

OFICIO N° 001486

MAT.: Pronunciamiento sobre denuncias formuladas contra el Ministerio de Educación por eventual infracción a la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

ANT.: - Denuncia del H. Senador Felipe Harboe, de 13.05.2019; Denuncia de la Bancada de Diputados del Partido Demócrata Cristiano, de 13.05.2019; Denuncia del H. Senador Alejandro Navarro y H. Diputados Hugo Gutiérrez, Daniel Núñez y Alejandra Sepúlveda, de 13.05.2019; Oficio N°910, de 16.05.2019, del Consejo para la Transparencia; Oficio Ord. N°07/118, de 03.06.2019, del Ministerio de Educación; Oficio N° 1.185, de 14.06.2019, del Consejo para la Transparencia; Oficio Ord. N°07/2644, de 21.06.2019, del Ministerio de Educación; Oficio Ord. N°07/137, de 24.06.2019, del Ministerio de Educación; Oficio N°1216, de 25.06.2019, del Consejo para la Transparencia; Oficio N°1.233, de 01.07.2019, del Consejo para la Transparencia; Oficio Ord. N°07/161 de 15.07.2019, del Ministerio de Educación; Oficio N°20.841, de 07.08.2019, de la Contraloría General de la República; Oficio Ord. N°07/3606, de 16.08.2019, del Ministerio de Educación.

SANTIAGO, 30 AGO 2019

**A: SRA. MARCELA CUBILLOS SIGALL
MINISTRA DE EDUCACIÓN**

**DE: ANDREA RUIZ ROSAS
DIRECTORA GENERAL
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**

Como le fuera informado por esta Corporación, mediante Oficio N°910 de 16 de mayo de 2019, el Consejo para la Transparencia recibió, con fecha 13 de mayo del presente, las presentaciones descritas en el ANT., mediante las cuales, en términos generales, se denuncia que el 9 de mayo de 2019 se verificó un envío masivo de comunicaciones electrónicas realizado por el Ministerio de Educación, en adelante indistintamente



“MINEDUC”, con información relativa a la votación del proyecto de ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana (Boletín N°12.488-04), también conocido como “Admisión Justa”.

Al efecto, los Senadores y Diputados requirentes solicitaron pronunciarse al Consejo para la Transparencia, por estimar que el Ministerio de Educación, con dicha actuación, habría infringido algunas disposiciones contenidas en la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Conforme lo anterior y por encargo del Consejo Directivo, tengo a bien remitir a usted el pronunciamiento adoptado, por la mayoría dirimente formada por el Presidente don Jorge Jaraquemada Roblero y el Consejero don Francisco Leturia Infante, y con el voto disidente de la Consejera doña Gloria de la Fuente González y el Consejero don Marcelo Drago Aguirre, en sesión ordinaria N°1.025, de fecha 27 de agosto de 2019, en razón de los antecedentes y consideraciones que se exponen a continuación:

I. LAS DENUNCIAS EFECTUADAS ANTE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

- 1) El H. Senador señor Felipe Harboe señala en su denuncia ante este Consejo que con fecha *“09 de mayo del presente fueron enviados aproximadamente 437.000 e-mails del Ministerio de Educación a padres y apoderados (215.000 aprox.), docentes (200.000) y directores y sostenedores (220.000) de todo Chile.”*

Sobre el particular, el H. Senador Harboe indica que *“usando datos personales de alumnos, apoderados y profesores –como son las respectivas casillas de correo electrónico-, el Ministerio de Educación ha enviado mensajes con contenido político y juicios valóricos, sin solicitar el consentimiento del titular del dato, lo que se traduce en un tratamiento sin base de licitud para el referido propósito, apartándose además de la finalidad pública que el Ministerio debe observar al momento de tratar datos personales.”*

El Senador aduce, entre otros argumentos, que *“los correos electrónicos deben utilizarse solo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados y ese fin, según los padres y apoderados fue, precisamente, recibir información relativa al Sistema de Admisión Escolar, al que habrían ingresado producto de la postulación de sus hijos a algún establecimiento educacional a lo largo de Chile”* y que lo anterior, constituye una infracción a los artículos 1°, 2° letra f), 5°, 9° y 20 de la Ley N°19.628.

Finaliza solicitando al Consejo para la Transparencia acoger a tramitación la denuncia, *“utilizando las medidas que contemple la ley para que se garantice el correcto tratamiento y uso de los correos electrónicos de los padres y apoderados, sostenedores y docentes en poder del Ministerio de Educación.”*

- 2) Por su parte, la Bancada de Diputados del Partido Demócrata Cristiano señala que *“el Ministerio de Educación está utilizando los datos personales de los niños y niñas y sus apoderados, que han sido ingresados al sistema con un fin diverso respecto del cual fueron recabados (...) la “base de datos” generada por el ingreso de los antecedentes al sistema, ha sido tomada por el MINEDUC para despachar a*



las direcciones aportadas información con claro sentido tendencioso y político, sin la autorización expresa de los usuarios (...)”.

Ante dichos antecedentes, la Bancada de Diputados del Partido Demócrata Cristiano solicita a este Consejo efectuar una fiscalización, investigación y sancionar al Ministerio de Educación por infracción a la Ley N°19.628.

- 3) Finalmente, el H. Senador señor Alejandro Navarro y los H. Diputados señores Hugo Gutiérrez, Daniel Núñez y la H. Diputada señora Alejandra Sepúlveda dan cuenta en su denuncia del envío masivo de correos electrónicos por el MINEDUC relativos al proyecto de ley denominado “Admisión Justa”, utilizando para dichos efectos *“los e-mails que los apoderados ingresaron al Sistema de Admisión Escolar (SAE) para difundir la mencionada carta”*. Continúan indicando a dicho respecto que *“una lectura acorde a los estándares de derechos fundamentales, fundada en el respeto a la vida privada y la intimidad, impide que el gobierno, el mismo Estado utilice datos personales de los ciudadanos para enviarle información que no diga relación con trámites pendientes, procedimientos vigentes y fechas relativas a la Admisión en el sistema escolar.”*.

El Senador y Diputados denunciadores finalizan su presentación solicitando al Consejo para la Transparencia, *“la fiscalización en terreno y la realización de una auditoría para analizar la normativa, los procesos, sistemas, productos y prácticas de difusión de información, utilizando los e-mails de los apoderados, a efectos de evaluar la gestión del Ministerio respecto de información privada, protegida por la Ley N°19.628, sobre protección de datos de carácter personal. Asimismo, para que dictamine si la acción denunciada del Ministerio de Educación se ajusta o no a la Ley N°19.628.”*.

II. DESCARGOS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Ante dichas presentaciones, el Consejo para la Transparencia, en ejercicio de la facultad de velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N°19.628, por parte de los órganos de la Administración del Estado, conferida en la letra m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N°20.285 (en adelante, “Ley de Transparencia”), solicitó al Ministerio de Educación, proporcionar a esta Corporación diversos antecedentes relativos a las circunstancias denunciadas y, en particular, informar sobre la forma y medidas con que se dio cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley N°19.628.

Dicha Secretaría de Estado, por su parte, dio respuesta a la solicitud, y complementó la información cuando así le fue requerido, según dan cuenta los oficios del ANT. En resumen, en sus presentaciones, el Ministerio informó lo siguiente:

- 1) Desde agosto de 2018, el Ministerio de Educación ha enviado a sostenedores, directores de establecimientos educacionales, profesores, padres y apoderados diversos correos electrónicos con información de las iniciativas más relevantes en las cuales está trabajando.



