



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9557-2020

[26 de mayo de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5°,
INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO, 11, LETRA C), 15 Y 28,
INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285, Y ARTÍCULOS 2° LETRA
I), 4°, INCISO QUINTO, 5°, 7° Y 9°, DE LA LEY N° 19.628

UNIVERSIDAD DE CHILE

EN EL PROCESO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE
SANTIAGO, SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, BAJO EL ROL N° 362-2020
(CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO),

VISTOS:

Que, con fecha 22 de octubre de 2020, Universidad de Chile, representada convencionalmente por Fernando Molina Lamilla, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, 10° inciso segundo, 11 letra c), 15 y 28 inciso segundo, todos de la Ley N°20.285; y, de los artículos 2° letra i), 4° inciso quinto, 5°, 7° y 9°, todos de la Ley N°19.628, en el proceso seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre reclamo de ilegalidad, bajo el Rol N° 362-2020 (Contencioso Administrativo);

Preceptos legales cuya aplicación se impugna:

El texto de los preceptos impugnados dispone:



Ley 20.285

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

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

Art. 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

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

Art. 11. El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

(...)

c) Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

(...).

Art. 15. Cuando la información solicitada esté permanentemente a disposición del público, o lo esté en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración, así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, con lo cual se entenderá que la Administración ha cumplido con su obligación de informar.

Art. 28. En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.

(...).



Ley 19.628

Art. 2º. Para los efectos de esta ley se entenderá por: (...)

i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.

(...)

Art. 4º. 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.

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito.

La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

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

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

Art. 5º. El responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.

Frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica, deberá dejarse constancia de:

- a) La individualización del requirente;
- b) El motivo y el propósito del requerimiento, y
- c) El tipo de datos que se transmiten.

La admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos que lo recibe, pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga. El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general.



Esta disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes.

Art. 7°. Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

Art. 9°. Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

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

Prohíbese la realización de todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos de las personas naturales o jurídicas de las cuales se informa. La infracción a esta prohibición obligará a la eliminación inmediata de dicha información por parte del responsable de la base de datos y dará lugar a la indemnización de perjuicios que corresponda."

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

A fojas 1, la requirente refiere que la controversia tiene su origen en la Solicitud Electrónica de Información Pública de José González, ingresada con fecha 10 de enero de 2020 en que se pedía:

"Solicito a la Universidad de Chile, la información masiva de datos de dominios .CL, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (N°20.285), específicamente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas como administrador de NIC Chile, el listado completo de dominios registrados en www.nic.cl, registrados como dominio de primer nivel, activos a la fecha en formato Excel con el siguiente detalle.

Considerando esto, agradeceré informar acerca de: Nombre de dominio Fecha de creación Titular Rut Titular Tipo de persona: Natural o Jurídica Giro o actividad Correo electrónico País Calle y número del titular Región Ciudad Comuna Teléfono del titular Fecha de expiración Servidores de nombre DNS, País emisor del documento de identificación El formato de entrega es Excel o similar.



En caso que alguno de los ítems solicitados interfiera con alguna ley de protección de datos, obviar ese tipo de dato solicitado para proceder con el requerimiento.

solicito además copia por separado, de los datos entregados a don Claudio Higuera Palma RUT 17.638.806-4 tras su solicitud del 3 de septiembre de 2018, en el mismo tenor y que ha sido amparada por el consejo para la transparencia con el ROL C4730- 18.

Solicito copia de la información y/o respuesta de igual tenor anteriormente solicitada por los señores: José Díaz V. el 11 de diciembre de 2019 Andre Espínola el 12 de diciembre de 2019 Juan Pedro Maldonado Cáceres, el 13 de diciembre de 2019 Martín Cárcamos V. el 13 de diciembre de 2019 José Miguel Montalva Álvarez el 28 de noviembre de 2019 Matías Fortuño el 29 de noviembre de 2019 Juan Correa Poblete el 27 de noviembre de 2019 Gregorio Córdova el 28 y 29 de noviembre de 2019 Lorenzo Cerda P. el 17 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza, el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019”

Indica que el 31 de enero de 2020, la Unidad de Transparencia de la Casa de Estudios denegó la información requerida, en virtud de las causales establecidas en el artículo 21 N°2 y N°1 de la Ley N°20.285, por cuanto, la información solicitada no es pública ni está permanentemente a disposición del público, además que ella no existe en los términos solicitados por los solicitantes, por lo que los datos deben ser procesados e incluso creados para ser entregados. Agrega que la información solicitada contiene datos personales de terceros, que no han sido emplazados conforme a la ley, y finalmente señala que entregar la información solicitada produce un desgaste y afecta las funciones de la Universidad, especialmente de NIC Chile.

Agrega que el día 15 de febrero de 2020, el requirente de información dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la Universidad de Chile, el que fue comunicado a la Universidad por Oficio N° E3076, de fecha 6 de marzo de 2020.

Señala que pese a los descargos y observaciones expuestas por la Universidad mediante OFICIO D.J. (O) N° 00487, de 27 de marzo de 2020, el CPLT acogió parcialmente el amparo mediante Decisión rol C843-20, ordenando entregar al reclamante un “(...) un listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato Excel, sin contener ningún dato privado”, determinación que fue



comunicada a la Universidad de Chile por correo electrónico de fecha 11 de junio de 2020.

Indica que el 26 de junio de 2020 presentó reclamación de ilegalidad, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que invoca como gestión pendiente en estos autos constitucionales, alegando que:

- “1. La Decisión reclamada es pronunciada por Consejeros que debieron abstenerse*
- 2. La Decisión reclamada ordena la entrega de información que no es pública*
- 3. La Decisión reclamada ordena la entrega de datos personales*
- 4. La Decisión reclamada omite emplazar a los terceros que se verán afectados con la entrega de la información requerida*
- 5. La Decisión reclamada afecta el funcionamiento de NIC CHILE””*

Como conflicto constitucional, la actora señala, en primer lugar, que las normas cuestionadas contravienen lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo de la Constitución Política.

En este punto, sostiene que este precepto declara como principio general el de publicidad de los actos, resoluciones y procedimientos ante los órganos del Estado, y la posibilidad de establecer causales de reserva y secreto mediante la ley. Por ello, agrega, no cabe extender legalmente el alcance de lo que se entiende por información pública a otros conceptos no utilizados por el texto constitucional, como ocurre con las normas cuestionadas de la Ley de Transparencia.

En efecto, enfatiza que a la luz de las disposiciones impugnadas, toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado o elaborada con presupuesto público es pública, lo que pugna con la norma constitucional señalada.

Particularmente, enfatiza la actora que el listado con los nombres de dominio registrados es una información que no contiene una decisión del órgano estatal, no es parte de un procedimiento administrativo concreto ni fundamenta alguna actuación de la Universidad.

En lo relativo al artículo 28, inciso segundo, recalca que también infringe el artículo 8, inciso segundo constitucional, pues establece dos distinciones respecto a la posibilidad de reclamar de la resolución del Consejo para la Transparencia. La primera distinción es subjetiva, en relación a la legitimidad activa del órgano requerido y el requirente de información y la segunda distinción de carácter objetivo, relacionada con la causal de reclamación.

En este sentido, sostiene que estas distinciones no se condicen con lo que se señala en el artículo 8°, en estricta consonancia con el artículo 5° constitucional, que



obliga a los órganos de las Administración y sus titulares a someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, por lo que también deben dar estricto cumplimiento a las funciones que el ordenamiento jurídico les encomienda.

Sobre esta norma, refiere que se transgreden, asimismo, las garantías de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 constitucional, y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el derecho a la tutela judicial efectiva, establecidos en el artículo 19 N° 3.

Señala que se produce una discriminación injustificada y arbitraria en contra de los órganos de la Administración del Estado, que se ve impedidos de reclamar cuando la causal de denegación de la información ha sido aquella contenida en el artículo 21 N° 1 de la ley de transparencia, en relación a los solicitantes de información, que pueden reclamar en todos los casos.

Agrega la requirente, que las disposiciones de la ley sobre protección a la vida privada asimismo transgreden la garantía consagrada en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, en relación a la protección de los datos personales de los titulares de los nombres de dominio .CL. Ello, en atención a que los nombres de dominio contienen información tanto de personas naturales identificadas o identificables como de personas jurídicas, donde el nombre de dominio es un dato personal en la medida de que se pueda identificar a través de él a la persona natural que es su titular. En ese sentido, se pondría a disposición del requirente datos personales cuyos titulares no han consentido que sean comunicados a terceros de manera masiva.

Finalmente señala que la aplicación en los casos concretos del artículo 28 inciso 2° de la Ley de Transparencia infringiría la Constitución, en particular, el artículo 19 en sus numerales 2° y 3° incisos primero, segundo y sexto al imponer al órgano administrativo requerido una prohibición inconstitucional que le impediría acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 28 de octubre de 2020, a fojas 201, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma sala el día 19 de noviembre de 2020, a fojas 368.

Confiriéndose los traslados de estilo, a fojas 376 evacuó traslado el Consejo para la Transparencia solicita el rechazo del requerimiento.

Hace presente que respecto a aquella parte de la solicitud referida a la entrega de datos referidos a personas naturales (en su calidad de titulares del dominio,



contacto comercial y contacto técnico); tales como su RUN, dirección, correo electrónico y número telefónico, se rechazó el amparo, ya que al alero del artículo 2° letras f) y g) de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, y el punto 2.4 de la Instrucción General N°10 de dicho organismo, el RUN, direcciones, números de teléfonos y correos electrónicos solicitados, constituyen datos personales que, se refieren a una persona natural identificada. A su turno, el artículo 4 de la citada Ley, señala de manera taxativa que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello, circunstancias que no ocurren en la especie. Por lo anterior, El Consejo estimó que, la divulgación de los datos solicitados referidos a personas naturales, producirían una afectación probable y con suficiente especificidad a la esfera de la vida privada de los mismos, configurándose a su respecto la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia

Luego, señala que los artículos 11 letra c) y 15 de la Ley de Transparencia, junto a los artículos 2° letra i) y 5° de la Ley N° 19.628, no formaron parte de las alegaciones esgrimidas por la Universidad de Chile en su calidad de recurrente en el reclamo de ilegalidad, por lo que no serán decisivas en la gestión pendiente.

Sostiene por tanto, que es posible concluir que precluyó su derecho a esgrimirlo *ex post*, ya que dichas disposiciones legales no son parte del fundamento de derecho del reclamo de ilegalidad.

Luego, refiere que es la actora la que reconoce que el artículo 8°, inciso segundo de la Constitución contiene el principio de publicidad, y por lo tanto lo que cuestiona es el alcance de dicho principio en relación a las normas impugnadas.

En ese entendido, sostiene, al tratarse de un principio se le debe dar un alcance amplio, pues el mandato exige máxima publicidad a fin de dar eficacia a la disposición constitucional que lo consagra, y por ello las normas legales cuestionadas no exceden el contenido del precepto constitucional, sino que lo desarrollan.

Seguidamente, el Consejo argumenta que el concepto de “acto” que emplea el constituyente no puede ser entendido como sinónimo de acto administrativo. La Carta Fundamental, expone, no establece que sólo los actos administrativos formales o los procedimientos administrativos formales sean objeto del derecho de acceso a la información, pues no establece un catálogo taxativo de información pública.

Profundiza señalando que el conflicto basado en una mera amplitud formal o literal que un precepto legal efectúa de un precepto constitucional, no se aviene con los estándares de fundamentación razonable que debe cumplir un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues esta acción constitucional no puede sustentarse en la mera comparación de las expresiones lingüísticas contenidas en los preceptos legales impugnados, con el precepto constitucional del inciso 2° del artículo 8° de la Carta Fundamental.



Agrega que los dominios requeridos son públicos toda vez que obran en poder del órgano en virtud de un procedimiento de inscripción que administra, constituyendo antecedentes que se vinculan directamente con actividades decisionales de la universidad en el ejercicio de sus funciones. a su vez, la información de los nombres de dominio se encuentra disponible para su consulta pública en la base de datos de nombres de dominio.cl.

Señala a modo de contexto que Registro de Nombres de Dominio .CL, denominado NIC Chile (Network Information Center Chile), es administrado por el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile por delegación de la IANA (Internet Assigned Numbers Authority), de acuerdo a los principios contenidos en RFC 1591: Domain Name System Structure and Delegation. Entonces, tenemos que la Universidad administradora de NIC Chile, lleva el registro de nombres de dominio, que les fue solicitado por medio de la Ley de Transparencia.

Enfatiza que para tal efecto, la Reglamentación para el Funcionamiento del Registro de Nombres de Dominio .CL, dispone en su numeral 3, que: “NIC Chile mantendrá un servicio de información web en: <http://www.nic.cl>”. Luego, en su punto número 7, se dispone que: “Podrá ser titular de nombres de dominios en .CL toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera. Excepcionalmente, NIC Chile se reserva la facultad de pedir información que compruebe la identidad del titular, cuando sea necesario. Junto con la información solicitada para la inscripción, el solicitante del registro incluirá los datos de los contactos que podrán intervenir en el manejo del nombre de dominio, de acuerdo al procedimiento vigente para tales efectos. Será siempre obligatoria la designación de un contacto administrativo, el cual tendrá la calidad de representante del titular del dominio para todos los efectos reglamentarios, incluido el procedimiento de resolución de controversias que pudiera tener lugar”.

Seguidamente, en los numerales 8 y 9, se indica respectivamente que: “Las solicitudes de inscripción se recibirán por vía electrónica, a través de los mecanismos que NIC Chile defina para tales efectos” y “Sólo se admitirá la inscripción de nombres de dominios que se encuentren disponibles en el Registro de Nombres del Dominio CL”. Luego, en el acápite sobre inscripción de un nombre de dominio .CL, se precisa en el punto 10, lo siguiente: “Una solicitud de inscripción de un nombre de dominio se entenderá válidamente presentada cuando conste el pago de la tarifa respectiva, a continuación de lo cual NIC Chile cursará la inscripción y habilitará el funcionamiento del nombre de dominio inscrito. NIC Chile proveerá distintos medios para el pago de la tarifa por la inscripción de un registro, para aquellos clientes que inscriban nombres de dominio directamente ante él (...). Cuando un nombre de dominio hubiera sido inscrito, será publicado por NIC Chile en una lista de “dominios inscritos” y se mantendrá en dicha lista por un plazo de publicidad de 30 (treinta) días corridos a contar dicha publicación, para los efectos de lo señalado en el número 18 de esta Reglamentación 1”. A su turno, el número 12 del reglamento, precisa lo siguiente: “Por cada solicitud presentada



directamente ante NIC Chile, se enviará de vuelta por correo electrónico una confirmación de la inscripción efectuada”.

Luego, refiere que en la Política sobre Publicación de Datos del Registro de Nombres de Dominio .CL en su numeral 1, sobre el “Propósito de la Política” señala lo siguiente: *“Esta Política establece las condiciones bajo las cuales la información de los nombres de dominio estará disponible para su consulta pública en la base de datos de nombres de dominio bajo .CL”.*

Finalmente, en cuanto a la impugnación al artículo 28, inciso segundo de la Ley de Transparencia, indica que la restricción del reclamo de ilegalidad no es arbitraria pues existen naturales diferencias y asimetrías entre el Estado y los particulares, y por ello los órganos de la Administración no siempre deben tener exactamente los mismos derechos procesales que los particulares dentro de determinado proceso judicial.

Además, sostiene que el propósito de la disposición es limitar la utilización de parte de los órganos de la Administración del Estado de una causal de secreto o reserva que impide el acceso a la información por parte de los ciudadanos, la cual se basa exclusivamente en el criterio discrecional del sujeto pasivo. De esta manera, se desincentiva el uso de esta causal como motivo de rechazo de las solicitudes de información.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 10 de mayo de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Luis Arancibia Medina, por la parte requirente, y María Anabel Campo Díaz, por el Consejo para la Transparencia, y se pospuso el acuerdo.

Con fecha 6 de julio de 2021 se adoptó acuerdo, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

ESQUEMA DE LA PRESENTE SENTENCIA

PRIMERO: Que, llamado el Tribunal Pleno a pronunciarse respecto de las normas cuestionadas, se obtuvo mayoría para acoger parcialmente el requerimiento. Se adoptó el acuerdo de acoger las impugnaciones formuladas a los artículos 5º, inciso segundo; 10, inciso segundo; 11, letra c) y 28, inciso segundo. Por su parte, se acordó desestimar la impugnación al artículo 15 de la Ley de Transparencia.



Igualmente, se acordó desestimar la impugnación de los artículos 2º, letra i); 4º, inciso quinto; 5º, 7º y 9º; todos, de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada;

SEGUNDO: Que, las impugnaciones formuladas serán analizadas, en la presente sentencia, en el siguiente orden:

Primer capítulo. Sobre las impugnación de los artículos 5º, inciso segundo, 10, inciso segundo, 11, letra c) y 28, inciso segundo, todos de la Ley N° 20.285.

Segundo capítulo. Sobre la impugnación del artículo 15 de la Ley N° 20.285.

Tercero capítulo. Sobre la impugnación a los artículos 2º, letra i); 4º, inciso quinto; 5º, 7º y 9º; todos, de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada;

PRIMER CAPÍTULO

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5º, INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO, 11, LETRA C) Y 28, INCISO SEGUNDO, TODOS DE LA LEY N° 20.285

1. EL CONTEXTO FÁCTICO EN QUE SE EJERCE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD DE AUTOS

TERCERO: El Sr. José González solicitó a la Universidad de Chile, información masiva de datos de dominios .CL, específicamente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas como administrador de NIC Chile, “el listado completo de dominios registrados en www.nic.cl, registrados como dominio de primer nivel, activos a la fecha en formato Excel con el siguiente detalle.... Nombre de dominio, Fecha de creación, Titular, Rut Titular, Tipo de persona: Natural o Jurídica Giro o actividad, Correo electrónico, País, Calle y numero del titular, Región, Ciudad, Comuna, Teléfono del titular, Fecha de expiración Servidores de nombre DNS, País emisor del documento de identificación. El formato de entrega es Excel o similar”. Además, “copia por separado, de los datos entregados a don Claudio Higuera Palma RUT... tras su solicitud del ..., en el mismo tenor...”. Solicita copia de la información y/o respuesta de igual tenor anteriormente solicitada por otros señores”;

CUARTO: Con fecha 31 de enero de 2020, la Universidad entregó copia de las respuestas dadas a anteriores requirentes, según el listado manifestado en su solicitud



de información, pero denegó la entrega del listado de nombres de dominio registrados en NIC Chile y los datos personales de sus titulares, en virtud de las causales establecidas en el artículo 21 N°2 y N°1 de la Ley N°20.285, así como el listado de dominios de primer nivel y las oposiciones de terceros a la entrega de información, por corresponder a antecedentes que no obraban en poder de la Universidad;

QUINTO: Frente a la denegación, el solicitante de la información presentó amparo ante el Consejo para la Transparencia, órgano que acogió parcialmente dicha petición en decisión C843- 2020, de 9 de junio de 2020, ordenando la entrega de “listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato Excel, sin contener ningún dato privado”;

SEXTO: Frente a la decisión del Consejo para la Transparencia, la requirente dedujo reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Mediante aquel se sostiene, principalmente, que la información no es pública y que contiene datos personales. Además de omitir emplazar a los terceros que se verían afectados, y por afectar el funcionamiento de NIC CHILE;

SÉPTIMO: En el seno de dicho reclamo de ilegalidad, el Consejo para la Transparencia evacuó traslado de reclamo interpuesto. A fojas 310, consta que se alegó la falta de legitimación de la actual requirente, para deducir el reclamo de ilegalidad: “surge claramente que la Universidad de Chile está fundando la reclamación de ilegalidad en la causal de reserva consagrada en el Art. 21 N°1 de la LT, no obstante que se encuentra imposibilitada de reclamar de ilegalidad sobre la base de la referida causal de reserva consistente en la afectación del debido cumplimiento de sus funciones, conforme a la prohibición expresa establecida en el Art. 28 inciso 2° de la Ley de Transparencia, cuyo tenor es claro al sostener que no le asiste la facultad de interponer un reclamo de ilegalidad al órgano de la Administración, por la causal de secreto o reserva de información contenida en el Art. 21 N°1 de la Ley de Transparencia.”.

La decisión de dicho reclamo de ilegalidad se encuentra pendiente, a la espera del pronunciamiento de esta Magistratura;

2. LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO Y 11, LETRA C), TODOS DE LA LEY N° 20.285.

a. LO PLANTEADO POR LA REQUIRENTE



OCTAVO: Tal como consta a fojas 16, la requirente postula que la aplicación de los artículos 5º, inciso 2º, 10, inciso 2º, y 11, letra c), todos de la Ley N° 20.285, a la gestión pendiente, “desnaturalizan el concepto de información pública, imponiendo a esta parte la producción de material ajustado a la solicitud del requirente, para proceder a la entrega “del listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl”, vulnerando con ello el artículo 8º inciso 2º de la Constitución Política de la República.”;

b. ALGUNOS ANTECEDENTES EN TORNO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 8º, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN, CONSIDERANDOS EN SENTENCIAS PREVIAS DE ESTA MAGISTRATURA.

