toda información podría ser calificada como tal por el juez, en la medida que se cumplan las condiciones tenidas en vistas por el legislador, esto es, que su tratamiento pueda afectar garantías fundamentales y traer aparejadas decisiones arbitrarias respecto de la persona” (Donoso, 2011: 85)

Por tanto, por ejemplo, si hay información que no necesariamente impliquen datos sobre el estado de salud de una persona, pero que constituyen datos de carácter personal de un paciente, también pueda ser considerado como un dato sensible en los términos de la Ley N°19.628, generando por tanto un ámbito íntegro de protección.

Ahora bien, respecto de los niños, el tema se torna aún más sensible, ya que se trata de un sector de la población, con una susceptibilidad mayor de constituirse como potenciales usuarios de este servicio (por las condiciones de salud), pero que queda sin embargo sometido al tratamiento general de protección de datos personales de carácter sensible, no existiendo legislación particular sobre este tema, y tampoco regulado en el proyecto de Ley, boletín 10315 antes analizado.

El principio general respecto del tratamiento de datos personales de carácter sensible, lo entrega la propia Ley N°19.628 en su artículo 10, al señalar que: “No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo

²⁷ (.) los datos genéticos humanos son singulares por su condición de datos sensibles, toda vez que pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos y que esa capacidad predictiva puede ser mayor de lo que se supone en el momento de obtenerlos; pueden tener para la familia, comprendida la descendencia y, a veces, para todo el grupo, consecuencias importantes que persistan durante generaciones; pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas; y pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para personas o grupos» UNESCO: «Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos»; en la Conferencia General, el 16 de octubre 2013; p. 2.

autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

Visto esto, ¿Cuándo se trate del tratamiento de datos sensibles de niños y niñas, de igual manera se encuentra salvaguardado este régimen de consentimiento para el caso de los menores de edad? ¿Se cumple esto en todas las situaciones?

Hay situaciones límites, en las que parece que el estándar normativo de autorización utilizado por el artículo 10 recién transcrito, sobre la utilización de datos personales de niños en el área de la salud, parece bastante cuestionado. Un caso concreto dice relación con las atenciones médicas en las que se individualiza al menor, mediante un reconocimiento sensorial de su huella dactilar, ¿Por qué este caso concreto? Mediante este procedimiento de reconocimiento, lo que se hace es celebrar una especie de contrato (sin las formalidades correspondientes para un menor) mediante el cual se realiza una individualización rigurosa del paciente, y en el que se pueden traspasar muchos datos personales, sin que siquiera el niño o niña lo sepa.

En palabras de cierto columnista: “Es decir, los niños y los datos que les conciernen, protegidos teóricamente por las leyes chilenas y por las convenciones internacionales por constituir el tesoro máspreciado de la humanidad, son explotados comercialmente dentro de procesos de verificación de identidad y servicios conexos. Seamos claros: el tratamiento de datos personales no es ilegal, sino que la libre circulación de los mismos es una de las bases del desarrollo económico, político y social de una Sociedad en Red, pero para realizar operaciones de tratamiento de datos necesitas o el consentimiento expreso de las personas o que la ley lo autorice. No hay más. Los niños no tienen voluntad y no pueden celebrar contratos. En las clínicas yo no vi que le preguntaran a los padres nada, por lo que la conclusión es evidente: los centros de salud, en concomitancia con las Isapres y, desde luego la empresa i-Med, son partícipes de una actividad económica ilícita como es la

captura de datos de menores de edad a través de contratos que constan en ese plástico sobre el que apoyamos el dedo y que se firman con la huella dactilar.”²⁸

El problema puede parecer trivial, pero sin duda es profundo. Al momento de consultar por un servicio médico, el niño está obligado a dejar sus datos, mediante este proceso de reconocimiento de huella dactilar. Ahora bien, ¿estos datos los maneja necesariamente el recinto médico o puede que sean almacenados en otros espacios? No hay garantías que para que la respuesta sea positiva, existe un gran riesgo que mucho de los datos personales de los menores, no estén siendo necesariamente almacenados por el recinto que presta el Servicio de Salud, y nada impide que sea un empresa particular quien reciba estos datos o incluso servicios asociados, como ISAPRES, industrias farmacéuticas, laboratorios, etc.

Esta hipótesis es del todo compleja, si tenemos en consideración que ni siquiera se ha entregado el consentimiento del menor de manera libre y espontánea, ni mucho menos autorizados por sus padres o tutores, sino que se ha inducido a celebrar una suerte de contrato, por el cual se entregan todos los datos personales, sin que sea necesariamente sean estos correlatos al servicio de salud que se recibe.

Por tanto, el desafío es mayúsculo, teniendo en consideración que es un problema que afecta no solo a niños y niñas, sino que también a los usuarios en general, no discriminando rangos etarios. Sin embargo, para el caso de los menores, pareciera ser que la problemática es mayor y sensible, ya que generalmente se ha entendido que es un sector de la población que se encuentra más expuesto, por sus condiciones materiales.

Al respecto de esta vulnerabilidad a la que se ven expuesto tanto menores de edad, como cualquier otro sujeto considerado como incapaz según nuestro

²⁸ Columna de Carlos Reusser Monsálvez, publicada el 13 de enero de 2014 en diario electrónico El Mostrador. En línea: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/01/13/proteccion-de-datos-captura-de-datos-de-ninos-en-clinicas-de-chile/>

ordenamiento, se ha entendido lo siguiente: “Respecto de los sujetos no autónomos (que no pueden protegerse por sí mismos) cobra especial importancia la dimensión tutelar o protectora de los derechos humanos que a través de la responsabilidad de los otros hace posible la defensa de los derechos de los más débiles. Así en los casos de pacientes en estado de inconsciencia será necesaria una mayor voluntad, por parte del personal sanitario, de proteger su intimidad (...)” (Fernández Ruiz-Gálvez, 2013: 77)

Las formas de subsanar estas problemáticas radican en tanto fortalecimiento de políticas públicas con una mirada integral y basada en un enfoque de protección, desde los Derechos Fundamentales de todas las personas, “En nuestra opinión, los sistemas de apoyo a la gestión del sector de la salud en Chile deben implementarse medidas de seguridad del más alto nivel, en lo que respecta al resguardo de los datos personales, sobre todo en lo que se refiere a la transferencia electrónica de datos. Esto impacta, por ejemplo, en la necesidad de resguardar la privacidad del paciente a través de sistemas de acceso personalizado a los datos personales, sin que sean adecuados aquellos sistemas en los cuales los miembros de un grupo familiar pueden revisar recíprocamente la información de salud que consta en dichos sistemas.” (Donoso, 2011:91)

El paciente, idealmente, debiera entonces tener acceso personalizado a sus datos personales en materia de salud, como, por ejemplo, a su historial clínico. Cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes, el escenario se torna aún más complejo, ya que, en virtud de su autonomía progresiva, como vimos en puntos anteriores del presente estudio, surge la necesidad de distinguir entre niños y adolescentes, pues existe una suerte de “presunción de madurez” cuando es un adolescente el que se enfrenta a la decisión de prestar o no su consentimiento. Es por esto último que además de contrarrestar la problemática implementando medidas de seguridad más arduas, o sistemas de acceso personalizado efectivo, es del todo imperativo que se haga la distinción, sobre

todo cuando los datos recaigan en la categoría de sensibles, entre niños y adolescentes, atendiendo obviamente a su grado y capacidad de comprensión y madurez, como lo indica el propio principio.

5.3.2 Caso concreto de datos personales de niños, niñas y adolescentes en materias de Educación.

Otra situación compleja en torno a la protección de los datos personales de niños, niñas y adolescentes es la que deriva de las instituciones escolares de nuestro país.

Su determinación y regulación no se encuentra exenta de discusiones, como el conocido enfrentamiento entre el Departamento de Evaluación, Medición, y Registro Educacional (DEMRE) y ciertos rectores de colegios particulares²⁹ por la negativa por parte del DEMRE de hacer entrega de los resultados de la prueba de selección universitaria. Por un lado, se encuentra la protección de dichos datos, y por otro, la eventual gestión de calidad educativa que efectúan los colegios y recintos educacionales en torno a dichos resultados.

Respecto del DEMRE, es natural que hayan surgido situaciones como la relatada, pues es un ente, que, en materia educacional, procesa y maneja una base de datos relevante, no sólo por la calidad de los datos tratados, sino también por la cantidad de éstos. Gran cantidad de los datos que maneja el DEMRE corresponden a datos de libre acceso al público, pero otra cifra no menor, corresponden a datos personales, e incluso datos que podrían ser considerados sensibles (como, por ejemplo, promedio de notas de un estudiante o preferencias del individuo respecto de las carreras universitarias).

²⁹ Nota de prensa: <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/12/la-disputa-entre-el-demre-y-colegios-privados-por-la-confidencialidad-de-los-resultados-de-la-psu.shtml/>

A raíz de lo anterior, hoy en día existe una herramienta implementada por el mismo DEMRE el 26 de diciembre de 2016, conocida como “Portal Colegios”, que consiste en una plataforma que faculta a cada colegio, consultar y conocer los resultados PSU de los alumnos, siempre y cuando éstos hayan prestado su consentimiento. De igual manera, tienen acceso a información pública referente a los puntajes, sin detalles e individualización de cada alumno.

Adicionalmente, desde el 24 marzo de 2017, los establecimientos educacionales tienen acceso gratuito al Informe de Desempeño de los Estudiantes de Enseñanza Media (o IDEEM)³⁰ con la finalidad de que cada establecimiento pueda “orientar sus procesos formativos y fortalecer los contenidos curriculares abordados en la prueba de selección”, y por lo tanto, queda excluida cualquier otra finalidad, es decir, que bajo ningún motivo, puede ser utilizada esta información para la realización de rankings según los resultados obtenidos por el establecimiento. Conforme a la LPDP, no se podrá el IDEEM contener información que permita individualizar al estudiante, por lo que los datos se informan de manera “grupal e innominada” (cuando no exista consentimiento del estudiante).

Lo preocupante, nuevamente, es el consentimiento otorgado por los titulares, en este caso, mayoritariamente menores de edad. Pero bien, como veremos más adelante al estudiar el proyecto de ley que modificará la ley 19.628, el consentimiento tiene ciertas excepciones, que en este caso podrían estar cubiertas por la hipótesis de que el tratamiento de datos personales efectuado por el DEMRE se ciñe a materias de su competencia. Siendo este el caso, no deja de ser necesario que el establecimiento educacional deba a lo menos declarar que cumplen con las exigencias de la Ley.

Por casos como este, y muchos otros, la situación resulta ser compleja en la medida que es en este rubro, la educación, donde se almacena y trata la mayor cantidad de datos personales de menores de edad, pues se acopian registros, ya sea en sistemas e instrumentos manuales o digitales, de los alumnos que cursan

³⁰ Véase en: <http://psu.demre.cl/portales/informe-ideem>

en mencionados establecimientos, que, además, dadas las cifras de escolarización en Chile³¹, resultan ser una cantidad no menor.

Según los datos arrojados por el Resumen Estadístico de la Educación 2015, en la Educación Parvularia hubieron 762.170 matriculas; en la Educación Básica hubieron 1.995.554 matrículas y de estas, sólo 18.290 correspondieron a adultos; en la Educación Media, hubieron 1.028.930 matriculas, de las cuales 123.686 correspondieron a adultos.³² Esto último significaría que, en total, durante el año 2015 se matricularon 3.786.654 personas, y dentro de esta cifra, 3.644.678 de estas serían menores de edad.

Estos números no dejan de ser inofensivos, pues estaríamos hablando de una cifra cuantiosa tomando en cuenta el número total de la población nacional, ya que, en relación a ella, el porcentaje de población que mantiene datos en entidades educacionales es altísimo.