- 2) Los mecanismos de recopilación utilizados por el Ministerio de Educación para obtener las direcciones de correo electrónico de los sostenedores, profesores, padres y apoderados, según se informa en las presentaciones, son los siguientes:
- a) **Sistema de Información General de Estudiantes (SIGE)**, el cual tiene por objeto integrar en un solo lugar toda la información de sostenedores, establecimientos educacionales, docentes y alumnos. El sistema contiene información asociada a matrícula inicial, declaración de asistencia, actas de rendimientos, idoneidad docente, notas e ingreso de asistencia y datos personales de los intervinientes.
 - b) **Sistema de Admisión Escolar (SAE)**, disponible para el proceso de postulación a establecimientos educacionales que impetren subvención o aportes del Estado. A este respecto, las operaciones de tratamiento de información dentro de las etapas propias del SAE se circunscriben, según información de MINEDUC, al procedimiento de admisión. En dicho marco, al momento de la postulación cada apoderado suscribe mediante un formato electrónico la aceptación de las condiciones de tratamiento de los datos, según se señala en el Protocolo de Manejo de Datos del SAE.
 - c) **Banner “Recibe las iniciativas MINEDUC directo en tu correo”**, en www.mineduc.cl, en el cual se registran los apoderados para recibir información asociada al servicio educativo.
- 3) Luego, consultado por este Consejo sobre si encargó a un tercero la realización de alguna de las actividades de tratamiento, como, por ejemplo, el almacenamiento de dicha base de datos, la eventual comunicación a terceros, el envío de correos electrónicos o cualquier otro tipo de tratamiento, el MINEDUC informó que, para el envío de los correos electrónicos en cuestión, se utiliza la plataforma EMBLUE, que provee la empresa Option SpA. La plataforma, según indican, es operada directamente por funcionarios del Ministerio, por lo que los datos personales no serían tratados por terceros ajenos al servicio.

Sobre la materia, ante la solicitud de complementar la información relativa a la relación contractual con la Empresa Option SpA referida, el Ministerio de Educación indica que ésta se enmarca en el contexto del Convenio Marco de Data Center y Servicios Asociados, ID2239-17-LP11, cuyas bases de licitación pública corresponden a las aprobadas por Resolución N° 69, de 2012, de la Dirección de Compras y Contratación Pública. A dicho respecto, la Empresa Option SpA es adjudicataria del llamado a licitación ID2239-21-LR15 efectuada en el contexto del Convenio Marco ya referido, según se da cuenta en la resolución N° 21, de 2016, de la Dirección de Compras y Contratación Pública que se acompaña a su presentación. Sobre el particular, se adjunta también la orden de compra N° 4467-57-SE19 enviada el 3 de junio de 2019 por la Subsecretaría de Educación a la Empresa Option SpA, correspondiente a la “Adquisición de servicio de envío de correos masivos”, y se hace presente además que se suscribió el Anexo 11 del Convenio Marco, correspondiente a la “Declaración Jurada de Sometimiento a la Legislación Nacional”, en conformidad con lo dispuesto en la sección 7 de las bases de licitación.

- 4) Asimismo, consultado sobre la circunstancia de encontrarse dichas bases de datos inscritas en el Registro de Banco de Datos Personales a cargo de organismos



públicos, a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 19.628, el Ministerio de Educación indicó que con fecha 31 de mayo de 2019, mediante el Oficio Ord. N°680, del Subsecretario de Educación, se solicitó al Servicio de Registro Civil e Identificación la inscripción de los Bancos de Datos Personales a cargo de la Subsecretaría de Educación, entre los cuales figura el banco de datos correspondiente al Sistema de Admisión Escolar.

- 5) Respecto de las alegaciones contenidas en las denuncias de los parlamentarios, señalan que no sería acertada la forma en que los parlamentarios aplican el principio de finalidad consagrado en el artículo 9° de la Ley N° 19.628, porque dicha interpretación desconoce el tenor literal y el propósito del artículo 20 de dicho cuerpo legal, cuyo fin, en opinión del Ministerio, *“es precisamente liberar a los organismos públicos de la necesidad de obtener el consentimiento de los titulares para poder hacer el tratamiento de datos necesario para el cumplimiento de sus funciones (...) ese contorno o ámbito en el tratamiento de un organismo público no puede estar dado por la amplitud de la autorización que le habrían otorgado los titulares de estos datos (pues para el legislador ese consentimiento no es relevante), sino únicamente por la autorización legal que le otorga potestad y competencia para tratar los datos.”*

En fundamento de lo anterior, dan cuenta de una serie de interpretaciones efectuadas tanto por esta Corporación, como por la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, ratificadas por la Corte Suprema, en las cuales amparan su forma de proceder.

- 6) Finalmente, precisan que su actuación encuentra justificación en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, la que ha dictaminado que el Ministerio de Educación ha actuado de forma ajustada a derecho al dar cuenta de sus propuestas legislativas vía spot publicitarios o reportajes en diarios (dictámenes N°74.359, de 2015, y 14.301 y 26.508, ambos de 2016). A este respecto, señalan especialmente, que dicha interpretación ha sido ratificada por el Órgano Contralor, el cual dispuso, aplicando el dictamen N°74.359, de 2015, que el envío masivo de correos electrónicos a los padres y apoderados para informarlos sobre el proyecto de ley conocido como “Aula Segura”, se enmarcaba en las funciones del Ministerio de Educación y era, por tanto, admisible y ajustado al artículo 20 de la Ley N° 19.628. (Oficio N°12.254, del 7 de mayo de 2019).

Concluye sus presentaciones el Ministerio de Educación afirmando que su proceder encuentra sustento jurídico principalmente en dicha jurisprudencia.

III. OTROS ANTECEDENTES

- 1) Con fecha 13 de agosto de 2019, esta Corporación recibió el Oficio N°20.841, de 7 de agosto del presente, de la Contraloría General de la República, mediante el cual el órgano contralor se pronuncia respecto de diversas presentaciones de parlamentarios en las cuales se denuncia la actuación de la señora Ministra de Educación en relación con la difusión del proyecto de ley denominado “Admisión Justa”. Sobre el particular, tratándose de la remisión de correos electrónicos a padres y apoderados utilizando los datos entregados en el Sistema de Admisión



Escolar y la eventual vulneración que con ellos se habría cometido a la protección de la vida privada a que se alude en las presentaciones de la especie, la Contraloría remite los antecedentes a este Consejo, *“para efectos de que en virtud de lo dispuesto en el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, verifique si en la situación que se denuncia se han cometido infracciones a la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada.”*

- 2) Posteriormente, con fecha 16 de agosto de 2019 y en el marco de la información solicitada por este Consejo al Ministerio de Educación relativa al envío de correos electrónicos por parte de dicha cartera de Estado, con mensajes referentes a la tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de ley denominado “Admisión Justa”, el Ministerio de Educación remitió a esta Corporación el Oficio Ord. N°07/3606, de 16 de agosto de 2019, mediante el cual acompaña un informe en Derecho elaborado por el Dr. Pedro Anguita Ramírez, con relación a la materia en cuestión. En síntesis, en dicho informe se afirma lo siguiente: (i) el Consejo para la Transparencia no posee la competencia para conocer las presentaciones dirigidas en contra de la Ministra de Educación; (ii) el pleito que debe resolver el Consejo para la Transparencia originado en las presentaciones tampoco constituye un caso sujeto al ámbito de la Ley N°19.628; y, (iii) las acciones de remisión efectuadas por la Ministra de Educación constituyen una manifestación de la libertad de opinar e informar.

IV. PRONUNCIAMIENTO DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

- 1) En primer término, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6°, 9° y 19 del Decreto Supremo N°2421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y en los incisos sexto y final del artículo 3° de la Ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en especial en lo que dice relación con la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, de la que gozan los actos administrativos desde su entrada en vigencia, el envío masivo de comunicaciones electrónicas efectuado por el Ministerio de Educación, con información relativa a la tramitación legislativa del proyecto de ley sobre “Admisión Justa”, se habría llevado a efecto en el entendimiento de estar actuando de forma ajustada a derecho y en conformidad con sus competencias legales.
- 2) En virtud de la función conferida en el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, este Consejo debe velar por que los órganos de la Administración del Estado cumplan de manera adecuada con la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada. A dichos efectos, el Consejo para la Transparencia ha entregado orientaciones a los organismos públicos, bajo la modalidad de “recomendaciones”, a efectos de indicarle a éstos la mejor manera de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley N°19.628. Asimismo, en cumplimiento de la referida función, esta Corporación podrá efectuar seguimiento, diagnóstico y/o levantamiento de información que permita conocer el nivel de recepción de las



recomendaciones por parte de los órganos del Estado, y requerir la adecuación de sus políticas y tratamientos de datos a las normas de la Ley N° 19.628.

