



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO



**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PÚBLICO**

**LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO
FUNDAMENTAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA**

AUTOR

MANUEL PATRICIO VERGARA ROJAS

PROFESOR GUÍA

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ

VALPARAÍSO, JUNIO DE 2020

*A mi madrina y colega
doña Carmen Julia Moya Riveros,
por su apoyo constante desde los inicios
de mi ejercicio profesional y docente
y durante mis estudios de magíster*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. DESCRIPCIÓN GENERAL.....	8
1. Bases Conceptuales	8
2. Historia del Tratamiento de Datos	13
3. Protección de Datos Personales. Conceptos Previos.	18
II. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL	21
1. Caracterización como derecho fundamental.	21
2. Tipicidad iusfundamental del derecho.	24
3. Titularidad del Derecho.....	25
4. Contenido del derecho fundamental.....	28
4.1. Precisión conceptual.....	29
4.2. Bien Jurídico Protegido.	34
4.3. Diferencia entre privacidad y protección de datos personales.	38
4.4. Contenido específico de la protección de datos personales.....	46
III. LOS DATOS PERSONALES EN CHILE	50
1. Reforma Constitucional que estableció el derecho a la Protección de Datos Personales. 52	
2. Análisis jurisprudencial sobre protección de datos personales a propósito de la reforma.....	57
3. Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales.	60
3.1. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.	60
3.2. Discusión General en sala.....	68
IV. CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA.....	75

RESUMEN: La protección de datos personales es una materia de reciente aparición en el derecho chileno. Dicho surgimiento ocurrió bajo la figura del derecho a la privacidad, institución que ha servido para caracterizarla preliminarmente. Sin embargo, su evolución ha sido continua y acelerada, al punto de cuestionar esta forma de examinar la materia, explorándose otras maneras para justificar y estructurar la noción de protección de datos personales, autónoma de la privacidad. Producto de dicho progreso existen fundamentaciones alternativas a esta institución, las cuales han comenzado a tener una inicial aceptación por la doctrina y la jurisprudencia. Es menester aclarar estos aspectos para exponer la protección de datos personales como un nuevo derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno, debido a la actual trascendencia que posee en nuestro país, y lograr la debida protección a los derechos de los eventuales afectados.

PALABRAS CLAVE: protección de datos personales, derecho fundamental, núcleo del derecho, contenido específico, legislación chilena.

INTRODUCCIÓN

El surgimiento de la informática y su aplicación a la actividad humana ha producido múltiples repercusiones para la sociedad. Como toda invención, ha traído tanto beneficios como problemas, que han debido ser afrontados por el ser humano.

También ha tenido consecuencias en el ámbito del derecho, que se ha debido en muchos casos, adaptar las normas e instituciones probadas por muchos años de experiencia y práctica, como asimismo, crear nuevas normas e instituciones para regular todo lo relacionado con la aplicación de la informática en la actividad humana.

Uno de los ámbitos influenciados, de forma decisiva, ha sido el referido a la recolección y tratamiento de datos personales, cuyo proceso se ha visto agilizado y potenciado por la aplicación de la informática de una forma tan radical, que ha hecho surgir un conjunto de nuevos problemas, a los cuales el derecho se ha visto en la necesidad de entregar una respuesta.

En efecto, el uso de los datos referidos a las personas es, potencialmente peligroso, si no se establecen normas claras sobre su utilización y sanciones enérgicas en caso de su errónea aplicación a los propósitos impuestos en su uso. Las consecuencias de una deficiente regulación pueden provocar daños irreparables a la vida de una persona.

En nuestro país, pese a que la informática entra en una primera etapa en los años sesenta, y ya, más masivamente, en los años setenta y ochenta del siglo pasado, sólo desde principios de los años noventa hasta la actualidad, se ha hecho palpable el potencial perjuicio que puede provocar, en la existencia de una persona, el mal uso de los datos referidos a ella por quienes los tengan bajo su control.

Siguiendo la experiencia extranjera, particularmente europea, en 1999, en Chile se dictó la ley N° 19.628 sobre protección de datos personales, pionera en Latinoamérica. Sin embargo, la rápida evolución de la tecnología y los severos defectos de la normativa han hecho necesaria la dictación de una nueva ley sobre el particular.

Empero, lo requerido en este caso no sólo es una simple actualización de normas adjetivas, sino también la adopción de una nueva mentalidad sobre el particular, dada la

trascendencia que ha adquirido la materia. No bastan disposiciones que reglamenten un ámbito determinado, sino que debe dotarse de toda una justificación contundente y convincente de aquéllas, que impongan su cumplimiento, no sólo por el hecho de ser una disposición emanada de la autoridad, sino por el peso de su trascendencia y por la solidez de sus fundamentos.

Es así, que se habla del denominado “derecho de protección de datos personales”, ya no como una derivación del derecho fundamental de la privacidad, sino como uno autónomo, con sus propias características y regulaciones. Es un debate que, a lo menos, en países como España, está medianamente resuelto.

El motivo que impulsa a desarrollar este tema surge debido a que Chile se encuentra en una encrucijada a este respecto. Si bien tenemos una ley sobre la protección de datos personales, ésta se encuentra evidentemente atrasada, y pese a que una reforma agregó al catálogo constitucional este derecho—lo que fue un gran avance—, existe, en tramitación, un proyecto que reemplaza a la ley vigente, el que ha sido objeto de una discusión extensa y con muchos aspectos polémicos, ralentizando su aprobación, algo cada vez más necesario. Estamos en un momento crítico respecto de esta materia donde los aspectos fundamentales deben ser establecidos con meridiana claridad.

La hipótesis de este trabajo consiste en afirmar que este nuevo derecho de protección de datos personales de reciente consagración en la Constitución Política es efectivamente uno de tipo fundamental y autónomo de los demás consagrados en el texto constitucional, reconociendo su origen y su vínculo con otros derechos fundamentales.

Un derecho fundamental consagrado en la Constitución obligatoriamente debe tener un sustento normativo que lo dote de un contenido adecuado (origen, características propias definitorias y objetivos específicos) para que sea efectivo; de lo contrario sólo constituye una formulación retórica que no provocará la convicción en los operadores jurídicos sobre la conveniencia de su existencia y aplicación.

Para comprobar lo aseverado en la hipótesis de investigación, desarrollaré el plan expositivo partiendo por determinar si este nuevo derecho es de tipo fundamental, requiriendo por ello su regulación en la carta constitucional. Después estableceré su

contenido y diferencia conceptual con los derechos con los cuales se relaciona. A continuación procederé a su estructuración dogmática para finalizar con el examen de su consagración en la Constitución y la legislación nacional.

En suma, analizando los fenómenos que hacen surgir este derecho, su base jurídica original que determina que lo hace distinto a los demás derechos fundamentales existentes en la Constitución Chilena, para establecer no sólo una justificación de su existencia, sino para contribuir a su cumplimiento según su objetivo primordial: proteger a aquellas personas que son referidas en los datos y, en el caso de producirse una afectación sus derechos, establecer los mecanismos para reparar los daños causados y evitar que aquellos hechos vuelvan a ocurrir.

Con el presente trabajo pretendo, en primer lugar, connotar la relevancia que posee este nuevo derecho fundamental para las personas, toda vez que la sociedad se encamina con rapidez a desenvolverse en un ambiente tecnológico que tendrá gravitación en todos los aspectos de la vida, fenómeno que no ha sido puesto en valor con suficiente fuerza y que las personas no parecen aún tomar conciencia de ello.

También espero efectuar un aporte al debate en torno a este derecho, en el sentido de establecer que no posee un cariz eminentemente económico como se le ha adjudicado desde sus inicios, sino que tiene otros aspectos de mucha relevancia y que han sido, por ignorancia o interés, pasados por alto.

Es mi intención también contribuir a un mejor desarrollo de este tema en la doctrina nacional con el objeto de provocar una mayor profundización y difusión de la materia. El tema es relativamente nuevo en nuestro país, no así en el extranjero, y merece un desarrollo más acabado. También pretende ser un aporte para que desde los primeros estudios jurídicos se conozca este nuevo derecho fundamental acorde con la relevancia que ya posee.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL

1. Bases Conceptuales

Para ingresar al estudio de este tema es forzoso, en primer lugar, conocer el contexto y los conceptos básicos que informan el surgimiento de los datos personales como un tema dentro del desarrollo de la informática, con la trascendencia jurídica que hoy tiene.

Siguiendo Vera Quilodrán, se puede explicar el impacto de esta revolución tecnológica, haciendo una comparación con otro gran proceso de igual importancia: la revolución industrial. En efecto, la invención de la máquina a vapor significó ampliar el poder físico del ser humano, limitado por su cuerpo, aumentando notablemente la capacidad productiva. La revolución informática, por su parte, logró potenciar la capacidad intelectual del ser humano, asumiendo ciertas funciones intelectuales de éste (1996: p. 11).

Como consecuencia de esta revolución tecnológica, uno de los ámbitos que sufrió modificaciones de importancia fue el referido a la información, y cómo ésta era recolectada y procesada. El desarrollo de la computación permitió manejar una gran cantidad de información y poder aplicarla a los fines previstos de manera más rápida y eficiente, lo que dio origen a una nueva disciplina: la informática. El término acuñado en 1962 por Philippe Dreyfus es la contracción de las palabras “información automática”, es decir, procesamiento automático de la información (Vera Quilodrán; 1996: p. 24). Este desarrollo permitió superar con creces los sistemas de tratamiento de datos conocidos hasta entonces, el manual y el mecánico. Esto se vio incrementado, más tarde, por su combinación con las telecomunicaciones, dando origen a lo que hoy se conoce como telemática.

Esta revolución se produce en el contexto de un mundo que cambia a pasos acelerados, transformando todo lo conocido hasta entonces.

Para explicar este proceso de cambio, se deben conocer tres conceptos fundamentales: Aldea Global, Sociedad de la Información y Poder Informático.

a).- Por “Aldea Global”, según el concepto delineado por el canadiense Marshall McLuhan, se postula que los medios electrónicos han borrado las fronteras geográficas que limitaban la comunicación entre las personas y los países, haciendo que todas las relaciones se hagan de forma más rápida y amplia, en contraste con lo que sucedía hasta ese entonces, recreando la idea del mundo a imagen de una aldea global (1962: pp. 38-39).

Para Ayala, comentando el concepto, esto significa que existe “una comunidad en la cual la distancia y el aislamiento han sido dramáticamente reducidos por los medios y la tecnología”. Esto implica una ruptura de la armonía, puesto que todos conocen a todos y la privacidad se ha vuelto inexistente, perdiéndose la identidad (2012: p. 13).

Según la misma autora, estas ideas son aplicables al caso de las actuales redes sociales, donde se observa cómo una persona, a través de ellas, cuenta todo lo que le acontece, creando una identidad de tipo virtual que supera a la real, y que también implica que “las costumbres comunicativas de las personas han sufrido cambios importantes respecto de siglos anteriores, cuando lo habitual era mantener la discreción respecto de la vida privada” (2012: p. 14). Enfocado en el caso de la información, ésta puede moverse con mayor rapidez y cantidad, y a lugares que antes ésta no podía llegar, afectando la privacidad de las personas.

b).- En cuanto a la “Sociedad de la Información”, se encuentra la idea que el manejo de la información se ha incrementado en tal magnitud, que la producción de riqueza pasó, desde los bienes tangibles de la producción industrial a los bienes intangibles del sector prestación de servicios, en este caso, la información. La natural necesidad humana de conocer información para el desarrollo de sus actividades pasó a tener una importancia y magnitud proporcionalmente mayor a la que tuvo durante toda la historia anterior. Quien constató esta realidad fue el austriaco Fritz Machlup (1962: pp. 10-11), siendo conceptualizada ampliamente por el japonés Yoneji Masuda (Masuda; 1984).

Según Cebrián, en la actualidad el concepto sigue siendo polémico, debido a los múltiples enfoques que se puede otorgar a sus palabras componentes (sociedad e información) como, asimismo, a su evolución en el tiempo. En efecto, hoy se habla de la

Sociedad de la Información y el Conocimiento (SIC), donde algunos establecen el énfasis en la última parte componente, hablando de la Sociedad del Conocimiento que es “la transformación de los datos y la exposición de los hechos en conocimiento, que es lo que realmente da sentido a la información. El dato por sí solo de poco sirve si no va acompañado de su adecuación, contextualización y justificación” (2009: p. 27).

El mismo autor señala que se puede enfocar desde el punto de vista en que una genuina sociedad de la información implica una igualdad en el acceso a los medios que permiten proveer la información, que ningún sector de la sociedad sea privilegiado en obtenerla. Por otra parte, también se puede enfocar desde el punto de vista de la calidad de la información, esto es, que sea lo más clara y ajustada a la verdad para lograr un mejor conocimiento (2009: pp. 28-29).

Asimismo, se le ha caracterizado como “democrática” ya no sólo en el acceso a información sino, también, por la existencia de más fuentes de generación de información, como los ciudadanos, a través de los nuevos medios y contando con la infraestructura necesaria. Mientras la toda la ciudadanía pueda participar recibiendo y generando información se evitan los desequilibrios en el sistema democrático cuando pocos son las que la poseen (Cebrián; 2009: pp. 30-32).

Otro aspecto consiste en que la sociedad se ha vuelto de alcance global al superar las fronteras territoriales de los países donde la información se mueve. Dentro de esta realidad, se encuentran las leyes de protección de datos personales, en que se regula y protegen los datos de las personas y, por otra parte, las normas que regulan el actuar de los gobiernos en relación a la información que poseen, donde también podría afectarse a las personas, debido a los datos que se tiene de ellas. En suma, es un concepto con muchas variables, donde los datos y la información, sus fuentes y su manejo, son el objeto principal de análisis (Cebrián; 2009: 23-51).

Finalmente, para el autor Carlos Lesmes, tal como ya expuse, el concepto más apropiado sería “Sociedad del Conocimiento”, en el entendido que el acceso a la información es inmediato e ilimitado, influyendo en todas las actividades del ser humano (2000: p. 371).

Por nuestra parte, reitero el énfasis en que “información” no es lo mismo que “conocimiento”, ya que este último, implica a la primera debidamente procesada y con mayor profundidad en la materia sobre la cual versa la información.

Como se puede entender, este concepto es otra de las bases de la aplicación de la informática en la actualidad, la información estructurada en datos ya no es algo accesorio a una actividad sino principal, que surge de diversas fuentes, es de alcance global y genera conocimiento, por lo cual debe velarse por su calidad y buen uso. Las leyes de protección de datos son una herramienta para lograr dicho objetivo.

c) Respecto del “Poder Informático”, como tercer elemento conceptual, Pérez Luño señala que el poder de la informática es de tal magnitud que no se ejerce por la fuerza física sino a través del manejo de la información que sirve para controlar la conducta ciudadana (1989: p. 138). Por su parte, Ruiz Martínez señala que el poder que se ejerce no solo es político, sino también en cualquier otra área, especialmente competitiva (comercial, cultural, social, entre otros) donde el poseedor de la información estará en un plano de superioridad (2003: p. 76).

En consecuencia, el manejo de una gran cantidad de información en diversos rubros puede traer graves repercusiones, ya que el poder acumulado puede provocar un grave daño a los derechos e intereses de las personas y, también, convertirse en un factor distorsionador de diversos procesos e instituciones de tipo político, económico, social, cultural, etc., aún más perjudicial que la aplicación de la mera fuerza física.

Por otra parte, según Magliona y López “la información significa ‘poder’. Constituye una forma de control sobre los individuos. Así, mediante el uso de la informática, y especialmente, a través de la interconexión de los ficheros de datos (datos que en apariencia parecen sin trascendencia, inocentes), se puede formar el historial de una persona y construir verdaderos perfiles humanos” (2010: p. 23).

Abonando esta información, se encuentra lo sucedido en Estados Unidos durante la “Guerra Fría”. En efecto, en la década de los años setenta, los bancos de datos del Pentágono, la CIA y el FBI fueron combinados con el objetivo de control político y

discriminación ideológica de los ciudadanos, en vez de aspectos de seguridad nacional, como era su fin original. También se supo que las bibliotecas de varias universidades estadounidenses, que ya estaban informatizadas, proporcionaron a la policía la información sobre las lecturas solicitadas por profesores y alumnos, con el objeto de vigilar a personas sospechosas de ser disidentes (Herrera y Núñez; 1999: p. 144; Pinochet Cantwell; 2006: p. 308).

Otra manifestación de dicho poder es descrita por Matamala en relación con los procesos electorarios en Estados Unidos. Se constató en la campaña de elección de los presidentes Bill Clinton, George W. Bush y Barack Obama, en especial en este último caso, cómo el uso los datos obtenidos desde distintas fuentes respecto de ciertos grupos de votantes específicos, sirvieron para instar el sufragio para la elección del candidato respectivo. Lo mismo fue utilizado en la primera elección de Sebastián Piñera como presidente de Chile (2013: pp. 77-98).

Una versión distorsionada y no orientada a conseguir el voto de la población vía convicción, sino más bien a manipular sus temores y con un mal uso de la información, fue la ejecutada por la empresa Cambridge Analytica, aplicada en el Brexit y en la elección del actual presidente estadounidense Donald Trump. La operación comenzó con la recolección de datos a través de Facebook, como una encuesta reservada sobre aspectos psicológicos, que fueron usados como información para perfilar a sus usuarios y detectar su orientación política u otra información personal relevante, para después enviarles información tergiversada o directamente falsa respecto de ciertas materias, con el objeto de manipular su votación. Lo aquí señalado es la violación de una encuesta que no fue anonimizada respecto de quien la respondía, para usar dicha información con el objeto de intentar manipular la voluntad de los electores en base a información falsa.¹

Como se observa, los datos mal utilizados pueden ser utilizados en un intento viable de manipular no sólo aspectos económicos o de otra índole, sino también la voluntad del

¹ EL MERCURIO DE SANTIAGO. 21 de marzo, página A4, y 24 de marzo, página A13, ambos de 2018; LA TERCERA. 21 de marzo, páginas 2 y 3, y 24 de marzo (suplemento tendencias), página 16 y 17, ambos de 2018; SEMANARIO CAMBIO 21, 28 de marzo de 2018, páginas 12 y 13.

electorado en un país determinado con graves consecuencias para la vida política de dicho Estado.