Ahora, en relación a las características de los datos que manejan las instituciones educacionales, se ha estimado que, y tomando en cuenta la definición que entrega la ley N°19.628 con respecto a los datos de carácter personal, configuran datos que están dotados de cierta sensibilidad. Según la profesora Donoso la importancia de esta información radica en lo siguiente: “(...) la información que se genera en el seno de las entidades educacionales, como asistencia y puntualidad, notas, libros solicitados en biblioteca y comportamiento frente a las obligaciones de conservación y/o devolución, y las llamadas “anotaciones conductuales” negativas y positivas, por mencionar algunas, y las sumamos a aquellos datos que son objeto de tratamiento por parte de estas entidades pero que son generados por terceros –por ejemplo, las

³¹ En el Lanzamiento del Informe Económico de Chile, 25 de noviembre de 2015, en palabras de Angel Gur “Los avances de Chile para facilitar el acceso a la educación son importantes en el combate a la pobreza y la desigualdad. Hoy, casi la totalidad de los niños y jóvenes entre 5 y 17 años se encuentran escolarizados. No obstante, la calidad sigue siendo la asignatura pendiente, tal y como lo refleja nuestro informe PISA. Una proporción muy significativa de jóvenes carece de las competencias básicas matemáticas, comprensión lectora, etc.—para integrarse de manera satisfactoria en el mercado laboral.”

³² Datos publicados en Centro de Estudios MINEDUC, Resumen Estadístico de la Educación 2015. <http://centroestudios.mineduc.cl/index.php?t=96&i=2&cc=2036&tm=2> (consulta 02.02.2017)

licencias médicas del estudiante y los informes sociales, entre otros—, podemos advertir que estas instituciones manejan muchos datos personales; es más, mucha de la información que consta en sus sistemas de tratamiento tiene un alto grado de sensibilidad.” (Donoso, 2009:2)

A modo de seguir caracterizando estos datos, cabe recordar que los establecimientos educacionales no sólo recaudan información estadística como lo serían las calificaciones, la asistencia de los alumnos, licencias médicas e informes sociales como mencionaba la profesora Donoso, sino que también, la mayoría de los establecimientos realiza con cierta periodicidad evaluaciones mediante instrumentos técnicos de orientación, para llevar catastro de los intereses y aptitudes de los alumnos. Este catastro de intereses y aptitudes califica de todas maneras como un dato sensible, pues recordando nuevamente la definición que nos entrega la propia Ley de Protección de Datos Personales, estos serían “Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

Complementando lo anterior, generalizadamente ocurre que los establecimientos cuentan con la ficha de matrícula o la ficha escolar, ficha que cada establecimiento educacional debe poseer de sus alumnos y alumnas, dentro de las cuales suelen mantener información actualizada y médicamente certificada tanto de enfermedades como de discapacidades que requieren tratamientos prolongados y/o frecuentes controles o análisis de laboratorio. Entonces, es claro que la información que almacenan estos establecimientos no sólo respecta del rendimiento escolar o comportamiento del estudiante.

Guiándonos por lo expuesto anteriormente, es decir, ya determinando que nos enfrentamos a tratamiento de datos personales, podemos decir que la legislación de tratamiento de datos de carácter personal será aplicable, y que

por tanto, los titulares, esto es, tanto los menores como sus representantes, tendrán derecho al acceso, a la modificación, cancelación y bloqueo de los datos contenidos en la plataforma educacional, derecho que no se encuentra reconocido explícitamente en la Ley General de Educación.

Sin lugar a dudas, el almacenamiento y tratamiento de estos datos, puede derivar tanto en alcances positivos, como lo serían la asignación de becas en razón del historial del alumno, y en alcances negativos, pues la entrega de información personal a terceros o el tratamiento inadecuado de ésta podría transgredir los Derechos Fundamentales de los titulares de esta información, que, además, por cierto, en este caso se encuentran revestidos por el interés superior del niño, niña y adolescente.

Es de esperarse que sean justamente los alcances negativos los que deben atenderse en este trabajo, precisamente porque potencialmente afectarían una serie de derechos a los titulares de estos, configurándose como una situación compleja y preocupante.

En términos de regulación, nos encontramos con claros atisbos de fragilidad y una carencia de exigencias en torno a la materia para las entidades educacionales. Como se sabe, tales instituciones, para ser reconocidas por el Estado, deben contar con una serie de requisitos, entre estos, un reglamento interno que regule relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar, tal cual se plantea en el artículo 46, letra f), del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 2009, del Ministerio de Educación.

Dicha letra en concreto dispone que el establecimiento debe “ f) Contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar. Dicho reglamento, en materia de convivencia escolar, deberá incorporar políticas de prevención, medidas pedagógicas, protocolos de actuación y diversas conductas que constituyan falta a la buena convivencia escolar, graduándolas de acuerdo a su menor o mayor gravedad. De igual forma, establecerá las medidas disciplinarias

correspondientes a tales conductas, que podrán incluir desde una medida pedagógica hasta la cancelación de la matrícula. En todo caso, en la aplicación de dichas medidas deberá garantizarse en todo momento el justo procedimiento, el cual deberá estar establecido en el reglamento.”

Respecto de lo anterior, se puede decir que a pesar de que se establece que los establecimientos educacionales deben obligatoriamente contar con un reglamento interno, del contenido de éste en ningún caso se hace mención, y menos establece exigencias en relación al registro ni al tratamiento de datos de los niños y adolescentes, lo que es sumamente peligroso. Cabe además mencionar que tampoco en este caso el proyecto de ley, boletín 10315, se hace cargo de lo que ocurre con los datos personales en los establecimientos educacionales.

Ahora, con respecto a la solicitud de informaciones por agentes externos, el artículo 10 del mismo cuerpo legal citado, artículo del cual se desprenden los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa, señala que los padres, madres y apoderados tienen derecho a ser informados por los directivos y docentes, y, por tanto, a solicitar información de sus pupilos cuando estimen conveniente. Posteriormente se señala que, configura una obligación del establecimiento educacional la entrega de información que determine la ley a los apoderados.

Generalmente, en los reglamentos internos de los establecimientos, se hace expresa mención a dicho derecho, estableciendo que los apoderados pueden solicitar en cualquier momento información del menor que esté bajo su cuidado. Los establecimientos, actualmente, cuentan con bases de datos sofisticadas que permiten que el ejercicio de este derecho sea cada vez más accesible y ágil. Esto lo realizan mediante páginas web, cuyo acceso debe hacerse mediante el ingreso de una clave, que es modificable por el usuario. La información solicitada es aquella que dice relación con las calificaciones

obtenidas por el alumno, y el comportamiento que ha llevado durante el proceso escolar.

Al respecto, es preciso hacer detención en un criterio debidamente aplicado por el Consejo para la Transparencia, como vimos en el apartado N°4 del presente estudio, en cuando a la solicitud C80-2010, denegando el acceso a la hoja de vida de un menor de edad, en mérito a lo que dispone la propia Constitución, y en respeto a la causal del artículo 21 N°2 de la ley 20.285.

A modo de cerrar este punto, cabe mencionar la intención que se puede vislumbrar de regular al respecto, toda vez que incluso en proyectos de reforma, se ha consagrado la necesidad de establecer un deber especial para los recintos educacionales en materia de protección de datos de niños, niñas y adolescentes, debiendo velar por la protección y tratamiento lícito de los datos pertenecientes a éstos.

Entonces, es necesario que cada institución elabore políticas de protección de los datos personales que mantienen en su base de datos, tanto manual y digital, dentro de su reglamento interno, a pesar de que no exista explicitado en ningún cuerpo legal dicha obligación, esto en razón de la sensibilidad de la que se encuentran revestidos los datos de los que se hacen cargo y los peligros asociados a su mal uso. A modo de concluir, la profesora Donoso al respecto ha determinado que “(...) estimamos que los datos personales del menor, en todo caso, deben ser tratados en consonancia con el interés superior del niño, guardando así el más estricto nivel de seguridad, tal y como corresponde a los datos sensibles” (Donoso, 2009:10)

5.3.2.1 Derechos consagrados en la Ley General de Educación

La ley General de Educación, N°20.370, consagra que la educación es un derecho de todas las personas, correspondiendo el Estado el especial deber de otorgar protección al ejercicio de tal derecho.

Esta ley establece, además, una serie de derechos de los que se verían beneficiados los miembros de la comunidad educativa, esto incluye a los funcionarios de la comunidad, equipos docentes directivos, sostenedores educacionales, a los padres y apoderados, y obviamente, a los propios estudiantes.

Los derechos consagrados en la ley abarcan las diferentes etapas y niveles del proceso educacional, esto es, la educación parvularia, básica, media y de nivel superior. Para efectos de analizar los derechos, se hará con mayor detención en aquellos que se ven involucrados menores de edad, por lo que los derechos establecidos para la educación superior, que tienen más bien un enfoque desde la perspectiva del derecho al consumidor, no serán estudiados en este trabajo.

Estos derechos desprendidos de la ley se pueden clasificar en los siguientes principalmente:

1. Derecho a la no discriminación:

El artículo 5 de la ley, establece que “Corresponderá al Estado; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria”, luego, en el artículo 9, dispone dentro de los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad, que nadie debe ser discriminado arbitrariamente, y que se tiene derecho a estudiar en un ambiente tolerante y de respeto mutuo.

En directa relación con derecho a la no discriminación, cabe destacar dos cuestiones: la primera, es la ley N°20.536, promulgada en 2011, que establece normas de promoción de la buena convivencia escolar y de prevención de toda forma de violencia en las escuelas, y la segunda, es la reciente pretensión de modificación en boletín N°10183-04 ingresado en julio de 2015³³, que busca promover el respeto por la orientación sexual y la identidad de género de los

³³ Artículo Único: Incorpórese en el artículo 10 letra a) inciso primero de la ley N° 20.370, que establece la Ley General de Educación, entre las frases “maltratos psicológicos (.)” y “Tienen derecho”, una frase del siguiente tenor: “(;) a que se respete su orientación sexual o identidad de género, y a desarrollarse en un ambiente educativo tolerante, no discriminatorio e inclusivo”.

niños, niñas y adolescentes en su comunidad educativa, para que exista una verdadera convivencia armónica y un adecuado desarrollo de los miembros que conforman dicha comunidad. No deja de ser importante tal modificación, relativa a la identidad de género, considerando que el derecho a la identidad es reconocido y garantizado por la Convención de los Derechos del Niño³⁴ y, por tanto, nuestro Estado debe promoverlo.

2. Derecho a la información y participación:

El artículo 3 letra i) establece como uno de los principios primordiales del sistema educacional chileno la transparencia, esto es, que toda información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo tanto ingresos, gastos y resultados académicos, debe ser accesible a la ciudadanía.

Luego, en relación a la participación, el mismo artículo en su letra g) determina la participación como uno de los principios primordiales, disponiendo que “Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente.”

3. Derecho a la asociación

Este derecho se vincula con el derecho a la participación anteriormente mencionado. En la ley explícitamente se hace referencia al derecho a la asociación en el artículo 10, estableciendo que los alumnos y alumnas tienen derecho a asociarse entre ellos, como además garantiza nuestra propia Constitución en su artículo 19 N°15.

4. Protección al embarazo y a la maternidad:

³⁴ El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

El artículo 11 de la Ley General de Educación dispone que “El embarazo y la maternidad en ningún caso constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel, debiendo estos últimos otorgar las facilidades académicas y administrativas que permitan el cumplimiento de ambos objetivos.”

La incorporación de la protección de este derecho resulta ser imprescindible, pues el embarazo durante la adolescencia en nuestro país es un tema preocupante en consideración a sus cifras.³⁵

5. Derecho a la continuación de estudios

Al definir lo que se entendería como enseñanza formal, la ley señala que es aquella que se encuentra estructurada y que se entrega de manera sistemática y secuencial, que debe facilitar la continuidad del proceso educativo a lo largo de la vida de las personas.

Luego, en el artículo 10 letra f) se establece como uno de los deberes de los sostenedores de establecimientos educacionales el garantizar la continuidad del servicio educacional durante el año escolar a todos sus estudiantes.

6. Derecho a las certificaciones académicas

El artículo 39, con respecto a las certificaciones “Asimismo, por decreto supremo del Ministerio de Educación se establecerán los criterios, orientaciones y el procedimiento para la certificación de aprendizajes, habilidades y aptitudes, y para la promoción de un curso a otro de los alumnos con necesidades educativas especiales que durante su proceso educativo requirieron de adaptaciones curriculares.”

Por su parte, el artículo 40 de la misma ley consagra que “Los establecimientos reconocidos oficialmente certificarán las calificaciones anuales de cada alumno

³⁵ En 2010, alrededor de 40.000 nacimientos-el 15,6% sobre el total-correspondía a madres adolescentes. La mayoría de las madres adolescentes tienen entre 15 y 19 años de edad. Datos obtenidos en MINSAL 2012.

y, cuando proceda, el término de los estudios de educación básica y media. No obstante, la licencia de educación media será otorgada por el Ministerio de Educación.”