NOVENO: Según se ha apuntado en las consideraciones precedentes, el problema planteado por el requirente dice relación precisa con que la aplicación de los preceptos impugnados entraña una contravención al artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución.

En este sentido, resulta relevante referirse al alcance de aquella disposición constitucional, cuyo tenor es el siguiente: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”;

DÉCIMO: En relación al alcance de la precitada disposición constitucional, cabe consignar que ésta Magistratura ya se ha pronunciado a su respecto - en varias ocasiones - frente a requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5º, inciso 2º y 10, inciso 2º, de la Ley de Transparencia. Entre otros pronunciamientos, pueden mencionarse, entre otras, las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/2015, 3111/2016, 3974/2018, 4986/2019, 5950/2019, 7425/2019 y 9264/2020;

DÉCIMO PRIMERO: En las consideraciones siguientes, siguiendo lo razonado ya por este Tribunal al efecto, nos referiremos al alcance de la disposición contenida en el artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución;

DÉCIMO SEGUNDO: En primer lugar, cabe consignar que según se aprecia del tenor del artículo 8º, inciso 2º, constitucional, y tal como lo ha entendido ya ésta Magistratura, aquel “no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y



procedimientos que utilicen” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 25°; STC Rol N° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 11°). O dicho en otros términos, “son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (C. 26°, STC Rol N° 2982);

DÉCIMO TERCERO: En línea de lo anterior, y en aras a fijar el alcance del precepto constitucional sobre el que se construye el conflicto constitucional de autos, es menester considerar – como ya lo ha hecho esta Magistratura – que se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una *reforma constitucional* (Boletín 8805-07) destinada a reconocer constitucionalmente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Aquella modifica dos preceptos de la Constitución.

Por una parte, el artículo 8°. En ella se agrega *como principio* que rige a los órganos del Estado, junto al de probidad, *el de transparencia*. Agregando que éste incluye “los principios de publicidad y de acceso a la información pública”. Por la otra, se modifica el artículo 19, N° 12°, estableciendo un nuevo derecho subjetivo, en los siguientes términos: “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 quórum calificado.”

Dicha reforma es una reacción a fallos de esta Magistratura, en triple sentido. En primer lugar, que el artículo 8° no establece el principio de transparencia (STC Rol N° 1990/2012). En segundo lugar, que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007). En tercer lugar, que la Constitución no habla de información (entre otras, STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013). Tres aspectos que se han refrendado reiteradamente en los pronunciamientos posteriores (entre otros, 2907/2015, 3111/2016, 3974/2018, 4986/2019, 5950/2019, 7425/2019 y 9264/2020);

DÉCIMO CUARTO: En relación a lo anterior, es fundamental ponderar el hecho de que el constituyente haya optado por el camino de la reforma constitucional y no de la ley interpretativa de la Constitución. Ello demuestra que se ha querido innovar en la materia, coincidiendo con la interpretación que el Tribunal hizo en el ámbito del acceso a la información, independientemente de que se comparta o no.

Si se ha querido innovar en la materia, ha destacado este Tribunal, “lo que busca incorporar no existe actualmente en el texto” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 29°; STC Rol 3111, c. 26°; STC Rol N° 3974, c. 14°).

Lo importante y que resulta preciso destacar, es el efecto –innovativo - que la pretendida reforma constitucional persigue en torno al alcance de la información solicitable. Como ha destacado esta Magistratura, “la eventual reforma constitucional incorporaría una *ampliación* a lo que se debe entregar como producto del acceso a la información, pues agrega, a los actos y resoluciones, *la información que pueda estar en manos de la Administración*” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 29°; STC Rol 3111, c. 26°; STC Rol N° 3974, c. 14°);



DÉCIMO QUINTO: Debiendo esta Magistratura resolver conforme al texto constitucional vigente, en este caso preciso, el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, cuya modificación se pretende con la reforma a que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes y que innova respecto de la información solicitable, cabe considerar que en la disposición vigente, como ha consignado esta Magistratura, actualmente no existe obligación de entregar la información que la reforma pretende agregar a la mentada disposición constitucional. Se ha resuelto, en este sentido, que “no existe la obligación de entregar esta información. No tendría sentido una modificación constitucional para agregar algo que ya existe” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 30°; STC Rol N° 3111, c. 27°; STC Rol N° 3974, c. 15°);

C. LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, Y 10, INCISO SEGUNDO, Y 11, LETRA C), TODOS DE LA LEY N° 20.285, RESULTA INCONSTITUCIONAL, AL CONTRAVENIR EL ARTÍCULO 8°, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN.

DÉCIMO SEXTO: Habiéndonos referido al contexto fáctico en el que se plantea la impugnación y al alcance del artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución – que es el parámetro constitucional respecto del cual habrá de enjuiciarse la inaplicabilidad de las normas impugnadas – este Tribunal acogerá el requerimiento, en lo que atañe a la impugnación de los artículos 5°, inciso 2°, 10, inciso 2° y 11, letra c), todos de la Ley N° 20.285;

DÉCIMO SÉPTIMO: En efecto, tal como ya se apuntó previamente en esta sentencia, en relación a lo que se ha sostenido en varios pronunciamientos de esta Magistratura – entre otras las STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013 - la Ley de Transparencia introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012), no la usa la Constitución.

Aquello contrasta – nítidamente - con lo preceptuado por la Ley N° 20.285, por la que se aprueba la Ley de Transparencia, cuya tendencia es utilizar la expresión “información” en abundancia, desde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la *información* pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir *información*” (artículo 10, inciso primero).

Así por lo demás, ha sido reiterado en sentencias recientes, señaladas en el considerando octavo de la presente sentencia;

DÉCIMO OCTAVO: Por su parte, los preceptos impugnados que pertenecen a la Ley N° 20.285 constituyen un reflejo de esta tendencia plasmada en dicha Ley.



Así, tanto el artículo 5°, inciso 2°, como el artículo 10, inciso 2°, obligan a entregar “la información elaborada con presupuesto público” y también “toda otra *información* que obre en poder de los órganos de la Administración”. Lo mismo ocurre con el artículo 11, letra c), que alude a “*toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública*”;

DÉCIMO NOVENO: De lo señalado anteriormente fluye nítidamente que los preceptos cuya impugnación analizamos en esta parte, amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 20°; STC Rol N° 4986, c. 22°; STC Rol N° 5950, c. 22°; STC Rol N° 7425, c. 21°);

VIGÉSIMO: En contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 3111, C. 32°; STC Rol N° 3974, c. 21°; STC Rol N° 4986, c. 23°; STC Rol N° 5950, c. 23°; STC Rol N° 7425, c. 22);

VIGÉSIMO PRIMERO: Tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16, 3974/18, 4986/18, 5950/19 y 7425/19, la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 3974, c. 22°; STC Rol N° 4986, c. 24°; STC Rol N° 5950, c. 24°; STC Rol N° 7425, c. 23°);



VIGÉSIMO SEGUNDO: Además - y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura - si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol 3111N° 34°; STC Rol N° 3974, 23°; STC Rol N° 4986, c. 25°; STC Rol N° 5950, c. 25°; STC Rol N° 7425, c. 24°);

VIGÉSIMO TERCERO: En mérito de las anteriores consideraciones, es que este Tribunal estima que la aplicación de los artículos 5°, inciso segundo, 10, inciso segundo, y 11, letra c), todos de la Ley N° 20.285, infringe el artículo 8°, inciso segundo, constitucional.

Como se ha dicho, y ahora se reiterará, en parte alguna de dicha disposición “se obliga a la Administración a entregar información de una forma distinta de la prevista en el ordenamiento legal, debiendo realizar operaciones distintas tales como procesar, sistematizar, construir o elaborar un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley de Transparencia). Pero la obligación de la Administración se limita a publicar dichos actos o resoluciones o a “proporcionar” o “entregar” lo requerido (artículo 16, Ley de Transparencia)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol N° 3111, c. 34°; STC Rol N° 3974, c. 24°; STC Rol N° 4986, c. 26°; STC Rol N° 5950, c. 26°; STC Rol N° 7425, c. 25°);

VIGÉSIMO CUARTO: En abono de todo lo anterior, cobra relevancia la reforma constitucional (Boletín 8805-07) a la que se ha aludido previamente, y que según se ha visto, incorpora la expresión “información” en la Constitución a propósito del nuevo principio de transparencia y del derecho a buscar, requerir y recibir información pública. Como lo ha entendido esta Magistratura, dicha reforma “reconoce que en este momento el texto no establece esta variable” (STC Roles N° 2907, c. 39°; STC Rol N° 3111, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 25°; STC Rol N° 4986, c. 27°; STC Rol N° 5950, c. 27°; STC Rol N° 7425, c. 26°);

VIGÉSIMO QUINTO: Finalmente, como corolario de todos los razonamientos expuestos en la presente sentencia, este Tribunal sostendrá, en esta ocasión, que el legislador no puede – bajo el riesgo de incurrir en una causal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad – establecer un marco regulatorio diverso o paralelo al dispuesto por la Constitución respecto de aquello que, con toda



precisión, ha sido establecido como público por el Constituyente, conforme al artículo 8°, inciso 2°, del texto constitucional.

Dicho vicio es el que – precisamente - se produce por aplicación de las normas singularizadas en esta parte de la sentencia, pues como se ha precisado, al contrastarse el alcance del precepto que sirve de parámetro constitucional en este proceso constitucional y el tenor de las disposiciones impugnadas y su aplicación al caso concreto, se constata que en virtud de ellas se puede considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente establecido, trastocando así los precisos límites que el constituyente ha previsto al efecto;

VIGÉSIMO SEXTO: Que, por todas las razones expuestas, se acogerá la pretensión de inaplicabilidad de los artículos 5°, inciso segundo, 10, inciso segundo, y 11, letra c), todos de la Ley N° 20.285.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Sin perjuicio de lo hasta ahora dicho, corresponde precisar, en relación a la impugnación del artículo 11, letra c), que este Tribunal acoge la inaplicabilidad de la frase “*toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública*”, contenida en el artículo 11, letra c), de la Ley N° 20.285.

El texto de la disposición es la siguiente: “**Artículo 11.-** *El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: (...) c) Principio de apertura o transparencia, conforme al cual **toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.***”;

VIGÉSIMO OCTAVO: Las razones para acoger la impugnación que se ha planteado respecto de la frase señalada del precepto transcrito en el considerando precedente, en tanto la potencial aplicación de la misma, excede igualmente el artículo 8° de la Constitución Política;

VIGÉSIMO NOVENO: Lo anterior se produce en tanto el precepto contiene un principio: el de apertura o transparencia. Conforme a aquel, toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a excepciones legales o constitucionales.

Al igual que en el caso de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, el precepto ahora analizado amplía el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, pues del mismo modo que aquellos, lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, tal como lo dispone la Constitución. En la norma se



alude únicamente a “información”, la que obviamente obra en poder de un órgano de la administración.

Siendo así, la norma legal en examen se puede transformar en una amplísima habilitación para exigir la entrega de “información”, aun cuando aquella se encuentre desvinculada de las precisas categorías contempladas en el artículo 8°, inciso 2°, Constitucional. Pudiendo, por ello, conllevar su potencial aplicación, una infracción a la señalada norma constitucional. Es por ello que se acogerá el requerimiento también en cuanto a la impugnación del artículo 11, letra c), de la Ley N° 20.285 y así se declarará;

3. IMPUGNACIÓN AL ARTÍCULO 28, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285

a. LO PLANTEADO POR LA REQUIRENTE Y LA INCIDENCIA DEL PRECEPTO

TRIGÉSIMO: La requirente, también impugna, por vía de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la misma Ley N° 20.285.

Sostiene, en síntesis, que “la aplicación del inciso 2° del artículo 28 de la Ley N°20.285 a la gestión pendiente implicará desconocer legitimación activa a la Universidad de Chile, lo cual se traduce en el efecto práctico de que, sin un análisis de fondo, se excluiría un capítulo de la reclamación interpuesta ante la Iltma. Corte de Apelaciones, produciéndose la vulneración de las garantías consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución.” (fojas 35);

TRIGÉSIMO PRIMERO: Según se apuntó en el considerando segundo, la Universidad de Chile denegó la entrega de la información que le fue solicitada. Lo anterior, en base a la causal establecida en el artículo 21 N°1 de la Ley N°20.285, en los términos ya expuestos.

El Consejo para la Transparencia acogió el amparo que dedujo la solicitante de la información, y la actual requirente dedujo reclamo de ilegalidad. En el seno de aquel, consta que el Consejo para la Transparencia esgrimió la norma cuya impugnación se analiza en esta parte, en los términos consignados en el considerando séptimo de esta sentencia;

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Entonces, resulta claro el contexto fáctico que precede a esta acción de inaplicabilidad. Aquel viene configurado por una solicitud de acceso a la información realizada a la requirente, la cual denegó, esgrimiendo al



efecto la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. El solicitante dedujo amparo de acceso a la información, el que fue acogido parcialmente por el Consejo para la Transparencia. Frente a dicha decisión de amparo, la requirente interpuso un reclamo de ilegalidad, que el Consejo para la Transparencia pretende sea desestimado, por carecer la actora de legitimación activa, lo anterior, sobre la base – precisamente – del precepto impugnado en autos;

b. SOBRE EL PRECEPTO IMPUGNADO Y SU NATURAL EFECTO INHIBITORIO

TRIGÉSIMO TERCERO: La norma impugnada por la requirente de autos, prescribe, a la letra, lo siguiente: “Los órganos de la Administración del Estado *no tendrán derecho a reclamar* ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que *otorgue el acceso* a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”;

TRIGÉSIMO CUARTO: Como se aprecia de su tenor, la norma impugnada establece una prohibición (“no tendrán derecho a reclamar”) que tiene como destinatarios a los órganos de la Administración del Estado. En tanto prohibición, su efecto preciso se traduce en que les impide a estos impugnar – ante los Tribunales de Justicia - una decisión del Consejo para la Transparencia que les es adversa, en tanto aquel otorga acceso a información que el órgano de la Administración denegó;

TRIGÉSIMO QUINTO: Según se aprecia de su contenido, dicha prohibición se aplica siempre que concurren tres requisitos:

Primero, que el órgano de la administración del Estado haya negado el acceso a la información.

Segundo, que es necesario que el órgano respectivo haya negado dicho acceso fundándose en una causal específica: la de afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido (artículo 21, N° 1, Ley 20.285). Esto es relevante, pues si se invocan todas las demás causales para negar el acceso, la impugnación en vía jurisdiccional es plenamente procedente.

Tercero, que el Consejo para la Transparencia haya conferido el acceso a la información que el Servicio negó, desestimando, entonces, la posición del órgano de la Administración en cuanto a que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecta el debido cumplimiento sus propias funciones. Como puede apreciarse, este tercer requisito supone, entonces, un conflicto de relevancia jurídica. Lo anterior, pues mientras el órgano respectivo estima concurrente la causal alegada, el Consejo para la Transparencia descarta su procedencia;



C. LA CAUSAL DEL ART. 21 N° 1 DE LA LEY N° 20.285 Y SU CORRELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

TRIGÉSIMO SEXTO: En el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, cuyo tenor ya ha sido aludido en la presente sentencia, se establecen varias causales para que el legislador determine cuándo se ven comprometidos determinados bienes jurídicos.

En lo pertinente, la norma constitucional prescribe que “Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Entonces, según el artículo 8°, inciso segundo, los bienes jurídicos aludidos dicen relación con: a) los derechos de las personas; b) la seguridad de la nación; c) el interés nacional; y d) cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos.

Aquella que se vincula con la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración del Estado es, entonces, una causal constitucional de reserva o publicidad, que está establecida en términos equivalentes a las restantes, pues la norma constitucional no jerarquiza ni contiene elemento alguno que permita sostener que aquella es menos importante o de menor valor que las demás señaladas en el texto constitucional;

TRIGÉSIMO OCTAVO: Como lo ha considerado en ocasiones anteriores este Tribunal (STC Roles N° 2997/16, 2919/2017, 9156/2020, 9233/2020), la causal en examen está compuesta de varios elementos.

En primer lugar, utiliza la expresión “*afectare*”. Con ello se apunta a que la publicidad impacte negativamente en las tareas del servicio, perjudicando o menoscabando su accionar. La fórmula constitucional no emplea las expresiones amenaza, privación o perturbación. Las comprende, pero es mucho más que eso.

En segundo lugar, la Constitución utiliza las expresiones “*debido cumplimiento*”. Con la primera de ellas resalta el que la publicidad afecte las tareas propias del servicio definidas por el legislador. También apunta a resaltar que el precepto no da cabida a un actuar ilícito del órgano respectivo. Debido es, entonces, equivalente a competencia. Es decir, conjunto de atribuciones o potestades que en una materia específica y en un territorio determinado, el legislador entrega a cargo del órgano correspondiente.



En la expresión “cumplimiento”, se resalta que lo que se entorpece con la publicidad es el desarrollo, lo que lleva a efecto, el órgano correspondiente. Es decir, aquello que debe satisfacer por mandato del legislador.

Finalmente, la Constitución emplea la expresión “funciones”. Es decir, lo que se debe afectar son los propósitos o finalidades que el legislador le encarga atender al respectivo órgano;

TRIGÉSIMO NOVENO: En general, la afectación del debido cumplimiento de las funciones, ha dicho esta Magistratura, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones (STC roles N°s 1846/2011, 2153/2013, 2246/2013) (STC Roles N° 2997/16, 2919/2017, 9156/2020, 9233/2020);

CUADRAGÉSIMO: Según se ha apuntado, la Constitución permite que existan excepciones a la regla general de publicidad.

Este Tribunal ha considerado (STC Roles 2997/16, 2919/2017, 9156/2020, 9233/2020) que dichas excepciones, dado el carácter general de la publicidad, no son la regla general. Ha precisado que con todo, estas excepciones sólo pueden fundarse en la reserva o secreto, destacando que para que estas excepciones operen legítimamente, el artículo 8° establece dos requisitos:

A) Deben establecerse por ley de quórum calificado, no por norma administrativa ni por ley simple; y

B) Deben fundarse en ciertas causales que la misma Constitución lista. Estas son: afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; afectar los derechos de las personas; afectar la seguridad de la nación; y afectar el interés nacional. Dichas causales las califica el Legislador (STC Rol N° 1990/2012);

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Asimismo, este Tribunal ha considerado que el carácter reservado o secreto de un asunto “no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución (STC roles N°s 2153/2012, 2246/2013). Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben



ser respetados y considerados (STC Rol N° 2379/2014)” (STC Roles 2997/16, 2919/2017, 9156/2020, 9233/2020);

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En análogo sentido, no ha de perderse de vista que el artículo 8° está en la Constitución y aquel establece causales de secreto o reserva. Como ha destacado esta Magistratura, “El hecho que la Constitución las establezca, y determine el procedimiento para llevarla a cabo (ley de quórum calificado), implica que para la Constitución éstas son legítimas. Es decir, que cuando se invocan, no se pone en peligro, ni en cuestionamiento, la democracia” (STC Roles N° 2997/16, 2919/2017, 9156/2020, 9233/2020)”;

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Como se ha dicho precedentemente y se reiterará, la Constitución – artículo 8°, inciso segundo - establece cuatro causales para que la ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto.

Según se ha dicho, ninguna de ellas tiene más valor que la otra, siendo todas ellas tratadas de modo igualitario por la Constitución, la que no las jerarquiza ni contiene elementos que permitan hacer primar unas por sobre las otras. Dentro de aquellas causales se encuentra aquella que estriba en afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la administración, siendo entonces una causal legítima que el legislador no puede subvalorar;

D. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 28, INCISO SEGUNDO, ES CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Según se ha visto, el artículo 28 de la Ley N° 20.285 establece la posibilidad de impugnar - ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante - la resolución del Consejo para la Transparencia, formulando el respectivo reclamo de ilegalidad;

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Si se analiza la Ley N° 20.285, se puede considerar que el sistema de impugnación por las decisiones sobre el acceso a la información tiene dos vías distintas.

Por una parte, está la reclamación ante el Consejo para la Transparencia, la que tiene el carácter de voluntaria, al decir la ley que “el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo” “solicitando amparo a su derecho de acceso”, cuando el órgano requerido no responda en el plazo de veinte días hábiles, prorrogables excepcionalmente por otros diez días, o cuando el órgano deniegue la petición. Dicha reclamación debe presentarse en el plazo de quince días (artículo 24).



Por la otra, está la reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, respecto de la decisión del Consejo para la Transparencia (artículo 28), lo que da origen a un proceso de naturaleza netamente jurisdiccional;

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En el sistema descrito, la Ley N° 20.285 establece la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para recurrir ante los tribunales.