Finalmente, esta tríada conceptual cambia de forma radical todo lo relativo al manejo de la información en general, ocasionando nuevas oportunidades y variados problemas, dentro de los cuales se encuentran dos importantes para la informática: su relación con el derecho de opinión y la libertad de información y, por otra parte, la directa afectación a las personas en todo lo relacionado con su individualidad, es decir, datos personales.

El presente trabajo se enfoca en este último punto, es decir, sabiendo que existe la posibilidad de acumular, procesar y obtener resultados de los datos, junto con su posterior transmisión, se ha generado un gran problema en relación con las personas y las consecuencias que puede tener para ellos, en los diversos ámbitos de su vida, la aplicación de la informática a la gestión o manejo de sus datos personales, por lo cual es menester consagrar la mejor regulación en el ordenamiento jurídico, para establecer una efectiva protección de quienes se pueden sentir amenazados por el mal uso de los datos relativos a su persona.

2. Historia del Tratamiento de Datos

Para contextualizar el fenómeno que se examina, la recopilación, tratamiento y uso de la información a nivel masivo, se debe tener presente que, a pesar de reconocer sus orígenes en hechos acaecidos hace aproximadamente poco más de un siglo, es sólo en los últimos cincuenta años donde se ha desarrollado con singular fuerza, haciendo crisis al comenzar la presente centuria.

Según González (1999: pp. 79-82) se pueden encontrar cuatro periodos evolutivos respecto de las leyes que trataron el tema de los datos personales, de acuerdo a la experiencia legislativa europea. Éstos son:

a) Periodo entre 1970 y 1977: donde se regula el tratamiento de datos de parte del gobierno y las grandes empresas, orientado al correcto uso de las técnicas de procesamiento

de información, sin acción para los aludidos en dicho procesos, siendo todo controlado por entidades gubernamentales.

b) Periodo entre 1977 y 1978, donde el aumento de la presencia de los computadores (debido a la invención de los microcomputadores), tanto en el sector público como en el privado, aumentó los riesgos del mal uso de los datos, por lo cual se buscó otra solución, encontrando su vinculación con la privacidad de origen estadounidense y la intimidad de origen europeo. Se le da el cuerpo de un derecho y se le reconoce al titular la posibilidad de autorizar o no el uso de ciertos datos, entendiéndose como una nueva libertad individual (entendemos derecho). Las leyes son obligatorias y se les puede hacer cumplir, ya sea concurriendo ante una autoridad administrativa, o bien, los tribunales.

c) Periodo desde 1983 en adelante, iniciado por el fallo, de ese año, del Tribunal Constitucional Alemán sobre la ley de censos², que crea el concepto de autodeterminación informativa, haciendo este derecho mucho más activo que la versión enraizada en la idea de intimidad, que sólo lo ve como una actividad de rechazo o exclusión de intervención. El derecho se perfila de una manera más dinámica, comprendiendo todas las etapas de los datos desde su recopilación hasta su transmisión.

d) Periodo entre 1990 y 1998, con la generación de leyes que buscan suplir las desventajas de los individuos frente a las entidades que administran bases de datos, estableciendo mecanismos legales obligatorios de protección y conceptos como sistemas de responsabilidad civil (de tipo objetiva), la noción del dato sensible y regulación especial para ciertos sectores específicos que se tradujo en algunos casos en códigos de conducta.

Por su parte, Saarenpää (2003: p. 18-22) distingue cinco generaciones en la protección de datos centrado en la experiencia europea, con etapas yuxtapuestas en algunos casos. Estas son, a saber:

² Tribunal Constitucional Alemán. Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Disponible traducida en el sitio web <http://www.derecho-chile.cl/sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-ley-del-censo/> (consultado 10.4.2020).

a) Generación hasta fines de los años 70, donde los datos personales eran protegidos por diversas normas legales y prácticas normativas. No existía el concepto de protección de datos ni menos era una institución autónoma.

b) Generación entre los años 1960 y 1970, donde se comienza a hablar del concepto de datos personales como objeto de regulación, es decir, una institución legal. Aparecen aquí las leyes del estado de Hessen en Alemania y la Sueca de 1973.

c) Generación entre los años 1980 y 1990, donde surge el denominado Convenio sobre Datos Personales del Consejo de Europa de 1981 que trató de uniformar la legislación sobre dicha materia. En este punto, sirvió para que la naciente legislación de los estados miembros la tuviera como referencia y constituyó el fundamento para el rápido desarrollo de la protección de datos en Europa.

d) Generación entre los años 1995 con la dictación de la Directiva Europea sobre Datos Personales, que reemplazó al anterior convenio, sobre el cual existían ciertas dudas, hasta 2003, fecha del artículo del autor, donde señala el fenómeno de la lentitud de adopción de las prescripciones de esta norma en la legislación europea. Sin embargo destaca que esta norma consolidó la protección de datos en el continente y, además, fue complemento para el comercio electrónico.

e).- Generación desde 2003 en adelante, donde expone que existe una fragmentación en la protección de datos dependiendo de la regulación de cada país a la materia y, además, por su uso en materias de control y vigilancia. Sin embargo, destaca como herencia de la cuarta generación la consolidación de la idea del derecho de protección de datos como derecho fundamental, lo que se establece en la Directiva Europea de 1995, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000.

Como podemos observar, existen ciertos periodos definidos en la evolución del tratamiento de datos y preferentemente, basado en la experiencia europea, que se ordenan, basándonos en los autores citados, en los siguientes:

1) Periodo previo hasta el comienzo de la década de los setenta, donde no había regulación específica sobre el particular, aplicándose las normas existentes.

2) En la década de los setenta donde comienza el control de la información en manos de las empresas y el gobierno y en el cual se vigilan el uso de la información pero más orientado a la correcta utilización de los sistemas de la información. Sin embargo, en esta época surgen las primeras leyes que tratan de regular el tema de forma específica.

3) Al finalizar la década de los setenta comienza a aparecer una mayor cantidad de legislación en los países debido a la masificación de los computadores personales. Se comienza a vincular los datos personales con los derechos de privacidad o intimidad.

4) Desde los años ochenta se buscan fórmulas para uniformar la naciente legislación a través del Convenio sobre Datos Personales del Consejo de Europa de 1981, pero, por otra parte, en 1983 se abre la noción de autodeterminación informativa en Alemania mediante la sentencia del Tribunal Constitucional. La regulación se hace omnicompreensiva del proceso completo de tratamiento de datos.

5) Promediando los años noventa surge la Directiva Europea sobre Datos Personales de 1995 que reemplaza al Convenio y busca uniformar la legislación europea sobre el particular. Por otro lado, la regulación busca equilibrar a las personas frente a las entidades que manejan información. Ya se habla de la protección de datos como derecho fundamental.

Saarepää termina su análisis en 2003 y González en 1999, fecha de los respectivos trabajos publicados: Han sucedido situaciones importantes que se pueden agrupar en un periodo que abarca desde 2009 hasta 2018.

En consecuencia, entiendo que se puede establecer un sexto periodo que abarca desde la vigencia de la Carta Europea de Derechos Fundamentales hasta el Reglamento General de Protección de Datos Personales.

Se debe tener presente que la Carta Europea fue dictada el año 2000 y modificada el 2007, pero entró en vigor recién en 2009 con el Tratado de Lisboa. Por su parte, el Reglamento fue dictado en 2016, pero recién comenzó a operar en 2018. Esta última derogó la Directiva Europea de 1995, relativa a la protección de personas físicas en lo respectivo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que hemos mencionado anteriormente.

En la Carta Europea existe un artículo 8º que habla sobre protección de datos de carácter personal y lo describe como uno que tiene toda persona. Se establece el consentimiento del titular y el derecho de acceso, además de hablar de tratamiento leal y para fines concretos. Termina con el respeto a las normas por la autoridad independiente.

Por su parte, el Reglamento establece un estatuto completo que habla sobre la protección de los datos personales y la libre circulación de los datos reemplazando la Directiva de 1995. Desde su dictación los países europeos han ido lentamente actualizando su legislación interna.

Hay que hacer notar que hubo aquí casos relevantes que se tradujeron en el derecho al olvido (recogido en la Reglamento) y el escándalo de Cambridge Analytica sobre mal uso de datos personales para fines políticos.

Un aspecto clave, que se ha esbozado a propósito del actual Reglamento europeo, es saber que frente al desarrollo de la protección de datos personales se encuentra lo que se ha llamado el principio de la libre circulación de datos. Esta es una formulación antigua, surgida del fenómeno del flujo transfronterizo de datos. Como comenta Frosini, a finales de los años ochenta, la información era la nueva mercancía, un nuevo tipo de riqueza, aprovechada por los países que tenían las ventajas tecnológicas por sobre los demás. Lo anterior topaba con un principio aceptado llamado de la libertad de información, de la libre utilización de los datos y de una utilización discreta de los conocimientos. Explica también que esto último era aceptado en la información científica y periodística, pero que cambiaba en el caso de la privacidad de la vida individual, la que podía verse perjudicada por su manejo inadecuado (1988: pp. 126-127).

De hecho, tanto el Convenio N° 108 del Consejo de Europa, de 1981, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, como la Directiva de 1995/46/CE ya mencionado, trataban dicha circunstancia, como también el actual Reglamento General de Protección de Datos de 2016, vigente desde 2018.

En efecto, la existencia de la sociedad de la información, como se ha descrito precedentemente, junto con una economía digital, exigen que los datos permanezcan en

constante circulación, por lo cual no existe la posibilidad de una exclusión completa de la información por medio de reductos inexpugnables. Por lo tanto, la protección de datos personales no puede tener como objetivo la cerrazón plena de toda la información referida a una persona, pero lo que sí puede hacer es regular el movimiento de la información, otorgando facultades a los titulares de los datos para discriminar y controlar la información relativa a él. Situación distinta acontece con los datos no personales, no sin tener regulación alguna, como sucede con el Reglamento General Marco para la Libre Circulación de Datos no personales en la Unión Europea N° 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018.

Como señala Arrieta “lo que realmente se desea es que la información fluya sin más restricciones ni trabas, que las necesarias, para asegurar que el intercambio de información no termine por amenazar o conculcar los derechos de las personas” (2011: p. 15).

Una vez abordados estos aspectos básicos, es necesario conocer ciertos conceptos de forma preliminar, antes de ingresar al objeto del presente estudio.

3. Protección de Datos Personales. Conceptos Previos.

Según Nelson Remolina se define la protección de datos como “... el conjunto de normas y principios que regulan el tratamiento de datos personales en todas sus etapas (recolección, almacenamiento, circulación, publicación y transferencia nacional e internacional)” (2005: p. 253).

La mejor comprensión de esta definición implica distinguir, en el objeto de esta nueva rama del derecho, ciertos conceptos confundidos comúnmente en el lenguaje usual, como lo son dato e información. Según Magliona y López, invocando el anteproyecto chileno de legislación informática, dato es “todo hecho representado bajo una fórmula convencional apropiada para su comunicación, interpretación o tratamiento, sea por el hombre, sea por medios automáticos” (2000: p. 145).

La información para Jijena, en cambio, es: “el conjunto organizado de aquellos [datos] ordenados y reordenados de forma utilizable, constituyen *información* y se

caracterizan por ser significativos y pertinentes para la organización que los percibe” (1993-1994: pp. 347-348, nota al pie 1).

Por lo tanto, se puede entender que el dato no es sinónimo de información, sino que aquél es el elemento componente de ésta, cuando ha sido combinado con otros similares y cuyo resultado obtenido es relevante para los objetivos de quien realiza dicho proceso. Desde un punto de vista conceptual, Bahamonde explica la idea que subyace en la relación entre dato e información, expresada en lo que se conoce como la “teoría del mosaico”, noción ensayada por Fulgencio Madrid, quien explica: “Al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos de pleno significado” (1984: p. 45).

También debe tenerse presente que la palabra información utilizada no se refiere a la información pública en el sentido de la transparencia y acceso, no obstante puede haber datos personales contenidos en ella; ni menos a la acepción de información desde el punto de vista del derecho a la información, consagrado en el art. 19 N° 12 de la Constitución. Volveremos a este punto más adelante.

Otros conceptos involucrados en este ámbito, y de los cuales se habla comúnmente en esta materia, son los denominados archivos, base de datos y bancos de datos. Según Garay y González, el archivo es “una colección de información relacionada. En él, la información se guarda como si fuera un archivero” (2008: p. 35). Es lo que otras legislaciones denominan fichero. Por otra parte, Vera Quilodrán distingue entre bases de datos como “conjunto de datos organizados e interrelacionados según atributos comunes, en función de posibles requerimientos” y banco de datos como “el conjunto organizado de bases de datos accesibles por computación, explotados generalmente como servicio comercial” (1996: p. 234). Como puede observarse, también existe entre estos conceptos una relación de grado, en el sentido que unos estructuran a otros, de manera sucesiva y ascendente.

Para cerrar este acápite, se debe entender cuándo un dato es personal. Se comprende por dato personal o nominativo, según Jijena aquél que “... permite identificar cualquier característica de una persona, sea para relacionarse en sociedad –por ejemplo, al

consignarse, a iniciativa del interesado, en una guía de teléfonos datos generales- o cuando es de mayor importancia o sensibilidad, como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de salud, la mayor o menor riqueza, las operaciones comerciales que se realizan, las acciones en empresas que se poseen, los depósitos en cuenta corriente o a plazo, los impuestos pagados, etc.” (2005: p. 60).

En suma, cuando se habla de la protección de los datos personales, no hay que referirse al elemento “dato” sólo como entidad aislada, sino también al producto de la combinación de los datos, dicese “información”, y la forma cómo ésta se estructura en diversos niveles o grados: archivo, base de datos y banco de datos, todos ellos referidos a una persona determinada.

Por último, según Donoso se debe hacer presente que, para cierto sector de la doctrina, se debe reconocer lo que se ha llamado el “orden público tecnológico”. Se puede definir este concepto como “... el conjunto de normas y principios que definen la recta ordenación del desarrollo y el uso de las tecnologías, a través de las aplicaciones prácticas de las mismas en la vida social, las cuales debieran tener vigencia aún más allá del derecho positivo o, incluso, en ciertos casos, imponer a los operadores jurídicos el declarar la ilegitimidad de una determinada norma jurídica, aunque formalmente haya satisfecho los requisitos de instituirse como tal” (2009: p. 61).

La protección de datos personales, según esta idea, es uno de los componentes de este concepto de orden público tecnológico y que posee gran relevancia para las personas, ya que los datos reflejan las características más propias de los individuos. Dentro de esta gran noción, veremos los datos personales y su protección constitucional.

II. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Para confrontar este tema se debe despejar, previamente cuál será el objeto del presente trabajo.

Como distingue Bahamonde, hay que diferenciar entre dos aspectos: la naturaleza del “derecho a controlar los datos personales” y la naturaleza de “los datos personales” (2008: p. 57). El primer aspecto está relacionado con el propósito de la presente investigación, si el derecho a la protección de datos establecido en la Constitución es o no un derecho fundamental.

A continuación, se precisa según explica Herrera, cuando habla de los fundamentos de la regulación que se establece en la protección de datos, que “nos referimos al rol de la protección de datos personales como garante de los derechos fundamentales, porque lejos de lo que se pueda pensar, la equívoca denominación ‘*protección de datos*’ no tiene por objeto la salvaguardia jurídica de éstos, sino de las personas concernidas con ellos” (2005: p. 45).

En suma, el objeto de este trabajo se dedica a la protección de las personas a quienes los datos se refieren, cuál es su origen y cómo se estructura. Respecto de los datos en sí mismos, es objeto de un análisis diferente.

1. Caracterización como derecho fundamental.

Dado el estado de avance de la doctrina, queda por establecer si la protección de datos personales puede considerarse como derecho fundamental.

Una respuesta rápida y fácil a esta interrogante sería señalar que, como se deriva de otro derecho fundamental (como se verá más adelante), posee también dicha calidad, pero ésa no es una forma correcta, cabal y certera de abordar la interrogante y, en el fondo, esquiva la cuestión principal.

Cuando se habla de derechos fundamentales, se quiere decir, entre otras acepciones, sobre “...derechos que junto con considerarse naturales e innatos, tienen un carácter primario o básico; su carácter fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona” (Aldunate; 2008: p. 48). Este autor, para reforzar su caracterización, los trata en su obra de esenciales.

Estimo que en las circunstancias actuales de una sociedad altamente tecnologizada, donde la información es un insumo relevante y del cual dependen muchas prestaciones y servicios necesarios para las personas, el proteger los datos relativos a ellas es de vital importancia, siendo trascendentes para el desarrollo de las personas. Por ello la protección de datos ya no es cualquier derecho, se convierte en uno fundamental.

Lo segundo a determinar consiste en saber si la protección de los datos personales está ligada a la dignidad humana reconocida como sustento de los derechos fundamentales. Álvez cita como concepto de dignidad humana el contenido en la sentencia T-881/02, de 17 de octubre de 2002, de la Corte Constitucional de Colombia, donde establece tres elementos del concepto: autonomía (vivir como se quiere); condiciones materiales (vivir bien); e intangibilidad de bienes no patrimoniales (vivir sin humillaciones) (2017: p. 68).

Siguiendo esta conceptualización adoptada por la autora, puedo establecer que a la luz de la trascendencia que ha asumido la protección de los datos personales estos últimos años, claramente está involucrada la dignidad humana en esta materia. El mal uso de un dato personal puede traer como consecuencia una afectación a la honra, dañando un bien no patrimonial; o bien, afectar las condiciones materiales, en el caso de los datos de tipo patrimonial.