7. Derecho al respeto de las condiciones objetivas contenidas en la publicidad

Este derecho se encuentra más bien conectado con la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y a la educación de nivel superior, pero de todas maneras tiene aplicación en establecimientos educacionales de todos los niveles del proceso educativo. Lo que se consagra al respecto entonces, se trata de respetar las condiciones tal como se debe hacer en una relación de consumo, por lo tanto, ante cualquier anuncio o promesa por parte de una institución educacional, los consumidores pueden exigir su cumplimiento mediante reclamaciones al Servicio Nacional del Consumidor.

Dentro de los derechos entonces, que consagra la propia Ley General de Educación, es posible notar una sensible omisión respecto del manejo de los datos de los menores de edad, y respecto del destino que tiene la recopilación de la información que hacen los establecimientos educacionales. No se especifica tal detalle, ni como un derecho de los estudiantes, ni tampoco como una obligación especial por parte de los sostenedores, lo que es sumamente atentatorio, y convierte un espacio que debiera inspirar protección, que es la escuela, en un espacio incongruente con los derechos de los niños, y de los adolescentes.

5.4 Respeto del proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de los datos personales

El día 15 de marzo de 2017 ingresa el proyecto de reforma de ley con boletín 11144-07 (en adelante “el proyecto” o “el proyecto de reforma”) que tiene como finalidad adecuar nuestra legislación a los parámetros de la Organización para

la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³⁶, recogiendo las respectivas recomendaciones que dicha organización ha emitido a sus países miembros, como también aportes y alcances de diferentes partícipes, como la Unidad de Evaluación de la Cámara de Diputados, el Poder Judicial, el Consejo de la Sociedad Civil de Economía Digital y la Mesa Público Privada de Protección de Datos.

Si bien el proyecto a primera vista parece tener un trasfondo más bien económico, al regular, por ejemplo, el flujo transfronterizo de datos personales, dado la expansión del comercio electrónico y el surgimiento, por lo tanto, de un mercado digital que urge regular, no sólo se centra en ello, pues contiene adicionalmente modificaciones relevantes respecto de la materia tratada en el presente estudio, es decir, el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes.

Antes de ahondar en ello de manera específica, parece pertinente identificar los principios informadores del proyecto y cuáles serían las materias sensibles y frágiles de la actual ley de manera genérica, que por lo demás, serían aquellas que convierten al proyecto de ley estudiado, en una adecuación completamente indispensable.

En definitiva, ya han sido diversos los autores que han estimado que la ley que rige actualmente no satisface de manera íntegra el tratamiento de los datos de carácter personal, por sus trascendentes omisiones, concentrándose principalmente las críticas en la inexistencia de una autoridad de control que cuente con autonomía y poder suficiente, a la falta de un registro de banco de datos privados (lo que imposibilitaría el ejercicio de los derechos ARCO³⁷ por

³⁶ Como podemos observar en DIRECON, la importancia de esta organización que reúne 34 países, reside en que “La OCDE es una Organización en la que los países comparan, intercambian experiencias en políticas públicas, identifican mejores prácticas, promueven decisiones y recomendaciones, y mediante esos y otros instrumentos legales, acuerdan y se comprometen con estándares de alto nivel técnico y avanzada voluntad política.”

³⁷ Acrónimo referido a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

parte del interesado) y a la inexistencia de sanciones ejemplares que cumplan un efecto verdaderamente disuasivo para los potenciales infractores de la Ley.

5.4.1 Principios transversales del proyecto

La ley en tramitación incorpora un conjunto de principios, respetando el sentido y la orientación dotada por la OCDE, y la legislación comparada. Estos principios inspiran toda la normativa de datos personales, y permiten una correcta aplicación e interpretación de ésta. Algunos de estos principios, son reconocidos en nuestra ley actual, como pudimos estudiar en el punto 1.3.3 del presente estudio.

Específicamente, es el artículo tercero del proyecto de ley, el que se refiere a los principios que regirían el tratamiento de datos personales, y más que sólo enumerarlos, se dedica a describirlos y detallarlos:

- (1) Licitud del tratamiento**, es en virtud de este principio el establecimiento de límites al tratamiento de datos personales, pues sólo será permitido éste cuando exista consentimiento libre y espontáneo por parte del titular, o cuando exista una disposición legal al respecto.
- (2) Finalidad**, pues la recolección de datos personales debe tener fines específicos, explícitos y lícitos. Es más, en caso de que el actor que interviene en el tratamiento de datos requiera la utilización de éstos con fines diversos a los informados, el titular deberá prestar nuevamente su consentimiento.
- (3) Proporcionalidad**, esto es, sólo deben tratarse aquellos datos que resulten estrictamente necesarios en relación con los fines del tratamiento y deben conservarse sólo por el período de tiempo que sea necesario para cumplir con éstos.
- (4) Calidad**, se refiere a que los datos almacenados deben estar dotados de exactitud, y en caso de resultar necesario, también deben ser completos y actuales, en relación con los fines del tratamiento de los

datos. Se le concede al titular de los datos el derecho de cancelación en caso de que los datos estén caducos y derecho a rectificación en caso de que los datos sean inexactos, desactualizados o incompletos.

- (5) **Seguridad**, deben existir garantías suficientes con respecto a la potencial utilización no autorizada, a la pérdida, filtración, destrucción o daño accidental de los datos. Ante cualquier incidente corresponderá al responsable acreditar el funcionamiento de las medidas de seguridad adoptadas, en base a los niveles de criticidad y a la tecnología disponible acorde a lo dispuesto en el artículo 14 quáter del proyecto de ley, distinguiéndose además en el artículo 14 sexies cuáles serían los estándares de cumplimiento del responsable en atención a diversos criterios,
- (6) **Responsabilidad**, el actor que realice el tratamiento de datos personales, será legamente responsable ante cualquier infracción a la ley estudiada.
- (7) **Información**, las prácticas y políticas sobre el tratamiento de los datos personales deben ser accesibles de manera permanente, y deben ser puestas a disposición de cualquier interesado de manera precisa, clara, inequívoca y gratuita. Podemos observar de manera más explícita la aplicación de este principio en el artículo 14 ter del proyecto de ley, especificándose cuál sería la información básica o esencial que debiera proporcionar el responsable de datos al público.

Además, en el tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos se incorporan principios concordantes, como lo son ***(8) Coordinación** ***(9) Eficiencia** ***(10) Transparencia** ***(11) Publicidad**.

Con respecto a estos últimos principios, el artículo tercero del proyecto no hace referencia alguna, y es en el título IV, que versa sobre el tratamiento de datos personales por los órganos públicos, específicamente en el artículo 21, el que detalla y ejemplifica de manera clara tales principios.

- (8) Coordinación**, según este principio, los organismos públicos deben ser congruentes y propender a un alto grado de interoperabilidad entre ellos. Esto con el fin de evitar contradicciones en la información registrada, y sobre-información a los titulares de los datos.
- (9) Eficiencia**, conforme al cual debe evitarse la mal utilización de los recursos, es decir, la duplicación de procedimientos y trámites entre organismos del Estado, entre los organismos públicos y los particulares, incluyéndose los trámites y gestiones que realicen los titulares de la información.
- (10) Transparencia y Publicidad**, los organismos públicos, en concordancia con estos principios rectores, deben dar acceso a la información libremente, con el límite obviamente, de los derechos de las personas que pudieran verse afectadas, respetando lo que dispone respecto de esta materia la Ley de Transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, ley N°20.285.

Podemos notar que algunos de los principios, como mencionamos la comenzar, son los mismos recogidos por la actual ley, como lo serían la licitud de tratamiento, la calidad, la seguridad, el de información, y la confidencialidad y secreto, pero el proyecto de reforma, además de darse el trabajo de mencionarnos y explicarlos ordenadamente en sus comienzos, también incorpora principios como el de finalidad, proporcionalidad, y responsabilidad, sumándose aquellos que tienen aplicación para el tratamiento de datos que hagan los organismos públicos.

5.4.2 Análisis del proyecto de ley que modifica la actual ley de protección de datos personales

En agosto de 2016, es emitido un informe de evaluación de la ley de protección de datos personales (en adelante, “el Informe”), por parte de la Unidad de

Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados³⁸, estableciéndose más de 10 puntos de análisis, con respectivas recomendaciones, que tienen como fin optimizar el cuerpo legal. Sin lugar a dudas, al estudiar el proyecto de ley, nos daremos cuenta de que algunas de dichas recomendaciones fueron tomadas cabalmente en cuenta al momento de estructurar el proyecto de ley, mientras que otras de ellas no fueron recogidas de manera óptima, o de plano, no fueron recogidas. Analizaremos uno a uno estos puntos, sus respectivas críticas y sugerencias, evaluando si el proyecto de ley incorpora o no un tratamiento adecuado, conforme y congruente al informe mencionado.

1) Ámbito de aplicación carece de precisión

El artículo primero del proyecto de ley enfrenta este punto determinando que la ley tendrá por objeto regular el tratamiento de datos personales que realicen personas tanto naturales como jurídicas, públicas o privadas, incluyéndose órganos públicos.

Determina el mismo artículo además que todo tratamiento realizado por las personas referidas en el párrafo anterior, mientras no se encuentre regido éste por una ley especial, quedará sujeto a las disposiciones de la ley 19.628, aplicando de manera supletoria también, en caso de existir ley especial, cuando ésta omite regulación.

Luego, el inciso final, excluye del régimen de tratamiento y protección de la ley, todos aquellos datos que realicen los medios de comunicación social que se refieran al ejercicio de la libertad de expresión, garantía protegida en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Excluye también el tratamiento que efectúen personas naturales en relación a sus actividades personales.

³⁸ Informe de evaluación de la ley 19.628. Cámara de Diputados de Chile. Agosto de 2016.

Parece ser un artículo idéntico al de la ley actual³⁹, salvo que además de ser más prolijo en su redacción, desarrolla una importante precisión en su inciso final,

pues excluye del ámbito de aplicación de la norma los datos de carácter doméstico, recogiendo de esta manera la recomendación del informe en estudio.

Ahora bien, a pesar de que es un punto satisfactorio desde determinado punto de vista, el proyecto de ley parece ignorar una situación, contenida por lo demás en el Informe, que a mi parecer, además, es relevante delimitar en atención a los peligros potenciales que representaría, sobre todo, en el mundo mercantil internacional, pues no establece el ámbito de aplicación de la ley en caso de que el prestador de servicios no se encuentre en el país.

El Informe de la Unidad de Evaluación, había propuesto que la ley establezca que la normativa rija respecto de los servicios que se presten en Chile, independiente a si el prestador se encuentre fuera del país. Esta recomendación, a primera vista, no fue acogida por el proyecto de ley, pues no se puede desprender del artículo primero. Es posible de todas maneras, contemplar dentro del proyecto de reforma un artículo al que se hace mención a la poca importancia de la localización del prestador de servicios, cuando este deba hacerse responsable. Al definirse en el proyecto en el artículo 2 letra m) que se debe entender por responsable de datos, se determina que este lo será “con independencia de si los datos son tratados directamente por él o a través de un tercero o mandatario, y de su localización”.

³⁹ El art.1 de la ley 19.628 dispone lo siguiente: “El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N°12, de la Constitución Política. Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.”

Esto, a pesar de no poderlo extraer de manera explícita, da a entender que incluso la ley considerará como responsable, y por tanto, se regirá por ésta, a quien trate datos personales directa, o indirectamente, y sin importar su ubicación geográfica, es decir, incluso si se encuentra el prestador de servicios fuera del país.

2) Concepto de dato personal es insuficiente

El concepto de dato personal se reemplazaría, determinándose que éstos se referirían a “cualquier información vinculada o referida a una persona natural, identificada o identificable a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados”. Lo novedoso del proyecto se puede resumir a la incorporación de la última frase, que por lo demás, merece cuestionamiento por su amplitud. ¿Qué se entendería por “medio razonable”? Es un punto que, a mi parecer, por resultar tan etéreo, generará eventualmente controversias, que probablemente en algún momento corresponderá a la doctrina y/o a la jurisprudencia resolver.

