

Minuta

AUTORA	María Paz Canales, Directora Ejecutiva, Derechos Digitales
DESTINATARIO	Comisión encargada de informar la Acusación Constitucional Ministra Marcela Cubillos
FECHA	24/09/2019

La presente minuta representa un resumen de los argumentos expresados en la intervención efectuada por la autora ante la Comisión de la Cámara de Diputados que se encuentra actualmente encargada de informar la acusación constitucional deducida en contra de la Ministra Marcela Cubillos.

Sobre la expositora: María Paz Canales, directora ejecutiva de Derechos Digitales, una organización sin fines de lucro basada en Chile que trabaja en la defensa, promoción y desarrollo de los derechos humanos en el entorno digital en América Latina, en particular libertad de expresión, privacidad y acceso a la información y el conocimiento. Es abogada de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho y Tecnología (LL.M) por la Universidad de California, Berkeley. En 2015, María Paz participó del *Google Policy Fellowship Program*, integrándose al *Center For Democracy and Technology*, y posteriormente fue pasante en el *Berkman Klein Center for Internet and Society* de la Universidad de Harvard. Con anterioridad, su trabajo en el ejercicio privado ha estado relacionado con el desarrollo y uso de nuevas tecnologías, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, la libre competencia, regulación de telecomunicaciones y protección de datos personales.

Antecedentes aportados a la Comisión en relación al Segundo Capítulo de la Acusación Constitucional presentada en contra de la Ministra Marcela Cubillos, relativo a la infracción a la Constitución y las leyes específicamente en relación al respeto y protección a la vida privada y la protección de sus datos personales, así como el principio de finalidad previsto en la ley N°19.628 sobre protección de la vida privada

1. Violación a la normativa constitucional y legal de protección de datos personales

El artículo 19 número 4° de la Constitución Política, asegura a todas las personas: “*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*”.

Los correos electrónicos constituyen un dato personal de acuerdo la definición contemplada en el Artículo 2° de la ley N°19.628, que señala que: “*Para los efectos de esta*

ley se entenderá por: f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”. Las direcciones de correo electrónico de cualquier tipo, ya sea los que hacen referencia textual al nombre de la persona titular del mismo, o no lo hagan (en el ejemplo provisto a la sala elzorroenmascarado@404.com) permiten en cualquier caso la identificación de la persona titular del mismo a través de los datos que ella debe proveer al prestador de servicios tecnológicos que aloja en sus servidores el correo respectivo. La identidad de la persona resultará posible de ser determinada si se recurre a los procesos judiciales previstos para tener acceso a dicha información. Ahora, en el caso concreto de la base de datos bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación con ocasión de la implementación del Sistema de Admisión Escolar (SAE), los datos que la conforman incluyen además del correo electrónico de los usuarios una asociación de los mismos al RUN del apoderado y a su una clave de acceso al sistema. Todos datos que en conjunto hacen fácilmente determinable la identidad de las personas a las cuales la Ministra Cubillos dirigió correos electrónicos referidos a la iniciativa admisión justa. Se trata entonces de una información concerniente a personas identificadas.

La ley N°19.628 establece en su Artículo 2° letra o) que debe entenderse por tratamiento de datos, entendiéndolo por ello: *“cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, **o utilizarlos en cualquier otra forma.**”* Con lo cual, el envío de mensajes referidos a la iniciativa admisión justa a los correos electrónicos -obtenidos de la base de datos bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación con ocasión de la implementación del SAE-realizado por la Ministra Cubillos constituye un acto de procesamiento de datos conforme a la ley.

Conforme al Artículo 4° de la ley 19.628: *“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.”* Esto es, el tratamiento de datos personales en nuestra legislación tiene como bases de legalidad: a) el consentimiento, o b) la ley. En ambos casos el procesamiento de los datos personales debe ceñirse al principio de finalidad establecido en los artículos 5° y 9° de la ley N°19.628, el último de los cuales dispone que los datos personales: *“deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.”*

¿De dónde provienen los correos electrónicos -que ya hemos establecido son datos personales conforme a la ley- utilizados por la Ministra Cubillos para el envío de mensajes referidos a la iniciativa admisión justa? Los correos electrónicos forman parte de la base de datos bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación con ocasión de la implementación del SAE, ellos fueron proporcionados directamente por sus titulares.