Nogueira describe la noción de dignidad humana al señalar que “La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular, en efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el no poder nunca ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, generando derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad humana” (2018: p. 19).

Respecto del objeto del presente trabajo, Camacho, al analizar este punto señala que “fundar el derecho de protección de datos en la dignidad de la persona, que como se ha señalado es el valor fundamental que garantiza desde el primer articulado la Constitución Política, es congruente con postular que aquel derecho reúne las exigencias para ser reconocido como de naturaleza fundamental, pues expresa los valores que la dignidad de la persona exige que se le reconozcan a la persona” (2014: p. 79).

Por su parte, Nahabetián señala que “la protección de datos personales implica una determinación que refiere a un derecho humano que es inherente a la persona en la medida que éstos no pertenecen a la persona, sino que son la persona, permiten identificarla o la identifican” (2015: p. 203).

La afirmación acerca que los datos no pertenecen a la persona, sino que reflejan lo que es la persona, se convierte en la principal justificación de su calidad de derecho humano, ya que los datos personales pasan a ser una proyección de la persona misma en la sociedad y, si esta proyección es deficiente o derechamente falsa, afectará a la persona que se refiere, en los términos establecidos por la Corte Constitucional Colombiana, lesionando su dignidad humana.

En consecuencia, la protección de datos personales es un derecho fundamental que permite a las personas manejar el contenido de los datos que se refieren a ellas, reflejando sus aspectos relevantes, cuyo mal manejo puede provocarle severo daño a su dignidad personal y a su vida, a fin de cuentas. Ésta es la razón de su consagración.

Para cerrar este punto, de acuerdo a García, este derecho fundamental a la protección de datos sería calificado como de tercera generación, en el entendido de éstos como “una respuesta al fenómeno de lo que se ha denominado ‘contaminación de las libertades’ –*pollution des libertés*-, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona hacen alusión a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías” (2007: p. 747).

2. Tipicidad iusfundamental del derecho.

Para caracterizar este nuevo derecho de protección de datos personales como uno fundamental, hay que establecer su estructura. Éste es un tema tratado muy sucintamente a nivel doctrinario en nuestro país, para el cual debe comenzarse con una exposición previa de ciertos conceptos básicos.

El primero a examinar es el denominado “tipicidad iusfundamental”, que es mencionado por Aldunate en su obra. Explica que éste es un concepto tomado desde el derecho penal, pero que contiene en esta materia características propias distintivas, al punto que lo define como “... las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho y con ello, al conjunto de enunciados normativos que pueden predicarse como contenido de la protección iusfundamental”. Por tanto, no sólo se refiere al supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas específicas al estilo penal, sino que posee una estructura más compleja. En efecto, según su planteamiento, distingue entre, por una parte, los elementos personales del tipo, la titularidad del respectivo derecho y, por otra parte, el contenido de la respectiva protección, que denomina protectivo o de la protección, es decir, lo que es protegido. Concluyendo el tema, habla de ámbito normativo iusfundamental en vez de tipicidad, el que comprende la titularidad, el contenido y las disposiciones que habilitan la afectación del respectivo derecho (2008: pp. 138 y 141).

Por su parte, Álvez señala que la tipicidad iusfundamental es “... una construcción normativa, que, no obstante ser fruto de una deliberación colectiva, debe incluir un componente doctrinario, una referencia a la aplicación concreta de la norma por los tribunales ordinarios de justicia, debe estar atento a lo dispuesto por los órganos regionales y mundiales de derechos humanos; y que además podría aprender de los regímenes foráneos a través del derecho comparado, con especial referencia a Latinoamérica”. La misma autora señala que su propuesta difiere de Aldunate, que ya que éste se refiere al conjunto de enunciados normativos que dotan de contenido al derecho (2017: p. 56).

Sin perjuicio de esto, el autor aludido precisa en su obra la idea que cuando se refiere al precepto iusfundamental “no se habla exclusivamente del enunciado del

respectivo derecho, libertad o igualdad en el texto constitucional, sino que se incluyen también las disposiciones que establecen sus límites y las posibilidades de afectación del respectivo derecho”. Entonces comprende no sólo el precepto constitucional sino cualquier otro que esté relacionado con el aludido derecho. Asimismo, el autor no esquivo la referencia a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino que entiende que esta misma aplicación se puede predicar de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando en cuenta la distinta función y objeto que éstos poseen. En relación a los tribunales de justicia no les resta relevancia, sino que señala que éstos por su actividad dotan “a las fórmulas de texto iusfundamental de contenidos normativos cada vez más específicos”, ya sea amparando o no la situación respectiva. Con respecto a la dogmática, no le resta valor sino que la utiliza sólo para establecer casos relevantes sobre derechos fundamentales y para distinguir un derecho fundamental de otro (Aldunate; 2008: pp. 133-137).

3. Titularidad del Derecho.

Cuando se habla del concepto titularidad en derechos fundamentales se refiere a quién tiene o es poseedor de derechos fundamentales. Según Contreras la titularidad es “la condición jurídica de ser sujeto activo o beneficiario actual de algún derecho o libertad fundamental consagrada en la Constitución y/o en alguno de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (2017: pp. 120 y 121).

Es consustancial a la noción de derechos fundamentales la titularidad de éstos para las personas naturales, sin perjuicio que la misma carta magna establezca expresamente otras categorías que pueden ser beneficiarias de estos derechos. Por cierto, no se hace distinción entre nacionales y extranjeros.

El problema se suscita en cuanto a las personas jurídicas, ya que la noción de derechos humanos está intrínsecamente relacionada con la persona natural, por lo cual resulta contradictorio hablar de ella para entes ficticios.

Sin perjuicio de lo anterior, Contreras establece, siguiendo a la doctrina alemana, que podemos distinguir dos tipos de formas de enfrentar el tema:

a) Si consideramos a las personas jurídicas de derecho privado como una manera por la cual las personas naturales pueden desarrollarse para la consecución de ciertos fines, podría pensarse en otorgarle titularidad de derechos fundamentales.

Contreras habla de las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán señalando que habría de efectuarse, en este caso, un doble examen: si la naturaleza del derecho lo hace aplicable a una persona jurídica; y que la extensión de la titularidad, según la naturaleza del derecho, se hará por regla en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. En efecto, indica que, por ejemplo, una entidad no tiene derecho a la honra, pero sí se le podría asimilar a éste la noción de prestigio comercial. También está el caso de no poseer un derecho de privacidad, pero adaptándose para el caso a la noción de secreto de información comercial. Debemos tener presente que hablamos de estas entidades como proyección de personas naturales y no como realidad aparte de ellas.

b) El caso es diferente en las personas jurídicas de derecho público, ya que la noción de derechos humanos no se les puede aplicar directamente, en primer lugar, por ser personas jurídicas. Además, justamente la teoría de los derechos humanos surge como límite de la actividad del Estado en protección de las personas. Por otra parte, el Estado por regla no ejerce derechos sino potestades, un poder exorbitante que no es compatible con la noción de derechos fundamentales, lo cual muchas veces se olvida en el lenguaje usual de los mismos operadores jurídicos.

Por esto, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, la única manera que el Estado pudiera ejercer derechos fundamentales sería distinguir si ejerce o no potestades públicas, en cuyo caso no sería titular derechos fundamentales (Contreras; 2017: pp. 134-139).

A mi juicio, es indudable que la titularidad de los derechos fundamentales es inherente a las personas naturales, debiendo con mucho cuidado examinarse en cada caso hasta lograr un criterio asentado, la posibilidad de otorgar, no un derecho, sino la

protección de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho privado, adaptada a su naturaleza, en el entendido de ser éstas proyecciones de las personas naturales, lo que no significa que este tipo de persona jurídica tenga un derecho fundamental propiamente tal. Son dos cosas totalmente distintas adaptar la protección derecho fundamental a una persona jurídica que entender que ésta tenga un derecho fundamental.

Para cerrar este punto, siguiendo a De Verda, quien comenta a propósito del reconocimiento de derechos fundamentales para personas jurídicas privadas, de lo cual no es partidario, que debe distinguirse entre la posibilidad que éstas tengan derechos fundamentales (como el honor en el caso que analiza) y la posibilidad que personas jurídicas “puedan interponer demandas, por sustitución en protección del derecho al honor de un colectivo de personas”. Con la imputación de una conducta determinada se puede afectar el honor de personas agrupadas en un colectivo y, para evitar pluralidad de acciones individuales de aquéllos se faculta a la entidad a entablar una acción, constituyendo una herramienta procesal, siendo diferente a que dicha persona jurídica posea un derecho fundamental (2017: pp. 93-94).

En cuanto a la protección de datos personales, el criterio aquí expuesto es el aplicable. Las personas naturales, indudablemente son titulares del derecho fundamental de protección de datos personales; en el caso de las personas jurídicas de derecho privado, se les aplicaría dicha protección con las adaptaciones del caso, debido a su función como proyección de personas naturales.

Antes de la Reforma Constitucional de 2018, hubo jurisprudencia sobre el particular. En efecto, Anguita menciona un recurso de protección de 2002 ante la Corte de Apelaciones de Concepción, en que una empresa demandó a Tesorería debido al traspaso de los datos de deuda a DICOM. En su resolución, la Corte rechazó la aplicación de la vida privada como argumento, ya que esta era “un valor propio de la personalidad humana” y que las personas jurídicas no estaban cubiertas por el respectivo numeral. Al final resolvió en base al derecho a desarrollar una actividad económica, pero implícitamente, según el autor, estaba involucrado un aspecto de la honra, pero de la entidad comercial, el prestigio o reputación comercial (2007: pp. 357-358).

En cuanto al Estado, la situación cambia. En efecto, además de ser una persona jurídica que ejerce potestades, como entidad en sí misma, no es titular de datos personales o de éstos de tipo sensibles, sino de información destinada al cumplimiento de sus funciones propias. Ahí se puede entroncar con la idea de acceso a la información pública y el secreto o reserva de ella. Esto es distinto al caso, en que el Estado, dentro de la información pública, incluya datos personales de personas naturales o su equivalente de personas jurídicas, si se acepta esta última posibilidad. Por lo tanto, el Estado, no puede ser titular del derecho de protección de datos personales.

4. Contenido del derecho fundamental.

Siguiendo el esquema propuesto por Aldunate, otro punto a discernir está relacionado con el contenido de los derechos fundamentales.

Continuando con la nomenclatura de Álvez, hay que distinguir por una parte entre el ámbito de un derecho que implica los límites o fronteras y determina su contenido; y, por otra parte, el ámbito de protección que se referiría a las condiciones bajo las cuales es consagrado en la Constitución, a la cual llama zona de penumbra en la que puede establecerse de forma justificada limitaciones al ejercicio de un derecho. En ambos casos debe existir una decisión democrática en cuanto a su configuración (2017: pp. 55 y 78).

Por su parte, Salgado realiza un intento de ordenación mediante conceptos a través de los cuales podemos abordar el análisis de un derecho fundamental determinado. En cuanto a la delimitación de un derecho, señala que significa precisar el contenido protegido por el derecho respectivo. Respecto de los límites, explica que es la determinación de los contornos del derecho. Por su parte, la restricción es la reducción del ámbito de su ejercicio.

Más adelante, se refiere a la configuración del derecho consistente en el espacio que tiene el legislador para establecer la institucionalidad necesaria para ejercer dicho derecho. Por su parte, regular un derecho implica establecer las modalidades de su ejercicio. También sigue explicando la privación de un derecho que implica negarlo a su titular. Por

último, está la denominada violación de un derecho, que es una restricción o privación no admitida por la Constitución o las leyes (2017; pp. 214-217).

En este último punto, Aldunate se refiere a la expresión afectación, que implica tanto aquellos casos amparados en el ordenamiento jurídico como los que no lo están, por los cuales se ven afectados los derechos constitucionales. Cuando la afectación es de aquéllas que no está prevista en el ordenamiento jurídico, la denomina lesión (2008: p. 226).

En mi análisis abordaré el contenido del derecho, también llamado ámbito del derecho, o bien, delimitaré el contenido estableciendo, también, sus límites.

En consecuencia, empezaré por lo que se denomina núcleo del derecho, y que consiste en lo que se denomina bien jurídico protegido. Después se continuará con el “contenido específico” propiamente tal del derecho.

El bien jurídico protegido es descrito por Herrera y Núñez, quienes señalan “cuando la ley recoge la necesidad social de proteger un bien determinado, éste pasa a denominarse bien jurídico, y recibe de parte del Derecho la atención requerida para ser salvaguardado y conservado íntegramente” (1999: p. 219).

Por contenido específico, en cambio, se comprenderá el conjunto de prerrogativas y facultades del titular del derecho y que permiten el ejercicio de éste, según se establezca en el respectivo ordenamiento constitucional.

4.1. Precisión conceptual.

Una de las primeras cosas a despejar respecto del derecho de protección de los datos personales es su relación tanto terminológica como en la práctica, con el derecho a la información, de acceso a información pública y la privacidad.

a) Una primera precisión a efectuar es la referida a la eventual confusión entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad de información. En efecto, ya señalé que la palabra información en términos del derecho de protección de datos se refiere a “un conjunto organizado de datos ordenados y reordenados en forma utilizable, que se

caracterizan por ser significativos y pertinentes para la organización que los percibe”, según lo señala Jijena.

El derecho fundamental denominado libertad de información, en cambio, se refiere a otra situación diferente. Los autores nacionales, que referiré más adelante, se muestran en gran parte coincidentes en cuanto a que esta libertad significa, por una parte, comunicar ciertos hechos de interés para la comunidad y que también implica, por otra, exponer las opiniones de las personas sobre dichos hechos. Opinan también sobre la pretensión de objetividad en la transmisión de dicha información.

Para Nogueira “la libertad de información incluye la de recibir como la de comunicar, publicar y difundir informaciones (hechos o acontecimientos) u opiniones (juicios de valor o ideas sobre tales hechos o acontecimientos) veraces y de relevancia pública y el acceso pleno a las fuentes de informaciones” (2019: p. 74). Por su parte, Vivanco señala que “cuando se habla de información, se alude a datos de interés público que se hace a una audiencia y que debe buscar la mayor objetividad posible, sin perjuicio que en la transmisión de los datos se puede incluir lo que se llama periodismo interpretativo” (2006: p. 405).

El concepto de información que aquí se trata, siguiendo a Cea, se refiere a “... el caudal de conocimientos y pensamientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios, sean subjetivos o no” (2012: p. 386). Por último, desde un punto de vista más amplio, Jiménez y Jiménez señalan que “... la información es la comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una determinada materia” (2014: p. 345).

En suma, al hablar de la libertad de información se refiere a la posibilidad de difundir o divulgar hechos u opiniones, de relevancia pública y de forma confiable, que permiten a las personas ampliar su conocimiento sobre ciertos aspectos que consideren relevantes para sí.

Se concluye entonces que, por regla, los datos personales no incumben a información que sea de relevancia pública, ya que en la mayoría de los casos encontramos

aspectos que serán de importancia para la persona a la cual se refiere y de relevancia para la entidad que obtiene y procesa los datos, pero no con trascendencia a nivel público.

El derecho de protección de datos personales no tiene relación directa con la libertad de información, sin perjuicio que los datos personales pueden llegar a constituir información de relevancia. Es decir, en el primero se controla la información relativa a uno mismo, mientras que en el segundo se permite divulgar información de interés general sobre hechos y opiniones.

b) Derivado de lo anterior, en los últimos años ha surgido con fuerza el denominado “derecho de acceso a la información pública”. En efecto, las primeras regulaciones fueron efectuadas por la ley N° 19.653 de 1999 y la ley de reforma constitucional N° 20.050 de 2005. Sin embargo, la normativa presentó muchas falencias y fue reforzada mediante la dictación de la ley N° 20.285 de 2008, que le otorgó un completo sistema de publicidad y transparencia, junto con una autoridad de control, el Consejo para la Transparencia.

Esta ley establece, en el inciso segundo de su artículo 10, el derecho de acceso a la información que comprende el “... acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo excepciones legales”.

Para cierta parte de la doctrina éste es un derecho nuevo dentro del derecho a la información. Cea, lo trata en su obra sin profundizar dicha opción (2012: p. 399). Por su parte Silva Bascuñán comprende este derecho de acceso a la información pública dentro del denominado “derecho a ser informado”, esto es, a recibir información cuando ésta sea solicitada sin establecer trabas de ningún tipo, desarrollándolo como un subtipo (2008: pp. 293-312). Por su parte, Nogueira, quien habla de la libertad de información tanto en cuanto a emitirla como de recibirla, señala que el derecho de acceso a la información pública es una faceta de esta última, y “... constituyendo sólo la dimensión o facultad de toda persona para acceder a la información pública disponible en el Estado y sus órganos institucionales

que posibilita el adoptar decisiones y discernir sobre el gobierno y sus decisiones” (2019a: p. 83).

Como se observa, la información que aquí se aborda es aquella que dispone el Estado y sus organismos para el cumplimiento de sus funciones. Es, por tanto, una especie dentro del género de información referido en la letra anterior. Sin perjuicio de lo expuesto, efectúo el mismo alcance respecto de la libertad de información: no todos los datos personales tienen relevancia pública, o bien, sirven para el cumplimiento de funciones públicas. Por último, es menester tener presente que existe un punto de unión entre estos ámbitos al existir la posibilidad de acceder a datos personales contenidos en documentación pública, lo cual tiene sus reglas de solución en la legislación respectiva.