Lo anterior, pues el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones – de naturaleza jurisdiccional - no está concebido para impugnar directamente la decisión del órgano administrativo que no respondió a tiempo la solicitud, o que denegó la información. Está concebido para reclamar de la decisión del Consejo para la Transparencia.

Siendo así, la vía jurisdiccional se abre únicamente contra la decisión del Consejo;

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: En el escenario planteado, la norma impugnada se revela abusiva desde la perspectiva del órgano de la Administración. Lo anterior, toda vez que para aquel una decisión adversa adoptada en la vía administrativa abierta a instancias del solicitante de la información, que revierte la denegación de la información fundada en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, deviene en inimpugnable, siendo entonces las alegaciones que el órgano Administrativo planteó no sólo frente al solicitante, sino que también frente al Consejo para la Transparencia, ponderadas de modo *definitivo* por éste.

Como puede apreciarse, la vía administrativa que se abre deviene, en aquel caso, excesivamente gravosa para el órgano de la administración, no así para el solicitante de la información, pues aquel, en caso de no conformarse con lo resuelto por el Consejo para la Transparencia puede – pese a haber discutido en sede administrativa la procedencia de la entrega de la información que finalmente se le denegó – acudir a la tutela de un órgano jurisdiccional, para discutir nuevamente respecto de la entrega de la información;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: De esta suerte, el agotamiento de la vía administrativa que supone el sistema recursivo contenido en la Ley N° 20.285 está diseñado en términos tales que resulta inconstitucional por afectar el debido proceso, en tanto no existe una vía judicial abierta para el órgano de la Administración para cuestionar la decisión del Consejo, en virtud del efecto inhibitorio ya descrito, que produce naturalmente la norma impugnada.

En términos prácticos, el precepto impugnado implica que la decisión del referido Consejo se resuelve en “única instancia”, sin que exista la posibilidad de acudir a un tercero independiente e imparcial, equidistante respecto de las partes en



disputa, es decir, un Tribunal de Justicia, que resuelva el conflicto de relevancia jurídica que se produce por las posiciones encontradas entre el órgano que alegó la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 – para denegar la entrega de la información – y el Consejo para la Transparencia que descarta su concurrencia, para conferir el acceso solicitado;

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Igualmente, abona la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, el hecho de que el reclamo de ilegalidad que consagra el artículo 28 de la Ley N° 20.285 permite reclamar cuando el Consejo “deniegue el acceso a la información” o cuando disponga su entrega, a pesar de la oposición del titular de la información (artículos 28 y 29).

De lo anterior se sigue que la legitimación para reclamar es amplia, ya que la ley habla del “reclamante”. Dicha legitimación se estrecha únicamente cuando “el titular de la información” es afectado en sus derechos por la entrega de la misma;

QUINCUAGÉSIMO: Sin embargo, la norma impugnada establece dos excepciones a la regla general.

En primer lugar, mientras todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el órgano de la Administración no puede hacerlo si el Servicio negó la información requerida porque su publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo y, no obstante ello, el Consejo la otorga. Hay que hacer notar que la misma norma habla de que existe “derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo”.

Luego, en cuanto a la segunda excepción, esta dice relación con la legitimación. Así, mientras todos los órganos pueden reclamar por la decisión del Consejo cuando lo que se invoque es otra causal distinta a la del artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285, no pueden hacerlo si la causal consiste en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano;

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: La exclusión antedicha, a juicio de este Tribunal, no parece coherente ni consistente.

Lo anterior, pues la causal para fundar dicha exclusión, esto es, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración, tiene – según se ha visto - rango constitucional. Allí hay, entonces, un interés que la Constitución considera digno de protección al momento de consagrarlo como un límite a la transparencia.

El precepto impugnado, de contrario, revela una sospecha de mal uso de dicha causal, que resuelve el Consejo, sin ulterior revisión. En este sentido, mientras las



decisiones del órgano de la Administración son revisadas por el Consejo y/o los tribunales, la norma impugnada inhibe la revisión judicial de una decisión del Consejo que revoca la negativa de la Administración a entregar la información y accede a ella;

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Igualmente, en relación a la incoherencia e inconsistencia aludida en el considerando precedente, no escapa a este Tribunal que el órgano de la Administración que lo invocó para negar la información requerida es el único que velará por ese bien jurídico de rango constitucional.

No ha de perderse de vista que Consejo para la Transparencia tiene por misión “promover la transparencia” y “garantizar el derecho de acceso a la información” (artículo 32 de la Ley N° 20.285), de modo que tiene un interés encontrado con el del órgano de la Administración.

Lo grave del diseño descrito es que mientras la decisión del órgano de la Administración es revisable - administrativa o jurisdiccionalmente - ello no acontece con la decisión del Consejo.

El precepto impugnado, en definitiva, parte de la base de que si el Consejo revocó la decisión de la Administración - que había denegado el acceso a una determinada información - esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que la margen de toda impugnación judicial, dejándola entonces exenta de control por tercero ajeno a las partes;

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Igualmente, no parece coherente ni consistente que si una persona pueda reclamar ante los tribunales por la decisión del Consejo que confirma la denegación que hizo el órgano de la Administración, no pueda hacerlo el órgano administrativo en el supuesto previsto en el precepto impugnado, respecto de lo cual no se advierte razón para negar esta posibilidad si la causal invocada por el órgano de la Administración se refiere a que la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de dicho órgano;

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Del mismo modo, la causal constitucional que limita estructuralmente la publicidad cuando ella afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, no está concebida en función de dicha publicidad. Está diseñada para proteger las tareas del servicio. Ello se refleja en que la Constitución utiliza la expresión “afectare el debido cumplimiento de las funciones”.

Tampoco se trata de una causal subjetiva. Por una parte, porque la propia Constitución emplea la expresión “afectare el debido cumplimiento”. No es lo que le parezca al órgano respectivo. Por la otra, porque la propia Ley N° 20.285 da algunos ejemplos en la materia en el artículo 21, N° 1;



QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Por lo mismo, la norma impugnada parece entender que la publicidad debe primar sobre cualquier otro bien jurídico, incluso algunos que constitucionalmente son límites a la publicidad. Lo anterior, pues por la vía procesal de prohibir una reclamación ante los tribunales, se hace primar la publicidad sobre la afectación al debido cumplimiento de las funciones del órgano;

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Del mismo modo, la ley previó que el órgano de la Administración pudiera excederse o abusar en calificar dicha causal. Es por ello que brindó la posibilidad de impugnar esa decisión ante el Consejo. Pero, luego, la ley deja de considerar la variable del exceso o abuso, sólo que esta vez de aquel en que pueda incurrir el Consejo, pues torna no revisable su decisión;

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: En definitiva, por todas las consideraciones desarrolladas en esta parte de la sentencia, este Tribunal acogerá el requerimiento deducido, por estimar que la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285 vulnera los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso, consagrados en el artículo 19 N° 3° (incisos primero, segundo y sexto) de la Carta Fundamental. Así se declarará;

SEGUNDO CAPÍTULO

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DESESTIMADA: EL ARTÍCULO 15 NO PUEDE SER DECLARADO INAPLICABLE POR INCONSTITUCIONAL.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: En el requerimiento también se impugna el artículo 15 de la Ley N° 20.285. Aquella disposición dispone que “Cuando la información solicitada esté permanentemente a disposición del público, o lo esté en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración, así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, con lo cual se entenderá que la Administración ha cumplido con su obligación de informar.”

Dicha disposición es replicada en el artículo 6°, número 3, del Reglamento de la Ley N° 20.285;

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Al respecto de esta disposición, la requirente afirma que “Esta norma establece que, si la información está permanentemente a



disposición del público a través de medios impresos o electrónicos, la Administración debe comunicar al solicitante la forma de acceder a la misma. Dicha disposición es utilizada, erróneamente, por el CPLT para justificar también la entrega de información ordenada a la Universidad de Chile, concluyendo que el artículo 15 es aplicable respecto al listado de los nombres de dominio.CL.”

Agrega que “la publicidad de los datos de los dominios .CL se justifica en: (i) la ejecución de todas aquellas actividades inherentes a la administración del registro de nombres .CL y la operación del DNS; (ii) los requerimientos derivados de la tramitación de las controversias motivadas por la inscripción de un dominio.CL. En función de este último propósito, NIC Chile pone a disposición del público la nómina de los dominios inscritos en la última hora, día, semana y último mes. Así, se permite que los eventuales interesados puedan ejercer las acciones procedentes para cautelar sus derechos y precaver usos abusivos de la inscripción y uso de un dominio.CL. Mediante la publicidad -parcial y transitoria-, en suma, se facilita a los eventuales perjudicados tomar conocimiento de la inscripción de un dominio para franquearles el acceso a un mecanismo de resolución de controversias”.

Añade luego que “Sin perjuicio de lo señalado, dentro de la información publicada por NIC Chile no se encuentra el listado completo de dominios.cl en los términos ordenados por el CPLT, ni nada que se compare, siquiera en volumen, a la totalidad de los dominios inscritos. En consecuencia, es imposible concluir que la publicación de una pequeña porción de los datos del Registro de Nombres de Dominio.CL, adecuado a un fin específico autorizado expresamente por sus titulares, importe extender la publicidad al listado COMPLETO, ÍNTEGRO y TOTAL del listado de nombres de dominio inscritos en .CL”;

SEXAGÉSIMO: Luego de sostener lo anterior, afirma que hay una vulneración al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución: “La Constitución no autoriza que por vía legal se pueda considerar a otros objetos como materia de la publicidad regulada en el inciso 2º de su artículo 8º lo cual importa ir más allá de los límites respecto a los cuales aplica el principio de publicidad. De lo dicho se desprenden los efectos inconstitucionales de aplicar en la gestión pendiente el artículo 15 de la Ley N°20.285. Ciertamente, considerar que la publicación transitoria de partes precisas, determinadas y acotadas de información por NIC Chile (el dominio inscrito en la última hora, día, semana o mes), pueda significar que estemos en presencia de “información permanentemente a disposición de la ciudadanía” y extender la publicidad inconstitucionalmente a un objeto distinto, como es el listado completo de nombres de dominio, infringe el artículo 8º inciso segundo de la Constitución. De este modo, la aplicación del artículo 15 a la gestión pendiente infringe el artículo 8º inciso segundo de la Constitución En conclusión, la aplicación del artículo 15 de la Ley N°20.285 vulnera la frontera prefijada en la Constitución para la aplicación del



principio de publicidad. En el caso particular, NIC Chile cumple con finalidades de publicidad atendidos los roles registrales de la administración de nombres de dominio .CL y no podría excederse a dichos márgenes bajo la justificación que DETERMINADA información se encuentra publicada. La Constitución no ha autorizado al legislador para ampliar el ámbito de aplicación de sus normas a todo objeto. El listado de los nombres de dominio .CL no es, por tanto, información pública en virtud de la aplicación de las normas cuya inaplicabilidad se impugna en estos autos y aceptar lo contrario importa una violación a la Constitución Política en los términos latamente explicados”;

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que, tal como se apuntó al comienzo, llamado el Tribunal Pleno a pronunciarse respecto de las normas cuestionadas, se obtuvo mayoría de votos para desestimar la impugnación formulada al artículo 15 de la Ley N° 20.285. Lo anterior, por los motivos que se indicarán a continuación;

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En relación al precepto impugnado, es menester considerar el diferente rol que tiene el precepto que ahora analizamos, en relación al que cabe a los artículos 5°, inciso segundo y 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.285.

Estos preceptos establecen derechamente la publicidad de cierta información y el derecho acceder a aquella. Valga para ilustrar lo anterior, que el artículo 5°, inciso segundo, comienza determinando que “**es pública**” la información que señala: aquella elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones que establece la Ley N° 20.285, o bien, una Ley de Quórum Calificado.

Por su parte, el artículo 15, en cambio, apunta al cumplimiento de la obligación de informar, por parte de la Administración, cuando se trate de información que se encuentre permanentemente a disposición del público, o lo esté en los medios impresos que el preceptos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración, así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio. Nótese que el precepto no indica o precisa cuál es aquella información.

Tratándose de aquella, conforme al precepto, basta al órgano requerido comunicar al solicitante la fuente, lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, “con lo cual se entenderá que la Administración ha cumplido con su obligación de informar”.

De más está decir que no es artículo 15, en comentario, el que determina cuál es la información que ha de encontrar permanentemente a disposición del público; ello lo hacen otras disposiciones, entre otras, el artículo 7° de la Ley N° 20.285, que a la



sazón dispone que “Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes: (...)”.

Esta obligación corresponde a la denominada “transparencia activa” de los organismos administrativos, la que cual, además de no haber sido aquí cuestionada, es un deber que es impuesto a toda la Administración del Estado;

SEXAGÉSIMO TERCERO: La diferencia anotada entre las funciones que le caben a los artículos 5°, inciso segundo y 10, inciso segundo, y la función que corresponde al artículo 15, ahora analizado, implica que éste último no pueda ser considerado de la misma manera que aquellos, de cara al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, que es el precepto que el requirente reputa como infringido.

En tanto el artículo 15 no determina la publicidad de determinada información – no dice cuál es ella - como se ha dicho - aquel no puede, en su recta aplicación, contravenir dicho precepto constitucional. Si la norma impugnada no determina que cierta información es pública, malamente en su recta aplicación puede implicar que información que según el precepto constitucional no es pública pase a serlo. No se vislumbra que se pueda producir una infracción al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución;

SEXAGÉSIMO CUARTO: En realidad, tal como se desprende del propio tenor del requerimiento, el problema planteado por el requirente más bien dice relación con lo que califica una errónea utilización de la norma por el Consejo para la Transparencia.

Se afirma, expresamente, que “Dicha disposición **es utilizada, erróneamente**, por el CPLT para justificar también la entrega de información ordenada a la Universidad de Chile (...)” (fojas 20).

Plantea, en definitiva, que el presupuesto fáctico al que se refiere el artículo 15 no concurriría en la especie, indicando, en síntesis, que la información de dominios publicada por la Universidad es temporal, mientras que la norma en cuestión hace referencia a una publicación de carácter permanente (fojas 20 y 21);

SEXAGÉSIMO QUINTO: Aquellos argumentos son propios de la esfera de aplicación de la ley, en este caso, el artículo 15 de la Ley N° 20.285, ajena a la labor que desempeña esta Magistratura constitucional. La determinación de si la norma resulta o no aplicable a la especie, es una cuestión que corresponde resolver al Tribunal que se encuentra conociendo del fondo, en este caso, a la Corte de



Apelaciones de Santiago, siendo el reclamo de ilegalidad deducido la vía idónea para someter a control lo que se califica como una errónea utilización de un precepto legal;

SEXAGÉSIMO SEXTO: En mérito de todo lo anterior, la impugnación formulada al artículo 15 de la Ley N° 20.285 será desestimada y así se declarará;

TERCER CAPÍTULO

SOBRE LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2º, LETRA I); 4º, INCISO QUINTO; 5º, 7º Y 9º; DE LA LEY N° 19.628, SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA.

I.- Conflicto constitucional en relación con el Dominio NIC y la Ley N° 19.628

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: El requirente Universidad de Chile además de presentar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º, inciso segundo; 10, inciso segundo; 11, letra c); 15 y 28, inciso segundo; todos, de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública; también incorpora en su requerimiento un reproche específico a los artículos 2º, letra i); 4º, inciso quinto; 5º, 7º y 9º; todos de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, respecto de los cuales nos pronunciaremos.

SEXAGÉSIMO OCTAVO: En este caso, se trata de una acción cuyo objeto es incidir en el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 362-2020), cuya vista se encuentra pendiente, y respecto de la cual quiere que se sustraigan variados preceptos que enunciaremos, por infringir la Constitución, según lo indicaremos en relación con la Ley N° 19.628.

En el expediente constitucional, rol 9557, la Universidad de Chile fue recurrida de información el 10 de enero de 2020, por don José González solicitándole la siguiente información:

“Solicito a la Universidad de Chile, la información masiva de datos de dominios .CL, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (N°20.285), específicamente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas como administrador de NIC Chile, el listado completo de dominios registrados en www.nic.cl, registrados como dominio de primer nivel, activos a la fecha en formato Excel con el siguiente detalle. Considerando esto, agradeceré informar acerca de: Nombre de dominio Fecha de creación Titular Rut Titular Tipo de persona: Natural o Jurídica Giro o actividad Correo electrónico País Calle y número del titular Región Ciudad Comuna Teléfono del titular Fecha de expiración Servidores de nombre DNS País emisor del documento de identificación El formato de entrega es Excel o similar. En caso que alguno de los ítems solicitados interfiera con alguna ley de protección de datos, obviar ese tipo de dato solicitado para proceder con el requerimiento.



solicito además copia por separado, de los datos entregados a don Claudio Higuera Palma RUT 17.638.806-4 tras su solicitud del 3 de septiembre de 2018, en el mismo tenor y que ha sido amparada por el consejo para la transparencia con el ROL C4730- 18.

Solicito copia de la información y/o respuesta de igual tenor anteriormente solicitada por los señores: José Díaz V. el 11 de diciembre de 2019 Andre Espínola el 12 de diciembre de 2019 Juan Pedro Maldonado Cáceres, el 13 de diciembre de 2019 Martín Cárcamos V. el 13 de diciembre de 2019 José Miguel Montalva Álvarez el 28 de noviembre de 2019 Matías Fortuño el 29 de noviembre de 2019 Juan Correa Poblete el 27 de noviembre de 2019 Gregorio Córdova el 28 y 29 de noviembre de 2019 Lorenzo Cerda P. el 17 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza, el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales , el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019” (fs. 4 y 5).

La Universidad desestimó “copia de las respuestas dadas a anteriores requirentes, según el listado manifestado en su solicitud de información, pero [denegó] la entrega del listado de nombres de dominio registrados en NIC Chile y los datos personales de sus titulares, en virtud de las causales establecidas en el artículo 21 N°2 y N°1 de la Ley N°20.285, así como el listado de dominios de primer nivel y las oposiciones de terceros a la entrega de información, por corresponder a antecedentes que no obraban en poder de la Universidad” (fs. 5).

El requirente de información dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del requirente, el cual fue acogido parcialmente por el Consejo para la Transparencia, con fecha 9 de junio de 2020, en causa rol C843-20, ordenando a la Universidad de Chile a entregar al reclamante “un listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato excel, sin contener ningún dato privado”.

Contra dicha resolución del Consejo para la Transparencia, la requirente dedujo reclamo de ilegalidad.

SEXAGÉSIMO NOVENO: Por último, respecto de las normas cuestionadas de la Ley N° 19.628, que establecen la regulación legal de las “fuentes de acceso público”, el requerimiento sostiene que su aplicación vulnera el artículo 19 N° 4° de la Carta Fundamental, toda vez que viola la protección de los datos personales, en virtud de la cual las personas tienen derecho a la autodeterminación informativa, esto es, “un poder general de control sobre sus datos personales” (fs. 48).



Lo anterior, porque el nombre de dominio.CL permite a las personas naturales y jurídicas el desarrollo de su identidad en Internet bajo .CL. Además, el listado de nombres de dominio.CL contiene datos personales, ya que los propios dominios permiten identificar al titular del nombre inscrito, correspondiendo un porcentaje superior al 52% a personas naturales chilenas y extranjeras. Agrega que los titulares de los nombres de dominio.CL solo han autorizado hacer público el nombre de dominio para fines relacionados con la administración del registro y la operación del DNS.

Por consiguiente, la regulación legal prevista en las normas cuestionadas vulnera el derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que admite el tratamiento de los datos de carácter personal sin la autorización o el consentimiento expreso de los titulares.

II.- Identificación de los preceptos legales reprochados de la Ley N° 19.628.

SEPTUAGÉSIMO: En cuanto a la extensión del requerimiento cabe precisar cuáles son las normas que estima infringen el artículo 19, numeral 4° de la Constitución, las que son cuestionadas sólo en la parte subrayada de las mismas:

Ley N° 19.628: **Artículo 2°.-** *Para los efectos de esta ley se entenderá por: (...)*

i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.
(...)

Artículo 4°.- *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.*

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito.

La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

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

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

Artículo 5°.- *El responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.*

Frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica, deberá dejarse constancia de:



- a) La individualización del requirente;
- b) El motivo y el propósito del requerimiento, y
- c) El tipo de datos que se transmiten.

La admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos que lo recibe, pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga.

El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general.

Esta disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes.

Artículo 7°.- Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.

Artículo 9°.- Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

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

Prohíbese la realización de todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos de las personas naturales o jurídicas de las cuales se informa. La infracción a esta prohibición obligará a la eliminación inmediata de dicha información por parte del responsable de la base de datos y dará lugar a la indemnización de perjuicios que corresponda.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO: Respecto de las normas impugnadas cabe manifestar una duda respecto de la identidad exacta de la parte del artículo 5° de la Ley N° 19.628 cuestionada. Por una parte, tanto en la identificación del conflicto a fs. 1 como en la parte petitoria se solicita la completa inaplicabilidad de dicho precepto. Sin embargo, en el alcance específico de los artículos cuestionados a fs. 3, solo parece reducir el cuestionamiento a la expresión: *“No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general.”*

Con esta dificultad interpretativa presente, avanzaremos en el examen del conflicto planteado.