- 3) Con todo, cabe hacer presente que, en conformidad a la normativa vigente, el Consejo para la Transparencia no detenta atribuciones de fiscalización o sanción por eventuales vulneraciones o infracciones por parte de los órganos de la Administración del Estado a las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. Estas facultades deben estar expresa y claramente establecidas en la ley y que no pueden entenderse subsumidas en el verbo “velar” que se usa en el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia.
- 4) A continuación, cabe señalar que de las denuncias efectuadas por los señores parlamentarios ante este Consejo, es posible determinar que la cuestión principal que se reprocha consiste en que el Ministerio de Educación habría enviado mensajes con contenido político y juicios valóricos, utilizando para ello los correos electrónicos obtenidos por dicha Secretaría de Estado en ejercicio de sus atribuciones legales. De este modo, se previene que lo que se impugna por los denunciantes, más que la circunstancia de haber enviado el Ministerio de Educación determinados correos electrónicos, es el contenido de los mensajes remitidos, lo cual excede el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.628 y el tratamiento legítimo de datos personales.
- 5) Sin perjuicio de la prevención efectuada en el numeral anterior, en el ámbito de las competencias previamente descritas, esta Corporación ha determinado que el tratamiento de los tres bancos de datos informados por el Ministerio de Educación en sus presentaciones, encuentra sustento en una base de licitud que la habilita a su procesamiento, esto es, la regla contenida en el artículo 20 de la Ley N° 19.628.
- 6) En efecto, luego de la revisión de los antecedentes tenidos a la vista, este Consejo no advierte la existencia de irregularidades o infracciones a la Ley N° 19.628 en el tratamiento de los datos obtenidos a través de los mecanismos correspondientes al Sistema de Información General de Estudiantes, al Sistema de Admisión Escolar y al banner dispuesto por el Ministerio de Educación para recibir las iniciativas de dicha Cartera de Estado en los correos electrónicos registrados para dichos efectos.
- 7) Por otra parte, en materia de inscripción de las bases de datos en el registro que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil e Identificación, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 19.628, aun cuando la inscripción de las bases de datos respectivas no se llevó a efecto de forma previa al inicio de las operaciones de tratamiento de datos personales, consta, según se ha señalado previamente, la subsanación de dicha circunstancia. En lo sucesivo el Ministerio de Educación debiera proceder a efectuar la inscripción de las bases de datos de las cuales sea responsable en la forma dispuesta en el artículo 22 de la Ley N° 19.628, de forma previa al inicio de las operaciones de tratamiento y comunicar al Servicio de Registro Civil e Identificación cualquier modificación de los elementos indicados en el inciso segundo de dicho artículo, dentro de los 15 días siguientes a que se produzca.
- 8) En lo que dice relación con la responsabilidad respecto del tratamiento de los datos y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.628, en aquellos casos en que se encargue a terceros mandatarios una o más operaciones de



procesamiento de datos personales, ha de tenerse en cuenta que estas entidades actúan por cuenta del responsable del tratamiento, que sigue siendo, en cualquier caso, el Ministerio de Educación.

Cabe precisar que el concepto de “tratamiento de datos personales”, según se define en el literal o) del artículo 2° de la Ley N°19.628, reviste un carácter amplio, abarcando una diversa gama de operaciones, que van desde el almacenamiento hasta la transmisión de datos, pasando por su organización, selección, extracción e interconexión. Así, cualquier participación de un tercero mandatario, aunque sea parcial, en alguno de estos procesos, implicará la necesidad de garantizar que éste cumpla en todo momento con los principios y obligaciones contenidos en la normativa sobre protección de datos personales. Esto conlleva el deber de hacer extensivos a los mandatarios todos los estándares de conducta que pesan sobre el responsable del tratamiento.

En este caso particular, cabe señalar que consta de los antecedentes aportados por el Ministerio de Educación que la empresa Option SpA. se sujetó al cumplimiento de la legislación chilena en materia de seguridad y confidencialidad de la información. Así, el Anexo N°11 del Convenio Marco, correspondiente a la “Declaración Jurada de Sometimiento a la Legislación Nacional” fue firmado por Option SpA en dos oportunidades. En virtud del referido anexo, dicha empresa acordó someter la prestación de sus servicios a la legislación chilena, obligándose a dar cumplimiento, en particular a: (i) la Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada; (ii) la Ley N°19.223 que tipifica figuras penales relativas a la informática; (iii) y a un conjunto de decretos relacionados con el uso y comunicación de documentos electrónicos.

En virtud de lo expuesto y como una buena práctica, se recomienda a los organismos, incorporar anexos como el descrito en las demás contrataciones que no se rijan por este convenio marco, para de esta manera consolidar los mecanismos de resguardo de los titulares de datos, asegurando la plena aplicación de la legislación respecto de cualquier tercero que participe en el procesamiento de datos personales. Adicionalmente, tratándose de un encargado del tratamiento que se encuentre localizado fuera del territorio nacional, se recomienda establecer convencionalmente garantías adicionales, dirigidas a precaver la efectiva aplicación de estándares normativos similares o superiores a los contemplados en la Ley N°19.628, tanto desde el punto de vista de sus principios, como de sus derechos y obligaciones.

Finalmente, se deberá poner especial atención, frente al eventual procesamiento de información relativa a niños, niñas y adolescentes, quienes merecen una protección más intensa de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los mismos. En este sentido, el Consejo para la Transparencia ha señalado reiteradamente que los datos de los menores de edad deben ser especialmente protegidos.

- 9) Con relación a los datos obtenidos desde el Sistema de Admisión Escolar, particularmente desde la perspectiva de la aplicación de la política de privacidad declarada y el ejercicio de las competencias propias del Ministerio de Educación, es importante tener presente que el artículo 20 de la Ley N°19.628 habilita a los organismos públicos para efectuar operaciones de tratamiento de datos personales



respecto de materias propias de su competencia, sin que sea necesario obtener el consentimiento previo del titular de la información. Esta autorización legal, por lo tanto, exime al órgano de la carga de acreditar la licitud del tratamiento en base a un consentimiento obtenido de parte del titular.

Sin perjuicio de lo anterior, y como una práctica de transparencia e información, el Ministerio de Educación fijó expresamente la finalidad del tratamiento de datos personales del Sistema de Admisión Escolar a través de un "Protocolo de Manejo de Datos" de dicho sistema. Esta política de privacidad señala que los datos personales recopilados serán utilizados "*exclusivamente para fines asociados a la postulación [a establecimientos educacionales] y resultados [de dichas postulaciones]*". Sobre el particular, puede presumirse que esta declaración podría haber inducido a los apoderados a ajustar sus expectativas a los términos informados por el Ministerio, confiando que el tratamiento posterior de los datos se circunscribiría exclusivamente a lo señalado. No obstante, hay cuatro circunstancias que matizan lo anterior, justificando el envío de correos electrónicos por parte del Ministerio con información sobre la tramitación legislativa del proyecto de ley "Admisión Justa".

Primero, que las finalidades de "postulación" y "resultados" de éstas, que son declaradas en la política de privacidad por el propio Ministerio de Educación son parte esencial del proceso de admisión y, en consecuencia, guardan directa relación con el proyecto de ley que se procedió a informar y que, de hecho, se denomina "Admisión Justa".

Segundo, que el Ministerio de Educación actuó, como lo señala en su escrito, amparado en el pronunciamiento que sobre el particular había emitido la Contraloría General de la República previamente, de modo que su accionar encuentra también fundamento en una suerte de confianza legítima, pues contaba con tal pronunciamiento concreto, el cual, por una parte, no puede desoír por imperativo de la ley en su calidad de órgano regulado (tanto según lo dispuesto en el Decreto N°2421 que fija el texto refundido de la Ley N°10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, como en la Ley N°19.880 al definir el "acto administrativo" y sus efectos) y, por la otra, le brinda cimiento a su proceder cuando lo ha adecuado a lo señalado por el órgano contralor.