Debo, en todo caso, hacer presente que, al momento redactar de este trabajo existe un proyecto de reforma constitucional (Boletín 8.805-07, de 24 de enero de 2013) producto de una moción parlamentaria, que inserta en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política un inciso nuevo segundo cuyo tenor dispone “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quorum calificado”. Además, modifica el inciso primero del artículo 8° de la Constitución, insertando el derecho de acceso a información pública, junto con el principio de transparencia. La adición tal como lo plantea dicho proyecto es adecuada, ya que lo reconoce con independencia de la libertad de opinión e información, y tomando en cuenta el reconocimiento de la existencia del derecho a ser informado, como antes lo señalamos. No ha habido intención alguna de integrarlo al numeral 4° del artículo 19, lo que denota su diferencia con una de las raíces del derecho de protección de datos personales.

c) El tercer aspecto a analizar se refiere a la relación entre los datos personales y el derecho a la privacidad. En una primera aproximación, se tratará en un asunto preliminar, pero no menos importante, y que facilitará nuestro análisis posterior.

Es así que se debe despejar la cuestión de la denominación de este derecho fundamental, que ha sido indistintamente llamado como “privacidad”, o bien, “intimidad” o, por último, “vida privada”.

En nuestro país, parte de la doctrina distingue entre los tres términos, pero en los hechos se ha entendido que no existe diferencia entre éstos. Así, Figueroa opina, después de un exhaustivo análisis de los autores nacionales más reconocidos, que no existe distinción funcional alguna entre los tres conceptos, ya que los intentos de establecer la expresión intimidad como un ámbito sustancial más reducido de lo que se entiende por privacidad son claramente inconducentes en establecer una diferencia relevante, debido a la excesiva subjetividad en su determinación. Cierra su análisis señalando que en nuestro país la privacidad, vida privada e intimidad comprenden exactamente lo mismo y, por lo demás, la Constitución no efectúa distinción alguna (2014: pp. 23-48).

Además, se debe llamar la atención sobre un aspecto interesante del análisis efectuado por Figueroa. El autor cita la obra de José Luis Cea quien, para ejemplificar el concepto de la intimidad y su diferencia con privacidad, recurre a la noción de datos sensibles, siendo muy parecida su descripción al concepto establecido por la letra g) del artículo 2º de la ley sobre protección de datos personales. Incluso, la fraseología se aproxima al punto que habla del “titular de ellos”, en referencia a los datos sensibles. El artículo citado en el análisis está fechado en 1998, un año antes de la dictación de la ley de datos personales y, es probable, que aspectos relativos a la discusión de esta ley hayan sido tomados como referencia para hacer la distinción. Esto demuestra la inicial cercanía entre ambos derechos, la vida privada y la protección de datos personales.

Justamente éste es el punto de partida para acercarse a la noción de protección de datos personales y lograr determinar su pretendida autonomía como derecho fundamental.

Es de suyo importante efectuar esta aclaración debido a que gran parte de la doctrina, como veremos más adelante, entiende el surgimiento del derecho a la protección de datos personales justamente de este derecho fundamental.

4.2. Bien Jurídico Protegido.

Como ya se expresó, consideramos como núcleo del derecho al denominado bien jurídico protegido por el derecho fundamental establecido.

Para Matus y Montecinos “el bien jurídico protegido en cualquier ordenamiento que posea una ley de protección de datos es la libertad informática o la autodeterminación informativa, concluyente con la denominada intimidad informática, que abarca la reserva y control de la información de carácter personal en aras de la preservación de la propia identidad, dignidad y libertad, lo que se ha dado en denominar ‘derecho de tercera generación’ ” (2006: pp. 17-18).

Como se observa este concepto utiliza expresiones como “libertad”, “autodeterminación” e “intimidad”, lo cual exige un trabajo de determinación respecto a qué trata específicamente la protección de datos personales que lleva ineludiblemente a examinar la noción de vida privada.

Siguiendo lo expuesto por Reusser, se puede distinguir tres formas de abordar el problema de los datos relacionados con las personas a los cuales se refieren:

Una primera posición es la solución estadounidense expuesta de manera germinal por el juez Cooley en 1873, que estableció en su discurso *The right to be let alone* (el derecho a no ser molestado) que “cada uno es libre de poder tener una vida privada que el resto de la sociedad no tiene por qué conocer”. Sería la primera vez en la historia del derecho en que se intentaba establecer una protección judicial a la intimidad (Moreno, 2016: p. 36). Más adelante, Louis Dembitz Brandeis y Samuel Dennis Warren en 1890, en su obra *The Right of Privacy*, utilizan la idea de *The right to be let alone*, es decir, el derecho a ser dejado solo. Comenta Reusser que ésta es una noción privatista estructurada bajo la noción de propiedad y de corte negativo e individualista. Además, no posee fundamento expreso constitucional, sino que es deducida de la cuarta enmienda a la Constitución, lo cual le permite flexibilidad y adaptación a las nuevas circunstancias. En efecto, el origen ya citado, fue a propósito del incipiente uso de la fotografía en la prensa

que afectaba a la privacidad de las personas y, que hoy en día se extiende a las nuevas tecnologías e incluso a situaciones impensadas hace años (2018: p. 46).

Según Moreno, la vinculación de la privacidad con la propiedad provenía de la idea que no se podía proteger un derecho sin un contenido tangible que amparar (2016: p. 37). Para Banda, dicha conexión con la propiedad estaba originada en la extensión de la tutela del derecho a la propiedad, prerrogativa de las clases elevadas que buscaban separarse de una vida inserta en una comunidad, por lo cual la propiedad implicaba la privacidad. Más adelante, en Estados Unidos se le da la connotación de protección frente al gobierno y de no intervención en sus domicilios y efectos personales (2000: p. 58). A mi juicio esto explica también, las otras dos características: la noción negativa, esto es, impedir que otros accedan a información íntima, y el aspecto individualista, muy vinculado a la propiedad y pensamiento vigente en ese entonces.

Finalmente, hay que señalar que esta noción de *privacy* es mucho más amplia que la que conocemos por intimidad (vida privada). En Estados Unidos, anota Reusser, implica entre otros contenidos como: domicilio, la facultad de guardar silencio, pertenencia a asociaciones, entre otros (2018: p. 48). Banda, recurriendo a la doctrina extranjera señala como elementos “1) Libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada; 2) garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociaciones o creencias; 3) Tutela de la libertad de elección sin interferencias; 4) Posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar informaciones que les atañen (information control)” (2000: pp. 59-60).

La segunda manera de ver el tema es la óptica europea continental, que se centra en la idea de intimidad, en la cual Reusser señala que hubo toda una búsqueda por la doctrina europea a través de varias nociones, como intimidad, derecho al honor, a la propia imagen, hasta concluir con una reformulación de la idea de intimidad. Continúa, sin embargo, precisando que la noción de intimidad es muy restringida para enfocar el fenómeno, puesto que si ésta se refiere a lo más propio del fuero interno, no será cubierta por un dato personal. Tampoco está de acuerdo con la noción de vida privada, que no implica, necesariamente, un dato personal (2018: pp. 49-50).

En este sentido Alcaraz, expone sobre el concepto de intimidad en Francia, señalando que existe una distinción entre ésta y la idea de vida privada o *vie privée*, en cuanto aquélla es más restringida que la segunda, al comprender “aquellos elementos más directamente relacionados con la personalidad del individuo y, en tal medida, los más susceptibles de revelar información sobre su personalidad, aunque el propio interesado no la haya deseado expresamente”. Sin perjuicio de lo anterior, reconoce que el concepto de vida privada, más amplio, no tiene un contenido definido y, algunas veces, se le confunde con la intimidad y otras veces se compone de meras garantías procesales. Después de un breve recuento de ciertos elementos que componen la vida privada, aborda la categoría de los datos personales vinculándola con la libertad personal más que con la intimidad, aunque posee ciertos aspectos parecidos con esta última. Remata señalando que “... más allá de la distinción que examinamos entre derecho a la intimidad y derecho a la protección de los datos personales, no resulta absurdo considerar que éste se liga más a este ámbito de autodeterminación en la esfera social”. Hace presente que en Francia algunos aspectos de lo que se denominamos vida privada están regulados en el Código Civil, más cercano a la noción privatista de derecho de la personalidad que la constitucional de derechos fundamentales (2007: pp. 6-28).

En Italia, por su parte recién en la época de postguerra asumió una figura más o menos definida denominada *riservatezza*, que siguió una evolución parecida a la francesa, en cuanto a la casuística y la noción de derechos de la personalidad. El sistema operó analizando las diversas situaciones antes dispersas en legislación civil y penal. Los autores evolucionaron desde considerar cada situación desde derechos distintos con características comunes hasta llegar a una sola gran categoría que comprende diversas situaciones específicas (Suárez, 2000: pp. 117-119).

La tercera variante es la alemana, manifestada en la idea de “autodeterminación informativa” surgida de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983, a propósito de la ley de censo del mismo año. Según anota Gregorio esta sentencia prohíbe al gobierno explícitamente “... generar ‘un inventario de datos personales de los individuos por medio de censos gubernamentales de carácter confidencial’ ” (2004: p.

310). Como no existe la intimidad en el catálogo de derechos de la Ley Fundamental de Bonn, el fallo se estructuró en base a la dignidad humana (art. 1.1) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1). Es un nuevo derecho, nacido directamente de estas nociones y que no tiene relación alguna ni con la intimidad, el honor o la propia imagen. Como señala la traducción del texto de la sentencia, su parte final expresa: “El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y utilización de los datos referentes a su persona”. Es un derecho, a diferencia de la versión estadounidense, de expresión activa, es el titular quien debe ejercerlo mediante el control de la información relativa a su persona. Como señala el autor, está muy vinculado al derecho a la libertad y la autodeterminación del individuo (Reusser, 2018: p. 51 y ss.).

Por otra parte, Herrera y Núñez precisan que esta doctrina estima “que el libre desarrollo de la personalidad se desglosa en dos libertades básicas: primero, la libertad general de acción, esto es, la libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos y la facultad para actuar de acuerdo con esa decisión; y segundo, la autodeterminación informativa, o sea, la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto”. Los autores lo asimilan a una nueva manera de enfocar la libertad personal (1999: p. 145). Hay que señalar que también se habla por doctrina de “libertad informática”, expresión que descartamos por su probable confusión con otros aspectos relacionados a la utilización de la informática.

Comentando este fallo, García señala que “así, la intimidad más que un estado de autoconfinamiento supone una determinada calidad de la relación con los otros”. Explica que lo que existe es el derecho a no revelar ciertos aspectos de su vida y que juzga queden en un plano reservado y privado. Termina señalando que esta facultad de decidir acerca de la revelación o no de la información relativa a sí mismo, “... constituyen el núcleo de la autodeterminación informativa” (2007: p. 763). El mismo autor cita a Ernesto Benda, ex miembro del Tribunal Constitucional Alemán, quien vincula este derecho con la democracia y vida en comunidad donde las personas se comunican e interactúan, pero

donde también tienen derecho a ser protegidos de las operaciones respecto de sus datos personales, sin perjuicio de los límites que surjan por razones de interés general. Señala que en el Estado social de derecho las personas no tienen derechos sobre sus datos en “el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada”, sino que es una persona que se desenvuelve en “una comunidad social en que la comunicación y la información resultan imprescindibles”, lo cual determina ciertas limitaciones en beneficio de la comunidad general (2007: p. 766).³

En mi opinión es indudable que el origen de la noción de datos personales en nuestro país se entronca con el derecho a la vida privada, no habiendo relación con la *privacy* estadounidense ni la autodeterminación informativa alemana. Para ello sólo basta observar su inserción en el artículo 19 N° 4 de la Constitución y en cómo se abordó el tema durante la tramitación de la actual ley N° 19.628, cuya discusión original la consideraba una parte de la vida privada (incluso permaneciendo su título original).

Sin perjuicio de lo anterior, está fuertemente influenciado por la tendencia alemana y su visión más activa (como el ejercicio de un derecho e institucionalidad complementaria) que la tradicional clásica de la privacidad que es una versión mucho más pasiva.

En ese sentido, como más adelante se verá, este derecho a la protección de datos personales surge de la vida privada, pero con una dimensión más activa, tal como se entiende en las nuevas tendencias sobre el particular.

4.3. Diferencia entre privacidad y protección de datos personales.

Como se observa, tenemos tres nociones de intimidad o vida privada: la estadounidense, basada en la idea de *privacy*, cercana al derecho de propiedad, de corte negativo e individualista; la europea basada en la noción de intimidad con ciertos problemas y en desarrollo; y la versión alemana basada en la libertad general y el desarrollo de la personalidad.

³ STC Alemán; 1983: Sección C, parte II. letra b). El autor del texto atribuye a Benda la autoría de la parte citada de la sentencia.

La evolución que se ha dado en los ordenamientos comparados en su mayoría partieron relacionando la protección de datos con la intimidad, como en el caso Español. Para Serrano, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no hay duda que éste es un derecho autónomo, pero con rasgos híbridos ya que también es una garantía para otros derechos fundamentales como el honor y la intimidad (2005: p. 251).

Continúa abordando el aspecto que denomina “contenido esencial” basando su examen en el artículo 18.4 de la Constitución Española y Convenio 108 del Consejo de Europa. Para describir dicho contenido, expone las diversas denominaciones utilizadas en España. En un primer lugar, descarta el uso del término privacidad, derivado literalmente del inglés *privacy* por considerar que esta noción es muy amplia y excede el ámbito informático, además de estar cubierto por otras garantías en el sistema español (Serrano; 2005: p. 252).

Después la autora aborda los conceptos de libertad informática y autodeterminación informativa originados por la introducción masiva de la informática en la sociedad, exponiendo a los autores que los defienden y los caracterizan como derecho autónomo, en el primer caso por Pablo Lucas Murillo (1990: p. 15), y como un derecho basado en la libertad de información, el control datos y con los mecanismos para la protección de los individuos en el segundo, posición sustentada por Antonio Pérez Luño (1991: p. 304 y ss.).

Serrano sigue su análisis con la utilización de la denominación protección de datos personales que había sido reconocida por la sentencia N° 292/2000 del Tribunal Constitucional Español y por la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000, que en su artículo 8º, habla directamente de protección de datos de carácter personal, por lo cual entiende que esta denominación es la que se asentará más adelante para esta materia (2005: p. 252).

Hecho esto, queda por determinar en qué se diferenciaría este derecho de protección de datos personales del derecho a la intimidad. En este punto, Pérez Luño señala que el derecho a la intimidad frente a la sociedad de información no se puede concebir como un derecho garantista, de defensa o de estatus negativo “sin contemplar al mismo tiempo como

un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto” (2005; p. 336).

En suma, en la intimidad establecida en la constitución española puede haber un sistema basado en garantías, pero enfrentada la realidad del tráfico de información, es un derecho activo, es decir, entrega herramientas jurídicas que permitan al titular de los datos protegerse de la utilización de éstos en la sociedad.

Por su parte, Banda lo observa desde otra óptica, al señalar que la regulación de la vida privada o intimidad alcanza una significación social y colectiva. Más adelante explica que si bien se entiende relacionado el aspecto negativo de la intimidad, esto es, impedir el conocimiento por otros de ciertos aspectos personales, hoy el aspecto positivo implica el control de datos e informaciones por una persona, lo que da a entender a ésta no como un ser aislado, sino que está inserta en un contexto social. De ahí la dimensión colectiva (2000: pp. 56-59). Debe hacerse notar que este autor contempla a la protección de datos como parte de la intimidad o privacidad.

A mi juicio, ésta es una de las más importantes razones para hacer la distinción entre derecho a la intimidad, vida privada en nuestro país, y el derecho de protección de datos personales. En efecto, el derecho a la vida privada se ha mirado tradicionalmente como uno que implica la prohibición de inmiscuirse en ciertos aspectos de la vida de una persona que quedan excluidos de la intervención de otros. En cambio, la protección de datos parte de la premisa que la persona tiene una serie de poderes activos por los cuales puede controlar los datos que de ella existen, todo un sistema a su disposición para ello.

Si bien es cierto existen mecanismos para salvaguardar la violación de la privacidad, de la honra y de los demás componentes de lo que podríamos llamar genéricamente vida privada, no alcanzan a construir un sistema complejo como ocurre con los datos personales, que establece un cuerpo de principios, derechos e incluso, una autoridad especial de control para esta materia.

Esta diferencia de contenido no obsta, como señala Serrano, que haya situaciones en que el uso de datos personales afecte la intimidad. En efecto, por su cercanía con ella ha

sido una las razones por las cuales originalmente se buscó sancionar a través de su estatuto el mal uso de dichos datos (2005: p. 249).

Por su parte, Canales realiza un análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 292/2000⁴, recaída sobre un recurso de inconstitucionalidad en relación a algunos artículos de la ley orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personales (LOPD), que recientemente había reemplazado a la anterior norma, la ley orgánica 5/1992 (LORTAD), que regulaba el tratamiento automatizado de datos de carácter personal.⁵

Según expone, citando este fallo, éste quiebra la vinculación original con el derecho a la intimidad y la referencia a la autodeterminación informativa y consagra como derecho autónomo al derecho de protección de datos personales. Distingue entre la intimidad que protege de las diversas invasiones al ámbito de la vida personal y familiar mientras que la protección de datos busca garantizar el poder de control sobre los datos de personas por parte de su titular respecto de las finalidades de su uso “para impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho de los afectados” (2007: p. 23).

Señala, además, que la protección de datos excede la intimidad y que puede proteger otros derechos fundamentales e incluso derechos que no sean de rango constitucional. Asimismo, la intimidad impone deberes de abstención respecto de las demás personas sobre aspectos relacionados con ella; en cambio la protección de datos otorga al titular “un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos” (Canales; 2007: pp. 23-24).

Extendiendo el análisis de la sentencia, Canales señala, citando el considerando séptimo, que “resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles este tercero puede recabar, y que también permite al individuo saber

⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado. 4 de enero de 2001. Sitio Web BOE, específicamente <https://www.boe.es/boe/dias/2001/01/04/pdfs/T00104-00118.pdf> (consultada el 10.3.2020).