Por otro lado, uno de los puntos del Informe se dirige a que la ley actual no cuenta con los elementos suficientes como para lograr distinguir entre un dato personal y un dato meramente estadístico. Este punto a todas luces no se ve satisfecho en el proyecto de ley, lo que resulta preocupante, pues es justamente el concepto de “dato personal” el que requiere, debido indubitablemente al objeto de la propia ley, que es la protección de éstos, el que merece de una definición pulcra, y una delimitación exacta, que no conduzca bajo ninguna circunstancia a incertidumbre jurídica.

El hecho de que puedan los conceptos de “datos personales” y de “datos estadísticos” yuxtaponerse, se traduce en un peligro invaluable, pues ciertas entidades podrían ampararse en esta imprecisión para llegar a extremos tales como la malversación y el abuso de datos personales.

Un dato estadístico, en términos generales, es aquel que permite, luego de un proceso de análisis, comparación e interpretación, llegar a una conclusión, tomando relevancia en el mundo de la investigación.

En términos específicos, es decir, en relación a la materia en estudio, corresponde, dado que no existe una definición clara en la actual ley, y tampoco en el proyecto, definirla por exclusión, por lo que un dato estadístico sería todo aquel que no puede ser asociado a un titular identificado o identificable, lo que evidentemente, perpetúa los vacíos de la ley actual.

3) Actores que intervienen en el tratamiento de datos no son considerados por la norma

La crítica elaborada en el Informe apunta, en primer lugar, a la debilidad del concepto de responsable de base de datos, y a la falta de una distinción con respecto a los actores intervinientes, en atención a las diversas etapas de tratamiento de datos que existen, recomendando que el proyecto de reforma incorpore los conceptos de controlador, encargado e intermediario y procesador de datos, consagrando deberes y sanciones específicas para cada uno.

Con respecto al primer punto, el artículo 2 letra m) del proyecto, como pudimos ver en el primer punto, trata de responsable de datos a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada a quien compete decidir acerca del tratamiento de datos personales, con independencia de si los datos son tratados directamente por él o a través de un tercero o mandatario, y de su localización.

La novedad del proyecto se concentra en lo subrayado, incorporando el proyecto la situación de que el tratamiento de los datos lo haga directamente el responsable, o lo haga por medio de un intermediario. No realiza distinción entonces, referida a las distintas etapas de tratamiento de datos, manteniendo a estos diversos actores dentro del mismo régimen de responsabilidad.

4) Regulación del consentimiento no contempla nuevas tecnologías

La ley actual regula el consentimiento sin realizar ningún tipo de distinción de datos, es decir, trata indistintamente aquellos datos de carácter personal genéricos y aquellos datos que por sus características resultan ser sensibles (y por tanto, merecedores de un respaldo y protección diferenciada). Tampoco la ley actual trata de manera específica el consentimiento en casos de que éste se

otorgue por medios o sistemas informáticos, lo que además de resultar anacrónico y disconforme con las nuevas tecnologías, se traduce en un clima de incerteza jurídica grave.

Dentro de las recomendaciones que se desprenden del Informe de la Unidad de Evaluación, es posible vislumbrar dos pertinentes a la crítica tratada en el párrafo anterior, una dirigida hacia la distinción entre tipo de datos, para que el consentimiento en materia de datos sensibles sea expreso y previo, mientras que para los demás datos personales se requiera un consentimiento inequívoco, pero no necesariamente previo. Por otro lado, la siguiente crítica está destinada a corregir el tratamiento del consentimiento otorgado a través de medios informáticos, sugiriendo que la ley explicita si este tipo de consentimiento satisface el requisito de escrituración.

El Informe al respecto, establece además una tercera recomendación, relativa a la obligación que debiera tener el responsable del tratamiento de datos personales, de incorporar mecanismos idóneos que permitan a los titulares de los datos otorgar el consentimiento de manera óptima.

El proyecto de ley, en su artículo 2 letra o) define el consentimiento como: 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. Esto último no sólo resulta destacable en aspectos de aplicación general de la ley, sino que además implica un verdadero avance en la materia que convoca el presente trabajo, que es el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, pues resuelve adecuadamente la discusión tratada en el punto N° 4 de nuestro estudio.

En cuanto a la regulación del consentimiento en el proyecto de ley, su artículo 12, al tratarlo, establece que “el consentimiento del titular debe ser libre e

informado, otorgarse en forma previa al tratamiento y debe ser específico en cuanto a su finalidad o finalidades. Debe manifestarse de manera inequívoca, mediante una declaración verbal, escrita o realizada a través de un medio electrónico equivalente o mediante un acto afirmativo que dé cuenta con claridad de la voluntad del titular.”

Es claro que el proyecto entrega una definición completa de consentimiento, supliendo las deficiencias de la actual ley⁴⁰, y establece más condiciones y responsabilidades a quien posee el registro o banco de datos. Entre éstas el mismo artículo más adelante determina que “los medios utilizados para el otorgamiento o la revocación del consentimiento deben ser expeditos, fidedignos, gratuitos y estar permanentemente disponibles para el titular.” Y que “corresponde al responsable probar que el tratamiento de datos realizado contó con el consentimiento del titular o fue efectuado por disposición de la ley.”

Todo lo anterior es congruente con dos principios rectores consagrados en la ley, a saber, el principio de licitud de tratamiento, y el principio de información.

Finalmente, y respondiendo a la necesidad de una categorización y distinción entre el tratamiento del consentimiento entre datos personales de carácter general y datos sensibles, el artículo 16⁴¹ del proyecto desarrolla, de manera apartada, cuáles serían las pautas en relación al tratamiento de datos sensibles.

⁴⁰ Incluso el artículo 2 de la actual ley no consagra la definición de “consentimiento” dentro su art. 2, y nombra la palabra de manera somera en su art. 10, para referirse al tratamiento de datos sensibles, en su art.20 para referirse al tratamiento de datos personales por los organismos públicos y finalmente, en su título final, art. 24 que modifica el artículo 127 del Código Sanitario.

La ley más bien hace referencia al concepto de “autorización” en su art. 4, determinando que éste debe ser por escrito y debidamente informado respecto de la finalidad de los datos.

⁴¹ El art.16 inciso n°1 del proyecto consagra lo siguiente: “Regla general para el tratamiento de datos personales sensibles. El tratamiento de los datos personales sensibles sólo puede realizarse cuando el titular a quien conciernen estos datos preste su consentimiento libre e informado, otorgado previamente, para un tratamiento específico y lo manifieste en forma expresa a través de una declaración escrita, verbal o por un medio tecnológico equivalente.” Y luego establece una serie de situaciones en las que no sería necesario el consentimiento del titular.

Podemos observar de manera inmediata, que a pesar de ser tratados de manera apartada estas diferentes categorías de datos, el tratamiento con respecto al consentimiento es idéntico, no acogiendo el proyecto, por lo tanto, la recomendación hecha por el Informe. En ambas situaciones se recoge que el consentimiento debe ser libre, informado, específico y previo.

5) Excepciones se convierten en regla general

Debido a la amplitud de las excepciones, convertirían al consentimiento en una situación poco frecuente en términos prácticos. Como vimos, actualmente la ley no hace referencia a la palabra “*consentimiento*”, y utiliza en su lugar la palabra “*autorización*” determinando en su artículo 4 una serie de excepciones⁴² que resultan ser excesivas. En materia de tratamiento de datos sensibles⁴³, la ley actualmente también considera numerosas circunstancias en las que no es necesario el consentimiento del titular.

En este punto, dentro del Informe no se establecen recomendaciones claras, y sólo es posible extraer la crítica trazada en el párrafo anterior.

El proyecto de ley sigue la misma línea que la ley actual en cuanto a las excepciones del consentimiento, y establece diversas situaciones, en sus

⁴² El art.4 de la ley 19.628 establece como excepciones de la siguiente manera:

“No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en estados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados, y de las entidades a las que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.

⁴³ El art. 10 de la ley actual, respecto de los datos sensibles establece lo siguiente: “No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.”

artículos 13 y 16, y lo que concierne respecto a organismos públicos, según se desprende de del título IV. Estas situaciones de excepción, a pesar de encontrarse redactadas de mejor manera, y lograr clarificar varias de las deficiencias terminológicas de la ley actual, continúan con una amplitud que convierte al consentimiento en una realidad de escasa aplicación.

6) Fuentes accesibles al público: definición poco clara y escaso control sobre su finalidad

En el Informe, al hablar de fuentes accesibles al público, se elaboran críticas orientadas principalmente por dos criterios. El primero, en términos conceptuales, y luego, criticada como excepción contenida en el artículo 4 de la actual ley, como vimos en el desarrollo del punto N°5.

La ley actualmente contempla de manera escueta dentro de sus definiciones previas, a las fuentes accesibles al público.⁴⁴ La definición es bastante concisa, pero a su vez es bastante amplia, lo que se traduce en problemas de inexactitud y concentra además la facultad de mantener o no un registro abierto al público al propio titular. El Informe acertadamente realiza un alcance de los peligros que genera que recaiga en manos del titular la decisión, pues no es desconocido el hecho de que la educación que cuenta la ciudadanía en materia de protección de datos personales es paupérrima.

La modificación de la ley en tramitación en esta materia es significativa, pues define nuevamente, y de mejor manera, lo que serían las fuentes de acceso público⁴⁵, además de encomendar la tarea de resolver de cualquier duda o controversia que se suscite ante la dificultad de delimitar si una fuente es o no de acceso público, a la Agencia de Protección de Datos Personales.

⁴⁴ El art.2 letra i) de la ley actual dispone: “Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.” Las dudas o controversias que se susciten sobre si una determinada base de datos es considerada fuente de acceso público serán resueltas por la Agencia de Protección de Datos Personales, quien podrá identificar categorías genéricas, clases o tipos de registros o bases de datos que posean esta condición.”

⁴⁵ El art.2 letra i) del proyecto de ley consagra como fuentes de acceso público a: “todas aquellas bases de datos personales, públicas o privadas, cuyo acceso o consulta puede ser efectuado en forma lícita por cualquier persona, sin existir restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización.”

Encomendar dicha tarea a un organismo con las características que reúne la Agencia, es decir, a un organismo público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es un acierto total, pues su independencia le dota de una imparcialidad que ningún otro organismo podría suplir.

7) Imprecisión en el tratamiento de datos por personas jurídicas privadas

El artículo 4 de la ley 19.628 establece, dentro de las ya mencionadas numerosas excepciones, que respecto de los datos personales que recopilen personas jurídicas privadas “para uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”

La norma evidentemente es amplia en términos de redacción, lo que es complejo, ya que estamos hablando de una excepción, por lo que la rigurosidad en la transcripción de este tipo de normas debiera primar ante todo. Lo anterior conlleva a problemáticas graves⁴⁶, como lo es la utilización abusiva de la excepción por parte de las personas jurídicas privadas. Es justamente por esto, que la sugerencia consagrada en el Informe se encamina a la necesidad de clarificar y detallar cuales serían los casos específicos en que las personas jurídicas privadas no requerirían el consentimiento del titular.

⁴⁶ Al respecto, en materia jurisprudencial, la Corte Suprema en Rol N° 1533-15, en caso contra Ticketmaster en atención a la recopilación de datos que ésta hace, en su considerando decimotercero estimó que “la cláusula Política de privacidad de Ticketmaster también autoriza a la denunciada a utilizar la información obtenida a través del sitio “para diversos objetivos comerciales, como lo es el proporcionar datos estadísticos (por ejemplo: 50% de nuestros Usuarios son mujeres) a anunciantes potenciales, enviar publicidad a los Usuarios de acuerdo a sus intereses específicos, conducir investigaciones de mercadeo, y otras actividades o promociones que T. considere apropiadas Esta cláusula contraviene lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 de la citada ley de protección de la vida privada: “El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión”. Esta prohibición no es más que una particularización de la prohibición genérica del artículo 4 de la misma ley citado en los motivos precedentes, pues tal utilización de datos personales también se encuentra incluida en la definición del “tratamiento de datos”.

La modificación a la ley en tramitación dispone dentro de su artículo 13⁴⁷ las excepciones al consentimiento, en caso de que los datos sean personales en términos genéricos y no pertenezcan a una particular categoría de datos. Si bien es posible notar que las demás excepciones al consentimiento se mantienen, como la de aquellos datos adquiridos de fuentes accesibles al público, o aquellos datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, no se puede observar referencia alguna a la excepción que gozan las personas jurídicas privadas. Ahora bien, de la letra c) del mismo artículo citado, se dilucida un espíritu similar al de la ley actual, toda vez que habla de “(...) cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular”

Por regla general, las obligaciones emanadas de un contrato derivan de la existencia de una relación entre privados, en este caso, entre un titular particular y una persona jurídica privada, razón por la cual es notorio que la excepción no ha desaparecido, sino que ha sido corregida en términos terminológicos, y se ha transformado en una norma más concreta, y por tanto, menos susceptible a los malos usos.