Tercero, que, sin perjuicio de las alegaciones de los parlamentarios denunciantes, no se han aportado antecedentes de reclamos por el envío de los correos electrónicos por parte de apoderados que suscribieron la política de privacidad previamente señalada. Adicionalmente, de acuerdo con lo informado por el Ministerio de Educación, este cuenta con procedimientos establecidos para que los titulares de datos personales tratados por este órgano puedan solicitar su modificación o eliminación de las bases de datos.

Cuarto, que finalmente debe reconocerse que, entre las competencias legales del Ministerio de Educación, particularmente a partir de lo establecido en la Ley N°20.529 (que modificó la Ley N°18.956, que reestructura el Ministerio de Educación Pública), se encuentra la de poner a disposición del público la información que recopile con motivo del ejercicio de sus funciones (literal g) del artículo 2° bis), lo cual prima respecto de una política de privacidad que tiene un sustento meramente administrativo.



En consecuencia y de conformidad con las funciones conferidas por la Ley de Transparencia a este Consejo, en concordancia con la Ley N° 19.628, en sesión ordinaria N° 1.025, del 27 de agosto de 2019, la mayoría dirimente de sus miembros, formada por el Presidente don Jorge Jaraquemada Roblero y el Consejero Francisco Leturia Infante, acuerda:

- a) El tratamiento de los tres bancos de datos informados por el Ministerio de Educación en sus presentaciones, encuentra sustento en una base de licitud que la habilita a su procesamiento, esto es, la regla contenida en el artículo 20 de la Ley N° 19.628.
- b) La política de privacidad del Ministerio de Educación, específicamente en lo concerniente a la utilización de las cuentas de correo electrónico registradas en el Sistema de Admisión Escolar, para el envío de información relativa al proyecto de ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana (Boletín N° 12.488-04), fue utilizada en conformidad a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.
- c) Con todo, para que en las sucesivas situaciones como la de la especie no se presten a confusión, se recomienda al Ministerio de Educación revisar sus políticas de privacidad, precisando el ámbito y los objetivos para los que hayan obtenido los datos personales que han de tratar.
- d) El Consejo para la Transparencia hará seguimiento de las medidas que adopte el Ministerio de Educación para dar cumplimiento al presente pronunciamiento, el cual tendrá por finalidad principal conocer el nivel y forma de adaptación de las políticas del Ministerio en materia de tratamiento de datos personales a la ley vigente.
- e) Finalmente, con miras a promover las mejores prácticas en la materia y, en virtud de la atribución contenida en el literal k) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, que confiere a esta Corporación la atribución de colaborar con los órganos públicos en el ámbito de su competencia, este Consejo pone a disposición del Ministerio de Educación su experiencia técnica, para realizar actividades que potencien las capacidades institucionales de dicha Secretaría de Estado, en materia de protección de datos de carácter personal. Esta propuesta de colaboración comprende el desarrollo de instancias de capacitación dirigidas a funcionarios directivos, jefaturas, profesionales, técnicos y administrativos de su ministerio que participen en cualquier proceso vinculado al tratamiento de bases de datos personales.

V. VOTO CONCURRENTE

El presente pronunciamiento fue acordado con el voto concurrente del Consejero don Francisco Leturia Infante, quien junto con manifestar su conformidad con las posiciones y elementos estructurales del voto recién expresado, desea concurrir agregando las siguientes precisiones y énfasis:



1) RESPECTO DE LAS LIMITADAS FACULTADES QUE LA LEY CONFIERE AL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- a) Con la actual legislación, el Consejo para la Transparencia no tiene facultades para sancionar. Sólo puede velar por el cumplimiento de la ley (principalmente por la vía de recomendaciones), y en función de eso, investigar y fiscalizar (ver Viollier, Pablo, El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile, febrero 2017. Informe realizado por Derechos Digitales, 2017. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/PVB-datos-int.pdf>).

Este Consejo ha llamado activamente a modificar la actual legislación para hacerla más protectora, así como para contar con más herramientas que permitan velar en forma más efectiva por su cumplimiento. La normativa vigente, que fija nuestro margen de competencia y acción, resulta insuficiente a las actuales circunstancias.

- b) Junto con valorar el aporte de los distintos actores que hicieron llegar cartas y denuncias al Consejo para la Transparencia, cabe decir que esta institución ya había identificado la necesidad de investigar el tema en cuestión. Es decir, la fiscalización realizada y la resolución que se comunica, no solo es fruto de las denuncias efectuadas, las que por cierto aportaron puntos de vista valiosos y fueron consideradas y analizadas con especial atención. Sobre el particular, el tema ya había sido relevado por una consejera y se estaba preparando el requerimiento de información.
- c) Para que no se difunda una idea o expectativa contraria, que sólo llevará a malos entendidos y frustraciones, es importante aclarar que por restricciones legales, no nos es posible satisfacer algunas de las peticiones planteadas por los denunciantes. En términos simples: la ley no le permite al Consejo para la Transparencia resolver varias de las materias planteadas.

Por ejemplo, en el caso de la denuncia del Senador Harboe, cuando nos solicita utilizar las medidas que contemple la ley *“para que se **garantice** el correcto tratamiento y uso de los correos electrónicos de los padres y apoderados, sostenedores y docentes en poder del Ministerio de Educación”*, la verdad, salvo la atribución de recomendar, carecemos de herramientas legales en tal sentido.

En el caso de la denuncia de los diputados del Partido Demócrata Cristiano, ellos solicitan la *“fiscalización, investigación y sanción”* de los mismos hechos, cuando sólo contamos con facultades (para algunos discutibles) para las dos primeras acciones.

En efecto, este Consejo no tiene las competencias legales para resolver varias de las cuestiones planteadas, que han sido asignadas a otros órganos del Estado.

2) FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA LEGITIMIDAD DE LAS COMUNICACIONES INFORMATIVAS REALIZADAS POR LA MINISTRA CUBILLOS



- a) La correcta y oportuna formación de la opinión pública es un requisito esencial de la democracia y existen múltiples instituciones y derechos que, en conjunto, propenden a ello. Por ello, universalmente se ha dado a las libertades expresivas, y en particular a las “informativas”, una posición especial dentro de los derechos garantizados constitucionalmente, que alcanza su mayor intensidad cuando se refieren a asuntos de interés público, y que en el contexto americano han sido reforzadas por medio de Tratados Internacionales.

Como consecuencia de ello, cuando aparecen tensiones o colisiones con otros derechos, se suele dar preferencia a aquellos que permiten la divulgación de información, aún a costa de otras garantías también protegidas. Asimismo, hay consenso en que habitualmente informar y opinar son acciones inevitablemente ligadas, y que la misma opinión, muchas veces, constituye en sí un hecho noticioso (la opinión de una autoridad, por ejemplo).

- b) Como toda persona, la Ministra Cubillos es titular de su derecho constitucional a informar y opinar, y podría decirse que ello alcanza a las comunicaciones que realiza desde su cargo, en el cual sus actuaciones, dichos y opiniones, no son distinguibles de las de ella misma.
- c) **Con todo, lo anteriormente expuesto no debe ser considerado el principal argumento para legitimar la información entregada**, ya que la libertad de informar es eso: una libertad. Se puede ejercer comunicando tanto como callando. Y podría llevar a otras discusiones doctrinarias que sería largo desarrollar en este voto, y que no aportarían significativamente al fondo del asunto.
- d) **A nivel global, se ha reconocido a la libertad de expresión e información una vertiente pasiva, dada por su objetivo final y su rol estructural dentro de la vida democrática: la necesidad de formación de opinión pública, especialmente en asuntos de relevancia e interés general.** Los titulares de este derecho **somos todos los miembros de la comunidad**, que para votar, elegir, dialogar y fiscalizar a nuestras autoridades, necesitamos de información, análisis, puntos de vista, etc.