III.- Criterios sobre el conflicto planteado en relación a la protección de datos personales y los Dominios NIC.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: Esta parte de la sentencia sólo se dedicará al examen de esta cuestión para lo cual distinguiremos algunos criterios que guiarán nuestro razonamiento. En primer lugar, nos dedicaremos a explicar un conjunto de elementos normativos sobre el surgimiento de los nombres de dominio, el contexto en el que operan, especialmente, en el sentido de que la plataforma sobre la cual operan los nombres de dominio es una carretera de información universal, lo que implica que



el examen constitucional de este caso se realiza desde el derecho a la información. En segundo lugar, especificaremos cómo la identificación de los nombres de dominio es un asunto de relevancia constitucional. En tercer lugar, en este tipo de cuestiones es fundamental cautelar la garantía de la reserva legal de los derechos involucrados. En cuarto lugar, la Administración de Dominios NIC, en relación con el artículo 19, numeral 4° de la Constitución y la Ley N° 19.628, exige un cumplimiento del deber objetivo de proteger los datos personales. En quinto lugar, la economía de la vigilancia, la minería de datos y el alcance de las obligaciones de protección de datos imponen una cautela mayor en las fuentes de acceso público. Finalmente, los nombres de dominio son un dato público.

a.- Los nombres de dominio.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO: El internet es un sistema de comunicación mundial y, en consecuencia, requiere de un emisor y un receptor. La identificación y ubicación del emisor y del receptor se logra mediante la asignación de una dirección IP (Internet Protocol) a cada equipo conectado a internet. De esta manera, la información enviada tiene un destinatario identificado y localizado al que llegar. La dirección IP contiene una serie de números y puntos, lo cual no favorece la comunicación en el internet, atendido la dificultad que representa para las personas aprender de memoria un conjunto diverso de números sin significado y asociarlo a un destinatario. Para hacer frente a ello y una vez que el internet comenzó a extenderse, surgió el nombre de dominio, que, al estar compuesto de un conjunto de caracteres alfanuméricos asociado a una dirección IP, facilita el acceso a un sitio web, dado que es más sencillo recordar un nombre que una serie de números.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO: La asignación de un nombre de dominio a una dirección IP se realiza por medio del Sistema de Nombres de Dominio (Domain Name System, DNS). El DNS tiene una estructura jerárquica, así, en el nivel superior, se ubican los dominios de primer nivel (Top Level Domain, TLD) y, debajo de ellos, los dominios de segundo nivel (Second Level Domain, SLD). Los dominios de primer nivel pueden ser genéricos o relativos a un territorio. Los dominios de segundo nivel son los nombres de los sitios web, sin contar con la extensión, ya que esta última identifica al dominio de nivel superior, que, como se señaló, puede referirse a una organización o tipo de actividad (genérico) o un territorio o país (geográfico). Los nombres de dominio, así como las direcciones IP, son únicos, de lo contrario, habría confusión acerca del destinatario a quien debe transmitírsele la información enviada.

SEPTUAGÉSIMO QUINTO: El nombre de dominio se define como “una representación alfanumérica de una dirección IP que identifica a un terminal conectado a Internet” y “es la **puerta de entrada a la sociedad de la información**”. Además, su invención temprana contribuyó al crecimiento del ciberespacio al permitir una identificación más intuitiva de los equipos y recursos de la Red. No se olvide que los buscadores tardarían décadas en aparecer (Excite nació en 1993, Yahoo! en 1994 y Google en 1997). Pero, al mismo tiempo, el nombre de dominio es una figura especial



en todo el sentido de la expresión, sin parangón en el mundo real. Su singularidad se pone de relieve en su intangibilidad y unicidad, a la vez que se manifiesta como el instrumento de competencia más importante en el mercado digital, dado que la gran variedad de ofertas presentes en el hipermercado electrónico obliga a los empresarios a utilizar nombres de dominio que permitan a los consumidores identificar y distinguir los sitios web y plataformas en el tráfico comercial” (Barrio, Moisés (2020). Manual de Derecho digital. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 148-149).

SEPTUAGÉSIMO SEXTO: El sistema de administración de los registros de nombre de dominio es diverso según se trate de TLD genéricos o geográficos. Para los primeros, opera un régimen de libre competencia, en el cual diversas entidades registradoras ofrecen a los usuarios de internet el servicio de registro. En el caso de los TLD geográficos, la asignación corresponde exclusivamente a la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), sucesora legal de la IANA (Internet Assigned Numbers Authority). La IANA dependía del gobierno de Estados Unidos, lo cual suscitaba fuertes críticas en la comunidad internacional, por cuanto esa dependencia a un gobierno en particular vulneraba las características de plural y abierto que se atribuyen al internet. Por tal razón, en el año 1998, el gobierno de Bill Clinton adoptó la decisión de privatizar la gobernanza de internet, para lo cual traspasó la función de asignación de direcciones IP y nombres de dominio a la ICANN, mediante la celebración de un contrato. La ICANN es una entidad privada sin fines de lucro, constituida en California, Estados Unidos.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO: La ICANN, y antes la IANA, delega la administración y asignación de los nombres de dominio de primer nivel geográficos a entidades públicas o privadas de los distintos territorios. Estas entidades, denominadas Centros de Información de Redes o NICs (Network Information Centers) son las “encargadas de la administración de los nombres de dominio secundario adscritos a un nombre de dominio de primer nivel previa delegación expresa de competencias por parte de la autoridad central (...) Las principales funciones de los NICs son registrar los nombres de dominio y mantener una base de datos de las direcciones electrónicas ya registradas. Esta base de datos cumple una doble función: en primer lugar, sirve para manejar el sistema de solicitudes de registro en línea, evitando la generación de solicitudes sobre dominios ya registrados; y, en segundo lugar, permite la operatividad del servicio *Whois*” (Pocorobba, Vicente (2006. Reglamentación de NIC Chile para el funcionamiento del dominio .CL. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 32-33).

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO: En Chile, el encargado de la administración del registro de nombres de dominio .CL, correspondiente al territorio de Chile, es la Universidad de Chile a través de su Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, en virtud de la delegación que para ese efecto le hiciera en 1987 el IANA.



SEPTUAGÉSIMO NOVENO: De acuerdo a lo expuesto, en un principio, la función del nombre de dominio era exclusivamente técnica, pues simplificaba la digitación de una dirección IP para ubicar un sitio web. Sin embargo, con la masificación del internet, adquirió nuevas funcionalidades. En efecto, “en la actualidad el nombre de dominio además de identificar un computador o servidor específico, identifica en forma distintiva a la organización, empresa o persona natural titular del registro; incluso puede identificar a un producto, bien o servicio que se publicita en la red a través de alguno de los servicios propios de ésta” (Pocorobba, Vicente (2006. Reglamentación de NIC Chile para el funcionamiento del dominio .CL. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 32-33, p. 38). Moisés Barrio sostiene que los nombres de dominio “[p]osibilitan una **función identificadora** para el público, pues permiten asociar el dominio de un determinado país, profesión, colectivo, actividad, empresa, institución, etc. [y] habilitan una **función distintiva** en el tráfico comercial, lo cual hace que puedan llegar a constituir un activo de gran valor económico y empresarial” (Barrio, Moisés (2020). Manual de Derecho digital. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 150). De esta manera, los nombres de dominio han adquirido especial trascendencia en el comercio electrónico.

b.- La relevancia constitucional de la asignación y administración de los nombres de dominio.

OCTOGÉSIMO: De la descripción anterior de los nombres de dominio surgen un conjunto de elementos que se asocian estrechamente al ámbito del ejercicio de variados derechos fundamentales.

Como su designación lo indica, el nombre es el principio de entrada en el marco comunicativo. La identidad con la cual se obra en el derecho, sea como propiedad de las personas naturales sea como atributo de las personas jurídicas, refleja una ecuación de público reconocimiento para caracterizarse como tal y, a la vez, como un reflejo de elementos que son parte de su esfera de dominio.

Como lo vimos, esta identidad se despliega en el ejercicio de derechos fundamentales que superan la mera comunicación. A través de estas identidades operan empresas, productos o personas naturales. Esta asociación con dilemas constitucionales fluye de un modo natural y los tribunales que han tenido que lidiar con este tipo de problemas así lo han reconocido. Puede haber una tendencia a asimilar los nombres de las personas naturales con el de los nombres de dominio, sin embargo, hay algunos elementos que lo alejan. Por ejemplo, nada impide que las personas naturales tengan el mismo nombre entre sí, incluso en todos los caracteres que los particularizan. En cambio, las propiedades de los nombres de dominio operan sobre la base de los derechos de propiedad intelectual, esto es, la identificación de una individualidad excluyente, sin competencias indebidas ni confusiones aproximativas. De este modo, los nombres de dominio se construyen sobre la base de restricciones que permiten estos cambios, lo que publica la facultad de denominar con libertad los



nombres de dominio y lleva a un régimen de asignación y administración de los nombres de dominio.

OCTOGÉSIMO PRIMERO: La asignación y administración de los nombres de dominio revisten relevancia constitucional. En un fallo de octubre de 2010, el Consejo Constitucional de Francia afirmó que la asignación de los nombres de dominio inciden en la libertad de expresión, en la libertad de emprendimiento y en los derechos de propiedad intelectual: “Teniendo en cuenta el estado actual de los medios de comunicación y el desarrollo generalizado de los servicios públicos de comunicación en línea y el papel sustancial que estos servicios desempeñan en la vida económica y social, en particular para aquellos cuya actividad se desarrolla en línea, la supervisión, tanto como en lo que respecta a los particulares y las preocupaciones comerciales, la elección y el uso de los nombres de dominio de Internet afecta los derechos de propiedad intelectual, la libertad de comunicación y la libertad de empresa” (Consejo Constitucional de Francia, Decisión 2010-45, QPC, de 6 de octubre de 2010, disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2010/201045QPC.htm>).

Asimismo, señaló que por su impacto en materia de obligaciones civiles y comerciales, la asignación de nombres de dominio era materia de ley.

Por lo anterior, reprochó al legislador que haya delegado en un reglamento las condiciones para la asignación y administración de los nombres de dominio de primer nivel correspondientes al territorio nacional, con la sola prevención de que aquellas debían orientarse “en el interés general, bajo normas no discriminatorias publicitadas diseñadas para asegurar el cumplimiento por parte del solicitante de los derechos de propiedad intelectual”, señalando que “[a]unque el Parlamento ha protegido así los derechos de propiedad intelectual, ha delegado enteramente la facultad de supervisar las condiciones en qué nombres de dominio se asignan, rechazan o retiran. Ninguna otra disposición legal ofrece garantías que aseguren la ausencia de cualquier violación de la libertad de empresa y el artículo 11 de la Declaración de 1789. Por lo tanto, el Parlamento no ejerció plenamente sus poderes” (Consejo Constitucional de Francia, Decisión 2010-45, QPC, de 6 de octubre de 2010, disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2010/201045QPC.htm>).

OCTOGÉSIMO SEGUNDO: Esta sentencia nos recuerda que el impacto en los derechos de terceros que puede generar la asignación de los nombres de dominio, que funciona según un criterio de prioridad temporal (*first come, first served*), en virtud del cual quien primero inscribe un nombre de dominio tiene derecho a usarlo, obedece a que los nombres de dominio pueden aludir a una marca comercial, a una obra intelectual o a datos personales, como los nombres y apellidos de una persona. En tal sentido, el despliegue de esos derechos se da desde la reivindicación de los derechos de propiedad intelectual.

OCTOGÉSIMO TERCERO: En el mismo orden de ideas, cabe reseñar otra sentencia, ahora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la que nos servirá de



contexto para precisar el vínculo jurídico entre los titulares de los derechos de nombres de dominio y el tipo de derecho que reivindican. En la Sentencia del TEDH, 18 de septiembre de 2007, Paeffgen Gmgh contra Alemania, núms. 25379/04, 21688/05, 21722/05 y 21770/05, se establece que “el derecho exclusivo a utilizar los dominios en cuestión (...) tenía un valor económico. Teniendo en cuenta los criterios anteriores, este derecho constituía, por tanto, una “Posesión”, en la que interfieren las decisiones judiciales que prohíben el uso de los dominios.” Esta posesión es un bien jurídico inmaterial, que al igual que nuestro derecho de propiedad intelectual, goza desde el artículo 19, numeral 25 inciso final, de las garantías de los incisos 2°, 3°, 4° y 5° del numeral 24° del artículo 19 como un tipo especial de propiedad, entre ellas, la regla de regulación legal.

c.- La reserva legal a la luz de los derechos de los nombres de dominio.

OCTOGÉSIMO CUARTO: Es evidente que la causa que resolvemos nada tiene que ver con las sentencias referidas porque se ubica en las antípodas del tipo de problemas jurídicos allí planteados. Aquí es la autoridad que administra los nombres de dominio la que reivindica para sí el derecho de protección de datos y su privacidad. Allí son los propios dueños de los nombres de dominio los que defienden su derecho de propiedad intelectual, como una posesión respecto de la cual operan determinadas garantías, siendo la ley una de ellas.

OCTOGÉSIMO QUINTO: En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no ha intervenido en materia de asignación y administración de los nombres de dominio, de modo que el sistema ha operado sobre la base de la autorregulación.

Solamente, en el año 2010, se publicó la Ley N° 20.453, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet. La neutralidad de la red alude a que “los paquetes de datos en Internet deberían ser transmitidos de forma imparcial o neutral, sin atender a su contenido, origen o destino. Es decir, el diseño de Internet no discrimina contenidos ni aplicación” (Barrio, Moisés (2020). Manual de Derecho digital. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 46). La citada ley obliga a las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también a estos últimos a no “arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios”.

OCTOGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, la regla del conflicto parece invertida. La Universidad de Chile reclama para sí la protección de derechos



fundamentales de protección de datos y la perspectiva de su privacidad, en circunstancias que no existe una ley que regule el asunto ni que cautele los derechos de los dueños de los nombres de dominio.

Como reconoce la propia Universidad de Chile “NIC Chile es el Centro de Información de Redes (NIC es la sigla de “Network Information Center”, por su traducción al idioma inglés) del Departamento de Ciencias de la Computación, perteneciente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, a cargo de la administración y registro de los nombres de dominio “.CL”, creado formalmente bajo tal calidad el 27 de junio de 2017, por medio del Decreto Universitario Exento N°0022140, que aprobó igualmente su Reglamento de Organización y Funcionamiento.” (fs. 14 del requerimiento Rol 9557).

En este tipo de cosas, y del mismo modo que la sentencia del Consejo Constitucional francés, cabe estimar la vulnerabilidad de este complejo de derechos en el marco de puramente normas reglamentarias, en circunstancias que se conecta de modo decisivo los derechos de propiedad intelectual, con el derecho marcario, la libertad de expresión y de libertad de empresa. Esos derechos tienen titulares muy distintos a la Universidad de Chile. Por lo mismo, en línea de principio habrá que cautelar los derechos de reserva legal que protegen propiedades, posesiones o atributos para los titulares originarios de esos derechos, aún antes de interpretar el marco constitucional del derecho de la Universidad de Chile en la protección de datos. Este principio de cautela es clave puesto que al no existir derechos legamente reconocidos, la inaplicabilidad de determinados preceptos de la Ley N° 19.628 de protección de la privacidad, a primera vista, introduciría aún más desregulación al sistema de nombres de dominio.

d.- La Administración de Dominios NIC y la protección de datos personales.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO: La Universidad de Chile en su requerimiento realiza un relato sobre el derecho a la vida privada y el reconocimiento implícito a la protección de datos en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución antes de la ley de reforma constitucional N° 21.096. Con posterioridad a dicha reforma se especifica sin margen de duda acerca del derecho a la autodeterminación informativa sobre nuestros propios datos.

Respecto de las dudas del ámbito protegido del derecho establece que “el contenido preciso del derecho a la protección de los datos personales comprende un conjunto de facultades tales como: el derecho de acceso, de complementación o rectificación de los datos personales de un titular, frente al sujeto de naturaleza pública o privada, responsable del tratamiento en cuestión. Aunque el texto constitucional no consagró expresamente las distintas esferas de protección de datos personales, los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), la doctrina y jurisprudencia constitucional no ha tenido reparos en incluirlos dentro de la tutela de nuestra Carta Fundamental” (fs. 39 del expediente constitucional).



El requirente avanza en su explicación indicándonos cómo la Ley 19.628 realiza la protección en ese nivel normativo otorgando a sus titulares derechos de información o acceso; de modificación o rectificación; de cancelación o eliminación; de bloqueo de datos; así como de comunicación y oposición.

Adicionalmente, contrasta este régimen legal con el sistema de funcionamiento de los Dominios NIC reconociendo que “la publicidad de determinados datos de los dominios inscritos en .CL se puede expresar en base a las siguientes reglas: (i) abarca a una porción de los datos aportados al tiempo de la inscripción; (ii) queda entregado a la decisión del titular del dominio aportar otros datos a quien se los pida, para cuyo caso NIC Chile provee un mecanismo de contacto; (iii) la autorización para la publicidad de los datos está acotada a fines precisos: gestión del DNS y resolución de controversias; (iv) la autorización para hacer públicos ciertos datos no abarca a aquellos contenidos en la cuenta de usuario del titular del dominio, como, por ejemplo, la información de los contactos del dominio” (fs. 46 del requerimiento).

OCTOGÉSIMO OCTAVO: En lo que normativamente importa a esta Magistratura explica la oposición entre los preceptos legales que requiere y la infracción constitucional denunciada del modo que describiremos.

Como sostiene el requirente, “en la gestión pendiente se pretende dar aplicación a los artículos 2º, letra i), 4º inciso 5º, 5º inciso penúltimo, 7º y 9º inciso 1º de la Ley Nº19.628, los cuales establecen la regulación legal de las denominadas “fuentes de acceso público”, las cuales vulneran la protección de los datos personales de los titulares de los nombres de dominio .CL que la Constitución asegura a todas las personas” (fs. 48 del expediente constitucional).

En la práctica, la Universidad de Chile sostiene dos tipos diferentes de planteamientos. Primero, realiza una descripción de la afectación de los derechos de las personas que tienen nombres de dominio, de un modo tal que defiende no un ejercicio vicario de derechos sino que una dimensión objetiva de protección. Y, en segundo lugar, a partir de la relación estrecha existente entre los nombres de dominio y la posibilidad de acceder a datos personales, tal vulneración al artículo 19, número 4º, de la Constitución, es un efecto del acceso intersticial que se produce por los preceptos legales denunciados que permiten regular fuentes de acceso público a datos.

En los términos indicados por la requirente: “Se ha dejado establecida la vinculación existente entre el concepto de nombres de dominio y dato personal, por lo que lo dicho debe entenderse plenamente aplicable en esta parte de nuestro razonamiento: los nombres de dominio contienen información tanto de personas naturales identificadas o identificables como de personas jurídicas, por lo que se puede concluir y postular que un nombre de dominio es un dato personal en la medida de que se pueda identificar a través de él a la persona natural que es su titular. En consecuencia, quien tiene a su disposición el listado completo de los dominios inscritos en .CL puede, mediante un mecanismo de programación de baja complejidad



que facilite su tratamiento, obtener el listado de los nombres de dominio.CL cuyos titulares son personas naturales, junto con poder obtener también la identificación (nombre y apellidos) de esos mismos titulares. Sin embargo, la conclusión expuesta se puede extender a todas las combinaciones posibles de los datos del conjunto que se publica. En efecto, se puede saber la fecha de expiración o de creación de todos y cada uno de los dominios inscritos en .CL, pudiendo calificarse de dato personal a la fecha de creación o expiración por cuanto se refiere a información de persona natural identificada o identificable. A mayor abundamiento, bajo este predicamento todos los datos del WHOIS de CL que se encuentran publicados serán datos personales en la medida que permitan identificar a la persona de su titular. Quien dispone del listado completo de dominios .CL puede obtener dicha información y mucha más, por ejemplo: - La identificación de TODOS los titulares de dominios inscritos en .CL - El listado de TODOS los agentes registradores de dominios inscritos en .cl. - La fecha de creación de TODOS los dominios inscritos en .CL - La fecha de expiración de TODOS los dominios inscritos en .CL - El listado de TODOS los servidores de nombre de los dominios .CL - El listado de TODOS los dominios en controversia.- etc.” (fs. 49 del expediente constitucional).