8) Utilización abusiva de datos sensibles

Si bien en el propio Informe se elogia el hecho de que el concepto sea de carácter abierto, se estimó que dentro de la definición no existían ejemplos suficientes, y tampoco criterios tendientes a lograr delimitar el concepto de

⁴⁷ Art.13. “Excepciones al consentimiento: No se requiere el consentimiento del titular en los siguientes casos:

- a) Cuando el tratamiento se refiere a datos personales que han sido recolectados de una fuente de acceso público.
- b) Cuando el tratamiento esté referido a datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial y se realice de conformidad con las normas del título III de esta ley.
- c) Cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular.”

manera más clara, provocándose confusiones en momentos de requerirse exactitud en la categorización de datos.

La definición de “*dato sensible*” es modificada por el proyecto de ley, manteniendo en cierta medida la definición de la actual ley⁴⁸, agregando algunos puntos relevantes que eran necesarios determinar⁴⁹

Es loable que el proyecto incluya dentro de esta definición la orientación sexual, y la identidad de género, tomando en cuenta el actual proyecto de ley en tramitación que pretende regular al respecto, boletín 8924-07, creándose una normativa integral y sistemática con nuestro ordenamiento jurídico.

Las demás modificaciones al artículo, adicionalmente a la de la incorporación de la identidad genética y biomédica, implican más bien correcciones terminológicas, como el reemplazar la acepción de “opiniones políticas” a la de “afiliación política”.

En definitiva, la modificación al artículo nos entrega indudablemente una definición perfeccionada al adicionar elementos clarificadores y ejemplos que permiten enfrentarnos de mejor manera a la controversia que suscita la categorización de datos.

Finalmente, en congruencia con el marco teórico del presente trabajo, en el Informe se contempla como sugerencia que se incorpore dentro de la definición de datos sensibles, aquellos datos que conciernen a niños, niñas y adolescentes. Como vimos, dicha sugerencia no fue acatada al momento de estructurar el proyecto de ley. Ahora bien, a pesar de que de la propia definición

⁴⁸ El art. 2 letra g) de la ley actual dispone que datos sensibles serían “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”

⁴⁹ El art. 2 letra g) del proyecto de ley define datos sensibles como “aquellos datos personales que conciernen o se refieren a características físicas o morales de una persona, tales como el origen racial, ideología, afiliación política, creencias y convicciones religiosas o filosóficas, estado de salud físico o psíquico, orientación sexual, identidad de género e identidad genética y biomédica”

no sea posible extraer que los datos de niños, niñas y adolescentes sean datos sensibles, más adelante, en materia de responsabilidad por infracciones a la ley, según dispone el artículo 38 letra d), es posible homologar los datos personales sensibles y los datos personales de niños, niñas y adolescentes, toda vez que califican ambos dentro de la misma categoría infraccional, como veremos al finalizar este estudio.

9) Ausencia de límites en el tratamiento de datos por organismos públicos

La falta de límites en el tratamiento de datos por organismos públicos corresponde a una circunstancia flagrante, en atención principalmente a dos cuestiones.

Hay que señalar que, respecto del tratamiento de los organismos que hace la ley vigente, y el proyecto de ley en curso, existen críticas, primeramente, en torno a un concepto poco claro⁵⁰, que no fue perfeccionado por el proyecto. Otra crítica como se refiere a que el tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos configura una de las situaciones, según dispone el artículo 20 de la actual ley 19.628, en que no se requiere el consentimiento del titular. Esto concede a los organismos públicos una facultad excesiva, pues los únicos límites existentes, que se dependen del mismo artículo, hacen referencia a que los datos recopilados o procesados sean respecto de “materias de su competencia” y “con sujeción a las reglas precedentes”.

Ahora bien, en el Informe se recomienda mantener las condiciones que impone el artículo 20 como limitantes al tratamiento de datos, clarificando que el hecho de que no se requiera consentimiento del titular debe siempre verse amparado por el principio de finalidad, es decir, los fines del tratamiento deben ser específicos, explícitos y lícitos.

⁵⁰ En oficio N° 63-2017. Informe proyecto de ley N°5-2017 respecto de la falta de claridad en la definición de “organismo público” se señala lo siguiente: “Así, el problema de la definición dice relación con la ambigüedad que se produce en varios ámbitos, en los que el estatus de público o privado de los organismos no resulta tan claro, lo que complica la aplicación de la normativa”.

Estudiando el proyecto de reforma, observamos que uno de sus objetivos específicos justamente es “definir estándares regulatorios, condiciones operacionales y un marco institucional que legitime el tratamiento de los datos personales por parte de los órganos públicos, garantizando el cumplimiento de la función pública y los derechos de los ciudadanos.”

Efectivamente entonces, el proyecto, mediante variadas herramientas concretas, manifiesta el ánimo de modernizar el tratamiento de datos personales por parte de órganos públicos. Estas herramientas concretas corresponden a las siguientes:

- a. Se determina que el tratamiento de datos personales por parte de estos órganos será lícito cuando se realiza para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad a las normas legales correspondientes.
- b. Se incorporan principios orientadores (coordinación, eficiencia, transparencia y publicidad) que sólo tendrían aplicación para el tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos.
- c. Son consagrados mecanismos idóneos para la protección de los derechos de los titulares, incluso se define un procedimiento de reclamación administrativa y de tutela judicial efectiva para el ejercicio y protección de éstos.
- d. Se consagra un régimen de responsabilidad y de sanciones en el Párrafo Cuarto del proyecto, apartado del régimen común.
- e. Se establece un régimen de excepciones detallado en el artículo 24 del proyecto⁵¹.

⁵¹ El art. 24 del proyecto de ley considera como excepciones:

a) Cuando efectúen tratamiento de datos que se encuentran protegidos por normas de secreto o confidencialidad establecidas en sus respectivas leyes. Cuando en cumplimiento de una obligación legal un órgano público comunica o cede a otro órgano público datos protegidos por normas de secreto o confidencialidad, el organismo público receptor deberá tratarlos manteniendo la misma obligación de secreto o confidencialidad.

b) Cuando realicen tratamiento de datos personales para la investigación, persecución, enjuiciamiento o sanción de infracciones penales, civiles y administrativas.

- f. Además, en el artículo 31 letra j) se le encomienda a la Agencia de Protección de Datos Personales que colabore con los órganos públicos en el diseño e implementación de políticas y acciones destinadas a velar por la protección de los datos personales y su correcto tratamiento.

En segundo lugar, y revisando el segundo punto débil que conduce a la falta de límites en el tratamiento de datos, por este tipo de organismos, es preciso atender al hecho de que, actualmente el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la norma es el Consejo para la Transparencia. Esta es una situación que además de ser cuestionada en el Informe, lo es por la mayoría de los agentes conocedores de la materia. Esto se debe en gran medida a que el Consejo para la Transparencia no posee facultades fiscalizadoras ni sancionadoras, y es cuestionada además la aptitud del Consejo por su falta de independencia e imparcialidad, tomando en cuenta la influencia del Poder Ejecutivo respecto del nombramiento y remoción de Consejeros.

En este mismo sentido, el profesor Becerra opina que “En otro orden de cuestiones, resulta complejo encomendarle al CPLT una función que, a mi juicio, representaría una permanente tensión y oposición con su misión institucional por excelencia: la transparencia pública” (Becerra, 2013: 178)

Es por esto que es imperativo detenernos en el nuevo régimen de responsabilidad y sanciones en general, donde por lo demás, se establece la obligación a la autoridad o jefe superior del órgano público de velar por el

c) Cuando efectúen operaciones de tratamiento de datos personales en actividades relacionadas con la seguridad de la nación, la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

d) Cuando se haya declarado estado de catástrofe o estado de emergencia, de conformidad a la ley y mientras permanezca vigente la respectiva declaración.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, los tratamientos de datos personales que realicen los organismos públicos deberán cumplir siempre con los principios de licitud del tratamiento, calidad, seguridad y responsabilidad establecidos en esta ley.”

cumplimiento de las disposiciones legales. Las infracciones a la ley en que incurra un órgano público en el tratamiento de los datos personales, serán determinadas por la Agencia de Protección de Datos Personales, en virtud de una fiscalización de oficio o como resultado de un reclamo o denuncia presentada por algún particular.

Las sanciones administrativas son aplicadas por la Contraloría General de la República, luego de un procedimiento administrativo, al cual se da inicio ya sea mediante requerimiento a la propia Contraloría General de la República, o a la Agencia de Protección de Datos Personales. Posterior a ello, y conforme a la ley N° 20.285⁵² las sanciones efectivamente llevadas a cabo, serán publicadas. Todo lo anterior, sin perjuicio de que puedan configurarse responsabilidades individuales, es decir, por parte de un funcionario infractor identificable.

Otra novedad del proyecto es la regulación del tratamiento de datos de organismos como el Congreso Nacional, el Poder Judicial y organismos públicos dotados de autonomía constitucional en su Título VIII. En este caso, se considera como lícito el tratamiento de datos por parte de estos organismos siempre y cuando se realice para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad a las normas especiales que se establecen en sus respectivas leyes orgánicas, respetando además las normas que dispone el mismo proyecto acerca de los demás órganos públicos, salvo a lo que se dispone en el artículo 14 quinquies del proyecto, que corresponde al deber de reportar a la Agencia de Protección de Datos Personales las vulneraciones a las medidas de seguridad.

Cabe mencionar que, con respecto a los órganos e instituciones tratados en el párrafo anterior, quedarán excluidos, según determina el propio proyecto, de la regulación, fiscalización o supervigilancia de la Agencia de Protección de Datos

⁵² El inciso final del Art. 48 del proyecto de reforma dispone que “Las sanciones previstas en este artículo deberán ser publicadas en el sitio web de la Agencia de Protección de Datos Personales y del respectivo órgano o servicio, conforme al artículo 7 de la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde que la respectiva resolución quede firme.”

Personales. Esto se debe a que sus propias autoridades superiores ejercerán la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, ante la producción de alguna infracción. Además, estas mismas autoridades serán las encargadas de dictar las políticas, normas e instrucciones pertinentes para dar cumplimiento cabal a la legislación que refiere esta materia. Esta exclusión, no quiere decir que no puedan estos organismos recurrir a la Agencia cuando requieran de asistencia técnica, y es más, incluso esto configura uno de los deberes de la Agencia según dispone la letra b) del artículo 31 del proyecto.

10) Registro de banco de datos de organismos públicos

Como pudimos estudiar en el apartado 1.3.3 del presente trabajo, existe la obligación de los organismos públicos de llevar un registro de los bancos de datos personales por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, en atención a lo que dispone el Decreto N° 779, y el artículo 22 de la actual ley N° 19.628, en donde además se determinan las condiciones de dicho registro.⁵³

A pesar de especificarse las condiciones que debe llevar el registro en ambos cuerpos legales, no se establecen sanciones en caso de que un organismo público no inscriba sus bases de datos en el Registro Civil, ni un plazo límite apremiante para que el organismo inscriba, a pesar de lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto N°779⁵⁴, pues es un plazo simplemente aparente, es decir, que rige sin consecuencias jurídicas. Esto obviamente ha conllevado a que exista un elevado número de incumplimiento, o más bien, evasión de la norma. No sorprende entonces que las recomendaciones entregadas por el

⁵³ El art. 22 inciso n°2 de actual ley 19.628 consagra lo siguiente con respecto a las condiciones de registro de datos: "Este registro tendrá carácter público y en él constará, respecto de cada uno de esos bancos de datos, el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, tipos de datos almacenados y descripción del universo de personas que comprende, todo lo cual será definido en un reglamento."

⁵⁴ El art. 6 del Decreto 779 dispone que "los organismos públicos que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento mantengan bancos de datos personales, deberán proceder a su inscripción en el Registro de que trata este reglamento, dentro del plazo de tres meses, contados desde igual fecha. Los organismos públicos que se hagan responsables de nuevos bancos de datos personales deberán proceder a su inscripción, dentro del plazo de 15 días contados desde que se inicien las actividades del respectivo banco de datos", de lo dispuesto tanto en dicho artículo, como de la normativa pertinente en general, no es posible extraer consecuencia jurídica alguna.