A ese derecho, que en muchas partes **ha recibido un reconocimiento normativo como derecho autónomo**, se le ha llamado “derecho a la información”, derecho de la comunidad a estar informada, o a recibir libremente un amplio flujo de informaciones y opiniones, libre y plural, que nos permitan enterarnos de los hechos relevantes desde distintos puntos de vista.

- e) La Ley N°19.733, que regula las libertades establecidas en el artículo 19 N°12 de la Constitución, en el inciso final de su artículo 1°, luego de hablar de la libertad de informar y opinar como derechos fundamentales, **“reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”**, dándole un tratamiento similar al de la libertad de informar (por tanto, insinuando su naturaleza de derecho fundamental o derecho constitucional implícito, siguiendo una marcada tendencia en el derecho comparado).
- f) La norma arriba señalada debe ser comprendida en conjunto, con otras disposiciones de crucial relevancia para este asunto:

- i. La primera, es el **artículo 1° de la Ley N°19.628**, que exceptúa del ámbito de dicha ley (tratamiento de datos) a las actividades “que se efectúen en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19 N°12 de la Constitución Política”. Esta norma es precisamente la **Ley N°19.733**, señalada y transcrita en el numeral anterior, y que ampara el derecho de la comunidad a ser informada sobre los asuntos de interés público.
 - ii. La segunda norma que debemos considerar para comprender adecuadamente esta disposición está, nada menos que en el **capítulo I de la Constitución (Bases de la Institucionalidad): el artículo 5° inciso 2** parte final, que establece un **mandato general a los órganos del Estado** (y el MINEDUC lo es, al igual que este Consejo) de **respetar y promover los derechos garantizados por la propia Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile** y que se encuentren vigentes.
 - iii. A mayor abundamiento, y para evitar la discusión de si las facultades legales constituyen o no derechos constitucionales, la Ley N°19.628, señala en el artículo 1° inciso segundo, que *“Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales.....en todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos...”*.

Por ello, la comprensión de la lógica de la protección de este derecho debe hacerse en armonía con los demás derechos fundamentales, y no en forma mecanizada o binaria, lo que supone ponderar y analizar las circunstancias de cada caso particular, obligando al Consejo a actuar en consecuencia. Los derechos fundamentales no son absolutos, y su contenido y límite queda determinado por los demás derechos y circunstancias, por lo que esta forma de entenderlos parece la adecuada.
 - iv. En armonía con el mandato constitucional, **dentro de las competencias legales del Ministerio de Educación, se encuentra la de poner a disposición del público la información que recopile con motivo del ejercicio de sus funciones (literal g) del artículo 2° bis Ley N°18.956).**
- g) Existe por tanto **un deber, esto es, un mandato constitucional, para todos los órganos del Estado, de facilitar el ejercicio de los derechos garantizados**, removiendo obstáculos y realizando acciones que permitan su goce real (lo que constituye un Estado Social y Democrático de Derecho).
- En este caso, ello se traduce en el **deber de los órganos del Estado de facilitar a la comunidad el acceso a la información que se encuentre en su poder**, divulgándola oportunamente.
- En definitiva, el MINEDUC tiene un mandato legal para poner a disposición del público la información que recopile con motivo del ejercicio de sus funciones, por una parte; y, por la otra, deberá analizar las situaciones de protección de datos en forma consistente y armónica con los demás derechos fundamentales, y no en forma aislada o simplificada.
- h) Bajo esa perspectiva, no debemos olvidar la preponderancia que en las sociedades democráticas damos a la cultura de la transparencia y de la libertad de expresión,



con el propósito que la información de interés público llegue a la comunidad, especialmente a quienes se verán directamente afectados por ella, a sabiendas que algunos derechos, incluso de rango constitucional, pueden ser parcialmente afectados (privacidad, honra, protección de datos personales, etc.). Esta lógica ha sido recogida ampliamente en la jurisprudencia europea y americana.

- i) El hecho de que la protección de datos no es un derecho absoluto (ningún derecho lo es), ha sido reconocido expresamente, incluso en el contexto europeo, y para diversas situaciones, cuando hay norma legal que lo autorice, se busca un objetivo legítimo, no se afecte el derecho en su esencia y no se vislumbren incomodidades físicas o mentales al reclamante, y cuando las opciones alternativas son notoriamente más caras (CJEU, C291/12, Michael Schwarz vs Stadt Bochum, 2013).

La Contraloría ha señalado expresamente que el MINEDUC puede poner avisos pagados, distribuir volantes, brochures y cualquier tipo de material propagandístico, enviar correos postales masivos (la ley ha hecho pública la base de datos del Servicio Electoral, con los domicilios electorales de todos los votantes), entre otras (Dictamen N° 20.841, de 7 de agosto de 2019). Siguiendo esa misma lógica, los argumentos acá desarrollados, y **valorando el principio de unidad de criterios que debe existir al interior del Estado**, no se ve razón para que no puedan enviar correos a las personas que probablemente más interés tendrán en conocer dichos asuntos, y que pueden rechazarlo con un simple *click* (en todo caso, es muy discutible que un correo electrónico sea más invasivo e indeseable que una carta personal).

- j) A mayor abundamiento, **la Convención Americana sobre Derechos Humanos** corresponde a uno de los tratados internacionales ratificados y vigentes a que hace referencia el artículo 5° de la Constitución. Así, todo órgano del Estado chileno tiene el mandato de respetar y promover los derechos en él reconocidos.

Este tratado internacional es **aún más claro respecto a la especial protección que en el contexto interamericano debe darse al acceso y al libre flujo de información en materias de interés general** (en parte, dada la cultura y situación institucional de la mayoría de los países de la región, y nuestra carencia de cultura democrática).

La Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en sus trabajos de síntesis del Derecho Aplicable a la Región, se ha referido reiteradamente al **“deber de los funcionarios públicos de pronunciarse en ciertos casos, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, sobre asuntos de interés público”** (Informe del Marco Jurídico Interamericano sobre el ejercicio de la libertad de expresión, preparado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2009, pág. 71. Las citas que siguen son tomadas de este informe).

Incluso ha señalado que bajo ciertas circunstancias el ejercicio de la libertad de expresión por parte de funcionarios públicos no es solamente un derecho, sino un deber (Corte I.D.H., Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009).



Serie C No. 194, párr. 139; Corte I.D.H., Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 151.)

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha *“reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público. [...] Por lo anterior, no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público”* (Corte I.D.H., Caso *Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 131).

- k) Del mismo modo, la Corte Interamericana, ha señalado los estándares y requisitos a que deben someterse las restricciones que puedan hacerse a las libertades informativas, señalando el carácter ultra excepcional de las mismas, y la existencia de elevados requisitos, que en el caso analizado no parecen concurrir, situación que resulta más improbable si se consideran las escasas herramientas que entrega la Ley N° 19.628, y el carácter perentorio de su artículo 1°.
- l) Adicionalmente, prohíbe sin matices todo tipo de censura previa, **y establece que cualquier infracción de este derecho debe perseguirse en forma posterior (responsabilidades ulteriores), y en sede judicial, no administrativa.**
- m) La libertad de informar, tanto en su vertiente activa como pasiva, que es la que más nos interesa en esta análisis, se encuentra especialmente protegida por nuestra Constitución, tratados internacionales y diversas normas internas, porque así lo exige su rol de garantía individual, elemento estructural de la democracia y requisito para el ejercicio y goce de muchos otros derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, estimamos que la Ministra Cubillos actuó en cumplimiento de su deber de facilitar el acceso a la población de información de interés general, a la que ésta tiene derecho, por expreso mandato del constituyente y del legislador. Cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de este derecho, debería ser conocida y cuestionada en sede judicial, no en el Consejo para la Transparencia.

3) LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO (LIBERTAD DE EXPRESIÓN) Y POTENCIALES CONFLICTOS CON OTROS DERECHOS (TAMBIÉN DE RANGO CONSTITUCIONAL). COMPETENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA PARA REALIZAR UN JUICIO DEFINITIVO SOBRE UN POSIBLE CONFLICTO O COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

- a) Pareciera que uno de los problemas que plantea este caso, es de ponderación entre derechos de rango constitucional. Por una parte, la Ministra actúa en ejercicio de su derecho/deber de informar a la comunidad de asuntos de interés general, facilitando con ello el proceso de formación de opinión pública y el acceso a sus opiniones y actuaciones, así como la posibilidad de rebatirlas. Por otro lado, se alega que ello habría sido hecho vulnerando la privacidad y los datos personales de los destinatarios, por el hecho de enviárseles correos electrónicos.



- b) Esta tensión es tan recurrente como compleja, y representa uno de los más clásicos problemas de colisión o conflicto de derechos en el ámbito constitucional. Determinar cuál derecho debe primar y vencer sobre el otro, y cuál retroceder en este caso concreto, es un asunto que escapa de las reducidas facultades con que cuenta este Consejo.
- c) No obstante lo expuesto, y como desarrolláramos en acápite anteriores, la libertad de expresión es considerada globalmente la piedra angular de una sociedad democrática, y por lo mismo, muchos autores y la inmensa mayoría de los tribunales de democracias constitucionales lo consideran un derecho preferente, que vence a otros en caso de conflicto.
- d) Dentro de la libertad de expresión, los asuntos de interés público han sido objeto de una protección constitucional especialmente reforzada, lo que en muchos países ha recibido el nombre de libertad de informar, o en su vertiente pasiva, derecho de la comunidad a estar informada de los asuntos de interés público, lo que genera el deber correlativo de los órganos del Estado de facilitar la información y remover obstáculos para ello, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

Incluso en el contexto europeo, donde por razones culturales y de tradición jurídica la protección de datos alcanza niveles especialmente elevados, la divulgación de hechos de interés público es una de las excepciones a la protección de datos (con algunos requisitos, como que sea proporcional y justificada, entre otros).

Consistente con ello, la normativa europea sobre protección de datos personales actualmente vigente, el Reglamento General de Protección de Datos, vino a fortalecer esta preferencia y dejar más clara aún su universalidad, cuando se trata de difundir públicamente un contenido de interés general. Es decir, incluso en el contexto europeo, en caso de colisión de derechos, puede entenderse que la divulgación de información se impondrá sobre los demás derechos, que deberán ceder, dentro del esquema de un juicio de ponderación propio de una sociedad democrática.

Lo anterior puede tener excepciones, pero ellas deben ser claramente determinadas por ley y ser aplicadas en forma cuidadosamente restrictiva, limitándose a casos extremos, sensibles, o donde el interés público informativo de lo divulgado, es reducido (informaciones comerciales, carentes de interés público, o meras opiniones políticas, religiosas, etc.).

En el caso analizado, un ejercicio de balanceo nos llevará a considerar y evaluar todos los efectos (positivos y negativos) del envío de información por medio de correos electrónicos ya recolectados previamente (en forma legítima), a un grupo de apoderados y alumnos. Sólo de esa manera, sopesando los pros y los contras de la acción, y su proporcionalidad, podremos evaluar si se justificaba restringir este derecho, o si el actuar del Ministerio gozaba de protección constitucional.

- e) Hecho este análisis, podemos observar lo siguiente:
 - i. La información difundida y las opiniones que la acompañan se refieren a asuntos de interés público, sobre políticas educacionales.



- ii. Tal como desarrollamos ampliamente en acápite anteriores, más que la libertad de opinar e informar de la Ministra, acá ha existido un deber de informar a la comunidad sobre asuntos de interés colectivo. Por lo demás, el Contralor ha señalado que las formas elegidas para hacerlo, son resorte prudencial propio de cada informador.
- iii. El envío masivo de correos no parece una situación que cause daños a otros derechos fundamentales (honra, privacidad, etc.), al menos de la magnitud necesaria para justificar una restricción a la libertad de información y al derecho de la población a estar informada. De hecho, hasta ahora, no se han aportado antecedentes de padres o apoderados que hayan manifestado molestia por el hecho concreto de recibir estos correos electrónicos (más allá de que compartan o no su contenido y opiniones).
- iv. Los mensajes enviados no revelan datos sensibles ni datos personales.
- v. Las bases de datos no fueron compartidas por nadie más. No han salido del Ministerio de Educación ni se han obtenido en forma ilegítima.
- vi. Más allá del juicio de valor que nos merezca a modo personal, recibir información por vía de correos electrónicos, deseada o no deseada, es una experiencia generalizada, para la que la legislación actual no ofrece herramientas adecuadas de protección, haciéndola, en la práctica, posible y legítima, especialmente para actores del mundo privado, incluso cuando comuniquen información de carácter comercial y de reducido interés público o informativo.
- vii. No facilitar el acceso a la información de interés general, por parte del MINEDUC sería una actitud contraria a los principios y valores de una sociedad democrática, y a sus deberes legales y constitucionales, arriba indicados.
- viii. Cabe recordar que de las tres bases utilizadas para enviar los correos denunciados, sólo una ha sido cuestionada. Y ella, y más allá del derecho a informar ya analizado, o bien fue utilizada para lo que se solicitó (asuntos de admisión y otras), o para algo muy similar, complementario y relacionado, y en ejercicio de su mandato legal.
- ix. Bajo ese análisis, y sin entrar en el contenido, el momento, la forma o cualquiera de los demás elementos prudenciales que el informador debe tener en consideración y determinar con libertad (y que el Contralor ha señalado como una prerrogativa propia de quien ejerce el derecho), no se vislumbran razones que puedan justificar la limitación del deber de informar que cabe al Ministerio.
- x. Sin embargo, reiteramos que con la actual legislación, no es claro que el Consejo para la Transparencia sea un lugar adecuado para realizar un juicio definitivo sobre la colisión entre dos derechos fundamentales. El inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°19.628, al obligar al respeto de los derechos fundamentales de los titulares de datos parece dar una señal en sentido afirmativo, aunque nuevamente, muestra las claras deficiencias de la actual normativa. En el caso que se interprete que este Consejo sí cuenta con dichas facultades, la posición planteada en el voto mayoritario parece la correcta, tal como el dictamen de Contraloría, que se pronuncia en el mismo sentido.



4) COMPETENCIA DE ESTE CONSEJO PARA DECLARAR LA EXISTENCIA DE UNA ILEGALIDAD

- a) Dado que en el mundo del derecho público cualquier infracción legal tiene consecuencias significativas, una institución que no puede sancionar no parece que pueda considerarse facultada para declarar la ilegalidad de una acción. Ello sería una declaración de infracción del cumplimiento de la ley, sin consecuencia alguna (infracción sin sanción).
- b) Si el legislador no le dio facultades al Consejo para la Transparencia para castigar (en esta materia), tampoco le dio para declarar la ilegalidad de un acto. Salvo a título de opinión individual de alguno de sus consejeros o funcionarios, en el legítimo ejercicio de su libertad de expresión (pero sin efectos vinculantes).
- c) Alguna parte de la doctrina nacional va incluso más allá, señalando que las facultades de este Consejo en materia de protección de datos, sólo se refieren a los casos donde conozca situaciones directamente vinculadas a la Ley de Transparencia (por lo que en este caso no tendríamos facultad alguna). (Ver: Jijena, Renato, Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Vol. 2 Núm. 2 (2013), pp. 49-94. DOI 10.5354/0719-2584.2013.30309, Pág. 69. En un sentido similar, pero no idéntico (más descriptivo que normativo): Matus, Jessica, Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2 Núm. 1 (2013), pp. 197-228. DOI 10.5354/0719-2584.2013.26959. Pág. 207 y sgtes. También, Álvarez, Daniel, Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos? Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 23 - Nº 1, 2016. pp. 51-79. Pág. 66. Cabe reconocer que la Contraloría, en dictámenes recientes, ha insinuado lo contrario).