OCTOGÉSIMO NOVENO: En cuanto a esta argumentación, el Consejo para la Transparencia esgrime dos criterios para desestimarla. Uno formal, puesto que “respecto de los artículos 11 en su literal c) y 15 de la Ley de Transparencia, junto con los artículos 2° letra i) y 5° de la Ley N° 19.628, si bien la parte requirente los cita como preceptos legales impugnados, luego no proporciona ningún argumento para sustentar su pretendida inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ello resulta relevante, por cuanto no recibirán aplicación por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, porque no han sido invocados como parte de los fundamentos contenidos en el Reclamo de ilegalidad Rol N° 362-2020 de dicho tribunal; por lo que dichas normas impugnadas en el presente requerimiento, no recibirán aplicación en la resolución del asunto judicial pendiente” (fs. 388 del expediente constitucional). Respecto de estos artículos, al no haberlos sostenido el requirente en la gestión pendiente, no resultaría posible esgrimirlos ex post produciendo la preclusión de su invocación en la misma.

Asimismo, sostiene una posición de fondo para desacreditar el argumento indicando que “esta alegación, se debe desestimar, toda vez que es el mismo constituyente quien en el artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, al garantizar la protección a los datos personales, en el texto constitucional establece que: “El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”. En este sentido, es la ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, la que regula la forma en que se puede dar tratamiento a los datos personales, norma que permite comunicar estos datos sin necesidad de contar con autorización del titular cuando aquellos se encuentren presentes en fuentes de acceso público. De ahí que, la Constitución al disponer que el tratamiento de datos personales se debe realizar de conformidad a la citada ley, se extrae que la normativa impugnada se ajusta a la



Constitución, puesto que precisamente, esta última es quien la invoca expresamente para dicho fin. En definitiva, sobre la base de lo expuesto, el Consejo para la Transparencia, ordenó la entrega de lo solicitado porque los dominios consultados obran en una fuente accesible al público, particularmente, en una base de datos que mantiene publicada la misma Universidad, información que el órgano sólo obtiene mediante un procedimiento y acto decisonal de inscripción” (fs. 387 del expediente constitucional).

NONAGÉSIMO: A este respecto, cabe considerar que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, subjetiva y objetiva; identifica la relación de los vinculados a ellos como titulares de derechos o destinatarios de los mismos, conforme al artículo 6° de la Carta Fundamental; y donde el constituyente le encarga al legislador una protección de los datos personales sin constitucionalizar la ley preexistente a la reforma constitucional y, finalmente, nuestra Constitución le imprime a los órganos estatales una tríada de deberes de respeto, protección y promoción en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

De este modo, en este caso no existe una reivindicación subjetiva del derecho a la autodeterminación informativa en la protección de datos susceptible de ser atribuida a la Universidad de Chile. No obstante, sí nos encontramos en un ámbito de protección objetiva de la misma, como resultado de la imposición de un deber, que está reforzado por la exigencia de comportarse conforme a la exigencia de un deber general de respeto y protección a ese derecho y que, en ausencia de mandato legal, le compete a la Universidad de Chile. En tal sentido, el requerimiento de inaplicabilidad se funda en su condición de destinatario de una obligación en la protección indirecta del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

Adicionalmente, siendo la ley de reforma constitucional N° 21.096, que especifica el derecho al respeto de la vida privada ahora abarcando la protección de los datos, una ley superior y posterior a la Ley N° 19.628, debe ésta ajustarse a los términos constitucionales y no al revés. Por lo mismo, sus preceptos son pasibles de una declaración de inaplicabilidad.

NONAGÉSIMO PRIMERO: En este caso, no fluye de modo claro en la impugnación de los preceptos legales que circunstanciadamente explique el por qué y cómo se produce la infracción constitucional denunciada. Más bien, cuestiona la idea de que detrás de las fuentes de acceso público resulta admisible una hipótesis indirecta de vulneración de la protección de datos privados por asociación en torno a lograr identificar personas así como fechas de creación y expiración de sitios de dominio, entre otras cuestiones.

En tal sentido, puede ser posible preguntar ¿por qué una exigencia de datos que el propio legislador define como “fuentes de acceso público” puede generar esa vulneración? Adicionalmente, deberemos responder si la eventualidad de encontrarnos frente a datos personales, serán o no de aquellos que la Constitución admitiría su tratamiento y bajo qué condiciones serían admisibles.



NONAGÉSIMO SEGUNDO: La Constitución garantiza a todas las personas “4º.- 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”.

Con ello, diferencia dos titularidades conceptualmente distintas. Por una parte, la garantía de preservación protectora del titular de los datos personales y, en la frase siguiente, la autorización para tratar esos datos en el marco de las formas y condiciones que fije la ley.

Hasta este momento, ese mandato es la Ley N° 19.628 y en torno a ella la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado tres cosas muy valiosas para esta causa. Primero, que el derecho a la vida privada alcanzaba la protección de datos en el marco de lo que se denomina autodeterminación informativa. A saber, “la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa. Consecuente con lo anterior, la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, define los datos personales como aquellos *“relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”* (artículo 2º, letra f), y prescribe que esos datos sólo pueden ser almacenados o difundidos previa autorización del titular de los mismos o por mandato de la ley, la que obviamente, para ajustarse a la Constitución, tiene que tener un fin legítimo de interés público. Ello se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal, públicos o privados, cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de los mismos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos propios contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de habeas data su rectificación o cancelación (Nogueira A., Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 460)” (STC 1800, c. 25º).

En segundo lugar, nuestra Magistratura ha puesto el énfasis en el hecho de que dicha protección no obsta el tratamiento por terceros de datos personales. En tal sentido, “se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrear repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. Por eso, la Ley de Protección de Datos Personales prescribe que éstos pueden ser recolectados, almacenados y difundidos por terceros cuando una ley lo autorice, lo que ocurre en diversos y múltiples ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, o previa aquiescencia de su titular. La sociedad actual no podría funcionar sin el tratamiento legal de los datos personales, que se ve facilitado por la aplicación de la informática” (STC 1800, c. 27º).



Finalmente, hay un resguardo de un elemento esencial en materia de tratamiento de datos que es la imposibilidad o severa limitación, previa justificación de bienes jurídicos constitucionalmente legítimos, de tratar datos sensibles. De este modo, “el legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegidos, ha definido la información relativa a los mismos como datos sensibles, que, conforme a la Ley de Protección de la Vida Privada, son *“aquellos datos personales que se refieren a características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias y las convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”* (artículo 2º, letra g), Ley N° 19.628). Así, aquellas informaciones “según la ley”, forman parte del núcleo esencial de la intimidad y su resguardo debe ser mayor. Una intromisión en ese ámbito, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus ámbitos: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etc. Pero incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento” (STC 1800, c. 28º).

NONAGÉSIMO TERCERO: Esta jurisprudencia del 2011 debe ser complementada porque la Ley de reforma constitucional N° 21.096 reconoció expresamente el primer punto indicado en orden a que la antigua privacidad alcanzaba a la autodeterminación informativa. En cuanto al tratamiento de datos la propia reforma lo prescribe, sin embargo, omite toda indicación acerca de la defensa de un núcleo central en torno a los severos límites para proteger los datos sensibles, aunque nada indica que no estén protegidos en la expresión “sus datos personales”; con lo cual la tríada argumental sigue siendo esencialmente correcta.

No obstante, cabe considerar que esta reforma constitucional no eleva de rango la Ley N° 19.628 sino que más bien la historia de la Ley N° 21.096 da cuenta de los déficit de protección de la misma. Ya era conocida la crítica en torno a esta ley puesto que “la insuficiencia detectada en la aplicación de la Ley N° 19.628 que se resume en que esta sólo regula el tratamiento de datos, y no el derecho de los titulares a controlar los mismos” [Sanz Salguero, Francisco Javier, “Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre), pp. 457 - 502]. Asimismo, excluye la protección de los datos de las personas jurídicas.

Este mismo autor sugiere un interrogante: “¿cuándo es posible el tratamiento de los datos personales? Sobre este particular, el señalado Estatuto limita el tratamiento de los datos personales a dos eventos: cuando esta u otra ley lo autorice, o cuando el titular lo consienta expresamente, regulando además el trámite de autorización. En la medida que un particular permita o una norma legal establezca



que ciertos datos o antecedentes personales sean susceptibles de conocerse, éstos pasarán a formar parte de una esfera social. Excepcionalmente, el tratamiento es posible sin que sea necesaria la autorización del titular, cuando estos *“provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público”* (artículo 4º); igualmente, y al tenor del artículo 20 de la Ley en estudio, se establece que dicho tratamiento *“sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes”*, condiciones en las cuales *“no necesitará el consentimiento del titular”*. Así, en la práctica la regla general es la competencia del órgano de naturaleza pública, no exigiéndose la autorización del titular, privilegiándose de parte del legislador las funciones fiscalizadoras o de administración del Estado por sobre la vida privada de las personas” [Sanz, 2013: 472]

NONAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, uno de los ejes centrales de protección sobre el tratamiento de datos es la existencia previa de una autorización del titular de los datos en circunstancias que el artículo 4º de la Ley N° 19.628, en una de las partes impugnadas, omite esa autorización (*“No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.”*).

NONAGÉSIMOQUINTO: Cabe traer a colación algunos casos que, en un contexto normativamente distinto, han reflexionado sobre el alcance del derecho a la autodeterminación informativa sobre la protección de datos.

La jurisprudencia española ha entendido que “el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la



confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo” (STC de España 292/2000, f. 6°).

NONAGÉSIMO SEXTO: Pero no sólo identifica un alcance subjetivo que supera el derecho al respeto a la vida privada o a la intimidad sino que en su encuadramiento abarca definitivamente cuestiones públicas. A juicio del Tribunal Constitucional español, “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 puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” (STC de España 292/2000, f. 7°).

NONAGÉSIMO SÉPTIMO: En consecuencia, volviendo a nuestro caso, ¿sería posible sostener que es inconstitucional esta parte de este precepto porque se funda en la ausencia de autorización del titular de los datos para permitir su tratamiento a la luz de la nueva redacción del artículo 19, numeral 4° de la Constitución?

En nuestro concepto no. Por un par de asuntos que cabe considerar expresamente. Aún desconocemos la legislación que adapte el contenido de desarrollo de esa reforma que remite las reglas de tratamiento y protección de estos datos “en la forma y condiciones que determine la ley”. Justamente, una de las cuestiones más sensibles hoy por hoy son las “condiciones” bajo las cuales existe una “autorización del titular”. De este modo, como sostiene la jurisprudencia española, no basta con extraer desde la intimidad el derecho a no ser perturbado, ni tener injerencias que embaracen el derecho o verse libre de toda intromisión. Junto con los derechos de defensa involucra deberes de hacer.

NONAGÉSIMO OCTAVO: ¿Cuándo hay consentimiento auténticamente libre?; ¿Se puede consentir la autorización de datos personales que deviene en la desprotección de la privacidad?; ¿Se puede condicionar el acceso a bienes y servicios



interponiendo el consentimiento formal sobre el uso de datos para poder gozar de bienes en el ámbito de la economía digital?

Como dicen autores nacionales, “es posible estimar que, a pesar de cumplir con todos los requisitos formales dispuestos por ley para su validez, el consentimiento se ha convertido en un acto irreflexivo y automático, especialmente en aquellos casos en que su otorgamiento opera como condición insoslayable para acceder a una determinada prestación, con especial énfasis en el mundo en línea, donde los titulares de datos, sin más, dan su autorización «todas las veces que se ven enfrentados a una solicitud de consentimiento” [Contreras, Pablo y Trigo, Pablo (2019), “Interés legítimo y tratamiento de datos personales: Antecedentes comparados y regulación en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Volumen 8, N° 1, p. 72].

NONAGÉSIMO NOVENO: En consecuencia, la noción que asienta la idea de protección del derecho de los titulares de los datos únicamente en el consentimiento de sus titulares desmerece el alcance de la propia expresión de “proteger” (RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, segunda acepción de proteger: Amparar, favorecer, defender a alguien o algo”).

La forma en que también se puede proteger, además de la dimensión subjetiva del consentimiento de los titulares originales, hay un campo para anclarlo en la noción objetiva del derecho fundamental. Efectivamente, sin que adoptemos una posición perfeccionista que anule el ejercicio de libertades personales, resulta claro que la hipótesis de autorizar los datos por el parte del mismo titular es consustancial al artículo 19, numeral 4°, de la Constitución, de la misma forma que lo es el mandato constitucional que abarca bajo la noción de “protección”. Entre ellos, todos los mecanismos que permitan la garantía efectiva de esa libertad, del resguardo de sus datos, de las garantías plenas del derecho de tratamiento de datos cuando sean afectados o vulnerados y, en lo general, todas las maneras que permitan proteger los datos de las personas, particularmente, cuando esté lejos de su alcance oponerse, defenderse o siquiera entender el alcance del problema.

e.- La economía de la vigilancia, la minería de datos y la protección de los mismos.

CENTÉSIMO: El ciberespacio es “el espacio global en el entorno de la Sociedad de la Información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye a Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las Cosas (IoT)” (Barrio, Moisés (2020). *Manual de Derecho digital*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 51).



Carlos Fernández señala que en el ciberespacio, a diferencia del espacio público físico, la publicidad es el estado por defecto, porque desde un inicio el objetivo del sistema de comunicación por el internet procuró la interoperabilidad de las distintas redes de datos, no estando dentro de sus prioridades el secreto de las comunicaciones. Siguiendo a este autor, esta publicidad es explotada por la economía de la vigilancia (seguimiento de la actividad de los individuos en el ciberespacio con fines comerciales) de dos maneras, sobre la base de la necesidad del ser humano de explorar su autenticidad: por una parte, personalizando el contenido ofrecido a los usuarios de acuerdo a sus preferencias personales y, por otra, ofreciendo un medio en el cual los usuarios puedan expresarse. Ello exige un régimen de visibilidad (Fernández, Carlos (2019). El nuevo concepto de privacidad: la transformación estructural de la visibilidad. *Revista de Estudios Políticos*, 185, 139-167).

CENTÉSIMO PRIMERO: El problema conceptual que se tiene hoy es que construimos normativamente un régimen de intimidad del siglo XX para unas herramientas tecnológicas que las sobrepasan severamente.

Antes podíamos concebir la diferencia conceptual entre el emisor de la información y el medio de reproducción de la misma. Por eso, poníamos énfasis en la cautela sobre los medios mismos. Sin embargo, la sociedad de la información, la economía de la vigilancia, el alcance de las redes sociales y la masificación de los medios electrónicos han difuminado los límites mismos entre quién emite y el medio. Hoy las personas se “conectan” al mundo y dejan sus huellas de su antigua privacidad esparcidas en todo Internet y esas huellas son integradas mediante procesos informáticos cada vez más sencillos como invasivos, en donde sistemáticamente van recogiendo informaciones que suponen o cuentan con el consentimiento del titular por activa o por defecto.

CENTÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, los preceptos legales de la Ley N°19.628 que regulan las “fuentes de acceso público”, obedecen al estatuto de tratamiento de datos de la esfera pública, y deben obedecer y mantener ese carácter. Parte de los deberes de protección respecto de los datos, sobre los cuales no hay consentimiento de los titulares, es reforzar el compromiso con la cautela de aquellos elementos que impiden la reconducción a datos sensibles de las personas naturales.

Este es el deber de la Universidad de Chile en el presente caso: cautelar los datos personales de “fuentes de acceso público” de aquellos que no lo son y la interposición de este requerimiento se inscribe en dicha dimensión más allá de su rechazo. Con mayor razón, cuando ese deber es una consideración que el ordenamiento le impone, aún en ausencia de ley que regule su actividad de registro y administración de los dominios NIC.



CENTÉSIMO TERCERO: En tal sentido, el 25 de octubre de 2019, en la causa rol N° 12.793-2019, la Corte Suprema acogió un recurso de queja presentado por el Consejo de la Transparencia en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogieron un reclamo de ilegalidad interpuesto por la Universidad de Chile en contra de la decisión de amparo C4730-18, de 27 de diciembre de 2018, en virtud de la cual se ordenó a la Universidad a entregar “un listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato Excel, sin contener ningún dato privado”.

Allí el juez de fondo sostuvo, que los nombres de dominio son “públicos por su propia naturaleza, y son accesibles a través de los mecanismos dispuestos por la propia Universidad requerida./ En efecto, una extensión o dominio de internet es un nombre único que identifica un sitio web, siendo su propósito principal traducir las direcciones IP de cada activo en la red a términos memorizables y fáciles de encontrar. En este sentido, cualquier usuario puede saber qué extensión “.cl” se encuentra o no registrada ante NIC Chile, mediante el simple ejercicio de ingresar su dirección en el motor de búsqueda dispuesta por la propia institución, o en cualquiera de los tantos otros mecanismos dispuestos en la web” (c. 11º), agregando que “cada dominio registrado (hecho que no es secreto o reservado, como quedó asentado) permite que cualquier persona acceda a la información básica del titular del registro (...) nuevamente a través de las herramientas que provee el propio centro NIC Chile, entre otros, entidad que necesariamente ha sido quien ha nutrido al protocolo “WHOIS” de la información que, ahora, alega como sensible y apta para vulnerar los derechos comerciales y económicos de terceros; consecuencia que, por lo demás, aparece a lo menos como difusa” (c. 12º).

f.- Distinguir los nombres de dominio como dato público de aquellos elementos que no lo son.

CENTÉSIMO CUARTO: Los nombres de dominio son datos públicos por variadas razones. En primer lugar, los nombres de dominio son la identificación de un sitio web. En segundo término, el sitio web funciona en un régimen de visibilidad, es más, requiere de publicidad para efectos de darse a conocer y atraer a los usuarios de internet. En tercer lugar, el sistema de nombres de dominio funciona con un protocolo denominado “whois”, que permite identificar quien es el titular de un dominio de internet, para efectos de solucionar problemas técnicos o precaver eventuales afectaciones a derechos de terceros. En cuarto lugar, el registro de los nombres de dominios puede incidir en derechos de terceros, quienes requieren de la publicidad de los mismos para hacer valer sus derechos. En quinto lugar, NIC Chile publica los nombres de dominio inscritos en los últimos 30 días y, por tanto, teóricamente, la lista de todos los dominios inscritos en el Registro de NIC Chile



podría obtenerse sobre la base de la acumulación de la información parcial publicada por la requirente de inaplicabilidad.

En consecuencia, los nombres de dominio NIC son una fuente de identidad que se comporta en lo público digital para ser conocida; cuyo objeto es de difusión expansivo, bajo un protocolo de conocimiento que precisa un sustento técnico cognoscible; que ampara derechos de terceros que requieren conocer ese punto público de contacto y en donde el régimen normativo administrativo que ha ideado el requirente se basa en la publicidad temporal de todos los datos que hoy se requieren integradamente.

CENTÉSIMO QUINTO: Por último, si bien es factible que los nombres de dominio pueden contener información relativa a una persona, por reflejar un nombre o apellido, la inscripción del nombre de dominio en el registro NIC Chile significa su publicidad, pues el nombre de dominio está asociado a un sitio web, de público acceso. Como vimos, la Constitución no prohíbe el tratamiento de datos sino que más bien defiere su regulación al legislador permitiendo una interdicción sobre los datos sensibles, a partir de la jurisprudencia de esta misma Magistratura.

En este sentido, cabe tener presente que el Consejo para la Transparencia ha dispuesto la entrega de información relativa a los nombres de dominio registrados en NIC Chile con omisión de los datos personales no susceptibles de tratamiento constitucional lícito, cuestión distinta es que por la operación del motor de búsqueda *whois* se obtenga información adicional, que, en todo caso, ha sido proveída por la requirente.

IV.- Aplicación al caso concreto.

CENTÉSIMO SEXTO: En cada uno de estos casos está descrito lo pedido por cada uno de los solicitantes de información. El marco específico de esas solicitudes es una cuestión propia del juez de fondo. Lo que resulta claro en esta parte de la sentencia es que el surgimiento de los nombres de dominio opera en una plataforma o una verdadera carretera de información universal, lo que implica que el examen constitucional de este caso se realiza desde el derecho a la información. En tal sentido, la identificación de los nombres de dominio es un asunto de relevancia constitucional puesto que afecta derechos expresamente reconocidos en el ámbito constitucional como la protección de datos personales, los derechos de propiedad, la libertad de empresa y los derechos de propiedad tanto intelectual como industrial. En este tipo de cuestiones, cabe reconocer que resulta insuficiente la cautela mediante la garantía de reserva legal de los nombres de dominio que se vinculan con los derechos involucrados. Ello refuerza la exigencia de la Administración de Dominios NIC, en relación con el artículo 19, numeral 4° de la Constitución y la Ley N° 19.628, de cumplir con su deber objetivo de proteger los datos personales. Esta cuestión es clave porque



las “fuentes de acceso público”, que no requieren del consentimiento del titular de los datos, no transforma la actividad de la Universidad de Chile en una sustitución vicaria de la autorización del titular sino que le impone el deber de protección objetivo sobre los mismos. En tal sentido, hay que reconocer que el esquema opuesto de la economía de la vigilancia, la minería de datos y la masificación inadvertida del uso de Internet pone en riesgo estos efectos. Por lo mismo, ha de acentuar el alcance de las obligaciones de protección de datos, especialmente en la cautela específica de los datos derivados de fuentes de acceso público, puesto que involucra por sí mismo una ecuación de preservación de bienes jurídicos constitucionales plurales, esto es, libertad de información, acceso a la misma y protección de datos personales. En ese contexto, en línea de principio, los nombres de dominio son un dato público.