⁵ Reemplazada por la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Esta norma tiene por objeto transponer en la legislación española el contenido del Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea 2016/679 de 2016.

quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o usos” (2007: p. 25).

Por su parte, García explica que a diferencia de la intimidad que garantiza un ámbito de reserva que puede quedar excluido del conocimiento ajeno, el derecho a la protección de datos “reconoce a la persona un poder de control sobre la información personal que le concierne, sobre su utilización y destino, para evitar utilizaciones ilícitas, por lo que su protección no sólo se limita a datos íntimos, sino a cualquier información personal, sea o no íntima, siempre que su tratamiento pueda afectar a derechos y libertades de la persona” (2007: p. 771).

Según Nahabetián, la protección de datos es dinámica ya que fija las modalidades de tratamiento, las maneras de intervención e, incluso, sigue a los datos durante toda su circulación. Además, fuera del titular de los datos existe una autoridad independiente que también posee poderes de control e intervención, “de manera permanente y específica” y que posee “responsabilidad pública determinada” (2015: p. 205).

En Chile, Arrieta, después de vincular al desarrollo tecnológico y su relación con la democracia y la protección de datos, afirma que el manejo de la información puede afectar no sólo a la privacidad, sino también a cualquier otro derecho, señala que “De esta forma, la protección de datos personales deja de tener una correspondencia unívoca con el derecho a la vida privada y la intimidad, para pasar más bien a configurarse como un derecho autónomo relacionado con la posibilidad de cada persona de tutelar la circulación de la información que le incumbe. Así la protección de datos se convierte en un elemento central de la forma en que el ciudadano vive y se relaciona en la sociedad de la información y la comunicación” (2009: pp. 13-14).

También en nuestro país, Donoso llega a la misma conclusión después de analizar los efectos que produciría el tratamiento inadecuado de los datos personales, afectando una serie de derechos. Concluye señalando que “de este somero análisis podemos entender por qué se habla de la necesidad de reconocer un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos, entendido como un derecho humano instrumental, cuya satisfacción conlleva el aseguramiento de todo el entramado de derechos de la persona” (2009: p. 60).

Asimismo, Camacho señala que la noción de autodeterminación informativa se ha debilitado en la actualidad debido a la irrupción de las redes sociales, ya que éstas implican la entrega de información privada de parte de sus usuarios, la que es tratada posteriormente por los dueños de las empresas. Comentando esta situación señala que “... el auge de las redes sociales ha hecho evidente que el derecho a la protección de datos personales, entendida ésta como una prerrogativa orientada a dar una protección efectiva a la persona, exige que, necesariamente, ella sea configurada como un derecho autónomo e independiente del derecho a la vida privada, pues el ámbito de protección de la privacidad como referente para la protección de la autodeterminación informativa resulta por demás limitado” (2014: p. 78).

En cuanto a los manuales de Derecho Constitucional en nuestro país, la visión general es considerar a la protección de datos como una parte de la privacidad, aunque algunos hablan de la autodeterminación informativa.

Por ejemplo, Nogueira en su obra sobre los derechos fundamentales describe a este derecho como parte de la intimidad. Señala que “en tal perspectiva, el respeto a la vida privada e intimidad de las personas adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, un derecho a la autodeterminación informativa...” Más adelante, al exponer su concepto del derecho de protección de datos, señala que “... el conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas en respeto de sus derechos, especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automatizado de datos personales” (2018b: pp. 300-301). Posteriormente aborda con detalle la institución del hábeas data.

Para los autores Jiménez y Jiménez, la legislación sobre datos personales es considerada complementaria a lo que denominan “privacidad personal” sin examinar el punto con mayor detalle (2014: p. 270).

Según Cea, este derecho de protección de datos personales es parte del derecho a la intimidad y a la honra, siendo tratado en el capítulo respectivo. Sin embargo, al detallar la jurisprudencia sobre el particular, reproduce una sentencia de un tribunal alemán con

extensos comentarios en cuanto a la autodeterminación informativa, demostrando una confusión sobre el particular (2012: p. 207).⁶

En relación con las memorias de grado que tratan el tema, cuatro de ellas fueron examinadas para este trabajo y podemos analizarlas al respecto. Se concentran en el periodo entre 2002 y 2014.

Para Díez, ante la evolución de la informática, se ha creado el derecho a la autodeterminación informativa, cuya evolución se manifiesta en la “libertad informática”. Señala a continuación que “de este paso entre la noción de intimidad y derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, surgen múltiples diferencias y confusiones: para algunos autores la autodeterminación informativa es un derecho derivado del de intimidad. Para otros, debiera hablarse de la ‘superación del concepto preinformático de intimidad’ ” (2002; p. 32).

De acuerdo a Blazevic, caracterizando el surgimiento de esta noción, señala que los cambios en el manejo de la información pueden afectar al menos la intimidad. Prosigue indicando que “es por ello que ha surgido un nuevo derecho que tiene un carácter implícito, deriva de las libertades negativas constituidas por la protección del derecho a la vida privada, a la intimidad, a la propia imagen, a la honra de la persona y de su familia, que emanan de la dignidad de la persona y del derecho general de la personalidad, como asimismo de los valores y principios de igualdad, no-discriminación, verdad y libertad, este derecho es el de la autodeterminación informativa que fue proclamado por primera vez en 1983 por la Corte Constitucional Alemana” (2003, p. 3).

Según Fernández, respecto de este derecho, señala que “Por último, en el concepto de vida privada se incluyen también el derecho a la autodeterminación informativa, el cual a primera vista pueden [sic] ser irrelevante desde la perspectiva de la protección de la privacidad, pero que unido con otros datos aislados e irrelevantes, pueden, en su conjunto hacer totalmente transparente la personalidad de un individuo (2006; pp. 11 y 12).

⁶ Para Celis Danzinger, este derecho integra la que denomina derecho a la privacidad y a la honra, y trata todo lo relativo a la primera en base a la ley sobre protección de datos personales (2019: pp. 298-299). Respecto de Molina Guaita, su tratamiento lo efectúa muy sucintamente dentro del respeto y protección a la vida privada (2011: p. 224).

Por último, para Alcayaga, el derecho a la protección de datos personales “Se ha desvinculado, en muchos casos, este derecho del derecho a la intimidad, otorgándole una especial protección que la enfrenta a nuevos desafíos, como lo es el establecer un marco normativo que permita su adecuada protección, otorgando al titular las herramientas necesarias para su ejercicio” (2014; p. 13).

Como se puede observar, esta revisión muestra que al comienzo, en los primeros años de este siglo, se sigue pensando en el derecho a la autodeterminación informativa como derivado o componente del derecho a la privacidad, para poco menos de diez años después se considera como uno derivado, pero independiente de la intimidad.

En los manuales y obras de derecho constitucional que abordan los derechos fundamentales sigue entroncándose el derecho a la protección de datos como una parte del derecho a la privacidad, lo cual se puede explicar por su reciente incorporación a la Constitución en 2018, como por el poco desarrollo doctrinal de ella. Esto, sumado a las deficiencias de la legislación chilena en la actualidad ha determinado que aún no se asume del todo la existencia de un nuevo derecho fundamental, más allá de tener o no una consagración constitucional y legal adecuada.

En suma, si se toma en cuenta la legislación española, lo que encontramos en la protección de datos personales, denominación que parece estar asentada, es un derecho de tipo garantista que establece un haz de prerrogativas y facultades para el titular de los datos, que le permite autorizar el uso o no de datos personales, o bien, saber quién posee los datos referidos a su persona, siendo éste el contenido del derecho.

Esta dimensión activa constituye el quiebre con la intimidad como derecho, por el cual tuvo su origen. Sin embargo, no deja de llamar poderosamente la atención que esta noción garantista o positiva tiene mucho del enfoque de la doctrina alemana en cuanto a entregar instrumentos de actuación de parte del titular, pero no se basa en la libertad general de la jurisprudencia constitucional germana, sino en la versión que toma como base lo abstencionista de la intimidad, transformado en aspecto positivo que rebasa con largueza dicho derecho fundamental, para tener incidencia en otros aspectos diferentes.

Para finalizar, hay que realizar un comentario aclaratorio. En las normas europeas parece hablarse de la diferencia entre intimidad y vida privada como de grados de reserva o secreto de un dato o información respecto de otros, siendo una distinción difícil de establecer ya que la determinación de dicho secreto o reserva es altamente subjetiva y de muy improbable realización de parte del legislador.

En cambio, la distinción entre vida privada (privacidad) como concepto genérico y de orden doctrinal que implica reunir a la intimidad (vida privada en Chile) junto con otras figuras cercanas como la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, junto al derecho a la propia imagen y la protección de los datos personales, parece ser el enfoque más apropiado para tratar el tema y evita muchas complicaciones en la comparación de los grados de intimidad entre diversos sistemas.

4.4. Contenido específico de la protección de datos personales.

Anteriormente se expuso lo reseñado al inicio de esta sección, en cuanto a la tipicidad iusfundamental: existe un titular y un contenido que podemos desglosar en el bien jurídico protegido o núcleo el cual hemos “delimitado” según la nomenclatura de Salgado, o bien, establecido el “ámbito del derecho” según la terminología de Álvarez.

En cuanto al que se denomina “contenido específico”, éste se compone de un haz de prerrogativas y facultades para el titular de los datos, que le permite autorizar el uso o no de datos personales, o bien, saber quién posee los datos referidos a su persona.

Para Serrano el denominado derecho fundamental a la protección de datos “... se sustenta sobre dos pilares fundamentales: el consentimiento de la persona y el conjunto de derechos que lo hace practicable y que garantizan el control de los datos en todo momento” (2005: p. 255).

En seguida, expresa que el consentimiento manifiesta la “... autodeterminación del individuo y conforma el espacio de libertad y dignidad de la persona, junto con el resto de los derechos fundamentales”. Respecto de los derechos que lo hacen practicable, éstos

determinan "... las facultades que posibilitan el ejercicio del derecho fundamental y garantizan su protección". A ambos los denomina "contenido esencial" y señala que "establecen el límite absoluto e intocable ante la acción del legislador" (2005: p. 255).

Para proseguir con el análisis, se examinarán dos aspectos de importancia ya mencionados: el consentimiento del titular y, dentro del conjunto de derechos que surgen en favor de éste, el derecho al acceso.

En cuanto al consentimiento del titular, si se establece que el núcleo del derecho de protección de datos es la facultad de su titular para disponer y controlar los datos personales, la primera facultad que debe tener el titular es la posibilidad de permitir o no la utilización de los datos referidos a él. Sin esta capacidad, estructurar un derecho de protección de datos carece de todo sentido. De ahí que la doctrina española señala como elemento relevante al consentimiento, es decir, destaca la importancia de la voluntad del titular a los datos en cuanto a la difusión y uso de éstos (Serrano; 2005: p. 255; Lucas Murillo; 2008: p. 49; Martínez; 2007: p. 50).

Para Serrano el consentimiento tiene otra importancia, ya que cuando se recogen los datos (entendemos previo consentimiento), se da inicio al paso siguiente que es el tratamiento propiamente dicho de los datos que "... ya goza de autorización por haber sido consentido mediante la entrega de datos, aunque es cierto que la propia ley admite excepciones a esta posibilidad" (2005: p. 255). Más adelante, señala que "en suma, la recogida de datos es tratamiento, en sentido estricto, con todas las consecuencias que de ello se deriva, esto es, y por lo que ahora nos interesa, es la primera actividad relacionada con los datos que el interesado debe consentir y es, a partir de esa autorización, cuando comienza el control sobre las informaciones personales que ya no pertenecen a nuestro dominio" (2005: pp. 255-256). Debe advertirse el uso impropio de la expresión dominio que no hay que asimilar a propiedad, sino más bien a control.

Por su parte, Canales aludiendo al considerando undécimo de la sentencia del Tribunal Constitucional Español, señala que pueden existir limitaciones a este derecho de protección de datos personales, a través de excepciones al consentimiento, las cuales pueden estar fundadas en otros derechos fundamentales o en bienes jurídicos

constitucionalmente protegidos, establecidos en el desarrollo que debe darse al derecho vía legal, respaldado por la Constitución. Si estas limitaciones establecidas en la ley no son obedecidas, se vulnera el derecho a protección de datos, "... pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen" (2007: pp. 25-26).

Dos comentarios hay que efectuar en este punto. En primer lugar, la importancia de la relación entre la regulación del consentimiento y la institución denominada "fuentes accesibles al público". Generalmente, la segunda implica la excepción a la primera y si la interrelación entre ambas no está bien diseñada, el principio del consentimiento queda totalmente inerte, sin ninguna relevancia. Todo el sistema es un fracaso. Es una de las principales críticas que se ha hecho a la ley chilena vigente.

Lo segundo es el denominado como "derecho de información" en materia de datos personales. Previamente debe despejarse que este derecho no tiene nada que ver con lo ya señalado al inicio de este trabajo sobre libertad de información y acceso a la información pública. El derecho de información consiste, en que al recolectar los datos de una persona se le informe a ésta sobre quién reúne los datos, para qué propósito y otros aspectos que influirán en si la persona entrega o no su consentimiento. Para Serrano es "parte del contenido esencial del derecho" (2005: p. 256). Para nosotros, este derecho de información es parte de lo que hemos denominado "contenido específico del derecho", en este caso, del consentimiento.

Tratándose del Derecho de acceso, como mecanismo complementario se encuentra el denominado derecho de acceso. Lucas Murillo lo define señalando que el interesado tiene "la posibilidad de comprobar si se dispone de información sobre uno mismo y conocer el origen del que precede la existente y la finalidad con que se conserva. Del mismo modo el derecho de acceso conlleva la facultad de exigir y obtener una comunicación escrita en la que consten los anteriores extremos" (1990: p. 187).

Así como el consentimiento inicia el proceso de tratamiento de datos, la persona del titular no se desconecta de sus datos después de entregar su autorización para el tratamiento

de éstos. No tendría sentido alguno que la entrega de datos se efectuase sin que después el titular de ellos no pudiese controlarlos.

Aquí entra otro mecanismo importante dentro del sistema, el denominado Hábeas Data o amparo digital, o sea, el mecanismo por el cual, ante la imposibilidad de acceder a los datos, se fuerza de una manera a la obtención de éstos.

Así como la falta de un mecanismo efectivo de consentimiento el derecho se vuelve ilusorio, también la carencia de un efectivo acceso a los datos y de la posibilidad de forzar su conocimiento llegado el caso, tornan el derecho en algo estéril.

III. LOS DATOS PERSONALES EN CHILE

El panorama jurídico en Chile, actualmente, es novedoso comparado con lo acontecido hace algunos años. En efecto, después de numerosas críticas de la doctrina y los resultados de los procedimientos judiciales en que se hizo aplicación de ella, sucesivos gobiernos acometieron la labor de dictar una nueva ley sobre protección de datos personales.

Las críticas de la doctrina se han concentrado en la actual ley N° 19.628, sobre vida privada y protección de datos personales. En efecto, Vergara efectúa una recopilación de las críticas efectuadas por la doctrina, entre las cuales encontramos las siguientes: a).- no efectúa descripción exacta del objeto regulado por la ley, b).- inexistencia de un registro de bases de datos en manos de particulares, c).- ausencia de un órgano administrativo que fiscalice las transgresiones a la ley, d).- la consagración de un procedimiento de reclamo que no es idóneo, e).- ausencia de un catálogo de infracciones y sanciones efectivas, f).- la nula regulación de la transferencia internacional de datos, g).- dejar como regla general que la información personal es pública, h).- no tratar el tema de las personas jurídicas, i).- no exigir la existencia de medidas de seguridad, j).- las variadas excepciones a la regla del consentimiento de los titulares, k).- ausencia de normas especiales de responsabilidad civil extracontractual aplicables al caso, l).- inexistencia de tipo penales específicos asociados a la materias, entre otras tantas (2017: p. 136).

Un aspecto que refleja de forma evidente el enfoque equivocado de la ley vigente, se refiere a su artículo 1° que, después de deslindar la regulación de los datos personales en los medios de prensa a las disposiciones de la ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (ley de prensa), expresa lo siguiente en su inciso segundo: “Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce”.

Esta redacción es suficientemente demostrativa que la intención del legislador en dicha época no fue regular la materia desde la óptica de los titulares de datos, sino de las empresas que efectuaban tratamiento de datos y explica consecuentemente muchas de las falencias antes descritas. Primó el principio de la libre circulación de los datos en vez de compatibilizarlo con la protección de los datos personales.

Estimo que esta confusión es relevante puesto que el tema de los datos personales se presenta actualmente como un problema mal comprendido por ciertos sectores, que identifican el derecho de protección de datos personales con la actividad de tratar datos personales y, en este último caso, con el concepto de propiedad.

En efecto, el desarrollo de la industria de datos en Chile, especialmente desde la década de los años 1990 en adelante, hizo considerarlos sólo desde la perspectiva industrial y bajo el alero del omnipresente derecho de propiedad de quien los tenía en su poder, para comerciar con ellos. El dato, y su producto, la información, era sólo un bien transable. Esto lleva unido otro problema conceptual, no menos importante: la relación entre la persona y los datos referidos a ella.

En realidad, la primera aproximación que se hace en torno a este punto es, también, la idea que la persona es propietaria de los datos que se refieren a ella. Esto, por cierto, no explicaba que se pudiera vender bases de datos sin que se le consultara a quienes eran aludidos en ellas. La relación existente entre la persona y los datos que se refieren a ella no es de propiedad, sino mucho más relevante. En efecto, el hecho es que los datos reflejan aspectos propios, ya sea físicos o morales de la persona -por eso se dice que se es titular y no propietario de los datos- cuyo mal manejo pueden provocar severo daño a ésta y, por lo cual tiene el derecho de protegerse. Ésta es la verdadera razón de la existencia de este derecho como fundamental y de su denominación protección de datos personales, sin perjuicio del mencionado comentario realizado por Herrera que expuse en su momento.