Sin perjuicio de que este Consejo para la Transparencia pueda, en estas materias, promover buenas prácticas, y que ante una situación como la analizada pueda indagar, investigar y sobretodo recomendar, **la ley entrega expresamente a otras instituciones (Contraloría y Tribunales) la potestad de analizar la legalidad o ilegalidad de un acto de la Administración, y de sancionarla.**

En el caso que analizamos, la Contraloría ya se ha pronunciado y ha señalado que no hay ilegalidad alguna en ejercer el derecho y deber de informar a la ciudadanía sobre una materia de interés público y de competencia del Ministerio de Educación, y que éste se realiza prudencialmente por los medios a su alcance (Dictamen N° 20.841, de 7 de agosto de 2019, de la Contraloría General de la República).

Esta opinión era predecible, pues no hace otra cosa que aplicar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales globalmente aceptados, que dan a la libertad de información y de opinión, un peso preponderante sobre otros derechos



constitucionalmente reconocidos, en los casos en que haya conflicto entre ellos, desarrollados más arriba.

Además, existiendo una decisión previa sobre la materia, dirigido al MINEDUC, dicho organismo no podía más que actuar en consecuencia, pues el artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880, dispone que *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios....”*.

5) FACULTAD DE VELAR POR CUMPLIMIENTO DE LA LEY NO ALCANZA OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN INSTRUMENTOS INFRALEGALES.

- a) Es importante reiterar que bajo la legislación actual, todos los órganos del Estado están facultados para recopilar correos electrónicos y utilizarlos en ejercicio de sus facultades legales (que son al mismo tiempo su finalidad).
- b) Por tanto, un acto administrativo, un contrato, o una promesa unilateral, autorizada o no, bien hecha o no, no puede modificar la ley, y por lo tanto, **no puede limitar los fines que el legislador le ha determinado** o limitar las facultades del órgano.
- c) Para los reclamos planteados en el presente caso, se ha establecido expresamente la competencia de los tribunales, y la legitimidad para accionar en ellos está limitada a los eventuales afectados (en concreto, no se trata de una acción popular).

Por consiguiente, las denuncias en cuestión no podrían ser conocidas por el Consejo para la Transparencia, por exceder sus facultades, las que se limitan a velar por el imperio de la ley. Bajo ese prisma, o con una interpretación menos restrictiva, la política de privacidad ha sido cumplida, como bien lo explica el voto de mayoría.

6) TRES CONSECUENCIAS INDESEADAS QUE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA DEBE EVITAR

- a) En primer lugar, el uso de “políticas de privacidad”, correctamente planteadas y entendidas, debe ser promovido, ya que consiste en una buena práctica. Pero dado que con la legislación actual ellas no son obligatorias, en caso de cuestionar o reprochar el uso de una política específica, se podría incentivar indirectamente el no uso de las mismas.

El Consejo no puede promover una práctica de este tipo, porque iría contra su propósito de dar protección los datos personales, en todos los casos y situaciones en que ello sea pertinente.

Muy por el contrario, el Consejo deberá hacer sus mejores esfuerzos para propender a que las políticas de privacidad utilizadas por la administración, sean realmente útiles, completas y capaces de cumplir los objetivos de protección buscados por el sistema jurídico y por ella mismas declarados.



- b) En segundo lugar, este Consejo no puede avalar que por el hecho de respetar una declaración de voluntad, sea posible y legítimo incumplir una norma o mandato legal (en este caso, informar a la ciudadanía y especialmente a los más interesados, por las vías más eficientes que estén a su disposición, de información relevante y de alto interés público).

Más allá de las opiniones que se puedan tener sobre las circunstancias prudenciales de este caso en particular, frente a conflictos normativos, debe primar la obligación legal y constitucional por sobre la contractual. Máxime si se trata de la obligación de informar (piedra angular de la democracia), y no hay afectaciones graves a otros derechos (por ejemplo, la divulgación de datos sensibles).

- c) Si la distribución de información por medio de avisos, brochures y correos postales es legítima (como lo ha dicho Contraloría), el propósito de restringir un medio en particular (el correo electrónico) pierde fuerza, pues sólo hace la entrega de información de interés público más inefectiva y de mayor costo fiscal.

VI. VOTO DISIDENTE

El presente pronunciamiento fue acordado con el voto disidente de la Consejera doña Gloria de la Fuente González y del Consejero don Marcelo Drago Aguirre, quienes no comparten lo razonado por la mayoría dirimente, de conformidad a los siguientes argumentos:

1) EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA ES COMPETENTE PARA CONOCER LAS PRESENTACIONES DE LOS PARLAMENTARIOS DIRIGIDAS EN CONTRA DE LA MINISTRA DE EDUCACIÓN Y FISCALIZAR TALES HECHOS.

Acerca del rol/función asignado por el artículo 33 letra m) del artículo primero de la Ley de Transparencia a este Consejo, cabe formular las siguientes precisiones:

- a) La Ley de Transparencia contempla la función del Consejo para la Transparencia ajena a la obligación de tutelar y velar por el acceso a los actos, contratos, resoluciones y documentos de los órganos del Estado, relacionada de alguna forma con el Habeas Data o Derecho de Acceso a los datos personales, que regula el artículo 12 de la ley N° 19.628.
- b) Durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Transparencia se había propuesto que la facultad en referencia fuera la de velar por la debida reserva "de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado". El texto definitivo de la Ley de Transparencia evitó utilizar esa frase e incorporó expresamente el deber de velar que actualmente establece el artículo 33, letra m) del citado cuerpo legal. De esta manera, el cambio terminológico es significativo, trasuntando una intencionalidad de comprender dentro de las funciones de este Consejo el velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, por parte de los órganos de la Administración del Estado. Se trata de un señalamiento genérico, que asigna un grado amplio de competencia fiscalizadora al Consejo por



sobre los órganos de la Administración del Estado, en tanto "responsables" de registros, bases o bancos de datos personales.

- c) Viene a reafirmar el carácter amplio o de función adicional de la norma contemplada en la letra m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia lo dispuesto en el mensaje del proyecto de ley contenido en el Boletín 6120-07, que introduce modificaciones a la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, y a la Ley N°20.285. Señala el mensaje: *"[c]onsiderando la necesidad de dar respuesta a las exigencias de protección del derecho a la autodeterminación informativa, sumado a la conciencia de que el establecimiento de una autoridad de control es fundamental para el real cumplimiento de la ley, se planteó la necesidad de incorporar facultades en esta dirección dentro de las competencias del Consejo para la Transparencia, durante la discusión parlamentaria de la ley N° 20.285. Sin embargo, sólo se incorporó la facultad de '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'. Se tuvo conciencia de que ello sería insuficiente para el resguardo del tratamiento de los datos personales y los derechos de los titulares. Pero se concordó en avanzar y profundizar la actual regulación."*
- d) De igual manera, permite ilustrar acerca del alcance de la atribución contemplada en el referido artículo 33 letra m), el texto del proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de los datos personales (boletines N°s 11.144-07 y 11.092-07, refundidos), actualmente en primer trámite constitucional en el Senado. El texto aprobado en general creaba la Agencia de Protección de Datos Personales, organismo que, según disponía el inciso primero del artículo 30 aprobado en general, estaba encargado de *"velar por el cumplimiento de la normativa relativa al tratamiento de los datos personales y su protección"*. En este sentido, el referido proyecto de ley, en su artículo segundo, disponía suprimir *"el literal m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenido en el artículo primero de la ley N° 20.285."*

Ante ello, no puede sino concluirse que la supresión propuesta sigue la interpretación que el legislador concibe respecto del lenguaje genérico y amplio contenido en la letra m) del referido artículo 33, cuyos alcances podían superponerse a las funciones del órgano garante originalmente propuesto en el referido proyecto de ley.