Sirvan estos argumentos para desestimar el efecto inconstitucional del artículo 19, numeral 4°, de la Constitución, particularmente, después de su reforma establecida por la Ley N° 21.096.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO, 11 LETRA C) Y 28, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN EL PROCESO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, BAJO EL ROL N° 362-2020 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. OFÍCIESE.

II. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Y ARTÍCULOS 2° LETRA I), 4°, INCISO QUINTO, 5°, 7° Y 9°, DE LA LEY N° 19.628, SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

III. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.



DISIDENCIAS

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por **acoger el requerimiento**, con excepción de la impugnación del artículo 5º, incisos primero, segundo, tercero y quinto, y artículo 7º, inciso único, oración final, ambos de la Ley Nº 19.628, por las siguientes razones:

I. LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL VOTO DE MAYORÍA Y LAS NORMAS IMPUGNADAS QUE SERÁN ACOGIDAS POR ESTE VOTO.

1º. Con la finalidad de aportar claridad respecto del resultado de un requerimiento en que se impugnan múltiples normas y cuerpos normativos, se presenta, a continuación, una tabla en la que se agrupan los preceptos según si fueron acogidas por este Tribunal en fallo de mayoría; b) rechazadas por este Tribunal, pero acogidas por este voto disidente; y c) rechazadas por unanimidad.

Normas impugnadas	Acogidas en la sentencia	Rechazadas en la sentencia, pero acogidas por este voto disidente	Rechazadas por unanimidad
Art. 28º, inc. 2º, Ley Nº 20.285	+		
Art. 5º, inc. 2º, Ley Nº 20.285	+		
Art. 10º, inc. 2º, Ley Nº 20.285	+		
Art. 11º, letra c), Ley Nº 20.285	+		
Art. 15º, Ley Nº 20.285		+	
Art.2º, letra i), Ley Nº 19.628		+	
Art. 4º, inc. 5º, Ley Nº 19.628		+	
Art. 5º, inc. 4º, Ley Nº 19.628		+	
Art. 5º, inc. 1º, 2º, 3º y 5º, Ley Nº 19.628			+





Art. 7º, inc. único, primera oración, Ley N° 19.628		+	
Art. 7º, inc. único, oración final, Ley N° 19.628			+
Art. 9º, Ley N° 19.628		+	

2º. En síntesis, a juicio del fallo, la aplicación en el caso concreto de los artículos 5º, inciso segundo; 10, inciso segundo; y 11º, letra c), de la Ley N° 20.285 contravienen el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, ya que su aplicación le da el carácter de información pública a ciertos datos por el sólo hecho de encontrarse en poder de la administración o que haber sido elaborados con presupuesto público, lo cual excede los límites que el constituyente estableció. En lo concerniente al artículo 28º, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, la argumentación del fallo que declara su inaplicabilidad se hace cargo de un tipo de problema que es diferente y en que -en pocas palabras- se constata una vulneración en el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley. Adherimos a la argumentación para acoger respecto las normas legales antes indicadas.

3º. Asimismo, concordamos que los preceptos legales unánimemente rechazados (esto es, el artículo 5º inciso primero, segundo, tercero y quinto de la Ley N° 19.628 y el artículo 7º, inciso único, oración final, de la misma ley) no tienen posibilidad alguna de ser aplicados en la gestión pendiente y, por lo mismo, no procede declarar su inaplicabilidad.

4º. En nuestra opinión, en cambio, la aplicación del resto de las normas (las rechazadas por este Tribunal, pero acogidas por este voto disidente) también produce un efecto contrario a la Constitución.

El fallo considera que se trata de disposiciones legales que no son aplicables en la gestión pendiente. Diferimos de tal apreciación. En lo concerniente al requisito consistente en que *“la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución [del] asunto”* (artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución) pueden distinguirse no dos grupos, sino tres. En efecto, del conjunto de normas impugnadas, hay algunas que tienen una incidencia directa indubitada, hay otras que pueden tener tal carácter y, por último, hay unas pocas que no tienen posibilidad alguna de recibir aplicación en la causa que se sigue ante la justicia ordinaria.

En el primer grupo podemos mencionar los artículos 5º, inciso segundo; 10º, inciso segundo de la Ley N° 20.285. En el segundo grupo compuesto por los preceptos que pueden llegar a tener aplicación decisiva en la gestión pendiente se encuentra el artículo 11º, letra c) -también acogida en el fallo de mayoría-, así como el resto de las disposiciones señaladas en la segunda columna de la tabla (matiz que marca una



diferencia con el fallo del cual disentimos parcialmente). Por último, respecto de la impugnación del artículo 5º incisos primero, segundo, tercero y quinto, y del artículo 7º, inciso único, oración final, de la Ley N° 19.628, (ver tercera columna) corresponde su rechazo por no existir plausibilidad alguna sobre la posibilidad de ser aplicadas en la gestión pendiente, como ya lo habíamos adelantado.

5º. INCONSTITUCIONALIDAD DERIVADA DEL EFECTO ACUMULATIVO DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS IMPUGNADAS. Más allá de las particularidades que pueda tener cada norma impugnada en su composición, es su aplicación conjunta en la gestión pendiente la que produce el resultado inconstitucional. En efecto, sobre la base de éstas se permite la entrega y acceso a información que en su integridad carecen del carácter de datos públicos. De no extenderse la declaración de inaplicabilidad a todos los preceptos impugnados que de manera clara o plausible pueden tener aplicación decisiva en la gestión pendiente, el remedio que se busca con dicha declaración podría ser insuficiente.

En efecto, los artículos identificados en la segunda columna, si son considerados de manera aislada y en abstracto, no vulneran la Constitución. Sin embargo, en conexión con la aplicación de los preceptos que el fallo ha declarado inaplicables, y dado el caso concreto, producen un efecto inconstitucional. Por un lado, su aplicación vulnera el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución y, por otro, en particular en lo concerniente a las normas de la Ley N° 19.628 (sobre protección de datos personales) por afectar, también, el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19, N° 4º, de la Carta Fundamental.

6º. En lo sucesivo, analizaremos, en primer lugar, el caso concreto y, luego, explicaremos el efecto inconstitucional de las normas impugnadas respecto de los datos que obran en poder de NIC Chile.

II. ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO.

7º. Don José González, en ejercicio de las normas contenidas en la Ley N° 20.285, solicitó a NIC Chile "(...) la información masiva de datos de dominios .CL, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (N°20.285), específicamente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas como administrador de NIC Chile, el listado completo de dominios registrados en *www.nic.cl*, registrados como dominio de primer nivel, activos a la fecha en formato Excel con el siguiente detalle.

Considerando esto, agradeceré informar acerca de: Nombre de dominio Fecha de creación Titular Rut Titular Tipo de persona: Natural o Jurídica Giro o actividad Correo electrónico País Calle y numero del titular Región Ciudad Comuna Teléfono del titular Fecha de expiración Servidores de nombre DNS

País emisor del documento de identificación El formato de entrega es Excel o similar.

En caso que alguno de los ítems solicitados interfiera con alguna ley de protección de datos, obviar ese tipo de dato solicitado para proceder con el requerimiento.



solicito además copia por separado, de los datos entregados a don Claudio Higuera Palma RUT 17.638.806-4 tras su solicitud del 3 de septiembre de 2018, en el mismo tenor y que ha sido amparada por el consejo para la transparencia con el ROL C4730-18.

Solicito copia de la información y/o respuesta de igual tenor anteriormente solicitada por los señores: José Díaz V. el 11 de diciembre de 2019 Andre Espínola el 12 de diciembre de 2019 Juan Pedro Maldonado Cáceres, el 13 de diciembre de 2019 Martín Cárcamos V. el 13 de diciembre de 2019 José Miguel Montalva Álvarez el 28 de noviembre de 2019 Matías Fortuño el 29 de noviembre de 2019 Juan Correa Poblete el 27 de noviembre de 2019 Gregorio Córdova el 28 y 29 de noviembre de 2019 Lorenzo Cerda P. el 17 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza, el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019" (fojas 4 y 5 del requerimiento).

La Unidad de Transparencia de la Universidad de Chile denegó el acceso a dicha información fundada en las causales de los artículos 21 numerales 1 y 2 de la Ley N° 20.285.

El solicitante de la información interpuso un amparo de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, el cual acogió parcialmente su reclamo, ordenando la entrega del "listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato Excel, sin contener ningún dato privado", (fojas 5 del requerimiento).

Contra dicha decisión del Consejo para la Transparencia, la Universidad de Chile interpone reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, aduciendo, entre otros argumentos, que la entrega de la información solicitada infringe la Constitución. Dicha reclamación constituye la gestión pendiente.

III. CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CRITERIOS PARA SU RESOLUCIÓN

8°. Desde el punto de vista de la Ley N° 19.628, la información que posee NIC Chile respecto al registro de sitios de dominio .CL son datos personales. Dicho carácter se les otorga por el hecho de contener información que permite identificar tanto a personas jurídicas como naturales por aplicación del artículo 2°, letra f), de la ley N° 19.628. En particular, constituyen datos personales la información relativa al nombre de los dominios actualmente vigentes, fecha de creación, de eliminación y



demás datos referidos a personas jurídicas, en su calidad de titulares del dominio, contacto comercial y contacto técnico; RUT, dirección comercial, correo y número registrado.

Sin embargo, el que estos datos sean personales de acuerdo a la Ley N° 19.628 no obsta a que dicha información pueda ser pública por aplicación de la Ley N° 20.285. Así lo consideró el Consejo para la Transparencia. Citando, entre otros, el artículo 5º, inciso segundo, de esta última ley, el sólo hecho de tratarse de “información elaborada con presupuesto público” o “que obre en poder de los órganos de la Administración”, transforma los datos en públicos. Bajo esta óptica, la regla general es que los datos sean susceptibles de acceso público. Hay excepciones. Una de ellas es la afectación del derecho de las personas. El mencionado Consejo la ha ponderado, considerando -en definitiva- que la información que es en principio pública debe ser entregada a quién lo solicite, con independencia de su interés.

9º. Nosotros consideramos que no se trata de información que deba, en principio y como regla general, ser pública. Ya se ha argumentado suficientemente por este Tribunal en el presente fallo, así como con ocasión de numerosos requerimientos de inaplicabilidad, respecto de la incompatibilidad del señalado inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. Lo novedoso es que, para casos como éstos, la aplicación de las normas impugnadas contenidas en la Ley N° 20.285 y en la Ley N° 19.628 (con excepción de aquellas pocas rechazadas unánimemente) también infringen el artículo 19, N° 4º, de la Carta Fundamental.

10º. Si ha de hacerse una ponderación, ésta debe partir de la base que la información sobre cuya publicidad se discute en el caso concreto es, en principio, privada. La posibilidad de acceso público opera como excepción y no como regla base. Según nuestro parecer, la aplicación conjunta de las disposiciones impugnadas genera un resultado contrario al derecho que se garantiza a toda persona a “[e]l respeto y protección de la vida privada y [...] la protección de sus datos personales”. Es labor de esta Magistratura determinar el sentido y alcance de disposiciones contenidas en el texto constitucional. Y, para tal efecto, recurriremos a algunas categorías doctrinarias que pueden iluminar si la aplicación de un conjunto de normas legales en virtud de las cuales se ordena su acceso público atenta o no contra el derecho constitucional recién mencionado.

11º. Para comenzar, hay que entender que el hecho de que un dato pueda ser público para un fin preciso no significa que su agregación, procesamiento, o maximización de su divulgación no pueda vulnerar el derecho a la privacidad de su titular. El punto a ser dilucidado estará, entonces, en determinar si la publicidad ordenada por la Ley N° 20.285 puede ser utilizada para un fin distinto al perseguido por dicha norma, umentando la accesibilidad a información y dándole un uso secundario que puede vulnerar, por tanto, el derecho a la privacidad y protección de



datos consagrada en el artículo 19, N° 4º, de la Constitución. A continuación, explicaremos los criterios recién aludidos.

12º. Siguiendo la taxonomía propuesta por el profesor Daniel J. Solove,* en este caso se advierten dos categorías de lesión a la privacidad: (1) el problema de la “**accesibilidad aumentada**” de datos públicos, y (2) el “**uso secundario**”, no autorizado, de la información entregada con un fin preciso.

13º. El problema de la “accesibilidad aumentada a la información” – aunque ésta sea pública- es que el objeto para el cual dicha información fue entregada o ‘publicada’ se distorsiona. La información, entonces, se utiliza para fines distintos a la esfera de publicidad inicial pudiendo, por ende, provocar un daño. Dice Solove que “[la] accesibilidad aumentada (...) crea problemas, como la mayor posibilidad de revelación. La información puede rápidamente ser utilizada para fines distintos a los que inicialmente se hizo accesible. [Es decir, permite su “uso secundario]. Por ejemplo, las compañías recogen información desde fuentes públicas para fines comerciales y de marketing (...)”.[†]

14º. En relación con el “uso secundario” de la información, se ha definido como “utilizar información para un propósito distinto de aquel para el cual fue obtenida, sin el consentimiento del afectado. Este puede haber asentido a entregar la información para ciertos fines, que luego un tercero emplea para otros fines. La información se podría utilizar para un fin que el titular desaprobaba o que lo descontextualizaría, generando una imagen distorsionada,” como pueden ser el uso de telemarketing, spam, u otras formas de avisaje intrusivo. Sin embargo, como señala el mismo Solove, no todo uso secundario de información es negativo, o bien éste puede ser autorizado expresamente por su titular. El daño a la privacidad se produce en realidad por “negar a las personas el control sobre el propio uso de su información, que puede ser utilizada de formas que tengan un efecto significativo en sus vidas”.[‡]

15º. La accesibilidad aumentada de datos públicos, así como su uso secundario, constituyen lesiones a la privacidad de las personas que resulta necesario tener en consideración a la hora de juzgar cuando un dato potencialmente público puede infringir un derecho, en particular, un derecho constitucional como el ya comentado.

*SOLOVE, Daniel J. (2006): “A taxonomy of privacy”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, p. 523.

† SOLOVE, Daniel J. (2008): *Understanding privacy*. Boston, Harvard University Press, p. 150.

‡ FIGUEROA, Rodolfo (2014): *Privacidad*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 162.



IV. LA APLICACIÓN CONJUNTA DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS VULNERAN EL ARTÍCULO 8º, INCISO SEGUNDO, Y EL ARTÍCULO 19º N° 4º DE LA CONSTITUCIÓN.

16º. Como se señaló anteriormente, los preceptos analizados junto con las otras normas impugnadas permiten que se entregue información que no es pública conforme al inciso segundo del artículo 8º de la Constitución. Asimismo, se produce la vulneración al derecho a la protección de los datos personales, consagrado en el artículo 19 numeral cuarto de la Carta Fundamental, ya que los datos que debe entregar el requirente pueden identificar a una persona natural de una manera transgresora de su esfera de privacidad.

17º. El acceso público del "(...) listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato Excel, sin contener ningún dato privado" no es necesario para el buen funcionamiento del sistema. Es más, la entrega global de los datos del sistema (en los términos recién citados) podría favorecer su tratamiento automatizado para fines distintos a los entregados por el titular de los mismos. La aplicación de los preceptos impugnados daría lugar a la diseminación de datos personales privados que van más allá de fines meramente informativos para poder contactar al titular del registro de un dominio ".CL". En otras palabras, se constata una accesibilidad aumentada y un uso secundario de datos que, por efecto de las normas legales ya identificadas, infringe el derecho a la privacidad y protección de datos personales del artículo 19, N° 4, de la Constitución.

18º. Sólo a modo ilustrativo, piénsese en lo que ocurriría si se solicita al Poder Judicial los datos de demandantes y demandados: su publicidad está destinada a un objeto preciso durante el proceso, pero su accesibilidad aumentada - es decir, facilitarla a un punto no previsto originalmente por el sentido de la publicidad - y uso secundario afectaría el derecho a la privacidad, y en este caso, el artículo 19, N° 4, de la Constitución.

19º. Podría, equivocadamente, llegar a sostenerse que la remisión a la ley que se hace en la segunda frase del numeral 4º del artículo 19 de la Carta Fundamental validaría resultados como los anotados previamente (*"El tratamiento y protección de estos datos [los personales] se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley"*). No puede perderse de vista que el desarrollo legal que al respecto se haga gira accesoriamente en torno a una protección esencial muy específica que la Constitución ha incorporado luego de la reforma constitucional de 16 de junio de 2018.

Por tanto, en virtud de los razonamientos de este voto parcialmente disidente, el requerimiento de inaplicabilidad ha debido acogerse en los términos indicados al inicio.



Acordada con el voto en contra del Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, quien estuvo por rechazar la inaplicabilidad del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, en virtud de las consideraciones de fondo que enseña expone:

1°) Que, la cuestión -elemental- por la que este requerimiento no puede prosperar, estriba en que el precepto constitucional invocado por la Universidad de Chile, N° 3 del artículo 19, no aplica en su favor, desde que éste tiene por destinatario a los particulares y no al Estado.

En efecto, los organismos de la Administración del Estado -como la Universidad requirente- no pueden reivindicar la titularidad sobre aquellos “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que la Carta Fundamental asegura a las personas frente al ejercicio de la soberanía por parte del mismo Estado (artículo 5°, inciso segundo). No les cabe, entonces, a los sujetos públicos, reclamar para sí un libre acceso a la Jurisdicción como vehículo para amparar sus funciones estatales, al modo en que la Constitución garantiza para proteger esos derechos esenciales (artículo 19, N° 3).

El derecho a la acción es la forma a través de la cual se lleva una pretensión, amparada en un derecho, a un tribunal de justicia. En este caso, aun cuando se remueva el obstáculo para transportar el reclamo a sede judicial, no existe un interés para impugnar, pues no hay algún derecho cuya infracción pueda ser puesta en conocimiento de un juez;

2°) Que, todavía más, conforme a los principios constitucionales de competencia y de legalidad, que rigen el actuar de las entidades estatales (artículos 6°, 7° y 65, inciso cuarto, N° 2), sólo cuando obran en defensa del patrimonio estatal que se les haya atribuido o cuando se les ha conferido expresamente una especie de legitimación en causa activa para defender en juicio ciertos derechos o intereses colectivos, pueden exigir una ecuánime aplicación del derecho al debido proceso legal, en iguales términos que a las personas reconoce la Constitución (artículo 19, N° 3).

En este último caso se encuentran el Ministerio Público (Ley N° 19.640, artículo 1°), del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública (DFL N° 7.912, de 1927, artículo 3° letra a), o el Consejo de Defensa del Estado (DFL N° 1, del Ministerio de Hacienda, de 1993, artículo 3°) o los órganos constitucionales que promueven cuestiones a esta Magistratura Constitucional, estando estos limitados a resguardar la “defensa del ejercicio de sus potestades” o el “orden jurídico vigente” (Ley N° 17.997, artículo 44, inciso primero).

Ello se debe a que los organismos del Estado no pueden ejercer derechos ni contraer obligaciones de las que sí pueden disponer las personas jurídicas de derecho privado (artículo 545 del Código Civil), toda vez que aquellos fueron excluidos de las



facultades que tienen estos, al estar su configuración relegada a lo dispuesto por leyes y reglamentos especiales (artículo 547, inciso segundo del Código Civil);

3°) Que, por ende, sin tener un derecho a la acción anterior al Estado, que el legislador no podría negar, es constitucional la Ley sobre acceso a la Información Pública (aprobada por la Ley N° 20.285), cuando su artículo 28 franquea limitadamente a los órganos de la Administración el reclamo ante las cortes de apelaciones, solo contra las resoluciones del Consejo para la Transparencia que ordenan la publicidad y desechan el secreto o reserva, que se querían justificar por alguna de las causales previstas en los numerales 2 al 5 del artículo 21, esto es por estar comprometido un derecho o un interés general pero ajeno a la Universidad requerida.

En tanto que les niega esa vía judicial cuando la resolución del Consejo les ordena proporcionar una información que habían denegado basándose en que ello afecta “el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”, al tenor de la causal contemplada en el N° 1 del citado artículo 21;

4°) Que, al no hacer justiciable esta última causal, lógicamente el legislador buscó evitar que se repitiera la experiencia tenida con la Ley N° 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado (tras la modificación hecha por la Ley N° 19.653, de 1999). En que se permitió a sus autoridades auto calificar -masiva e indiscriminadamente- como secretos o reservados todos aquellos antecedentes cuya difusión “impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido” (artículo 13, inciso 11°), de forma tal que la publicidad pasó a ser la excepción en vez de la regla general, distorsionándose así la vigencia efectiva de un principio legal básico.