Otro punto a aclarar es el tipo de datos que son protegidos. El universo de los datos disponibles es múltiple, pero aquí se defienden sólo los relativos a una persona, no importando que se refieran, tanto a aspectos personalísimos de ella, como sobre cuántas propiedades tiene o cuántas deudas debe pagar. El tipo de datos referido a una persona en sí

no es relevante (propiedades o aspectos más íntimos), sino que su mala utilización sin que pueda ser controlado, ya que pueda provocar daño a quien se refieren.

En la actualidad, producto del intenso desarrollo de las nuevas tecnologías durante los últimos años y el acaecimiento de varios conflictos, se impulsó la incorporación de una nueva figura en materia de derechos fundamentales en la Constitución Política, el derecho de la protección de datos personales.

A continuación, se examinará lo sucedido en el ámbito constitucional y legal para entender cómo se estructura en el actual panorama.

1. Reforma Constitucional que estableció el derecho a la Protección de Datos Personales.

Al igual que la modificación a la ley sobre protección de datos personales, la doctrina sostenía que era imprescindible insertar en la Constitución una norma que reconociera la protección de datos personales.

Se puede encontrar esta manifestación, por ejemplo, en la opinión de Lautaro Ríos quien señala que “nos parece tan evidente la trascendencia del derecho a la protección de los datos personales en la vida moderna y tan necesario asegurarlo por su vulnerabilidad creciente ante el avance de la informática, que deberíamos seguir el ejemplo de países como Portugal, España, Colombia, Brasil o Perú, entre otros, que han incorporado este derecho a sus constituciones” (2012: p. 364). Fundamenta su inserción según la experiencia del Tribunal Constitucional Alemán por el caso de la Ley de Censos y la noción de autodeterminación informativa.

Por otra parte, Humberto Nogueira, tratando los derechos que deben estar incluidos en la Constitución del siglo XXI, habla de la inclusión del derecho a la autodeterminación informativa, efectuando una descripción de éste, refiriéndose a la información relativa a una persona, establecida en registros públicos o privados, que produzcan, procesen o posean datos de carácter personal, especialmente a los almacenados en soportes informáticos y para saber cuál es su uso y finalidad. Aunque la obra es de edición posterior a la reforma

constitucional que se comenta, manifiesta también la trascendencia de su inserción en la carta fundamental (2019b: p. 66).

Por lo tanto, la doctrina de una u otra forma solicitaba la incorporación expresa de un nuevo derecho fundamental al catálogo establecido en la Constitución, atendida la trascendencia que, en los hechos, había tomado esta realidad de los datos personales.

Mediante la ley N° 21.096, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 2018, se reformó la Constitución consagrando el derecho a la protección de los datos personales⁷. Se materializó esta modificación insertando el texto en el numeral 4° del artículo 19 de la carta fundamental. El texto definitivo de la citada norma se lee de la siguiente forma: “**Art. 19.** La Constitución asegura a todas las personas: 4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

El proyecto de reforma se plasmó en el Boletín N° 8.394-07, de fecha 11 de junio de 2014, ingresado al Senado como moción parlamentaria de los senadores Felipe Harboe Bascuñán, Pedro Araya Guerrero, Ricardo Lagos Weber, Hernán Larraín Fernández y Eugenio Tuma Zedán.

Los fundamentos expresados son de variada índole: la necesidad de una regulación dada la realidad imperante, las regulaciones de la OCDE (Organización para el Comercio y Desarrollo Económico), además de varias propuestas anteriores. Sin embargo, lo más relevante expuesto se reduce a tres puntos:

Si bien, comienza exponiendo la autodeterminación informativa invocando una recomendación de la OCDE, más adelante expone una directiva del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa que trata de compatibilizar el derecho a la vida privada con la libertad económica. Este contraste necesita una explicación previa: lo que está en juego, señala el

⁷ Congreso Nacional (2018), Historia de la ley 21.096 sobre reforma a la Constitución consagra el derecho a los datos personales. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7551/> [consultado el 16.7.2019].

documento, es la compatibilidad entre dos aspectos como son la privacidad de las personas y el denominado “principio de la libre circulación de datos” a través del cual se pueden realizar determinadas actividades lícitas, siendo una de las más importantes, la actividad económica.

Más adelante, expone el criterio del Tribunal Constitucional Español que vincula la protección de datos personales con la intimidad, a diferencia de lo señalado por el Tribunal Constitucional Alemán que lo relaciona con la idea de la libertad personal. La opinión de Rajevic, entronca ambas nociones al señalar “... no se trata del puro derecho a ser dejado solo, en una formulación decimonónica del derecho a la intimidad (the right to be let alone), sino del derecho a la autodeterminación informativa, esto es, el derecho de las personas a controlar sus datos personales, incluso si éstos no se refieren a su intimidad” (2011: pp. 4-5). Entonces, articulando ambas nociones, podemos entender que la protección de datos tiene una faz positiva, controlar los datos personales y, otra negativa, el impedir el acceso a datos propios, aunque los fundamentos son diferentes, en uno la libertad personal y, en otro, la intimidad. Nótese que difiere de la interpretación de Canales que hemos expuesto anteriormente, quien señala que este derecho ya no se vincula con la intimidad, sino que es uno nuevo que denomina protección de datos personales.

También encontramos la explicación de la inserción de este nuevo derecho en el numeral 4º del artículo 19. Según señala la moción, si bien es cierto existe una estrecha vinculación entre la privacidad y la protección de datos personales, lo que impulsó su inserción en el mismo numeral, hay también diferencias entre ellos lo que justifica entender que ambos derechos son distintos. Para esto, se basó en la descripción entregada por el Tribunal Constitucional Español que señaló, en resumidas cuentas, que la intimidad implica establecer un deber de abstención de terceros en todo cuanto afecta a dicho derecho, en cambio, la protección de datos personales dota al titular del derecho de diversos poderes jurídicos que impone deberes a terceros en pos de lograr el control de los datos personales.

Revisadas las actas de la discusión del proyecto, se manifestó, en general, un gran consenso en cuanto a la consagración de un nuevo derecho fundamental en nuestra carta magna. Sin perjuicio de lo anterior, se observa que la principal preocupación de la reforma

gira en torno a la tramitación del proyecto de ley que modificará la norma sobre datos personales. Muchos intuyen que, allí, se dará la regulación que hará efectivo el derecho que se buscaba consagrar en la Constitución.

Se discutió acerca del poder que tendrá el Estado en el manejo de los datos personales, lo cual es regulado a través del Consejo para la Transparencia y, también, de la gran cantidad de datos que disponen las grandes empresas y que podían afectar los derechos de los ciudadanos, planteándose de la pertinencia de la existencia de una entidad de control de datos, ya sea el mismo Consejo o una Agencia de Control de Datos.

Hubo, sin embargo, dos hitos dentro de la discusión, siendo el primero, la simplificación del texto original del proyecto, que hablaba de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), que se entendió debía ser reglado con mayor detalle y flexibilidad en el texto de la ley en discusión.

El segundo punto se refiere a la indicación presentada por varios diputados, durante el Segundo Trámite Constitucional, en cuanto a agregar al proyecto de reforma la siguiente frase: “Para estos efectos, la Constitución asegurará la propiedad de los datos personales a su titular”.

Durante el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, esta propuesta fue severamente criticada por varios diputados como, por ejemplo, Eduardo Saffirio quien señaló que, incorporar dicha noción, presentaría problemas en el manejo de esos datos tanto por el sector público como por el privado. El diputado Alessandri se mostró, en principio, de acuerdo en aplicar dicha idea, mientras que el diputado Hirsch dijo que introducir la noción de propiedad era inadecuado, ya que implicaba la transferencia de los datos a otras entidades, y que mejor era seguir la idea de titularidad. El diputado Gutiérrez, incluso, llegó a argumentar que si había propiedad se corría el riesgo de una expropiación, lo que consideraba humillante. A continuación, el diputado Fuenzalida, comentando la propuesta de Hirsch manifestó que “No existe la titularidad, existe el dominio, y cuando se suscriben contratos con los bancos u otras instituciones obviamente se entregan datos, que son personales, son un bien y como un bien, eran transables”. Finalmente, dicha indicación fue desechada.

Más adelante, en la discusión en sala, de fecha 8 de mayo de 2018, comenzó rindiendo cuenta de lo tratado en la Comisión, explicando el rechazo a la noción de propiedad como asociada a la protección de datos, argumentando que asimilar éstos a la propiedad afectaría la naturaleza de los mismos, siendo que la protección de datos se halla estrechamente vinculada a la vida privada. Se señaló que la noción de propietarización de los datos personales estaba en retirada en la doctrina nacional y en la jurisprudencia constitucional, nacional e internacional, y que no todas las garantías constitucionales podían ser reconducidas al derecho de propiedad. En seguida, el diputado Saffirio comentó nuevamente las razones del rechazo a incluir la noción de propiedad en los datos personales, ya que era imposible vincular la garantía constitucional del N° 4 con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 582 del Código Civil.

Lo que se puede advertir de esta descripción son dos cosas relevantes. En primer lugar, los constituyentes, si bien es cierto, reconocían ciertas características distintas de la protección de datos bajo la fórmula de “autodeterminación informativa” siguen asociándola a la noción de “intimidad”, usando la nomenclatura española que en Chile es aceptada por parte de la doctrina, con las confusiones que ello provoca. La legislación española, que usamos como referencia, el fallo del Tribunal Constitucional Español de 292/2000 y la doctrina ya tenían decantada la idea que la protección de datos era un derecho derivado, pero autónomo de la intimidad, aspecto que no era aún asimilado en nuestro país.

Por cierto, siguiendo las fechas de tramitación, el primer trámite constitucional ocurrió desde septiembre de 2014 hasta marzo de 2015, mientras que el segundo trámite ocurrió desde enero hasta mayo de 2018. En el lapso de tres años entre 2015 a 2018 se dicta el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (2016) que comienza a regir en mayo de 2018 y, a finales de dicho año, se sustituirá la ley española sobre el punto. Sin duda las circunstancias influyeron en la agilización de la reforma, pero no quedaban superadas las fronteras entre la vida privada y la protección de datos.

En segundo lugar, nuevamente debe hacerse notar que se propugna el uso de la expresión “propiedad” para referirse a la relación entre el dato y la persona de la cual se refiere, esto es, a su titular. Es evidente que, al pensar de dicha manera, una versión más del

fenómeno denominado “propietarización de los derechos”, no se está pensando en clave de derechos fundamentales, sino en perpetuar la manera cómo los datos se están manejando, esto es, como un insumo más en una actividad económica.

Traemos aquí a colación lo aseverado por Jijena, en el sentido “son cosas muy distintas ‘el continente’ o la estructura de la base o banco de datos que ‘el contenido’ o la información almacenada en el mismo” (2001: p. 91). Sigue más adelante el mismo autor señalando que las compañías “... sólo pueden considerarse propietarias intelectuales del diseño y estructura original del fichero computarizado”, sin embargo, no pueden sentirse del mismo modo respecto de los datos tratados por ellas, ya que “no existe título ni modo de adquirir alguno” que las haga dueña de la información nominativa. Es más, no podrían comercializarla. Por último, siendo las depositarias o tenedoras de los datos personales, tienen un deber de confidencialidad y reserva (2001: p. 92).

2. Análisis jurisprudencial sobre protección de datos personales a propósito de la reforma.

Respecto a la decisión de los tribunales sobre el particular, es forzoso comenzar con las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional. En efecto, siguiendo a Quezada, se puede entender que estamos ante un problema de tipo constitucional, un derecho fundamental, donde dicha magistratura debe dar su resolución al respecto. De acuerdo al citado autor, deben distinguirse dos períodos: en un principio, ausencia de la protección de datos personales como problema constitucional; y, posteriormente, otro donde la materia se presenta con un aspecto constitucional.

En el primer periodo, destaca como características la relación de la protección de datos con la dignidad humana (a través de la privacidad); el reconocimiento del consentimiento como principio; la obligación del respeto de la privacidad (datos personales) por privados y los poderes públicos; la referencia al desarrollo de la libre personalidad del individuo y su importancia para la privacidad; y que la vida privada es un derecho no absoluto, por lo cual puede tener límites como la eventual lesión a los derechos

de otros. El autor destaca que todavía se encuentra presente la noción de una situación de abstención, clásica en la privacidad, en vez de una conducta de actuación o activa, que estaría más relacionada con la protección de datos (Quezada; 2012: pp. 129-137).

El segundo período, toma a los datos personales como un tema genuinamente constitucional. Expone el citado autor, se sigue insistiendo en la cualidad eminentemente negativa de la protección de la vida privada; se hace la distinción de la protección de datos como vinculado a la vida privada, dando a entender la existencia del primero como derecho relacionado al segundo; se describe a la protección de datos como la autodeterminación informativa siguiendo la doctrina española; se agregó como elemento de un derecho no absoluto, la no lesión a los intereses sociales; y, finalmente, también se reconoce la diferencia de grado entre los datos personales y los datos personales sensibles. Sin perjuicio de lo anterior, el autor remarca el hecho que sigue la contradicción entre visión negativa heredada de la privacidad y la autodeterminación informativa, que contiene un aspecto positivo (2012: pp. 137-144).

Finalmente, señala el autor que a pesar de acogerse la idea de una libertad positiva, en la jurisprudencia no se da el paso de considerar la protección de datos como un derecho de control, insistiéndose en la noción de derecho negativo. Sin embargo, declara que deja abierta la posibilidad de “reentender la protección de la vida privada, lo cual denota una abierta contradicción pero da luces sobre futuros avances en la materia” (2012: p. 145).

Como se observa, todavía no logra del todo distinguirse a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo de la intimidad, basándose en la característica de derecho positivo-activo. Una cosa consiste en que tenga una raíz común, lo que sucede con muchos derechos y otra distinta es que sus aspectos básicos posean características que los definan y distingan de los demás aspectos de la privacidad. Se caracteriza al derecho a la protección de datos como uno de tipo implícito.

Un aspecto importante a revisar es el impacto que la reforma constitucional ha dejado en la jurisprudencia. Sin perjuicio que la aplicación de las normas se ha hecho en base a la ley, no es menos relevante observar si el texto constitucional ha sido recogido en

la jurisprudencia a partir de la publicación de reforma sobre el particular del 16 de junio de 2018. Se utilizará para este análisis a la entidad que está especialmente enfocada en estas materias: el Consejo para la Transparencia.

Debe advertirse que, a diferencia de lo sucedido con el Tribunal Constitucional, revisada la base datos de las decisiones del Consejo para la Transparencia, que constituyen su jurisprudencia administrativa, arroja que desde la fecha de vigencia de la reforma hasta el 29 de noviembre de 2019, se registra un solo caso donde la reforma constitucional es citada en sus decisiones.

Con fecha 6 de agosto de 2019, mediante la Decisión Rol C 399-19 “Daniel Sepúlveda Vallejos contra Servicio de Registro Civil e Identificación”, se resuelve la solicitud de acceso a nombres de las personas inscritas en el Registro de Discapacidad de la ley N° 20.422 en la Región Metropolitana. Efectuada la solicitud de acceso ante el Registro Civil, éste deniega dicho requerimiento argumentando, que este registro se estableció sólo para las finalidades de la ley, por lo tanto, no está abierto al público y que, además, contiene datos sensibles.

Ejercido el amparo ante el Consejo, dicho servicio público reitera sus argumentos, agregando la existencia de dicha disposición de rango constitucional. En efecto, en la comunicación emitida por la dirección nacional de la entidad, contenida en el N° 4 de la sección téngase presente, de la parte expositiva de la decisión, señala lo siguiente “resulta importante aclarar que, a diferencia de lo que parece entender el reclamante, la protección de datos personales se establece no sólo en la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, sino también actualmente en la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 4 que consagró el derecho fundamental a la protección de datos personales, alcanza a datos no sólo estrictamente de salud de las personas, concebidos éstos como datos sensibles, sino que también se extiende precisamente al nombre de aquéllas y, con mayor razón, si se considera que haciendo el cruce del dato del ‘nombre y apellido’ con el de ‘si está inscrita en el registro de discapacidad’, se puede evidenciar y determinar el estado de

salud de personas precisas, determinadas y concretas”⁸. El Consejo para la Transparencia acogió los argumentos del Registro Civil y denegó la solicitud de acceso a los datos.

En todo caso debe hacerse presente que la invocación a dicha norma más que una argumentación de fondo del servicio, fue un refuerzo a la posición que ya había establecido en su primera respuesta. Tanto es así, que la decisión del Consejo no se extiende sobre dicho fundamento.

3. Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales.²

En la actualidad se tramita en el Congreso Nacional un proyecto que reforma la actual ley de protección de datos, contenido en el Boletín N° 11.144-07, de fecha 15 de marzo de 2017 producto de un mensaje del gobierno; que fue refundido con otro anterior, el N° 11.092-07, de fecha 17 de enero de 2017, generado por una moción parlamentaria. La cámara de origen de ambas iniciativas fue el Senado.

Ambos proyectos son intervenciones mayores a la ley actual y debido a su cercanía en cuanto a su presentación, se decidió tramitarlos en conjunto, combinando sus disposiciones.

3.1. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

El primer gran documento acerca de la que denominaremos en adelante “el Proyecto” tomando ambas iniciativas refundidas, está constituido por el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, fechado el 14 de marzo de 2018.

⁸ Sitio Web Consejo para la Transparencia, específicamente <https://jurisprudencia.cpltr.cl/cpltr/decision.php?id=CPLT000029259> (consultado 10.3.2020).

⁹ Congreso Nacional (2018), Proyecto de ley que regula el tratamiento y protección de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07 [consultado el 30.1.2020].

Este documento efectúa una relación circunstanciada de todo lo tramitado hasta la elaboración del texto único. En él se contienen los motivos de cada proyecto y el informe recaído sobre ellos por la Corte Suprema, además de la fundamentación para la discusión conjunta de ambos proyectos. Prosigue después, con las audiencias concedidas a un sinnúmero de personas y expertos sobre los proyectos en análisis, para concluir en el análisis y elaboración del texto único.