Informe en esta materia se remiten a la creación de verdaderas sanciones en caso de que un organismo público no inscriba sus bases de datos, dentro de un plazo determinado por la ley.

El proyecto de ley no acata la recomendación del Informe, e incluso procede a la eliminación del registro de bases de datos personales que actualmente Servicio de Registro Civil e Identificación lleva. Se establece además que dicha eliminación deberá llevarse a cabo dentro de los sesenta días anteriores a la entrada en vigencia de las modificaciones a la ley, según señala el artículo transitorio del proyecto. De todas maneras, dada la abrasiva modificación que existe respecto del tratamiento de datos por parte de organismos públicos, resulta del todo compatible la eliminación del registro.

El proyecto de reforma, a partir de su artículo 53, dispone la creación de un registro público llevado a cargo de la Agencia de Protección de Datos Personales, toda vez que las entidades posean una certificación, que será otorgada una vez que se constate la propia Agencia de que el modelo de prevención de infracciones y el programa de cumplimiento reúna los requisitos y elementos establecidos en la ley y su reglamento. También incluirá dicho registro aquellas entidades cuya certificación haya sido revocada por la Agencia.

11) Procedimiento de amparo: indefensión del afectado por infracciones a la ley

El artículo 16 de la ley 19.628 establece el procedimiento al que debe recurrir un afectado, en caso de que el responsable del registro de datos no se pronuncie en el plazo de dos días hábiles o denegare su solicitud de información, modificación, cancelación o bloqueo de datos por causas no justificadas por la ley, que serían todas aquellas causas distintas de la seguridad o interés nacional.

El procedimiento concede al titular de los datos la facultad de recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable del banco de datos, determinándose multas y diferentes medidas sancionadoras en caso de que el responsable no de cumplimiento a lo resuelto por el tribunal en un plazo prudencial. Esto genera una doble victimización al afectado, pues además de verse vulnerados los derechos reconocidos en la ley, implica una inversión significativa en términos de tiempo y, obviamente, monetarios. No es solamente grave por los gastos en que debe incurrir el afectado, sino que también debe sumársele la inequidad entre las partes en el proceso, tanto en el ámbito económico como en el ámbito de los conocimientos, existiendo una asimetría de información importante, cultivada además por la falta de educación que existe en materia de protección de datos personales.

Considerando la categoría de los derechos, y lo grave que podrían resultar las consecuencias de su vulneración, no resulta menor que el procedimiento de amparo de éstos no sea eficaz. Es preciso recordar, que los derechos que se ven afectados por regla general son aquellos que se invocan en circunstancias en que los datos del titular resultan ser inexactos, erróneos, equívocos o incompletos. Los perjuicios derivados de datos imperfectos son incalculables y asimismo inconcordantes con el principio de calidad, que es un principio informador de la ley.

No está demás mencionar que dicha observación no es proveniente tan sólo del Informe, sino que han existido ya diversos autores que han cuestionado el procedimiento de amparo en cuestión. Becerra Poblete ha considerado al respecto que “En buenas cuentas, entregar la misión de tutela de derechos fundamentales a un juez civil significa poner exclusivamente sobre los hombros del individuo los costos, dificultades e impulso procesal para sustanciar un litigio, y hacerlo bajo reglas y ante tribunales en exceso formalizados y legicentristas, en circunstancias de que se trata de la protección de un bien jurídico fundamental que excede con creces del interés meramente privado del afectado” (Becerra, 2013: 182)

Ya atendida su importancia, vemos que el proyecto de reforma se encuentra efectivamente encaminado a eliminar la judicialización, incorporando un procedimiento para el afectado, que resulta congruente con su calidad de tal, simplificando la manera en que el individuo ejerce sus garantías, y eliminando lo engorroso del procedimiento de amparo.

Sabemos que dentro de los deberes que tiene el responsable de datos, se encuentra el deber de información y transparencia, según señala el artículo 14 ter del proyecto, y en específico en su letra c) se detalla que debe permanecer en permanente acceso al público la dirección de correo electrónico, el formulario de contacto o la identificación del medio tecnológico equivalente a través del cual se le notifican las solicitudes que realicen los titulares. En un primer momento entonces, el afectado debe formular una solicitud directa dirigida a la dirección de correo electrónico o a los demás medios ya singularizados, ante la cual, el responsable tendrá un máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.

Si esto no ocurre, es la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales la que resulta imprescindible para la cobertura de este frágil e insatisfactorio punto de la actual ley, debido a que la actuación de este organismo independiente como autoridad de control, no implicaría gastos para el titular de datos, y facultando a éste, para formular directamente una reclamación ante la Agencia, luego de no haber obtenido respuesta satisfactoria por parte del agente responsable, ya sea por una denegación total o parcial a la solicitud del afectado, determinándose el procedimiento en el artículo 45 del proyecto de ley.

Una novedad que viene a amparar los derechos del titular, a mi parecer, al fin en consideración y concordancia a las devastadoras consecuencias que podría tener una denegación a sus solicitudes, ya sean de modificación, bloqueo o

cancelación de datos, es el bloqueo temporal de éstos⁵⁵ Esto representa un avance significativo, pues pone a la víctima al fin bajo la protección de la institucionalidad, en consideración de que además, no cumplir con el bloqueo de datos ante la solicitud del titular, o denegárselo sin razones justificadas, es una infracción leve según el proyecto de reforma.

No está demás hacer el alcance de que el bloqueo temporal, acarreará críticas similares a las que suscitó en su momento la implementación de la tutela anticipada del artículo 492 del Código del Trabajo⁵⁶, en las que no haré mayor hincapié en el presente trabajo por razones obvias.

Al respecto, a pesar de que observamos que en su mayoría el punto se encuentra satisfecho por el proyecto de reforma, pues se suprime la judicialización, está aún lejos de ser perfecto, pues podemos identificar vacíos. Como un primer alcance, la falta al deber del responsable de mantener en permanente acceso al público una vía de comunicación, es sancionable según se dispone en el artículo 38 del proyecto configurando una infracción leve, y, por lo tanto, sancionable con amonestación escrita o multa de 1 a 50 unidades tributarias mensuales. ¿No será conveniente entonces, para el ente privado, dado lo blandas que son las sanciones, mantener fuera de alcance de los titulares dicha información?

No es algo que deba dejarse en el tintero, considerando lo inescrupulosos que pueden llegar a ser dichos entes, y lo grave que puede resultar la vulneración de este tipo de derechos.

12) Norma carece de sanciones efectivas en caso de infracción

⁵⁵ Art. 11 inciso 5 proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de datos personales y creó la Agencia de Protección de Datos Personales. “Cuando se formule una solicitud de rectificación o cancelación, el titular tiene derecho a solicitar y obtener del responsable el bloqueo temporal de los datos. La solicitud de bloqueo temporal debe ser fundada y el responsable deberá responder a este requerimiento dentro de los 2 días hábiles siguientes a su recepción. En caso de negativa, el responsable deberá invocar una causa justificada y fundar su respuesta.”

⁵⁶ Véase al respecto el estudio del profesor Palavecino Cáceres “el procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile” en Revista chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 5. N°9, 2014

Actualmente, las sanciones en caso de infracción a la ley son escuetamente tratadas en el artículo 16 de ésta, efectuándose en caso de que el juez acoja la reclamación estudiada en el punto anterior, fluctuando las multas desde 1 hasta 50 unidades tributarias mensuales. Las críticas van dirigidas a la falta de un catálogo de sanciones aplicables a diferentes tipos de infracciones, atendiendo a su gravedad como criterio rector y a lo poco ejemplificadoras, y al bajo efecto disuasivo de las multas en razón a su paupérrimo monto.

El proyecto de ley responde a esta debilidad en sus artículos 38 y 39, en el primero, determinándose cuales serían las conductas reprochables y clasificándolas según su gravedad, y en el segundo detallándose cuales serían las sanciones correspondientes a los que incurran en algún tipo de infracción, clasificando éstas en infracciones leves, graves y gravísimas.

A las infracciones leves, se les sancionaría con amonestación escrita o una multa que fluctúe entre 1 a 50 unidades tributarias mensuales, a las infracciones graves con multa de 51 a 500 unidades tributarias mensuales y a las infracciones gravísimas, con una multa que iría desde los 501 a 5000 unidades tributarias mensuales. Posteriormente, en artículo inmediatamente siguiente, se establecen cuáles serían los criterios que la Agencia de Protección de Datos personales deberá tener en cuenta para la determinación del monto de la multa.⁵⁷

⁵⁷ El art. 40 determina como criterios los siguientes: a) La conducta realizada por el responsable y la naturaleza de la infracción. b) Si la conducta fue realizada por el responsable de datos con falta de diligencia o cuidado, a sabiendas o maliciosamente. c) Si el infractor es una persona natural o jurídica. d) Si se trata de una fundación, asociación o cualquier otra entidad que no persiga fines de lucro y cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa, sindical o gremial. e) En el caso de las empresas se debe tener en cuenta el monto de las ventas de la empresa infractora conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N° 20.416. f) El perjuicio producido con motivo de la infracción, especialmente el número de titulares de datos que se vieron afectados. g) Los beneficios obtenidos por el responsable a consecuencia de la infracción. h) La conducta anterior del responsable, la reiteración de los hechos y el carácter continuado de la infracción. i) La existencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad o de atenuantes calificadas.

El artículo 42 del proyecto contempla sanciones accesorias, como lo sería la suspensión de las operaciones de tratamiento de datos por parte del responsable hasta por 30 días, esto, cuando al responsable se le impongan multas por infracciones graves o gravísimas reiteradas, y cuando se estime que existan circunstancias debidamente justificadas.

No es menos importante, la creación de un Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones, de acceso público y gratuito, con plataforma electrónica, administrado por la propia Agencia de Protección de Datos Personales. Este registro, dota de un control efectivo, pues configura un elemento disuasivo importante para los poseedores de bases de datos, al ser públicas sus anotaciones por un período no menor, y en consecuencia de ello, contribuye adicionalmente a eliminar el sentimiento de impunidad, que como vimos, es generalizado en la ciudadanía.

13) Fiscalización y control: Ausencia de órgano administrativo repercute en la aplicación de la norma

La ausencia de un órgano fiscalizador genera desconfianza, y como acabamos de ver, una generalizada sensación de impunidad ante una eventual complicación en el destino de los datos, como lo serían un inadecuado uso de éstos. Por lo tanto, la ausencia de un órgano con las facultades suficientes es preocupante, y es por lo demás una de las debilidades mayormente identificadas de nuestra normativa actual. Debido a esta fragilidad, es que organismos que no son idóneos, como el Consejo para la Transparencia, se han encargado de velar por el cumplimiento de la ley, esto, como vimos, sólo respecto del tratamiento que hagan los organismos públicos, quedando fuera de la esfera de control de la ley, la fiscalización respecto del tratamiento que hagan las personas jurídicas privadas.

No podemos menospreciar los daños que se atribuyen a este escenario jurídico, pues podrían repercutir en el núcleo más íntimo de un individuo, denegándosele el acceso a un crédito o incluso coartando sus oportunidades laborales.

Las recomendaciones del Informe, además de evidentemente centrarse en la creación de una autoridad administrativa con las facultades fiscalizadoras, y sancionadoras, se extienden más allá, acatando otras necesidades, como lo es combatir la desinformación que existe respecto de la normativa en estudio, mediante la elaboración de políticas públicas de difusión y educación en protección de datos personales encomendada al mismo organismo.

La primera recomendación del Informe es acatada por el proyecto de reforma, entendiéndose que la creación de un organismo instrumental es uno de los objetivos más importantes del proyecto de ley. En su título IV, y específicamente en su artículo 30, se establece la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales, que se encargará de velar por el cumplimiento de la normativa que

se refiera al tratamiento de datos personales y su protección. En el artículo inmediatamente siguiente, se enumeran cuáles serían las funciones y atribuciones del mencionado órgano, encontrándose dentro de estas, específicamente en la letra c) de citado artículo, la función de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley, y en su letra f) la función de ejecutar su potestad sancionadora sobre las personas naturales o jurídicas que traten datos personales con infracción a esta ley e imponer las sanciones establecidas en ella, salvo que se trate, como vimos, de organismos públicos.