Al momento de hacer entrega de sus datos al SAE, los mismos fueron informados a través del "Protocolo de Manejo de Datos del Sistema de Admisión Escolar" disponible en la página web de la plataforma internet que permitió su recolección que los mismos serían

utilizados con las finalidades previstas en artículo 2º numeral 7 del Decreto N°152 del Ministerio de educación, de 19 de mayo 2016, que reglamenta el proceso de admisión en ejecución de la ley 20.845 de Inclusión Escolar, esto es: *“La plataforma de registro, en adelante indistintamente, “plataforma” o “plataforma de registro”, tendrá entre sus funciones: 1) Informar respecto de las características de los establecimientos y los procedimientos de admisión; 2) Registrar las preferencias de los apoderados respecto de los establecimientos a los que postulan y; 3) Informar los resultados de las postulaciones.”*

De lo anterior se concluye que si los datos personales de la base de datos bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación con ocasión de la implementación del SAE tienen como base de legalidad para su tratamiento el consentimiento de los titulares que los entregaron al registrarse en el sitio web del sistema, el uso de los correos electrónicos por la Ministra Cubillos para el envío de información sobre la iniciativa admisión justa resulta en infracción del principio de finalidad establecido por la ley N°19.628.

Ahora bien, en la hipótesis que se sostenga que el procesamiento de datos tuvo como base de legalidad la ley de conformidad a lo previsto en el artículo 20 de la ley N°19.628, dicha base de legalidad igualmente exige el respeto del principio de finalidad establecido en su artículo 9 que precede al artículo 20 (aunque parezca de perogrullo), pues el artículo 20 señala: *“El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y **con sujeción a las reglas precedentes.** En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.”*

El tratamiento de datos dentro de la competencia del Ministerio de Educación, pudo no haber requerido del consentimiento de los apoderados usuarios del SAE, sin embargo en ningún caso se encontraría exento del cumplimiento de la finalidad establecida por el mismo Ministerio de educación en el Decreto N°152, en ejecución de la ley N°20.845. En conclusión si se invoca como base de legalidad del tratamiento datos personales por la Ministra Cubillos el artículo 20 de la ley N°19.628, igualmente dicho tratamiento se realizó en infracción de los artículos 5º y 9º de la misma ley, que establecen como requisito del procesamiento el respeto al principio de finalidad.

En suma, no puede confundirse la base de legalidad que autoriza el tratamiento de un dato personal, de los principios que rigen tal tratamiento conforme a la ley N°19.628. Cualquiera sea la base de legalidad que se invoque en el caso en el examen, el principio de finalidad de los artículos 5º y 9 de la ley N°19.628 se encuentra infringido por la Ministra Cubillos al utilizar los correos electrónicos para el envío de información sobre la iniciativa admisión justa. Al realizarse un tratamiento de datos personales sin sujeción a la forma y las condiciones establecidas por la ley para ello, el artículo 19 N°4 de la Constitución Política se encuentra infringido.

2. Inexistencia de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de datos personales en el caso en examen

Como un elemento de ponderación de la gravedad de la infracción constitucional y legal anotada en el apartado anterior por la Ministra Cubillos se ha levantado la hipótesis de que nos encontraríamos ante el conflicto de la protección de la vida privada y de los datos personales con la libertad de expresión garantizada en el artículo 12 de la Constitución Política.

El artículo 1º de la ley N°19.628 exceptúa de su aplicación el tratamiento de los datos de carácter personal por organismos públicos o por particulares *“que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política”*.

¿Puede considerarse que el envío de correos electrónicos referidos a la iniciativa admisión justa a los apoderados registrados en el SAE por la Ministra Cubillos constituye una conducta en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar contemplada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política? En primer lugar, debe recordarse que el catálogo de derechos fundamentales establecido en el artículo 19, así como aquellos que provienen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados y vigentes en Chile, conforme al artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política, son **garantizado a las personas** y asiste al Estado la obligación de cautelar su protección. No existen derechos humanos posibles de ser invocados por el Estado en el ejercicio de sus competencias y potestades. Otra cosa más allá de cualquier discusión es que a los funcionarios del Estado, les correspondan en cuanto ciudadanos y seres humanos, tales derechos fundamentales.