Abocándome al objeto de análisis, puedo señalar, en primer lugar, que gran parte de los temas tratados en el proyecto versaron principalmente sobre la importancia de la regulación y de los datos para el desarrollo económico, la regulación en cuanto a la información sobre la deuda de las personas, su relación con la ley del consumidor, su influencia en cuanto a las reglas del consentimiento, transferencia internacional de datos, normas procedimentales para el sector público y privado y, finalmente, el tema que más trascendencia ha tenido en los medios de comunicación: la creación de una agencia especializada en estas materias, o bien, la entrega de sus funciones al Consejo para la Transparencia.

Seguidamente, debe tenerse presente que no hubo una gran discusión en cuanto a los aspectos doctrinales relativos a de la protección de datos, ya que se enfocó, en parte, en los temas ya referidos y, también, porque estaban en tramitación la reforma constitucional que analizamos en el acápite anterior.

Respecto del tema en estudio, se tratarán todas las ocasiones que éste fue mencionado de una u otra forma. De todos los documentos analizados y las opiniones expresadas, reitero que, en el fondo, no se observa un debate doctrinal macizo sobre la naturaleza del derecho a la protección de los datos personales, por dos razones: en primer lugar, porque dicho asunto se trataría en el proyecto de reforma constitucional que se tramitaba en ese momento. El segundo motivo consistió en que el gran punto en disputa era la configuración de la autoridad sobre datos personales y los procedimientos aplicables al caso.

Sin embargo, se pueden destacar aspectos relevantes. Se manifiesta, en primer lugar, el cambio de visión que pretende establecer la reforma a la ley en cuanto a considerar los

datos estrechamente relacionados con las personas a los cuales se refiere, es decir, a sus titulares. Este vínculo entre ambos elementos es remarcado en varias exposiciones de los expertos invitados y es crucial abordarlo, ya que se puede ver la opción de considerarlo o un derecho fundamental autónomo, o bien, relacionado con la noción de propiedad.

Por una parte, se encuentra la conceptualización del derecho a proteger los datos personales. Algunos de los participantes en las reuniones de la Comisión hablan de la propiedad de los datos por sus titulares, quizás, inconscientemente, para contraponerlo a la propiedad de las bases de datos que poseen las empresas. Son pocos los que lo tratan de manera separada de la connotación económica en general. Aunque algunos expositores parecen tratar al derecho como algo independiente del aspecto económico sometido al dominio, su análisis termina impregnado de alguna manera por un razonamiento similar.

Seguidamente, algunos invitados exponen el argumento de la importancia de los datos para el desarrollo de la economía, en especial, por la irrupción de la tecnología en ella y su transformación en digital.

Relacionado con lo anterior, está presente la tensión entre dos grandes principios: la libre circulación de los datos (que algunos denominan información) por una parte; y la protección de los datos personales, por otra. Este aspecto dual está firmemente asentado en la discusión y en la doctrina. El enfoque es claramente económico dentro del contexto de la economía digital.

Debe tomarse en cuenta un aspecto conceptual interesante: la distinción entre dato e información que hemos expresado al comenzar este trabajo, siendo la primera el elemento aislado y la segunda el resultado de la combinación de un conjunto de datos. Sólo uno de los expositores efectuó la debida distinción entre dato e información.

Llama la atención, las dos ocasiones que se expone el concepto de base de datos como algo importante a delimitar en el tratamiento de datos, en especial al distinguirlo del dato mismo, que lo integra.

Debe destacarse una intervención que habla del derecho de información de los titulares de los datos, que tal como se comentó a propósito del caso español, se refiere a que se le informe a la persona sobre quién reúne los datos, con qué objetivos y otros aspectos

que podrán influir en que la persona entregue o no su consentimiento. No debe confundir este “derecho” con el denominado “deber de informar” contenido en el actual artículo 3º de la ley, relativo a quienes efectúan encuestas e instrumentos similares, para informar los aspectos involucrados en ella, como si responderla es facultativo u obligatorio, el propósito de ella, disociación de los datos respecto de las personas (que hoy se denomina “anonimización”) y la oposición del titular de los datos para oponerse a su uso con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión. Por tanto, hay que efectuar dos aclaraciones: en un caso es un derecho del titular de datos, en el segundo, un deber de quien efectúa encuestas u otros instrumentos similares. También hay que ser claro: el derecho de información es distinto al derecho de acceso del titular a sus datos, ya que el primero es inicial y el segundo es posterior.

Tampoco debe relacionársele con el acceso a la información pública, sin perjuicio que en el uso de dichas normas pueda haber propiamente situaciones de “acceso a datos personales” de parte de un titular determinado, lo que hoy es fiscalizado en su cumplimiento por el Consejo para la Transparencia.

Otro aspecto relevante es la persistencia en tratar el derecho como privacidad de datos, en vez de hablar derechamente de la autodeterminación informativa, como lo efectúan los invitados expertos que hablaron ante la Comisión. Se debe tener presente, en todo caso, que esta discusión se dio previamente a la reforma constitucional que estableció el derecho de protección de datos personales.

Desde el punto de vista más específico, no deja de llamar la atención la permanente referencia a ciertos aspectos considerados importantes, dado los avances tecnológicos: en efecto, se mencionan así los datos del ADN (cadena genética), la huella digital (entendemos impresión dactilar), datos biométricos, datos personales relativos a la salud, datos relativos al perfil biológico humano, datos de geolocalización, los metadatos y los datos personales de menores de edad, que deben ser manejados por sus padres.

Como se vio en su oportunidad, la discusión más sustancial –bastante parca y confusa- se dio en la tramitación de la reforma constitucional.

Por último, si bien es cierto, la regulación es trascendente en cuanto a operativizar y hacer efectiva una institución determinada, no menos relevante es el fundamento jurídico sobre el cual se estructura dicha regulación.

Sin perjuicio de lo anteriormente comentado, debe hacerse la observación de tres disposiciones que son relevantes, siguiendo lo expuesto por Jijena en el informe de la comisión (2018: pp. 132-136) en cuanto a que el concepto clave es el dato personal. Pasamos a analizarlas a continuación.

En cuanto a la primera disposición, es el artículo 1º de proyecto. En el texto se transcriben los contenidos de los respectivos artículos primero de cada proyecto, comparándolos con su equivalente de la legislación vigente, donde resalta el cambio de enfoque desde el tratamiento de datos como actividad económica a la protección de datos como derecho de los titulares de ellos. El proyecto del gobierno habla como finalidad de la ley como "... regular el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con el propósito de asegurar el respeto y protección de los derechos y libertades de quienes son titulares de estos datos, en particular, el derecho a la vida privada", o sea, el marco general son los derechos fundamentales, pero pone énfasis en el derecho a la vida privada. En cambio, el proyecto de la moción parlamentaria señala como objeto de la ley "... asegurar a las personas naturales el derecho a proteger y controlar sus datos personales, de modo de garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales", dejando sólo como marco de protección los derechos fundamentales en general.

La redacción final respecto de este punto quedó de la siguiente manera: "Artículo 1º.- Objeto y ámbito de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con el propósito de asegurar el respeto y protección de los derechos y libertades de las personas naturales que son titulares de estos datos, en particular, el derecho a la vida privada".

La estructura del artículo siguió el proyecto del gobierno con un importante agregado, hablar de los personas naturales como titulares de los datos y beneficiados por el

derecho de protección de datos, excluyendo claramente a las personas jurídicas, pero siguió con la idea de la protección, en especial, del derecho a la privacidad.

Estoy de acuerdo con Reusser, según consta en el informe de la Comisión (2018: 155-156) en que los datos personales son utilizados para afectar otros derechos fundamentales, lo cual demuestra con meridiana claridad en su exposición, pero esto es diferente que el uso de los datos personales implique necesariamente una afectación al derecho a la privacidad. Un dato personal no sensible, tratado según las normas legales y complementarias, no afecta la privacidad, pero su mal uso puede afectar otros derechos sin necesariamente violar la privacidad, por ejemplo, el uso del número de cédula de identidad.

Hago mención además que, lamentablemente, la redacción deja como primer elemento de regulación el tratamiento de datos y no el respeto y protección de los datos para beneficio de sus titulares.

En segundo lugar, otro aspecto relevante que se sugirió recién, es el concepto de dato personal y dato sensible. En efecto, cuando se habla de dato personal, la tendencia es pensarlo como perteneciente a la persona y que ella sólo podría manejarlos. Pero hay que tener claro que existen dos tipos de datos personales, el propiamente tal, que se puede obtener y es posible su manejo según las normas respectivas, y otro tipo, el personal sensible, cuya obtención y manejo se hace por otras disposiciones mucho más reforzadas y restrictivas.

En suma, el manejo de los datos que más importa, sin infravalorar el otro tipo, se refiere a los datos sensibles, que debe ser mucho más reforzado. La nueva ley prácticamente, fuera de dar la regulación general, debe dar normas especiales para este tipo de datos, máxime cuando no hay en la actualidad una distinción clara en la protección de los datos personales propiamente tales y los sensibles.

El proyecto del gobierno establecía como dato personal el siguiente concepto en el artículo 2º: “f).- Dato personal: cualquier información vinculada o referida a una persona natural, identificada o identificable a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados”. Se criticó mucho esta definición en cuanto al uso de la expresión razonable

como forma de determinar al titular identificable de los datos. La sugerencia del grupo de asesores fue usar como base el proyecto de la moción parlamentaria, que indica ciertas formas de combinar antecedentes para establecer quién es titular de los datos.

El texto final de la letra f) del artículo 2 quedó como sigue: “f).- Dato personal: cualquier información vinculada o referida a una persona natural identificada o identificable. Se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante información combinada con otros datos, en particular mediante un identificador, tales como el número de cédula de identidad, el análisis de elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona, excluyendo aquellos casos en que el esfuerzo de identificación sea desproporcionado”.

Se acogió la sugerencia del grupo de asesores, agregándose la expresión “tales como” para establecer los medios de determinación de la personas como titular de datos, a vía ejemplar. Además, está la mención a la eventualidad de los esfuerzos desproporcionados para dicha determinación, que quedan excluidos dentro del concepto.

Respecto del dato personal sensible, se trató de delimitarlo lo mejor posible del personal propiamente tal, en cuanto a los factores involucrados para su caracterización, ya que son esferas de la intimidad que deben ser mejor protegidas y tiene una regulación mucho más reforzada. Se estableció un catálogo cerrado de factores que determinan la idea de ser sensibles. Se excluyó la mención a las características físicas y morales y a los hábitos personales por ser concepto amplios que debilitaban el carácter de enunciado cerrado que se buscaba establecer en la norma.

El texto de la letra g) del artículo 2º quedó como sigue: “g) Datos personales sensibles: aquellos datos personales que revelen el origen étnico o racial, la afiliación política, sindical o gremial, las convicciones ideológicas o filosóficas, las creencias religiosas, los datos relativos a la salud, al perfil biológico humano, los datos biométricos, y la información relativa a la vida sexual, a la orientación sexual y a la identidad de género de una persona natural”.

Por último, respecto del concepto “dato sensible”, debemos hacer una acotación, que parece intrascendente, pero no deja de tener importancia. La actual ley y el proyecto de la moción parlamentaria se refieren a él como dato sensible y después lo caracterizan de personal, mientras que el proyecto del ejecutivo y la versión final, parten señalando derechamente a este tipo como “dato personal sensible”. Puede parecer algo en extremo formal, pero si se trabaja en aras de la mayor precisión posible no es algo irrelevante. También debemos hacer la mención final del texto que habla de persona natural, excluyendo así a las personas jurídicas.

En tercer lugar, respecto del concepto de fuentes accesibles al público, en el artículo 2 letra i), quedó el siguiente texto: “i) Fuentes de acceso público: todas aquellas bases de datos o conjuntos de datos personales, públicos o privados, cuyo acceso o consulta puede ser efectuada en forma lícita por cualquier persona, siempre que no existan restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización”.

Con ellos se eliminó la idea de uno de los proyectos de establecer un listado de este tipo de fuentes, dejando un concepto genérico y otorgando en otras disposiciones a la autoridad de control la posibilidad de calificar los casos en los cuales dicha fuente sería o no calificada como tal y, también, la posibilidad de ser sancionado el uso de datos como perteneciente a dicha fuentes sin serlo, catalogada como una infracción. Debe reiterarse aquí la importancia de la articulación entre este concepto y el denominado principio del consentimiento y que la práctica en Chile ha dejado sin utilidad la noción de consentimiento por la excesiva apertura del concepto de fuente abierta al público.

Respecto del consentimiento, su definición en el artículo 2° quedó según el texto del gobierno como: “o) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen”. Se eliminó el consentimiento tácito establecido en la moción de los senadores (2018: pp. 237-238).

En cuanto a la regulación del consentimiento y su relación con las fuentes accesibles al público, la norma de los artículos 12 y 13 lo caracterizan y entregan las excepciones, respectivamente. Hemos de notar que el artículo 12, en este estado de avance, elimina el consentimiento tácito (congruente con la definición antes señalada); y el artículo 13, por su parte, como complemento al concepto de fuente accesible al público, establece las excepciones al consentimiento, siendo la letra a) la relativa a las fuentes accesibles al público. Es una disposición lógica, pero hay que ver cómo opera, dependiendo del texto final sobre las fuentes accesibles al público.

En relación con el derecho de acceso, se establece la regla junto con el de rectificación, es decir, procede, sin perjuicio de excepciones establecidas expresamente en la ley.

Para finalizar, hay que destacar la importancia que entrañan estos artículos en el éxito de la nueva legislación, ya que si no existe la claridad suficiente en que lo importante es el dato personal como reflejo de las características de una persona y no el tratamiento de datos personales como actividad económica, se cometerá el mismo error de la ley vigente. También, si no existe una correcta estructuración de la relación entre datos personales y fuentes accesibles al público, todo el sistema será estéril.

Esta es la ocasión de innovar correctamente en la norma configurando así, según ya vimos en la parte dogmática, un efectivo derecho fundamental de protección de datos personales. En estos artículos se juega el futuro de toda la normativa sobre protección de datos personales. Por último, si se piensa que esta norma será la que establezca el marco general para nuestro país, el regular correctamente esta materia es crítico.

3.2. Discusión General en sala.

La discusión en general tuvo una primera sesión con fecha 21 de marzo de 2018, partiendo con una exposición general del proyecto en base al trabajo de la comisión.

En lo que nos compete, se habló de regular el tratamiento de los datos personales de personas naturales, lo cual es acertado. Sin embargo, más adelante, se trata a los datos personales como propiedad de las personas con la expresión “en tanto ciudadanos y dueños de nuestros datos”.

Casi al finalizar la exposición, se habla de los datos sensibles y otros casos especiales como perfil biológico, biométrico, de salud, de geolocalización e, incluso, el uso para estudios históricos, estadísticos, científicos.

Después de la cuenta y algunos comentarios sobre contingencia en la materia, se procedió a dejar la discusión más detallada para ocasión posterior.

Con fecha 3 de abril de 2018 se prosiguió con la discusión en general del proyecto en el Senado. Hubo participación de varios senadores tocando múltiples aspectos del proyecto. Los tópicos tratados giraron aproximadamente en los mismos temas de la sesión de 14 de marzo.

En esta sesión se volvió al tema desde el punto de vista económico, con la idea del mercado de datos, la era digital y el comercio digital conectando dicha noción de equilibrio de la libre circulación de datos y la protección de datos. Respecto de éstos se habló en cuanto son insumo para establecer patrones de consumo y efectos publicitarios. Como se nota el aspecto económico, nuevamente es el impulso principal para una mejor regulación de la protección de los datos.

El senador Guillier efectuó una crítica en este punto, señalando que existía un excesivo énfasis en el aspecto económico del proyecto, desconociendo otros ámbitos como por ejemplo, la afectación de la democracia como sistema. Esta mención no era irrelevante, puesto que en la fecha de la sesión había estallado el escándalo de “Cambridge Analytica”, con todas las consecuencias políticas que acarreó.

Fuera de lo anterior, hubo otros aspectos relevantes tratados como la relación del proyecto con los estándares utilizados en el proyecto siendo éstos los de la OCDE, Unión Europea y Naciones Unidas, junto con los de APEC y diversos organismos a nivel mundial.

También, se habló del tema dato personal, dato personal sensible y ciertos casos especiales como los relacionados con la salud, datos familiares u otros aspectos complejos de la vida como los biométricos, información genética u otros aspectos más avanzados de la ciencia, reiterando la preocupación ya explicitada en la sesión anterior.

Hubo una preocupación por la transferencia internacional de datos y su control y en evitar el tráfico y uso indebido de datos por las personas jurídicas y naturales que tratan datos y cómo hacían tráfico de ellos, ya sea por venta, cesión o transferencia.

Hay referencias a la idea de transparencia en uso de los datos, quizás relacionada con la actuación en el ámbito público y las nociones de honra e intimidad y libertad de expresión.

También se pidió la definición del ámbito de lo público y lo privado y cómo se permitía el acceso de las personas a ellos. Incluso se dejaba constancia de la utilización de sanciones penales, llegado el caso.

Por último, hubo una referencia la noción de ciberseguridad.

Como puede observarse, el aspecto económico estuvo presente en casi toda la discusión del proyecto hasta donde hemos podido analizar, sólo refiriéndose accidentalmente a otras consideraciones diferentes. Es innegable e indudable que el aspecto económico es gravitante en el aspecto de la protección de datos personales, debido a que estamos ingresando a la denominada economía digital y, también, el mundo actualmente se estructura en una sociedad donde la información fluye libremente. Negar esta situación es un sinsentido.

Sin perjuicio de lo anterior, esto no justifica que el análisis de la materia verse en su gran parte en los aspectos económicos, sin tomar el debido peso a las otras consecuencias que provoca el mal uso de los datos personales, lo que comienza recién a ser tomado en cuenta en nuestro país y debe ser reflejado en la nueva legislación.