La segunda recomendación del Informe se acoge en el proyecto en la letra i) del mismo artículo citado, encomendando a la Agencia la tarea de desarrollar programas, proyectos y acciones de difusión, promoción e información a la ciudadanía, en relación al respeto y protección del derecho a la vida privada y a la protección de sus datos personales. Esta es una medida adoptada de la legislación comparada, específicamente de la normativa española, donde existe una notoria intención de acercar los conocimientos en torno a la protección de datos personales a la ciudadanía. La Agencia Española de Protección de Datos y las guías para el ciudadano desarrolladas por ésta configuraron entonces, el cimiento de cuáles serían los pasos a seguir en nuestro país.

Como un efectivo método de control, me parece acertada la introducción al proyecto de reforma, la figura de la “autodenuncia”, como un incentivo al responsable de comunicar a la Agencia alguna infracción o desalineamiento con algunos de los principios informadores de la ley, configurándose una atenuante calificada de responsabilidad para la entidad infractora. No es menor el impacto de la introducción de una figura de esta naturaleza, acreditado esto por las diversas otras materias en las que la incorporación de posibilidades similares ha tenido resultados positivos⁵⁸

⁵⁸ En referencia específicamente a la figura de la Delación Compensada, en materia de Defensa de la Libre Competencia y la Autodenuncia en materia de Responsabilidad Ambiental.

5.4.3 Tratamiento en el proyecto de ley de datos personales de Niños, Niñas y Adolescentes.

Particularmente sobre este punto, el proyecto de ley desarrolla un avance significativo, marcando un antecedente y revelando una intención verdadera de proteger y de tratar de manera específica y apartada, los derechos de la infancia y la adolescencia, evitando tener que subsumir, como se ha hecho hasta ahora, la regulación de un sector particular al de la generalidad de la población, es decir, a la de quienes cuentan con plena capacidad.

No es menor entonces, que este tipo de datos, en el proyecto de reforma, sean incluidos como una categoría especial, y que se consagre en el artículo 16 quinquies que el tratamiento de los datos personales que conciernen a niños, niñas y adolescentes sólo puede realizarse atendiendo al principio rector ya comentado, cual es el interés superior de éstos, y en consonancia y obediencia además con su autonomía progresiva.

El mero hecho de realizarse una mención a los datos pertenecientes a los niños es un hito que marca, sin lugar a dudas, el bosquejo de una normativa inclusiva, orientada a la protección de los sujetos de derechos, e involucrada verdaderamente con las realidades objetivas.

El proyecto de reforma no sólo categoriza estos datos de manera aparente (como lo hizo en algún punto, respecto de los datos sensibles, como vimos en el punto anterior) sino que delimita de manera precisa, sin lugar a interpretaciones, el ámbito de aplicación de esta categoría especial de datos, estableciendo que se considerarán niños, para efectos del proyecto, los menores de catorce años, y adolescentes a los mayores de catorce y menores de dieciocho.

Dicha delimitación es a todas luces disconforme con lo que determina actualmente nuestro Código Civil en su artículo 26, pues no se ciñe a esta clasificación tripartita, ni distingue entre sexos, lo que representa un acierto en

materias de igualdad y que por lo demás, saliéndonos de la comparación, es del todo afín con el principio de autonomía progresiva que los ampara. Esta clasificación entre niños, niñas y adolescentes, entonces, no es antojadiza, siendo por lo demás acorde con la legislación comparada, pues la autorización de tratamiento de datos personales se regula en forma diferenciada en atención al rango etario del menor de edad, respondiendo a una necesidad, como vimos durante el transcurso del presente estudio, era urgente aquietar.

Los datos personales de los niños y niñas, es decir, de aquellos menores de catorce años, requerirán para su tratamiento el consentimiento otorgado de forma específica, expresa y previa, de quien tiene a su cargo el cuidado personal del menor, salvo obviamente, a que lo autorice o mandate de manera expresa nuestra ley.

Como vimos, podría resultar lesivo para los derechos de toda persona, que el consentimiento en esta materia se convierta en el terreno práctico, en una excepción. Por ello, resulta urgente una precisión, pues determinar que el consentimiento, puede omitirse toda vez que “lo autorice o mandate de manera expresa nuestra ley”, pone nuevamente en un escenario adverso a los niños, niñas y adolescentes, más aún, cuando gran parte de los entes que tratan datos personales de menores de edad, son organismos públicos.⁵⁹

Por otro lado, respecto del tratamiento de datos de adolescentes, se remitirá el proyecto a las normas de autorización previstas en la misma ley para los adultos, reconociéndoles autodeterminación informativa plena a los adolescentes, por configurarse una suerte de presunción de madurez, con el alcance y límite que veremos a continuación.

⁵⁹Como vimos, el proyecto de reforma, en su artículo 20, también omite el consentimiento del titular de los datos, cuando el tratante de datos sea un organismo público, y lo haga “para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias, de conformidad a las normas establecidas en sus leyes especiales y a las disposiciones previstas en este título”. Luego, en el inciso segundo se indica que: “tampoco requieren el consentimiento del titular cuando, cumpliendo las exigencias establecidas en el inciso anterior, realizan tratamiento de datos personales exclusivamente con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público”

Esta autodeterminación, resultará ejercible, siempre y cuando, el tratamiento se refiera a datos que no sean clasificados, según determina la ley, como datos sensibles. Para tratar datos sensibles de adolescentes, se requerirá el consentimiento otorgado de forma específica, expresa y previa por quien tiene a su cargo el cuidado personal. Parece del todo pertinente y lógica esta precisión, porque además de resultar acorde con la autonomía progresiva de los menores de edad, atiende a la delicadeza que requiere el tratamiento de datos que conciernen o refieran a la intimidad de éstos. Ahora bien, respecto de los datos sensibles de los adolescentes, nos encontramos con que el proyecto vuelve a reiterar como “excepción” (que podría potencialmente convertirse en regla general) de que lo mandate o autorice expresamente la ley.

El proyecto no sólo se queda con esto, sino que además incorpora una obligación especial a los establecimientos educacionales y de todas las personas o entidades públicas o privadas que traten o administren datos personales de niños, niñas y adolescentes, incluyéndose a quienes ejercen el cuidado personal de éstos. Esta obligación especial consiste en velar por el tratamiento y uso lícito de los datos y la protección de la información personal que pertenezca o concierna a niños, niñas y adolescentes, lo que responde en cierta medida, pues hará falta una mayor delimitación a futuro, a la inquietud estudiada en el punto 5.3.2 del presente trabajo.⁶⁰

Atendiendo al régimen de responsabilidad que consagra el proyecto de reforma, como vimos, es posible clasificar entre infracciones leves, graves y gravísimas. Con respecto al sector de la infancia y la adolescencia, el artículo 38 letra d) determina que “realizar tratamiento de datos sensibles y de datos personales de niños, niñas y adolescentes con infracción a las normas previstas en esta ley” será considerado como una infracción grave, es decir, sancionable con multa de entre 51 a 500 unidades tributarias mensuales. Es llamativo que la ley prácticamente homologue los “datos sensibles” con los “datos personales de

⁶⁰ Referencia al tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes que hacen los establecimientos educacionales, u organismos como el DEMRE.

niños, niñas y adolescentes”. Esto, a mi parecer, es beneficioso, e invita a entender que los datos de los menores de edad requieren de un resguardo especial, y que sólo de manera supletoria, deben ser tratados por el régimen general de tratamiento de datos.

Por otro lado, el mismo artículo 38, al determinar cuáles otras conductas son merecedoras de ser consideradas como infracciones graves, en su letra m) vuelve a detenerse sobre este sector particular de la población, y a dotarlos de un tratamiento diferenciado, cuando se establece que será grave: “recolectar maliciosamente a través de niños, niñas o adolescentes datos personales de integrantes de su grupo familiar”.

Utilizar a niños, niñas y adolescentes como medio para obtener información entonces será especialmente reprochable, lo que resulta altamente coherente con el tratamiento que da el proyecto de reforma a los niños y adolescentes, es decir, tomando en cuenta el particular grado de desarrollo en el que se encuentra este sector de la población.

Luego, y para finalizar, una de las conductas consideradas como gravísimas por el proyecto de reforma, y con respecto a la materia que nos convoca, es la

pronunciada por la letra h) del mismo artículo, que estima como una de las acciones de más alta reprochabilidad, sancionable con multas siderales, que van desde las 501 a las 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, el actuar con falta de diligencia o cuidado en la protección de aquellos datos que conciernan o pertenezcan a niños, niñas y adolescentes, infringiendo disposiciones de la legislación, particularmente, cuando esta obligación de cuidado recae en quienes tienen un deber especial de amparo respecto de éstos, es decir, en todo establecimiento educacional, cualquier persona pública o privada que maneje este tipo de datos, y en quienes ejercen el cuidado personal de los niños.

El resguardo especial que recae en esta categoría de datos, que se traduce en esta serie de mejoras, es coherente con el contexto nacional en la materia de los derechos de la niñez, y a su auge condicionado por el proyecto de Ley sobre las Garantías de la Niñez, que reconoce un respaldo influenciado por las condiciones inherentes a estos sujetos de derecho, que como tales deben respetados (y protegidos), especialmente por los adultos y por el Estado.

Conclusiones

No resulta ser particularmente dificultoso, notar que nuestra normativa nacional actual en materia de protección de datos personales contiene ciertos criterios u orientaciones marcados por su obsolescencia y anacronismo, sumándole a ellos, la ausencia de una autoridad de control independiente que dote de eficacia a dicha normativa, de seguridad jurídica y de un verdadero desincentivo a la eventual contravención por parte de los responsables de registros o bancos de datos. Esto es sólo parte de un diagnóstico en el que, como vimos durante el desarrollo del trabajo, existe un amplio consenso entre los diversos agentes, políticos e institucionales, agentes económicos y la ciudadanía en general.

El diagnóstico mencionado no deja de ser alarmante, en vista de los parámetros internacionales a los que debemos nivelarnos, adicionándole urgencia a lo anterior, el hecho de la reciente incorporación de nuestro país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 2010.

Si bien son diversos los puntos en los que Chile presenta déficits según los parámetros de la OCDE, como lo serían, por ejemplo, la desigualdad en ingresos de los chilenos⁶¹, las bajas pensiones durante la jubilación⁶² y una de

⁶¹ En el Lanzamiento del Informe Económico de Chile, 25 de noviembre de 2015, en palabras de Angel Gur “En la OCDE, el 10% más rico de la población tiene un nivel de ingresos promedio 10 veces superior al del 10% más pobre – una diferencia ya de por sí considerable.

En Chile, esta brecha asciende a 27 veces. Este nivel de desigualdad es dañino para la sociedad chilena y para la estabilidad sociopolítica del país, pero también para la propia economía.

En la OCDE hemos documentado el efecto negativo de la desigualdad en el crecimiento, así como su impacto en salud, acceso a trabajos de calidad, logros educativos y muchos otros aspectos que inciden en el bienestar y las oportunidades.”

En el Informe Económico se logró determinar que el 10% más rico del país, gana 26,5 más que el 10% más pobre.

⁶² En el Informe Económico de la OCDE, se logró determinar que las pensiones de nuestro país se encuentran dentro de las más bajas en comparación con los demás países miembros de la organización.

las más altas brechas de género de los países miembros, el tema que nos atañe, es decir, la protección de datos personales adquiere relevancia, como vimos, no sólo en

el sentido que nos compete en el presente trabajo, sino que también en el aspecto económico internacional, lo que lo vuelve un tema apremiante para un país miembro de la OCDE.

Aun tomando en consideración lo sentenciado, es posible determinar que, sin lugar a dudas, han sido destinados esfuerzos en torno a la regulación de la protección de datos personales en nuestro país, esto fácilmente deducible por las más de 60 iniciativas legales en tramitación concernientes a la materia.

Podemos concentrar nuestras esperanzas en el proyecto de ley que ingresó en marzo del presente año, pues robustece notoriamente, como pudimos estudiar, aquellas bases flaqueantes de la ley 19.628, e incluso mejora la situación de aquellos sujetos no autónomos por no contar con capacidad plena, que es por lo demás, el tema que nos convoca. Esto último no implica que el proyecto no mantenga falencias, pues como estudiamos, hay puntos en que se siguen perpetuando las mismas imprecisiones que adolece la ley vigente, haciendo uso de frases heteras como que se requerirá el consentimiento del titular de los datos salvo “a que lo autorice o mandate de manera expresa nuestra ley”.