Por lo demás, si la divulgación de un antecedente afecto o no el cumplimiento de las funciones de una entidad administrativa, tal vez podría revelarse una contienda entre ésta y el Consejo para la Transparencia, pero difícilmente un conflicto de relevancia jurídica susceptible de dirimir por los tribunales del Poder Judicial;

5°) Que, por lo mismo, el hecho que el inciso segundo del artículo 28, impugnado, niegue a los órganos administrativos la posibilidad de reclamar judicialmente en caso de que el Consejo para la Transparencia desestime su negativa de información basados en la causal del N° 1 del artículo 21, se adecúa el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, merced al cual “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En efecto, si bien la Universidad de Chile es una institución autónoma con personalidad jurídica de derecho público, forma parte -por ello- de la propia Administración del Estado, no pudiendo entonces apelar a una disposición constitucional que busca beneficiar y no dejar a los particulares en la indefensión, al



reiterar que los tribunales del Poder Judicial poseen jurisdicción en toda clase de asuntos contencioso administrativos;

6°) Que, en todo caso, al acogerse el presente requerimiento, entablado respecto a la totalidad del inciso segundo del citado artículo 28, en nada beneficiará a la Universidad de Chile, dado que tal inaplicabilidad, por sí sola, no le confiere automáticamente la acción procesal que pretende deducir.

Sin perjuicio de lo anterior, la causal de secreto o reserva referida en el N° 1 del artículo 21 examinado, que permite denegar una información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”, es evidente que tensiona sendos principios aplicables a la Administración, según la Ley N° 18.575: de una parte la “eficacia y eficiencia” con que deben operar sus entidades y servicios; de otra, la “probidad y transparencia” que deben informar su acción (artículo 3°, inciso segundo, en relación con el artículo 53, oración final).

En la especie, la eficacia y eficiencia son esgrimidas por la Universidad de Chile, en tanto que el Consejo para la Transparencia propugna la probidad y transparencia, cada uno inclinado a satisfacer sus específicos cometidos legales. No siendo razonable que uno de esos dos servicios interesados, el Consejo para la Transparencia, sea quien dirima tal eventual colisión, con ausencia de todo control externo (lo que contraría otro principio recogido en esa Ley N° 18.575 y en la propia Ley sobre acceso a la Información Pública, artículo 11, letra i), entonces procede concluir que en estos casos corresponde a la Contraloría General de la República interponer sus facultades de fiscalización, al tenor del artículo 43, inciso quinto, de la ley citada, en los términos como aprobara esta norma el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1051-08 (considerando 34° y parte resolutive tercera).

Acordada la sentencia con el voto disidente del Ministro SEÑOR IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, quien fue del parecer de acoger el requerimiento deducido contra los preceptos impugnados de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, en virtud de sus propios fundamentos y tendiendo en consideración, además, lo siguiente:

1°) Que es un hecho no discutido que, en el caso sub judice, la Universidad de Chile negó el acceso a la información solicitada por un tercero aduciendo la imposibilidad que le impone el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia. Esto es, por afectar dicha petición la vida privada y los derechos comerciales y económicos de los usuarios del registro de dominios .CL que esa casa de estudios superiores administra.

A falta de precisión legal respecto a los casos en que la publicidad solicitada por un tercero “afecte los derechos de las personas”, según reza el citado artículo 21,



Nº 2, cabe entender que ello se produce cuando se los puede “menoscabar, perjudicar, o influir desfavorablemente”, al tenor del Diccionario de la Real Academia Española.

La sola “amenaza” por acto u omisión, aunque el perjuicio no se haya consumado, basta como indicio de un mal inminente y grave y para dar por configurada una afectación al derecho de que se trata;

2º) Que tampoco se discute, en la especie, que las personas cuyos datos figuran en el registro señalado, estén ejerciendo en su virtud sendos derechos constitucionales, desde que tales datos constituyen bienes que son la fuente o el resultado de un quehacer plenamente legitimado.

Siendo muy distinta la situación del tercero que desea acceder a la información en este caso, quien no ha transparentado porqué desea hacerse con ella. El que el artículo 11, letra d), de la Ley de Transparencia diga que toda persona tiene derecho a pedir información y que la Administración tiene la obligación correlativa de brindársela “sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud”, lo es únicamente para el evento de un acto o resolución que le concierna, como destinatario individual o general, y a cuya respecto posee algún interés legítimo, personal o colectivo, en los términos del artículo 19, Nº 14, de la Constitución y de los artículos 16 y 21 de la Ley Nº 19.880 sobre procedimientos administrativos;

3º) Que, puede presumirse que -con los antecedentes recabados de las personas naturales y jurídicas inscritas en el susodicho registro- ese tercero petionario obra a los efectos de efectuar a posteriori un “tratamiento de datos personales”, al amparo del artículo 19, Nº 4, de la Constitución y de los artículos 2º, letra o), y 9º de la Ley Nº 19.628.

Mas, invocado ampliamente esta ley en su resolución Nº C843-20 (considerando 9º), el Consejo de Transparencia no ha encontrado en ella los mecanismos que le permitan cerciorarse que dicho tratamiento se haga solo “para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico”, conforme prevé el artículo 1º, inciso segundo, de esta Ley Nº 19.628;

4º) Que no conjura el peligro descrito la circunstancia que la Universidad de Chile no haya citado a oponerse a las personas registradas, por lo que, al no haber manifestado su rechazo, se entendería que accedieron a la publicidad de sus antecedentes, conforme el silencio positivo que contempla el artículo 20, inciso final, de la Ley de Transparencia.

Sin embargo, el hecho que la Universidad de Chile posea directamente e inmediatamente un rol tutelar de los derechos involucrados, por mandato de su estatuto orgánico y del reglamento respectivo, en consonancia con el deber de resguardo de los derechos que a los órganos competentes les asigna el artículo 5º, inciso segundo, constitucional, unido a la circunstancia de que el petionario de información no daba cuenta de las finalidades que lo animaban, descartando cualquier intención de fisgar o propósito intrusivo, todo ello -a un tiempo- pudo



estimular al Consejo para la Transparencia a promover el conocimiento de su propio procedimiento administrativo, convocando ante él a los titulares de los dominios inscritos, merced a lo prescrito en los artículos 10, inciso cuarto, 16 y 39 de la Ley N° 19.880.

Al aplicarse, por ende, los preceptos de la Ley N° 19.628 de una manera que amagan los derechos invocados, y no de una forma que redundara en su protección, debieron declararse contrarios a la Carta Fundamental, por afectar la garantía que los envuelve y ampara reconocida en el artículo 19, N° 4, de la Carta Fundamental.

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, y la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO estuvieron por rechazar la impugnación relativa a los artículos 5°; inciso segundo, 10, inciso segundo; 11, letra c); y 15 de la Ley N° 20.285, por las siguientes consideraciones:

I. Sobre la gestión pendiente y el carácter decisivo de los preceptos impugnados

1º. Con fecha 10 de enero de 2020, don José González solicitó a la Universidad de Chile la siguiente información:

“Solicito a la Universidad de Chile, la información masiva de datos de dominios .CL, en el marco de la Ley de Acceso a la Información Pública (N°20.285), específicamente a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas como administrador de NIC Chile, el listado completo de dominios registrados en www.nic.cl, registrados como dominio de primer nivel, activos a la fecha en formato Excel con el siguiente detalle. Considerando esto, agradeceré informar acerca de: Nombre de dominio Fecha de creación Titular Rut Titular Tipo de persona: Natural o Jurídica Giro o actividad Correo electrónico País Calle y numero del titular Región Ciudad Comuna Teléfono del titular Fecha de expiración Servidores de nombre DNS País emisor del documento de identificación El formato de entrega es Excel o similar. En caso que alguno de los ítems solicitados interfiera con alguna ley de protección de datos, obviar ese tipo de dato solicitado para proceder con el requerimiento.

solicito además copia por separado, de los datos entregados a don Claudio Higuera Palma RUT 17.638.806-4 tras su solicitud del 3 de septiembre de 2018, en el mismo tenor y que ha sido amparada por el consejo para la transparencia con el ROL C4730- 18.

Solicito copia de la información y/o respuesta de igual tenor anteriormente solicitada por los señores: José Díaz V. el 11 de diciembre de 2019 Andre Espínola el 12 de diciembre de 2019 Juan Pedro Maldonado Cáceres, el 13 de diciembre de 2019 Martín Cárcamos V. el 13 de diciembre de 2019 José Miguel Montalva Álvarez el 28 de noviembre de 2019 Matías Fortuño el 29 de noviembre de 2019 Juan Correa Poblete el 27 de noviembre de 2019 Gregorio Córdova el 28 y 29 de noviembre de 2019 Lorenzo Cerda P. el 17 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5



de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019 Juan Carrasco Sanhueza, el 27 de noviembre de 2019 David Pérez, el 5 de diciembre de 2019 Eduardo Lavado, el 5 de diciembre de 2019 Alex Morales, el 5 de diciembre de 2019 Patricio Benavides, el 5 de diciembre de 2019 Marcelo Acuña, el 5 de diciembre de 2019 Ricardo Valenzuela, el 5 de diciembre de 2019 Jericó Gaete, el 5 de diciembre de 2019 Juan Gatica, el 5 de diciembre de 2019 José Manuel Díaz, el 11 de diciembre de 2019” (fs. 4 y 5 del requerimiento).

La Universidad entregó “copia de las respuestas dadas a anteriores requirentes, según el listado manifestado en su solicitud de información, pero [denegó] la entrega del listado de nombres de dominio registrados en NIC Chile y los datos personales de sus titulares, en virtud de las causales establecidas en el artículo 21 N°2 y N°1 de la Ley N°20.285, así como el listado de dominios de primer nivel y las oposiciones de terceros a la entrega de información, por corresponder a antecedentes que no obraban en poder de la Universidad” (fs. 5 del requerimiento).

El solicitante de información dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del requirente, el cual fue acogido parcialmente por el Consejo para la Transparencia, con fecha 9 de junio de 2020, en causa rol C843-20, ordenando a la Universidad de Chile a entregar al reclamante “un listado o directorio con todos los dominios comprados a través del portal nic.cl, en formato excel, sin contener ningún dato privado”.

Contra dicha resolución del Consejo para la Transparencia, la requirente dedujo reclamo de ilegalidad.

2º. Respecto de la impugnación de los artículos 5º, inciso segundo; 10, inciso segundo; 11, letra c) y 15 de la Ley N° 20.285, la cuestión constitucional que debe dilucidar esta Magistratura es la interpretación del artículo 8º de la Constitución, y cómo esta interpretación es compatible con los preceptos impugnados.

La requirente plantea que la aplicación de los referidos preceptos legales es contraria al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, toda vez que la información requerida no queda incluida, de modo alguno, en los términos establecidos por la Constitución. Por ello, la divulgación de aquella información excede el ámbito de publicidad consagrado en el inciso segundo del artículo 8º constitucional. Añade que el listado no está permanentemente a disposición del público, pues su publicidad es parcial y transitoria, solo para efectos de la administración del registro de nombres .CL y la protección de derechos de terceros. Además, el listado no es información elaborada con presupuesto público, ya que el registro se financia a través del pago de un arancel por parte de los titulares.

II. Los principios no son reglas de interpretación restrictiva, salvo que se les desconozca su condición de tales

3º. Dos cuestiones han estado en el centro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Primero, si la Constitución consagra o no un principio de publicidad. Y, segundo, el alcance del mismo.



4°. La noción de principio está en juego, puesto que, como ha sostenido nuestra jurisprudencia, el artículo 8° constitucional “tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza.” (STC Rol N° 1.990, considerando 19°).

5°. La ausencia de la voz “principio” en la Constitución no debería eludir que ello sea resorte de interpretación como lo indica el propio Tribunal. Lo anterior es de recibo, porque la Constitución denomina principio a pocas cuestiones: la probidad (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución), los principios básicos del régimen democrático y constitucional (para la defensa del pluralismo político en el artículo 19, numeral 15°, de la Constitución), los principios de carácter técnico y profesional en que se funda la carrera funcionaria en la Administración Pública (artículo 38 de la Constitución) y el principio del desarrollo territorial y armónico con que se debe organizar el gobierno y administración interior del Estado (artículo 115 de la Constitución), y nada más. Estos principios son los únicos que la Constitución indica en forma expresa, pero no es posible entender que sean los únicos que formen parte de nuestro ordenamiento.

6°. Tal afirmación es reiterativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Sólo en la revisión de un puñado de las últimas sentencias es posible advertir que la jurisprudencia constitucional recurre permanentemente a los principios. Sólo a título ejemplar: al principio de separación de poderes (STC roles N°s 2865 y 2866 en el considerando 15°, 2868, considerando 6°, y 2805, considerando 19°); principio de igualdad ante la ley (STC roles N°s 2805, considerando 20°, y 2673, considerando 15°); principio de protección a la maternidad (STC Rol N° 2796, considerando 6°); principios del bien común y servicialidad del Estado (STC roles N°s 2693, considerando 7°, y 2793, considerando 19°); principio de legalidad (STC roles N°s 2671, considerando 17°, 2834, considerando 27°, 2694, considerando 14°, y 2722, considerando 14°); principio de legalidad del gasto (STC roles N°s 2868, considerando 14°, y 2744, considerando 6°); principio de independencia de la función parlamentaria (STC Rol N° 2868, considerando 7°); principio de igualdad (STC Rol N° 2694, considerando 3°); principio de certeza y seguridad jurídica (STC Rol N° 2694, considerando 18°); principio de autonomía financiera del Congreso Nacional (STC Rol N° 2868); principios de culpabilidad penal, de tipicidad y de legalidad penal (STC Rol N° 2722); principio del debido proceso (STC Rol N° 2722, considerando 5°); principio del justo y racional procedimiento (STC Rol N° 2722, considerando 6°); principio de presunción de inocencia (STC Rol N° 2799, considerando 17°); principio de razonabilidad (STC Rol N° 2798, considerando 27°); principio de proporcionalidad (STC roles N°s 2671, considerando 23°, y 2798, considerando 27°); principio de juridicidad (STC Rol N° 2798, considerando 3°). En este brevísimo recuento no hay



referencias a los principios de dignidad humana, de libertad, de primacía de la persona humana, de igualdad de oportunidades, de participación o de integración social, por sólo indicar los referidos al artículo 1° de la Constitución. No haremos la distinción aquí entre valores (como igualdad, libertad o dignidad) y los principios, por cuanto desde el punto de vista normativo los valores operan como principios. En fin, interpretativamente no somos nada sin los principios, puesto que en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales.

7º. Resuelto interpretativamente el correcto uso del principio de publicidad, cabe verificar su alcance. Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. *“Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) Toda norma es o bien una regla o un principio.”* [Robert Alexy (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87].

8º. El artículo 8° de la Constitución Política de la República establece un principio de publicidad y, como tal, es el mínimo a partir del cual se admite desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y NO es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo. Por tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En este sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos. Por tanto, la alegación del requirente respecto de que los artículos 5° y 10 de la Ley N° 20.285 infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por “ir más allá” del texto constitucional, es incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución sino que la contradice materialmente.



En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado.

III. La reserva de la información invocada es un asunto de legalidad

9°. Tal como se resolvió en STC Rol N° 2505, “la dicotomía información pública/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece, aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas.” (C. 26°). En tal sentido, será competencia de la Corte de Apelaciones de Santiago determinar si en los hechos la revelación de la información solicitada afecta o no los derechos de terceros.

10°. Sin perjuicio de lo anterior, puede estimarse que los nombres de dominio son datos públicos, por variadas razones. En primer lugar, los nombres de dominio son la identificación de un sitio web. En segundo término, el sitio web funciona en un régimen de visibilidad, es más, requiere de publicidad para efectos de darse a conocer y atraer a los usuarios de internet. En tercer lugar, el sistema de nombres de dominio funciona con un protocolo denominado “whois”, que permite identificar quien es el titular de un dominio de internet, para efectos de solucionar problemas técnicos o precaver eventuales afectaciones a derechos de terceros. En cuarto lugar, el registro de los nombres de dominios puede incidir en derechos de terceros, quienes requieren de la publicidad de los mismos para hacer valer sus derechos. En quinto lugar, NIC Chile publica los nombres de dominio inscritos en los últimos 30 días y, por tanto, teóricamente, la lista de todos los dominios inscritos en el Registro de NIC Chile podría obtenerse sobre la base de la acumulación de la información parcial publicada por la requirente de inaplicabilidad.

11°. En un sentido similar, la Corte Suprema ha resuelto que los nombres de dominio son “públicos por su propia naturaleza, y son accesibles a través de los mecanismos dispuestos por la propia Universidad requerida. / En efecto, una extensión o dominio de internet es un nombre único que identifica un sitio web, siendo su propósito principal traducir las direcciones IP de cada activo en la red a términos memorizables y fáciles de encontrar. En este sentido, cualquier usuario puede saber qué extensión “.cl” se encuentra o no registrada ante NIC Chile, mediante el simple ejercicio de ingresar su dirección en el motor de búsqueda dispuesta por la propia institución, o en cualquiera de los tantos otros mecanismos dispuestos en la web” (c. 11°), agregando que “cada dominio registrado (hecho que no es secreto o reservado, como quedó asentado) permite que cualquier persona acceda a la información básica del titular del registro (...) nuevamente a través de las herramientas que provee el propio centro NIC Chile, entre otros, entidad que necesariamente ha sido quien ha nutrido al protocolo “WHOIS” de la información que, ahora, alega como sensible y apta para vulnerar los derechos comerciales y



económicos de terceros; consecuencia que, por lo demás, aparece a lo menos como difusa” (Sentencia de 25 de octubre de 2019, rol 12.793-2019, c. 12º).

IV. No es necesario acreditar un interés público para obtener información pública

12º. La Ley N° 20.285 expresamente establece que el ejercicio del derecho al acceso a la información no está subordinado a la justificación de un interés en particular para obtener la información solicitada. Ello, de conformidad con el principio de la no discriminación consagrado en la letra g) del artículo 11 de la Ley N° 20.285, el cual dispone que “los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud” (el subrayado es nuestro).

13º. La no necesidad de acreditar un interés público para obtener información pública no es sino aplicación del artículo 8º de la Constitución, que establece como regla general la publicidad de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, salvo las excepciones señaladas en el mismo precepto. En un Estado Democrático, como lo señaló Bobbio, “la publicidad es la regla, el secreto es la excepción” (citado en Contreras V, Pablo. (2010). TRANSPARENCIA Y LEYES SECRETAS EN CHILE. Estudios constitucionales, 8(2), 87-124).

14º. En el mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señaló que la información solicitada “debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción” (Caso Claude y otros Vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006, párr. 77).

15º. En este orden de ideas, cabe citar la Ley Fundamental de la Libertad de Prensa de Suecia, de 1949. Esta Ley Fundamental regula el ejercicio del derecho a la libertad de prensa, que comprende el libre intercambio de opiniones, la información libre y completa y la libre creación artística (artículo 1 del capítulo 1). En su capítulo 2, reglamenta en forma detallada la publicidad de los documentos oficiales. Conforme a su artículo 1, la publicidad de los documentos oficiales materializa el ejercicio de la libertad de prensa. El artículo 2 establece como regla general su publicidad y enumera las causales que autorizan la restricción a la publicidad.

Frente a una solicitud de acceso a un documento público, la autoridad está obligada a proporcionarlo, salvo que se trata de un documento que no es público o que concurra una causal de reserva, con arreglo a las disposiciones de la Ley Fundamental de Prensa. En este ámbito, el artículo 18 del capítulo 2 de la citada Ley Fundamental establece una doble prohibición a la autoridad pública ante una solicitud de acceso a un documento público, a objeto de garantizar, efectivamente, el acceso a la información pública. Por una parte, en relación con el solicitante, la autoridad no podrá indagar sobre su identidad y, por otra, en relación con los



propósitos que motivan la solicitud, no podrá exigir su explicitación “más allá de lo necesario para permitir a la autoridad evaluar si existe un obstáculo para la divulgación del documento”. En tal sentido, la doble prohibición anotada impide la intimidación, así como la censura previa.

16°. Cuando lo que está en juego tiene que ver con la determinación del alcance del régimen de publicidad, el solicitante originario de información no puede estar sujeto a una identificación previa de un interés público que justifique la solicitud. Una exigencia de tal naturaleza convertiría el régimen de publicidad en uno susceptible de censura previa afectando el sentido objetivo de la información. Más allá de si en definitiva la información es pública o reservada, el necesario sostenimiento de un interés público transformaría al Consejo para la Transparencia en un organismo censor incompatible con la función pública que desempeña en democracia.

17°. Lo anterior es sin perjuicio de que, una vez planteada una solicitud de información, en el caso que la publicidad de la misma afecte derechos de terceros, sea procedente efectuar un test de interés público, que es el instrumento empleado por el Consejo para la Transparencia para ponderar entre el interés público en la divulgación de la información y el interés privado de los terceros cuyos derechos resultarían afectados con la publicidad.