Reitero que hasta donde hemos revisado, el aspecto doctrinario no fue analizado de forma muy profunda, lo que se había efectuado a propósito de la reforma constitucional y de manera algo confusa y errática.

Como se ha manifestado en el presente análisis el aspecto económico es relevante e innegable, pero de allí a abordar todo el tema sólo desde esa óptica es un criterio reduccionista que no ayuda a proteger a las personas de los peligros que entraña el mal uso de los datos personales.

También es algo ya sobradamente alegado que la afectación a la protección de datos personales no entraña necesariamente una violación a la vida privada, aunque tiene relación con ella, sino a una variada gama de derechos fundamentales, según sean los casos que se produzcan en la realidad.

Es de esperar que la legislación que actualmente se discute en el Congreso Nacional no desaproveche una oportunidad única de establecer una regulación de la protección de datos personales acorde con un verdadero derecho fundamental independiente y efectivo en la protección de sus datos personales.

IV. CONCLUSIONES

Como he expuesto en el presente trabajo, podemos establecer como conclusiones las siguientes:

1) Como se puede desprender la revolución tecnológica, informática y telemática, es un proceso que ha traído importantes consecuencias en el mundo, afectando también al derecho en sus diversas manifestaciones. Los conceptos de Aldea Global, Sociedad de la Información y Poder Informático son la base teórica sobre la cual se desarrolla el tema de los datos personales en la actualidad.

2) En cuanto a los datos personales, la evolución histórica demuestra que surgieron en una realidad de uso casi monopólico del Estados y grandes empresas en sus propios cometidos para, posteriormente, estar masivamente disponibles para todo tipo de personas e instituciones, lo que puede provocar grandes perjuicios a quienes ellos se refieren. Se ha transitado desde la regulación de tipo instrumental de ciertas instituciones hasta la creación de un verdadero derecho fundamental.

3) Se ha propuesto el concepto genérico el orden público tecnológico, como forma de ordenar el correcto uso de las tecnologías, dentro de las cuales estaría considerada la protección de datos personales. La evolución en esta materia lleva a la conclusión que es indispensable regular de la forma más completa posible la utilización de los datos referidos a las personas. Además, debe existir un equilibrio entre la protección de los datos personales y el denominado principio de la libre circulación de los datos, imprescindible en la nueva realidad tecnológica. En todo caso debe aclararse la relación entre los conceptos de dato e información que, en algunos casos, aparecen identificadas no siendo lo mismo.

4) Es indudable que la protección de los datos personales contribuye notablemente a preservar la dignidad de la personas, puesto que los resultados del mal uso de dichos datos y de la información extraída de ellos, puede afectar de forma grave autonomía, condiciones materiales y bienes no patrimoniales de la personas, según los criterios de la Corte Constitucional Colombiana.

5) El derecho de la protección de datos personales debe ser separado de la noción de libertad de información y, también, del acceso a la información pública con las cuales posee un vínculo tangencial en cuanto que los datos personales pueden estar incluidos en dichos aspectos, pero no comparten la misma entidad.

6) En la búsqueda de un estatuto para la protección de datos personales se le estructuró como un derecho fundamental en muchos países, bajo diversas fórmulas que le dan sustento: *privacy* estadounidense, la intimidad de raigambre europea, o bien, la autodeterminación informativa de origen alemán y derivada de la libertad personal.

7) Si bien es cierto el origen se produce desde el derecho a la privacidad, su desarrollo lleva al establecimiento de un verdadero derecho fundamental autónomo con su contenido propio y distintivo, de carácter mucho más activo que pasivo, y que dota al titular de un conjunto de herramientas para protegerse del mal uso que se puede hacer de los datos referidos a su persona. En suma, es más cercana a la autodeterminación informativa germana. Este es el núcleo de este derecho fundamental, su bien jurídico protegido.

Su contenido específico consta de dos elementos imprescindibles: el consentimiento del titular de los datos y, dentro del conjunto de las herramientas que se le otorgan al titular, el derecho de acceso a los datos una vez que estos circulan. Ambos hacen realidad y operativo el derecho.

8) Aun existiendo una clara diferencia entre la noción tradicional de privacidad o vida privada y el denominado actualmente derecho de protección de datos personales, la base doctrinal no parecer ser lo suficientemente clara y adolece de varias imprecisiones y confusiones, no suficientemente asumidas y aclaradas, especialmente en la doctrina nacional.

9) En nuestro país, ya se cuenta con su consagración a nivel constitucional en el artículo 19 N° 4, lo cual no lo hace necesariamente depender de los otros derechos consagrados en dicho numeral, sin perjuicio de otorgarle un sustento que merecía tener hace muchos años, desde el momento en que era considerado como un derecho fundamental implícito.

10) Sin embargo, respecto de su regulación a nivel legal estamos entre una norma notoriamente atrasada y con serios defectos estructurales, y una nueva legislación que aún no ha terminado su tramitación después de varios años y en cuya discusión se notan todavía muchos elementos confusos como hablar de privacidad y autodeterminación como sinónimos, el excesivo tratamiento del tema desde el punto de vista económico, la reiterativa alusión al derecho como propiedad de datos cuando no es el enfoque correcto, entre otras cuestiones.

11) Además, debe hacerse hincapié en que de nada sirve dicha consagración constitucional, sin que la ley llamada a dotar de contenido efectivo a este nuevo derecho constitucional realmente cumpla dicho cometido. Como vemos en la actualidad, una legislación mal diseñada provoca graves distorsiones y muchos problemas.

12) Si se establece en la nueva legislación debe ser en base a la titularidad de la persona a quien se refieren dichos datos, consagrar efectivas normas sobre consentimiento del titular que no sean anuladas por la noción de fuentes accesibles al público y, que las reglas de acceso a la información referida a dicho titular sean lo suficientemente claras y concretas para realizar el debido ejercicio del derecho, contemplando la posibilidad de procedimientos eficaces en caso de incumplimiento, ya sea en sede administrativa o jurisdiccional. Se necesita una autoridad de control en la materia.

13) Si se ha de avanzar para consolidar un verdadero derecho a la protección de los datos personales, se necesita una base teórica y una legislación competentemente desarrollada sobre ésta, para que produzca los efectos deseados. Una sin la otra sólo provocará confusiones y lesionará los derechos de las personas.

14) La reforma legislativa en marcha es la gran oportunidad para lograr una legislación efectiva y moderna. Esta norma, será también la base para que la doctrina y la jurisprudencia hagan su necesario e indispensable aporte para perfilar y moldear este nuevo derecho fundamental que es necesario para la nueva realidad que nuestro país enfrenta.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS CIENTÍFICOS Y MEMORIAS

Alcaraz, Hubert (2007): “El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de Información: «Quand je vous ameray? Ma foi, je ne sais pas... peut-être jamais, peut être demani!»”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*. Volumen 9, N° 18, pp. 6-28.

Alcayaga, Rocío (2014): *La protección de datos personales: una mirada crítica a la actual legislación chilena la luz de la normativa comparada*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Aldunate, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing Chile. Santiago.

Álvez, Amaya (2017): “Norma y Tipicidad Fundamental”, en *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*. Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores). LOM Ediciones, Santiago, pp. 55-91.

Anguita, Pedro (2007): *La Protección de Datos Personales y el derecho a la vida privada*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Arrieta, Raúl (2009): “Chile y la protección de datos personales: compromisos internacionales”, en *Chile y la protección de datos personales ¿Están en crisis nuestros derechos fundamentales?* Raúl Arrieta y Carlos Reusser (coordinadores). Universidad Diego Portales. pp. 13-22.

Arrieta, Raúl (2011): “Autorregulación y protección de datos personales”, en *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*. Arrieta, Raúl (coordinador). Corporación Expansiva. Santiago. pp. 7-25.

Ayala, Teresa (2012): “Marshall McLuhan, las redes sociales y la aldea global”, en *Revista de Educación y Tecnología*, N° 2. pp. 8-20.

Bahamonde, Cristian (2008): “Los datos personales en Chile. Concepto, clasificación y naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 1. pp. 45-92.

Banda Vergara, Alfonso (2000): “Manejo de datos personales. Un límite al derecho a la vida privada”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XI. pp. 55-70.

Blazevic, Vesna (2003): *Bases de Datos Personales y Hábeas Data*. Memoria de Grado. Universidad Adolfo Ibáñez.

Camacho, Gladys (2014): “La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena”, en *Revista de Gestión Pública*. Volumen III, N° 1, pp. 73-93.

Canales Gil, Álvaro (2007): “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*. N° 12. pp. 13-56.

Cea, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. 2ª Edición Actualizada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago.

Cebrián, Mariano (2009): “Complejidad de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (SIC)”, en *Sociedad de la Información y del Conocimiento en los países nórdicos. Semejanzas y diferencias con el caso español*. Mariano Cebrián Herreros (director). Editorial Gedisa. Barcelona.

Celis Danzinger, Gabriel (2019): *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial El Jurista. Santiago.

Contreras, Pablo (2017): “Titularidad de los derechos fundamentales”, en *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*. Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores). LOM Ediciones. Santiago. pp. 119-160.

De Verda y Beamonte, José Ramón (2017): “Los derechos fundamentales de la personalidad (Al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, en *Revista Boliviana de Derecho*. Nº 23. pp. 54-111.

Diez, Beatriz (2002): *Nociones generales sobre protección de datos personales automatizados*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción.

Donoso, Lorena (2009): “El tratamiento de datos personales en el sector de la educación”, en *Chile y la protección de datos personales ¿Están en crisis nuestros derechos fundamentales?* Raúl Arrieta y Carlos Reusser (coordinadores). Universidad Diego Portales. pp. 57-79.

Fernández, Virginia (2006): *Protección de datos personales en Chile*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca.

Figuroa, Rodolfo (2014): *Privacidad*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago.

Frosini, Vittorio (1988): *Informática y Derecho*. Editorial Themis. Bogotá.

Garay, Osvaldo y González, Miguel Ángel (2008): *Vida Privada y honra frente a las libertades de opinión e información. El ejercicio del periodismo entre dos aguas*. Editorial Librotecnia. Santiago.

García González, Aristeo (2007): “La protección de datos personales: Derecho fundamental del Siglo XXI. Un estudio comparado”, en *Revista Mexicana de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XI, núm. 120. pp. 743-778.

González, Francisco (1999): “Privacidad de la información digital: autodeterminación vs. commodity”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. SELA 1998 (1999). pp. 77-99.

Gregorio, Carlos G. (2004): “Protección de Datos Personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”, en *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*. Hugo A. Concha Cantú, Sergio López Ayllún y Lucy Tacher Epelstein (coordinadores). Universidad Autónoma de México, México D.F. 2004. pp. 299-325.

Herrera, Rodolfo y Núñez, Alejandra (1999): *Derecho Informático. El Derecho Chileno y Comparado ante los desafíos de las nuevas Tecnologías de la Información*. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago de Chile.

Herrera, Rodolfo (2005): “La Protección de Datos Personales como garantía básica de los Derechos Fundamentales”, en *Revista Derecho Humanos*. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos de México. N° 71. pp. 45-53.

Jijena, Renato (1993-1994): “Debate parlamentario en el ámbito del Derecho Informático. Análisis de la ley N° 19.223, que tipifica delitos en materia de sistemas de información”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° XV, pp. 347-401.

Jijena, Renato (2005): *Comercio electrónico, firma electrónica y derecho. Análisis de la ley N° 19.799*. 2ª Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Jijena, Renato (2001): “Ley chilena de protección de los datos personales, una visión crítica desde el punto de vista de los intereses protegidos”, en *Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada*. Universidad de los Andes. Cuadernos de Extensión Jurídica. Santiago. pp. 85-111.

Jiménez Larraín, Fernando y Jiménez Loosi, Fernando (2014): *Derecho Constitucional*. Tomo I. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción.

Lesmes Serrano, Carlos (2000): “Las Nuevas Tecnologías y la Administración de Justicia. La ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, en *Derecho de Internet. La contratación electrónica y firma digital*. Rafael Mateu de Ros Cerezo y Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo (coordinadores). Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. pp. 371-384.

MacLuhan, Marshall (1962): *Galaxia Gutemberg: Génesis del homo typographicus*. Traducción Juan Novella. Editor Digital Lestrobe. Ebookelo.com (consultado 16.5.2020).

Madrid, Fulgencio (1984): *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia. Valencia.

Magliona, Claudio y López, Macarena (2010): *Delincuencia y Fraude Informático. Derecho Comparado y ley N° 19.223*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Martínez, Richard (2007): “El derecho fundamental a la protección de datos. Perspectivas”, en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 5. pp. 47-61.

Matamala, Daniel (2013): *Tu cariño se me va. La batalla por los votantes del nuevo Chile*. Ediciones B. Primera Edición. Santiago.

Matus, Jessica y Montecinos, Alejandro (2006): *La Cesión de Datos Personales*. Editorial Lexis Nexis. Santiago.

Masuda, Yoneji (1984): *La Sociedad Informatizada como Sociedad Post-industrial*. Fundesco-Tecnos. Madrid.

Matchulp, Fritz (1962): *The Production and Distribution of Knowledge in the United States*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey.

Molina Guaita, Hernán (2011): *Derecho Constitucional*. 11ª edición. Thomson Reuters. Santiago.

Moreno Bobadilla, Ángela (2016): “El Derecho a la intimidad en España”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, Volumen 12, N° 1. pp. 33-57.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas (1990): *Derecho a la autodeterminación informativa. La protección de datos personales frente al uso de la informática*. Editorial Tecnos. Madrid.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas (2008): “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, en *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*. Sociedad de Estudios Vascos (Eusko Ikaskuntza). N° 20. pp. 43-58.

Nahabetian, Laura (2015): “Protección de datos y gestión documental: decálogo ampliado para la sociedad de la información”, en *Revista de la Facultad de Derecho (Uruguay)*, N° 39. pp. 119-225.

Nogueira, Humberto (2018a): *Derecho Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo 1. 5ª Edición actualizada. Editorial Librotecnia. Santiago.

Nogueira, Humberto (2018b): *Derecho Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo 2. 4ª Edición. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile.

Nogueira, Humberto (2019a): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo 3. 3ª Edición. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile.

Nogueira, Humberto (2019b): “Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de los derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional”, en *Nuevos Derechos para una Nueva Constitución*. Gonzalo Aguilar Cavallo (coordinador). Tirant Lo Blanch. Valencia. pp. 39-84.

Pérez Luño, Antonio (1994): “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”. II Jornadas de Estudio sobre ‘Protección de Datos y Derechos Fundamentales’ ”, en *Anuario de las Jornadas 1989-1990*, Servicios de Estudios IVAP. Oñate, 1991. pp. 299-331.

Pérez Luño, Antonio Enrique (1989): “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en *Cuadernos y Debates. Libertad informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales N° 21. Madrid.

Pérez Luño, Antonio Enrique (2005): “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”. 9ª Edición. Tecnos. Madrid.

Pinochet, Francisco José (2006): *El Derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile. Santiago.

Quezada, Flavio (2012): “La protección de los datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Volumen I, N° 1. pp. 125-145.

Rajevic, Enrique (2011): “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación”, en *Serie En Foco, N° 162*. Corporación Expansiva. Santiago. Disponible en http://archives.cplt.cl/artic/20121222/asocfile/20121222194951/pdp_transparencia_rajevic_expansiva2011.pdf [consultado el 16.7.2019].

Ríos, Lautaro (2018): “Derechos esenciales cuya consagración o amparo están ausentes en nuestra Constitución”, en *Derechos Fundamentales. Libro en homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. pp. 357-372.

Remolina, Nelson (2005): “Centrales de información, hábeas data y protección de datos personales: avances, retos y elementos para su regulación”, en *Comercio Electrónico*. GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática). Universidad de Los Andes y Legis Editores S.A, Bogotá. pp. 223-301.

Reusser, Carlos (2018): *Derecho al Olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. DER Ediciones. Santiago.

Ruiz Martínez, Esteban (2003): “Breve ensayo sobre el derecho a controlar la información personal”, en *Derecho y Nuevas Tecnologías*. N° especial 4-5. Año 3. pp. 71-99.

Saarenpää, Ahti (2003): “Europa y la protección de datos personales”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*. Nº 3. pp. 15-29.

Salgado, Constanza (2017): “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”, en *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*. Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores). LOM Ediciones. Santiago. pp. 207-255.

Serrano Pérez, María Mercedes (2005): “El Derecho Fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las administraciones Públicas*. Nº 1 (dedicado a los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías). pp. 245-265.

Silva Bascuñán, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XII. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Suárez, Christian (2000): “El concepto de derecho a la vida privada en el Derecho Anglosajón y Europeo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XI. pp. 103-119.

Vera Quilodrán, Alejandro H. (1996): *Delito e Informática La informática como fuente de delito*. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago.

Vergara Rojas, Manuel (2017): “Chile: Comentarios preliminares al proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Volumen 6, Nº 2. Universidad de Chile. Santiago de Chile. pp. 135-152.

Vivanco, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. 2ª Edición actualizada. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago.

OTRAS FUENTES

Diario *El Mercurio de Santiago*. 21 y 24 de marzo de 2018.

Diario *La Tercera*. 21 y 24 de marzo de 2018.

Semanario Cambio 21. 28 de marzo de 2018.

Congreso Nacional (2018), Historia de la ley 21.096 sobre reforma a la Constitución consagra el derecho a los datos personales. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7551/>

Congreso Nacional (2018), Proyecto de ley que regula el tratamiento y protección de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07

Decisión del Consejo para la Transparencia (2019): Caso Daniel Sepúlveda Vallejos con Servicio de Registro Civil e Identificación. Disponible en <https://jurisprudencia.cplt.cl/cplt/listaResultados.php>