En cuanto al escenario actual de los derechos de la infancia y la adolescencia en Chile, en un contexto genérico, es decir, no sólo tomando en cuenta la regulación en torno a la protección de sus datos, vimos que está marcado por un importante retraso que sitúa a estos sujetos de derecho en una peligrosa indefensión. Este retraso no es concebible, pues según diversas fuentes, la excusa presupuestaria dejaría de ser válida, toda vez que países con realidades socioeconómicas equivalentes al nuestro, han conseguido notorias mejoras y avances respecto de la protección de los niños y adolescentes.

A pesar de ello, y como pudimos estudiar, es imposible desconocer que ha existido una preocupación sostenida durante la última década⁶³, al menos, en torno a regularizar, y otorgar un sistema íntegro a la protección de las garantías de la niñez y la adolescencia consistente con la orientación protectora que esta área requiere.

Un avance significativo, en términos generales, es el proyecto de sistema de garantías de los derechos de la niñez, que no sólo reconoce los principios generales que contiene la Convención de los Derechos del Niño, sino que además incorporan ciertos derechos especialmente relevantes para la niñez, reforzando el reconocimiento constitucional de éstos, destacándose entre ellos, y en concordancia con nuestro estudio, la libertad de expresión y comunicación, derecho a la información, derecho a ser oído, vida privada, honra y a la propia imagen.

Ahora, en un ámbito más bien específico, respecto de la protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes, la flagrante omisión de una regulación, debiendo por tanto éstos regirse por la normativa genérica, proveniente del área constitucional en su mayoría, sin lugar a dudas pone a este sector de la población en una grave e injustificada situación de vulnerabilidad y de peligro, que hoy en día, y en concordancia con contexto internacional, atendiendo principalmente a la Convención de los Derechos del Niño (que por lo demás es el tratado internacional que presenta mayor cantidad de ratificaciones en el mundo).

⁶³ Al respecto, son diversos los avances normativos que se han llevado a cabo con el fin de cumplir con las disposiciones de la CDN, como lo serían: la consagración de la igualdad filiativa en 1998, la creación de los juzgados de familia en 2004 (donde hay una clara orientación protectora en cuanto a los derechos de la infancia y la adolescencia), la ley de violencia intrafamiliar en 2005, la creación de un sistema especializado de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal en 2005, la introducción de modificaciones en el Código Penal respecto del acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infrantil en 2011 y las modificaciones a La Ley General de Educación tendientes a la protección de los estudiantes ante cualquier acto de violencia escolar en 2011.

Esto, como pudimos ver durante el transcurso del trabajo, es en cierta medida contrarrestado por el proyecto de reforma, que salvaguarda el derecho a la autodeterminación informativa en el sector de la niñez y juventud, regulando de manera apartada al tratamiento genérico de datos, estableciendo que pertenecen a una categoría especial, aquellos que conciernan a niños, niñas y adolescentes, en reconocimiento a su condición de tales. Ahora bien, a pesar de reconocer que existe una categoría especial para los menores de edad, la protección entregada por pertenecer a tal, no resulta suficiente, pues como vimos, existen sensibles vacíos como el hecho de que el consentimiento pueda ser omitido cuando la ley lo autorice o mandate expresamente.

Para finalizar, en definitiva, a pesar de que podamos observar un hito en materia de protección de la niñez y la adolescencia, no resulta suficiente, como es empíricamente demostrable, con que los derechos sean incorporados en la legislación, sino que también emerge la necesidad de configurar un sistema completo e integral de protección de los derechos de las personas que, junto con establecer y plasmar principios, implante mecanismos idóneos que permitan tutelar la efectividad de su cumplimiento. En materia general, podemos vislumbrar la intención de ello, en la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales, y respecto a los derechos de la infancia y la juventud, en la creación de la Subsecretaría de la Niñez y la figura del Defensor de los Derechos de la Niñez.

Para que todo esto resulte posible, es imperativo que dichas medidas sean acompañadas del presupuesto que se requiere para desarrollar los mecanismos que contemplan, vale decir, se necesita de una verdadera priorización presupuestaria y plazos definidos para que sean efectivas las modificaciones, y que no se conviertan en una mera declaración de principios y de buenas intenciones sin destino concreto, para enfrentarnos a verdaderas políticas públicas coherentes con un Estado democrático de derecho, que respete y promueva los derechos de las personas, sobre todo, si éstas se encuentran afectos a una condición especial.

Bibliografía

1.- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 129^a. “Estudio de la garantía relativa al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Inviolabilidad del hogar y de la correspondencia. Constancia de la Comisión acerca del alcance que debe dársele al concepto “hogar” y a las formas de interceptación de las comunicaciones”. Celebrada en jueves 12 de junio de 1975.

2.- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. “Derechos de niños y niñas - Deberes de padres y madres: Guía de recomendaciones”, 2008. Documento publicado en el sitio web de la Agencia Española de Protección de Datos

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2008/recomendaciones_menores_2008.pdf

3.- AGUILAR Cavallo, Gonzalo. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca-Campus Santiago, año 6, n^o1. p. 223-247, 2008.

4.- ALEXY, Robert. “A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press”, Oxford, Postscript (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: “Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, núm. 66, 2002.

5.- ANGUITA, Pedro. “La Protección de Datos Personales y el Derecho a la Vida Privada, Régimen Jurídico, Jurisprudencia y Derecho Comparado”, 1^a Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

6.- ANGUITA, Pedro. “Jurisprudencia Constitucional sobre el Derecho a la Propia Imagen y a la Vida Privada en Chile (1981-2004): Un intento de sistematización. Santiago, 2006.

- 7.-** BANDA Vergara, Alfonso. “La vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura”. Revista de Derecho Público N° 63. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.
- 8.-** BARROS Bourie, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- 9.-** BECERRA Poblete, Pablo. “Potestades Sancionatorias en el Proyecto de Reforma a la Ley N.º 19.628 de Protección de Datos Personales. Una crítica”. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N.º 3. p.163 – 192, 2013.
- 10.-** CEA Egaña, José Luis. "El derecho constitucional a la intimidad". Revista Gaceta Jurídica, Santiago, Chile, 1966.
- 11.-** Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- 12.-** Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
<http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf>
- 13.-** CORRAL Talciani, Hernán. “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980”. Trabajo publicado en AA.VV., 20 Años de la Constitución Chilena. 1981-2001, Navarro, Enrique (edit.), Cono Sur, Santiago, 2001.
- 14.-** Corte Suprema de Chile, “Cordero con Lara y otros”. Sentencia de 21 de agosto de 2013. Rol 8303-2012.
- 15-** CRUZ FUENZALIDA, Francisco. “Protección de datos y Servicios Globales: ¿Regulación o Incentivo?, en Reflexiones sobre el Uso y Abuso de los datos personales en Chile”, Expansiva, Santiago de Chile, 1º Edición, 2011.

16.- DONOSO Abarca, Lorena, “El tratamiento de datos personales en el sector de la educación”, en Foco N° 136, Expansiva UDP, Instituto Políticas Públicas, 2009.

17.- DONOSO Abarca, Lorena. “El problema del tratamiento abusivo de los datos personales en salud”, Expansiva, “Reflexiones sobre el Uso y Abuso de los Datos Personales en Chile”, Santiago de Chile, p. 79-99, 2011.

18- EVANS Espiñeira, Eugenio “La privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia como límites al ejercicio de las potestades jurisdiccionales”. Revista Chilena de Derecho, vol.32 N° 3, p. 569-578, 2005.

19.- Focus. (2011), The Rise of Social Networking in Latin America. How Social Media is Shaping Latin America’s Digital Landscape [en línea] http://www.comscore.com/Insights/Presentations_and_Whitepapers/2011/The_Rise_of_Social_Networking_in_Latin_America.

20.- FERNÁNDEZ Ruiz-Gálvez, Encarnación. “Intimidad y Confidencialidad en la relación clínica”. Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos, 2013.

21.- FIGUEROA, Rodolfo “Derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 40, N° 3), pp. 859-889, 2013.

22.- GONZÁLEZ Gaitano, Norberto “La trascendencia jurídica de la intimidad”, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm 1, 1991.

23.- HERRÁN Ortiz, Ana Isabel, “Los derechos del niño en la legislación internacional. El menor y su derecho al ocio”, <http://www.ocio.deusto.es/>

24.- HERRERA Carpintero, Paloma. "El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile" Revista chilena de Derecho y Tecnología, 2016.

25.- Informe de evaluación de la ley 19.628. Protección de la Vida Privada. Cámara de Diputados de Chile. Agosto de 2016.

26.- JARA Villalobos, Camilo, "Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros" Anuario de Derechos Humanos, No 10. pp. 163-173, 2014.

27.- JERVIS Ortiz, Paula, "Derechos del Titular de Datos y Habeas Data en la ley 19.628". Revista chilena de Derecho Informático, 2002.

28.- JERVIS Ortiz, Paula. "Categoría de datos reconocidas en la ley 19.628". Revista chilena de Derecho Informático, 2005.

29.- JIJENA Leiva, Renato. "Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático". 1º Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1992.

30.- LATHORP Gómez, Fabiola. "El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y de la adolescencia" Revista Chilena de Derecho, 40 (3): 929-952, 2013.

31.- LUARTE Correa, Jaime, "Análisis del Estatuto de Protección de Datos Personales en Chile y evolución de la materia a nivel nacional e internacional", 2009. Disponible en Microjuris.com

32.- Mensaje de S.S. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal, Santiago, 25 de noviembre de 2011.

33.- Mensaje de S.E La Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley de sistema de garantías en los derechos de la niñez, Santiago, 21 de septiembre de 2015.

34.- Mensaje de S.E la Presidenta de la República, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Santiago, 15 de marzo de 2017.

- 35.-** NOGUEIRA Alcalá, Humberto. “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”. *Ius et Praxis*, vol.4, núm. 2, Universidad de Talca, 1998. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740206>
- 36.-** NOVOA Monreal, Eduardo, “Derecho a la Vida Privada, Libertad a la información un conflicto de Derechos”, Siglo XXI, Editorial Argentina, 1987.
- 37.-** PAUTASSI, Laura. “La articulación entre políticas públicas y derechos. Vínculos difusos”, en ERAZO, Ximena (coord.), “Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales”, LOM, Santiago, 2007.
- 38.-** PEÑA González, Carlos. “Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía”. *Derecho y Humanidades*, No. 8, 2001.
- 39.-** QUEZADA Rodríguez, Flavio. “La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, Segundo Semestre 2012, Volumen 1, Número 1, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile, Santiago, 2012.
- 40.-** RAVETLLAT Ballesté, Isaac, PINOCHET Olave, Ruperto. “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno” *Revista chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3. p. 903-934, 2015.
- 41.-** ROSSI, Julieta. “Los derechos en las políticas sociales y el rol de los indicadores en perspectiva regional”. En Seminario Internacional. Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad. 12 y 13 de junio de 2013. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago, 2013.

42.- ROSTIÓN, Ignacio. “Sobre la Ley de Protección de la Vida Privada: la importancia de una “fuente legal” y su aplicación en las Personas Jurídicas” Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 2, pp.499-520, Santiago, 2015.

43.- SEPÚLVEDA, Magdalena. “De la retórica a la acción. Los elementos esenciales para garantizar que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos”. En Seminario Internacional. Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad. 12 y 13 de junio de 2013. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago, 2013.

44.- SQUELLA Narducci, Agustín. “Introducción al Derecho”, Editorial Jurídica, 1° Edición, Santiago de Chile, 2000.

45.- Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1894, Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07), en:
http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=2011
[Última visita el 23.11.2017].

46.- UNDURRAGA Valdés, Verónica. "La privacidad como bien jurídico", en "Estudios de Derecho Civil: código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil", coord: J.A. Varas y S. Turner. LexisNexis

47.- UNDURRAGA Valdés, Verónica. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. Anuario de los Derechos Humanos, 2007.

48.- VIAL Solar, Tomás. “El Derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis”. Tesis para optar al grado de Magíster en derecho público con mención en derecho constitucional. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999.

49.- VIAL Solar, Tomás. “Hacia la construcción de un concepto constitucional del derecho a la vida privada”. Universidad Alberto Hurtado. Instituto latinoamericano de doctrina y estudios sociales ILADES. Persona y sociedad volumen XIV N°3, 2000.