Sin embargo lo que resulta relevante de anotar en este caso es que si, el envío de correos electrónicos referidos a la iniciativa admisión justa a los apoderados registrados en el SAE por la Ministra Cubillos constituye una conducta en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar contemplada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, la base de legalidad de ese procesamiento no puede encontrarse en el artículo 20 de la ley N°19.628, que se refiere a una competencia del Estado. Tampoco podría encontrarse en el consentimiento de los apoderados a la hora de registrarse en el sistema los cuales como hemos visto no fueron informados de dicha finalidad, y no consintieron en ella.

Le asiste por supuesto a la Ministra Cubillos un derecho a la libertad de expresión garantizado por la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos, pero en su ejercicio no puede atribuirse el uso personal de una base de datos de titularidad del Estado. Incluso si se examina el derecho a la libertad de expresión desde su componente que busca asegurar la disponibilidad de mayor información para los ciudadanos, que contribuya a la transparencia y a la formación de la opinión pública, el marco jurídico vigente arbitra al Ministerio de Educación otros mecanismos que no implican la infracción de la protección de datos personales para cumplir con dicha finalidad, tales como las facultades el artículo 3º de la ley 19.896 para emitir avisos informativos de carácter general relacionados con el ejercicio de sus competencias, que ha sido refrendado en el caso de otros entes públicos como un mecanismo dentro de sus competencias legales por la Contraloría General de la República.

Por último, cabe despejar la aplicabilidad en el caso en examen de la hipótesis de exclusión del ámbito de aplicación de la ley N°19.628 conforme a su artículo 1º. La actividad de la Ministra Cubillos, en cuanto ciudadana, podría enmarcarse en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, pero al haber hecho acceso a los datos personales

utilizados para difundir tales expresiones en su calidad de funcionaria pública responsable de una base de datos pública, su conducta no puede entenderse amparada en una actividad informativa de prensa o de opinión que es aquella a cuya exclusión apunta el artículo en cuestión como se desprende de la historia de la ley de la disposición.¹

En suma, mayor disponibilidad de información para la ciudadanía es siempre deseable, pero el fin no justifica los medios ilegales empleados en el caso en examen. El Estado no puede ser habilitado para la infracción de los derechos de los ciudadanos en miras de promover las propias líneas de discurso (o de sus funcionarios), el derecho de libertad de expresión tiene como titular a las personas habitantes del territorio nacional, no al Estado. El derecho de libertad de expresión de los funcionarios públicos en cuanto ciudadanos no puede ser confundido en su ejercicio con las competencias y potestades que les corresponden como funcionarios públicos vinculados por el principio de legalidad del artículo 6 de la Constitución Política.

3. Actuaciones de la Ministra Cubillos reflejan las fallas sistémicas de la protección de datos personales en Chile, y en particular, las infracciones impunes de la normativa vigente por parte de órganos del Estado

La conducta desarrolla por la Ministra Cubillos en relación a la infracción de la normativa de protección de datos personales, lamentablemente no constituye en la actualidad un hecho aislado en los órganos del Estado. Solicitada la intervención del Consejo para la Transparencia (CPLT) para su pronunciamiento acerca de la compatibilidad de la conducta de la Ministra Cubillos de utilización de datos personales de los usuarios del SAE que ahora forma parte de la Acusación Constitucional presentada contra ella en examen, y más allá de las cuestiones de competencia levantadas al respecto, la decisión de mayoría de tal entidad resolvió -alejada de los criterios técnicos antes examinados en esta intervención- que ella *“encuentra sustento en una base de licitud que la habilita a su procesamiento, esto es, la regla contenida en el artículo 20 de la Ley N°19.628”*.