18°. En síntesis, sirvan estas razones para desestimar el presente requerimiento, respecto de la impugnación de los artículos 5°, inciso segundo; 10, inciso segundo; 11, letra c) y 15 de la Ley N° 20.285.

PREVENCIONES

Se previene que el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González concurre a la disidencia respecto al rechazo de la impugnación relativa al artículo 11° letra c), de la Ley 20.285, compartiendo sus fundamentos en este punto.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a acoger el presente requerimiento, sosteniendo que en el caso concreto se vulneran las normas de protección de datos personales del numeral 4° del artículo 19 de la Constitución, teniendo presente únicamente las siguientes consideraciones:

1°. El 18 de junio de 2018 es publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.096, sobre reforma constitucional, que por fin introduce de manera explícita en el constitucionalismo chileno el derecho de protección de datos personales. Esta ley solo lo explicitará sin dar definiciones ni elementos de contorno o contenido, señalando además una reserva de ley en lo relativo a los datos, en cuanto a su “tratamiento” y a su “protección”. Antes de dicha reforma constitucional, el derecho a la protección de datos ya era entendido en función de los derechos fundamentales referidos a la protección de la intimidad, en tanto parte de su contenido, siendo definido como “el



conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos, especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automático de datos” (NOGUEIRA, H, Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparada, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 451).

2°. Por su parte, este tribunal, en la sentencia Rol N° 1894, de 12 de julio de 2011, declaró la inconstitucionalidad de la creación de registros de usuarios en los cybercafés, asociados al examen policial de su historial de navegación web de cada usuario, señalando que “el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada, copia auténtica de respaldo” (cons. 15°), reprochando además en el mismo considerando que las medidas de resguardo de los datos nos establecían en la ley sino que entregaba la materia a la dictación de un reglamento.

3°. A su vez, en la moción que origina la reforma constitucional, presentada por un grupo de senadores, se señala que “La protección de los datos personales, por consiguiente, es una derivación del derecho a la intimidad, debiendo ser reconocido entonces este derecho como un derecho de tercera generación”, lo cual llama a constatar una incongruencia conceptual, acerca de si ya era parte del contenido esencial del derecho a la intimidad o bien es un derecho nuevo de tercera generación. Felizmente a la hora de examinar el texto, aparece ligado a la protección de la intimidad, la vida privada y la honra de la persona y su familia, ya que fue incorporado al numeral 4° del artículo 19 de la Constitución.

4°. El paso del derecho implícito a la protección de datos personales a su consagración como derecho explicitado implica que su dimensión formal de derecho fundamental es ahora innegable, pues da plena certeza jurídica acerca de su existencia. La consagración formal del derecho en comento se traduce en tener ahora como fuente normativa directa al texto de la constitución y entenderlo como uno de aquellos derechos subjetivos reconocidos como tales en una norma jurídica de carácter fundamental, recogidos como una categoría jurídica con una posición de superioridad en el sistema de fuentes, es decir, con todos los elementos precisados para la conceptualización formal de derecho fundamental (ver PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990, Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Editorial Debate, pp. 15- 17).

5°. El derecho de protección de datos personales en clave iusfundamental conlleva necesariamente concebirlo como:

- un derecho subjetivo, de exclusiva titularidad y disposición individual, entendida como una esfera de disposición personal
- como una libertad de consentimiento en recopilación y uso de datos propios por terceros, que no por ello dejan de ser propios del titular
- como un derecho de libre disposición acerca de mis datos y su uso, que a pesar de haber sido entregados y afectados a un fin, ello sigue siendo disponible por



el titular de los mismos, que puede modificar o dejar sin efecto todo tipo de autorizaciones.

6°. El concebirlo en clave de libertad conlleva a derivar a la denominada “autodeterminación informativa”, pues es una libertad individual referida a datos que en su conjunto constituyen información de la persona, sus opciones, hábitos, vida privada, opciones, gustos, desaveniencias, etc. La protección de los datos se referirá a la obtención y al tratamiento, entendidos como objetos precisos. Así, en la órbita de la autodeterminación, la función u objetivo para el cual se entregan los datos constituye en sí mismo un límite a su tratamiento, pues si se usan para otro objetivo se verá que el mismo no fue consentido

7°. De tal forma, dentro de los pilares de este derecho, se pueden mencionar, prima facie, dos cuestiones esenciales:

- se requiere el consentimiento libre e inequívoco del afectado como condición de licitud de las actividades de captación y utilización de datos personales por terceros,

- Como mecanismo secundario de obtención de los mismos, la ley puede autorizar la recopilación y uso de datos expresamente, bien de forma general, o de manera específica, en ciertos casos y formas, dentro del marco constitucional del derecho y su reserva de ley, siendo legítimo sólo dentro de los supuestos de la respectiva ley habilitante, que estará sujeta a control de constitucionalidad (er en este sentido, PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2007) Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política, ISSN-e 1699-8154, N°. 5, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2372611.pdf>, consultado el 10 de diciembre de 2021)

8°. Debe tenerse presente que los datos siguen siendo de titularidad de la persona y no pasan a ser “propiedad” del recopilador y/o tratante, que no podrá, gozar ni disponer entonces de ellos a su arbitrio. En efecto, el consentimiento para recopilar y tratar los datos será un acto individual, un acto jurídico de autorización que estará sujeto a un determinado consenso, respecto a qué datos serán objeto del mismo, para qué y por cuanto tiempo, y en el caso de órganos estatales será una potestad específica, entregada por ley, reglada, delimitada y con una finalidad específica. En el “para qué” aparecerá la funcionalidad y objetivo, que ha de ser entendido como una modalidad de dicho acto jurídico, que además será esencial, pues de no pactarse, el uso de los datos podría ser ilimitado, lo que significa hacer desaparecer la protección respecto del tratamiento de los mismos. Además, los datos fueron entregados en el entendido de su uso para un fin específico, que, de ser otro, probablemente no habría sido consentido y que en el caso de los órganos del Estado determina la licitud o ilicitud de la obtención y tratamiento

9°. De esta forma, el consentimiento debe ser libre y específico, y la finalidad del uso de los datos es un elemento de esencia del acuerdo para autorizar obtención y tratamiento, lo cual incluye el derecho al conocimiento pleno de las consecuencias de la recopilación y tratamiento de los datos. Además, de esta forma la autorización debe ser probada por el recopilador y/o tratador en caso de conflicto, pues él la invocará para legitimar su actividad. A su vez, en el caso de órganos



estatales, el examen del fin, medios, casos y formas de la obtención y tratamiento cumplirá la misma función.

10°. Dentro del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales podemos señalar que se encuentran:

- Ser informado oportuna y expresamente acerca de la actividad de recopilación de datos, lo que significa enterarse directamente antes de realizar una determinada conducta que ello implicaría recopilación de datos (por ejemplo, la descarga de un software o app, el solicitar una hora de atención en un centro médico, el realizar una compra en una tienda web, etc.). Además del derecho de saber, es esencial que ese conocimiento sea oportuno, pues su finalidad es que la persona puede determinar por sí y solo con su voluntad si consiente o no en entregar sus datos, por lo cual si el conocimiento es tardío es en realidad una forma de burlar su exigencia, ya que los datos fueron obtenidos ex ante y se informa después

- Saber acerca la existencia de fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales. En efecto, al entregar los datos ello siempre es para una finalidad, y si el recopilador declara que nos usará, entonces tampoco será incausado el hecho de recopilar, pues su finalidad será solo el almacenamiento, lo que implica entregar datos sin saber para qué, ya que una vez almacenados el recopilador se reservará a futuro el poder decidir en qué los usará, lo cuál es en sí misma la peor situación de desprotección imaginable frente al uso de los datos, que es desconocido y por ende incontrolable. En este sentido es que emerge la necesidad de que expresión específica de la finalidad del tratamiento de los datos sea requisito de esencia en el consentimiento para su entrega;

- El derecho de acceder a esas fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales. Como los datos siguen siendo de titularidad de la persona que los entregó y no propiedad del recopilador, el contenido de ficheros, motores, perfiles y otros medios de tratamiento ha de ser accesible, pues dueño de ellos es propietario del continente (servidor, planilla Excel, base acces u otros), más no de su contenido (los datos personales de otros que procesó). Este derecho cumple la función de permitir que el titular de los datos compruebe cuál es la información personal suya que se encuentra indexada o procesada por otros, a efectos de verificar su veracidad o si es o no más de lo que permitió recopilar, a la vez de servir como elemento de juicio para determinar si sigue consintiendo en la obtención de datos o si, por otra parte, exige su eliminación de la base respectiva, sin perjuicio de lo que a continuación se señalará.

- El derecho subjetivo de rectificación de datos inexactos en dichas bases o medios de procesamiento, pues si el recopilador y tratador es un gestor de información ajena, la disposición de la información no le es propia, sino del titular de los datos. Así, si los datos en su conjunto terminan conformando un “perfil” o “identidad” o “imagen” o una expresión e diferentes elementos de identidad, son una



expresión de los caracteres de las personas, proyectados y determinados por terceros (los tratadores de datos), pero en una esfera que es de disposición de la persona y no del tratador de datos. Así, de haber información inexacta o derechamente falsa, el titular de los datos no tiene por qué soportar tal carga ni menos las consecuencias derivadas.

- Por otro lado, la dimensión de libertad y de disposición de la autodeterminación informativa derivan en que el titular de los datos conserva siempre el derecho de reclamar el borrado y eliminación de toda base o medio de tratamiento de todos aquellos datos que no deban ser tratados, que desista de haber entregado o también de aquellos que hayan sobrevinidamente devenido en inexactos o inoportunos con respecto a los motivos, opciones o voluntad que motivaron su entrega. Este derecho es de ejercicio incausado, pues el consentimiento fue un acto libre, motivo por el cual podrá ser retirado en cualquier momento, sin expresión de causa, lo que llama a cuestionar cláusulas abiertas o de duración indefinidas para la obtención de datos.

- El derecho de reclamación ante el tratador de datos, junto con el establecimiento de garantías del mismo para que no sea denegado y para que sea eficaz en función de lo contemplado en los numerales anteriores.

- El derecho a no ser discriminado y a no sufrir perjuicios por la entrega y tratamiento de datos propios, cuestión que llama a reflexionar y examinar ello a la luz del uso de “perfiles” de tratamiento de datos para la toma de decisiones.

- Nada de lo señalado anteriormente podrá ser eficaz ni menos útil si no se le dota de garantías jurisdiccionales, siendo aconsejable además alguna de procedimiento administrativo breve y eficaz.

11°. Adicionalmente a lo ya señalado sobre órganos estatales recopilando y tratando mediante la autorización por ley, parte de la problemática es que la autoridad pública requiere de datos específicos para justificar decisiones de política pública, que si no están certeramente justificadas pueden significar despilfarro de ingentes recursos públicos y/o falta de servicio. de igual forma, en el mundo que vivimos hoy. En estos casos, la recopilación y tratamiento de datos pasa a ser una atribución o potestad de entes estatales en el estricto sentido del derecho Público, o bien pasa a ser ejecutada por privados autorizados tasada, calificada y limitadamente por el Estado, por lo cual, como toda atribución del poder público en un Estado de Derecho, estará afecta a reserva de ley, que tiene entonces dos caras: la de derechos fundamentales y la de potestades públicas. En este orden, esta autorización es una limitación de derechos fundamentales, por lo cual ha de ser establecida por ley, en función de la reserva general legislativa de regulación de derechos fundamentales emanada de los artículos 19, N° 26°, 63, N° 20, y 64 de la Constitución Política, además de la reserva especial establecida por la Ley N° 21.096 de reforma constitucional.

12°. Así, la reserva de ley emerge de manera lógica y necesaria, como una obvia derivación, pues si la autodeterminación informativa y los datos personales son un derecho subjetivo, fundamental y conceptuado en clave de libertad y de titularidad



de datos propios, no debe olvidarse que desde una óptica ideológicamente liberal, la función de la reserva de ley se refiere a la garantía legislativa de los derechos de los gobernados, a partir de los conceptos de libertad y propiedad, para posteriormente extenderse al conjunto de derechos fundamentales que hoy conocemos. Además, dicha limitación ha de ser per se específica y determinada, pues si es abierta la protección desaparece y el contenido esencial del derecho no es reconocible, debiendo tenerse que estas reservas de ley están afectas al límite de la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos.

13°. Por si ello no bastare, la reforma de la Ley N° 21.096 agregó una reserva de ley específica sobre tratamiento de datos personales, señalando que el vector regulatorio es proteger los datos y que su tratamiento ha de estar sujeto a condiciones y formalidades, que deberán ser establecidos por el mismo legislador. Las dos reservas de ley señaladas, la general y la específica, conllevan que pueda resultar llegar a ser inconstitucional por forma la regulación del tratamiento y obtención de datos personales que se contenga en normas de rango infralegal y que además pueda ser inconstitucional por fondo toda otra norma que no siga los vectores de protección, formalidad y condicionamiento en el tratamiento de la información ya obtenida.

14°. Así, es el legislador quién debe establecer clara y específicamente:

- Qué entidad específica será la autorizada para la recopilación de los datos
- Qué entidad será la encargada de procesarlos
- Cuál será la finalidad específica del tratamiento de los mismos, determinando idealmente además prohibiciones explícitas a modo de refuerzo y para fines de comprensión
- Cuáles son los resguardos o garantías de los titulares de datos frente al tratamiento, para que no sean perfilados, discriminados ni socialmente castigados por los caracteres, preferencias u opciones que saltan a la vista al ser identificados como titulares de datos específicos.

15°. Además, en general las leyes que se refieran a autorización de recopilación y tratamiento de datos estarán sujetas al análisis particular de toda limitación a derechos. Así, no bastará solamente que se encuentre y se invoque la autorización por ley para obtener y tratar datos, sino que ello debe ser debida y específicamente delimitado en cuanto a qué se puede obtener, cómo y para qué se tratará, determinando además garantías de acceso por el titular de los datos y garantías jurisdiccionales de los mismos. De igual forma, la capacidad regulatoria del legislador en esta materia no es amplia en cuanto a la finalidad de la ley que se dicte, pues lo que se regulará es el “tratamiento” y la “protección”, que viene a constituir un vector normativo y estándar de regulación, siendo sospechosa de inconstitucionalidad la norma que determine protección insuficiente o la que permita tratar datos sin motivo no finalidad específica, pues el motivo delimitará el campo, modo y finalidad del trato.

16°. Adicionalmente, la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que a sus 22 años de vigencia, más allá de su presuntoso nombre y aspiración de universalidad regulatoria, no es tanto más que una ley sectorial referida al desarrollo del negocio de bases de datos comerciales públicas -con algunas definiciones



generales- que lo que hace es delimitar las condiciones y modalidades para divulgar datos comerciales de las personas y venderlos, lo cual por cierto es muy diferente al vector normativo de “protección” de los datos personales que se establece en la Constitución. En dicha ley se define lo que es almacenamiento, base, banco, tratamiento, titular, bloqueo y transmisión de datos, clasificándolos con diversos adjetivos, en función de si son o no personales, sensibles, vigentes, caducos, comerciales, regulando la autorización de recopilación y tratamiento.

17°. Además, la aludida ley establece que en materia de transparencia activa (información a disposición del público en webs institucionales estatales) *“No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”* (art .7 letra i), lo cual parece un mecanismo de garantía, pero que como tal resulta insuficiente.

18°. A su vez, como ya se señalara, la ley 20.285 proclama nominalmente la protección de datos, pero en un contradictorio rol con el principio de la máxima divulgación de información, buscando un quimérico equilibrio mediante la oposición al acceso a información, que resulta comprendida como una garantía parcial e incompleta. En efecto, en América Latina, la evolución legislativa e institucional de los últimos 20 años conlleva el consagramiento y desarrollo del principio de transparencia y acceso a información en poder de órganos del Estado y, en esta perspectiva, la “casa de vidrio” y el acceso a información significan -para bien- el término de espacios de oscurantismo y opacidad, en los cuales cualquier acto de corrupción o desviación de poder podían ocurrir, sin que fuera siquiera conocida ni menos fiscalizada su ocurrencia.

19°. Así, acceso a información y transparencia significarán garantía de probidad y ausencia de corrupción en el inconsciente colectivo latinoamericano, deviniendo en una verdadera fórmula matemática que pocos se atreven a escribir o confesar: a mayor “avance” en transparencia, mayor garantía de probidad y mayor ausencia de corrupción, y, a contrario sensu, la existencia de espacios de reserva o secreto es vista como mayor posibilidad de corrupción o improbidad. Así, se recogerán principios como el de “máxima divulgación” (presente en la Ley N° 20.285 en nuestro sistema) o proclamas legislativas tales como que toda información en poder de órganos del Estado es pública, cualquiera sea su fuente (lo cual también se recoge en Ley N° 20.285), estableciendo como una muy tasada y específica excepción la afectación de derechos de terceros, lo que traerá como consecuencia que así la publicidad de todo lo que esté en poder del Estado sea público en una regla generalísima, y ello vestida de los más nobles y éticos ropajes de la probidad y, por otro lado, la reserva de información sea vista con un hálito sospechoso de oscurantismo corruptivo, sin reparar que muchas veces el motivo de su invocación es el derecho de protección de datos personales que están en poder de algún órgano del Estado por algún motivo específico y por alguna finalidad también específica, que no debieran ser usados para otros fines ni tampoco entregados, pero que posteriormente se ven desvelados y privados de tal protección en nombre de la garantía de probidad,



que -a veces sin decirlo ni asumirlo- levanta esa protección de datos mediante una solicitud de acceso a información que, al ser incausada, puede dar pie para bypassar o eludir la necesaria justificación de la desprotección de los datos de particulares frente a terceros que no tienen que dar expresión de causa, accediendo así a información que puede ser relevante para negocios, concursos laborales, evaluaciones crediticias, actos de discriminación por opciones ideológicas o religiosas, etc. En el caso sub lite lo pedido es ni más ni menos que un listado de identidades web, lo cual en la red vendría a ser lo mismo que pedir un listado de nombres en el Servicio de Registro Civil.

20°. Cabe preguntarse entonces si es o no conceptualmente compatible el principio de máxima divulgación respecto de información en poder de órganos del Estado (pero proveniente de particulares) con el derecho de protección de datos personales, cuestión frente a la cual la vía que se establece hoy en Chile para resolver conflictos es la oposición a la solicitud de acceso a información, las cuales son usualmente desestimadas por el Consejo para la Transparencia. Al ser el derecho de acceso a información pública de carácter incausado, el oponerse a la solicitud que contenga datos personales se vuelve materialmente más complejo, pues no hay motivo o interés que se pueda controvertir al solicitante, impidiendo factualmente un contradictorio completo, y entonces parte relevante de la oposición deberá forzosamente reconducirse hacia el uso que se hará de la información tendrá a posteriori, lo cual es impredecible y además imposible de probar.

21°. En un acto de contrariedad legislativa, como ya se señalara, la Ley N° 20.285, sobre acceso a información pública, referida a toda información en poder de órganos del Estado, tras establecer el principio de máxima divulgación, entregando potestades al efecto al Consejo para la Transparencia, entrega, muy bidireccional y dialécticamente, el *“Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”* (art. 33, letra m), lo cual es en sí mismo una contradicción con su rol de divulgación de información.

22°. En los hechos, el acceso a información en poder de órganos del Estado ha operado en algunos casos como una verdadera limitación al derecho fundamental de protección de datos personales, y los conflictos entre ambos son resueltos por dicho órgano administrativo como el Consejo Para la Transparencia, a propósito del derecho de terceros a oponerse a la entrega de la información, garantía que resulta incompleta, pues la Ley N° 20.285 da prioridad al acceso y a la máxima divulgación de la *“información”*, que pueden ser derechamente datos o bases de datos especialmente confeccionadas, lo cual es evidente cuando las peticiones de información dan el paso adicional de requerir formato excel, en muchos casos con columnas depuradas y conectadas, además de otras cuestiones asociadas a cada una, en un verdadero tratamiento de datos a la carta. Es cierto que frente a lo resuelto acerca de la oposición por el Consejo para la Transparencia se puede recurrir de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, pero siendo un reclamo de legalidad estricta, debe encontrarse ley expresa que ampare el interés invocado por el opositor, lo cual es a lo menos difícil en el deficitario panorama chileno de protección de datos personales.



23°. Que, por todo lo anterior, este sentenciador considera que en el caso concreto la aplicación de la preceptiva cuestionada vulnera las normas constitucionales sobre protección de datos personales contenidas en el artículo 19, numeral 4°.

Redactó la sentencia en su primer y segundo capítulo, la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL; en su tercer capítulo, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO; las disidencias los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, y GONZALO GARCÍA PINO, respectivamente, y las prevenciones, los Ministros que las suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9557-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Se certifica que los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y señor GONZALO GARCÍA PINO concurren al acuerdo, pero no firman, por haber cesado en sus funciones.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.