¹ Historia de la Ley N° 19.628. Informe Comisión Mixta Fecha 11 de mayo, 1999. Informe Comisión Mixta en Sesión 2. Legislatura 340. “Le preocupó en especial a la Comisión Mixta la correlación de las disposiciones de este proyecto de ley con el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, que consagra el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política. Este tema ya se ha planteado con anterioridad, en el artículo 11 del texto aprobado en el primer trámite constitucional, y en los artículos 21 y 22 del proyecto contenido en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la honorable Cámara de Diputados. Al respecto, la Comisión Mixta coincidió con la razón fundamental que llevó a la honorable Cámara de Diputados a optar en definitiva por no incorporar reglas especiales en esta iniciativa, cual es dejar entregada la regulación de la materia a la ley de quórum calificado que contempla la mencionada disposición constitucional; proyecto que, por lo demás, está cumpliendo su tercer trámite constitucional. Para hacer claridad sobre este punto, evitando interpretaciones equívocas, decidió incorporar en el inciso primero una excepción, en el sentido de que el tratamiento de datos personales que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental”. La referencia a una ley de quórum calificado en este caso no es otra que la ley N°19.773 Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Por su parte la referencia hecha en la cita anterior al debate suscitado en torno al artículo 11 del texto aprobado en primer trámite constitucional puede leerse a continuación en clara referencia a las actividades de la prensa: “El señor DÍEZ.-Señor Presidente, solicito una interrupción, para aclarar el debate. El señor DÍAZ.-Muy bien. El señor NÚÑEZ (Vicepresidente).- Puede hacer uso de la interrupción el Senador señor Díez. El señor DÍEZ.- Señor Presidente, el artículo 11 del texto en debate dispone que “Las intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, cometidas a través de cualquiera de los medios de difusión a que se refiere la ley N° 16.643, sobre abusos de publicidad, se regirán por las prescripciones contenidas en dicho cuerpo legal.”. De manera que el precepto que nos ocupa no es aplicable a la prensa ni a otros medios de comunicación. El señor DÍAZ.-Perfecto. Se ha aclarado la situación, señor Presidente”. Historia de la Ley N° 19.628, de fecha 14 de septiembre, 1995. Diario de Sesión en Sesión 37. Legislatura 331. Discusión General. Pendiente.

Lo cierto es que las deficiencias actuales de la regulación de protección de datos personales, que carece de una institucionalidad propia de protección y sanción frente a su infracción, y en la cual el CPLT cuenta en efecto con una competencia muy acotada de supervisión respecto de los órganos públicos, no puede dar asidero a restar relevancia a las conductas de órganos públicos en infracción del derecho a la protección de los datos personales de los ciudadanos.

Lo anterior debe llamar la atención de los Honorables Diputados parte de esta comisión que tendrán a su cargo revisar y pronunciarse respecto del proyecto de ley que busca actualizar la normativa de protección de datos personales vigente en Chile. En efecto, es urgente que en dicha actualización se consagre una autoridad de control que cuente con competencias técnicas y la independencia política necesaria para que sus decisiones puedan ponderar adecuadamente las conductas que implican vulneración de la protección de datos personales, aún en aquellos casos difíciles en que puedan existir otros elementos de acceso a la información involucrado u otras consideraciones políticas, como sucede en el caso en examen.

Quisiera finalizar mi intervención haciendo una referencia al voto disidente de los Consejeros De la Fuente y Drago en el caso en examen, que señala: *“[E]l tratamiento de datos personales efectuado por el MINEDUC en quebrantamiento del principio legal de finalidad, pueda justificarse en el derecho a la libertad de expresión de una institución o autoridad pública que ejerce la potestad del Estado, puede constituirse en antesala al autoritarismo, la autocracia o la transgresión impune de otras garantías constitucionales y no tiene asidero alguno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ni en ningún otro sistema regulatorio, en particular el Europeo.”* (párrafo 3.e) del voto disidente de los Consejeros De la Fuente y Drago en pronunciamiento del Consejo para la Transparencia sobre denuncias formuladas contra el Ministerio de Educación por eventual infracción a la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, de fecha 30 de agosto de 2019).

Finalmente, privilegiar la voz del Estado fundada en la infracción de la garantía fundamental de protección de la vida privada y los datos personales se encuentra lejos del mandato de no afectación de contenido esencial de las garantías constitucionales contenido en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política, y constituye una peligrosa afirmación de la práctica recurrente de los órganos del Estado de utilizar los datos de los ciudadanos en formas desviadas a aquellas que les corresponden de acuerdo al ordenamiento legal y constitucional vigente.