- e) **Al Consejo para la Transparencia se le ha constituido, con esta facultad genérica y amplia, en una entidad pública y autónoma que debe fiscalizar el respeto de todas las normas técnicas y jurídicas relacionadas con la gestión leal y diligente de los sistemas de tratamiento de datos personales en el sector público o al interior de la Administración del Estado.**
- f) Sobre la base de lo señalado, corresponde determinar las acciones que puede ejecutar el Consejo, atendido el señalamiento del artículo 33 letra m) relativo a velar por la aplicación o "el adecuado cumplimiento" de la ley N°19.628. Dentro de dichas acciones se comprenden:



- Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales, pudiendo recabar, en cualquier momento, del responsable del respectivo registro o banco de datos, la información que estimara pertinente.
 - Inspeccionar los registros o bancos de datos personales a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que establece la ley.
 - Dictar recomendaciones de carácter general o particular respecto de las condiciones que debe cumplir el tratamiento de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado.
- g) Todo lo anterior ha sido expresamente ratificado por la Contraloría General de la República, que en su Dictamen N°12.167, de 2019, señaló que el Consejo para la Transparencia cuenta con atribuciones para efectuar procedimientos de fiscalización en materia de protección de datos personales, en cumplimiento de la Ley N°19.628. En efecto, ante un requerimiento realizado por la Municipalidad de Las Condes acerca de la legalidad que el Consejo haya verificado la implementación de medidas asociadas a las recomendaciones respecto de la instalación de dispositivos de videovigilancia, la Contraloría indicó que el Consejo para la Transparencia tiene competencia para fiscalizar la protección de los datos personales que son tratados por instituciones públicas. La ley, junto con conferir al Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia, le encomienda expresamente la función de velar por la reserva de los datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y por el cumplimiento de la ley N°19.628, *“para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto.”*

De esta manera, señaló, que el legislador ha reconocido potestad en la materia al Consejo, para que pueda decidir sobre los medios o instrumentos que sean idóneos para tal fin, entre ellos, la instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera. En definitiva, ratificó la plena legalidad de los procedimientos incoados por el Consejo, que tuvo por objeto acceder a información que le permitiera velar por el cumplimiento de la Ley N°19.628.

Refuerza dicho dictamen del órgano contralor, su Oficio N°20.841, de 7 de agosto de 2019, por intermedio del cual la Contraloría General de la República remitió a este Consejo, los antecedentes relacionados con la denuncia efectuada por el H. Diputado Matías Walker Prieto y otros parlamentarios, a propósito de la publicidad y difusión realizada por la Ministra de Educación de la iniciativa legal denominada “Admisión Justa”. En específico, tratándose de la remisión de correos electrónicos a padres y apoderados utilizando los datos entregados en el Sistema de Admisión Escolar, y la eventual vulneración que con ellos se habría cometido a la protección de la vida privada que se alude en las presentaciones de la especie, la Contraloría remitió los antecedentes a este Consejo, **“para que en virtud de lo dispuesto por la letra m) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, verifique si en la situación que se denuncia se han cometido infracciones a la ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, por parte de organismos de la Administración del Estado.”**

- h) En definitiva, la facultad entregada al Consejo para la Transparencia relativa a velar por el adecuado cumplimiento de las disposiciones de la Ley N°19.628, por parte de



los órganos de la Administración del Estado, no puede entenderse restringida exclusivamente a materias que se vinculen con la transparencia y el acceso a la información pública.

En este sentido, se debe tener presente que lo dispuesto por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia es claro en indicar que, dentro de las funciones y atribuciones que el legislador le ha entregado al Consejo para la Transparencia, se considera la de “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”. Dicha atribución no ha sido condicionada a ningún requisito ni exigencia adicional, ni enmarcada dentro del ámbito de acción del objeto genérico que se le ha entregado a este Consejo en el artículo 32 de la referida ley.

El legislador fue claro al delimitar el campo de acción del Consejo para la Transparencia, al otorgarle la función de velar por el adecuado tratamiento de los datos personales. Lo acotó exclusivamente a los datos tratados por parte de los órganos de la Administración del Estado y le entregó la facultad de velar por el tratamiento de dichos datos, sin entregarle facultades sancionatorias, como sí lo hace en materia de transparencia y acceso a la información pública. Por lo tanto, no corresponde hacer más distinciones que las que ya ha realizado el legislador, ni acotar una facultad entregada a este Consejo más allá de lo establecido por el propio legislador.

2) LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CONSISTENTE EN EL ENVÍO MASIVO DE CORREOS ELECTRÓNICOS A LAS CUENTAS REGISTRADAS EN EL SISTEMA DE ADMISIÓN ESCOLAR, CON INFORMACIÓN RELATIVA A LA VOTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY “ADMISIÓN JUSTA”, INFRINGIÓ LA LEY N°19.628, AL VULNERAR LA POLÍTICA DE PRIVACIDAD DECLARADA POR EL MISMO MINISTERIO.

- a) En primer lugar, se debe señalar que, de la revisión de los antecedentes tenidos a la vista, no se advierte la existencia de irregularidades o infracciones a la Ley N° 19.628 en el tratamiento de los datos obtenidos a través de los mecanismos correspondientes al Sistema de Información General de Estudiantes y del banner dispuesto por el Ministerio de Educación para recibir las iniciativas de dicha Cartera de Estado en los correos electrónicos registrados para dichos efectos.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, y en virtud de lo señalado por el Oficio N° 20.841, de 7 de agosto de 2019, del Contralor General de la República, que solicita se verifique si en la situación que se denuncia se han cometido infracciones a la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, es deber de este Consejo señalar que respecto de los datos obtenidos desde el Sistema de Admisión Escolar, el Ministerio de Educación infringió las disposiciones de la ley N° 19.628, al efectuar un tratamiento en contravención de la política de privacidad declarada por dicho órgano.
- c) En conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la ley N° 19.628, los organismos públicos se encuentran habilitados para efectuar operaciones de tratamiento de datos personales respecto de materias propias de su competencia,



sin que sea necesario obtener el consentimiento previo del titular de la información. Esta autorización legal, por lo tanto, exime al órgano de la carga de acreditar la licitud del tratamiento en base a un consentimiento obtenido de parte del titular. Sin embargo, el mismo artículo 20 dispone que dicha autorización queda supeditada a la condición de dar estricta observancia a las reglas contenidas en los artículos precedentes del mismo cuerpo legal. En particular, para el caso que se nos presenta, resulta imprescindible analizar el principio de finalidad dispuesto en el artículo 9° de la ley N°19.628.

- d) Así, la norma del señalado artículo 20 viene a constituir la base de licitud o de legitimidad sobre la cual descansa el tratamiento de datos por parte de instituciones públicas, mas, la mera verificación de lo dispuesto en dicho no obsta al deber de cumplir con el resto de los principios y obligaciones establecidas en la ley, los que forman igualmente parte del estatuto que rige el procesamiento de datos personales en el sector público.
- e) Por lo tanto, el artículo 20 obliga a los órganos del Estado a respetar el principio de la finalidad del tratamiento, en la forma prescrita en el artículo 9° de la ley N°19.628, esto es, que los datos personales sólo podrán utilizarse “para los fines para los cuales hubieren sido recolectados”. En virtud a dicha norma, la finalidad que justifica la generación de una determinada base de datos personales, vendrá a delimitar todas las posteriores operaciones de tratamiento que podrán ser llevadas a cabo.
- f) En este punto, es necesario tener presente que el MINEDUC fijó expresamente la finalidad del tratamiento de datos personales del SAE a través del “Protocolo de Manejo de Datos del Sistema de Admisión Escolar”. En dicho protocolo, se lee que los datos personales recopilados a través de dicho sistema han sido circunscritos “*exclusivamente para fines asociados a la postulación [a establecimientos educacionales] y resultados [de dichas postulaciones]*”.
- g) En razón de lo anterior, los apoderados que ingresaron a la Plataforma web de Postulación del SAE consintieron en el tratamiento de datos personales, tanto propios como de sus pupilos, circunscrito únicamente a los términos y condiciones declarados por el Ministerio en el referido protocolo, confiando que las finalidades manifestadas en dicho documento determinarían ineludiblemente el posterior tratamiento de todos los datos recabados por el sistema.
- h) Ahora bien, en materia de aplicación del principio de finalidad, en relación a la habilitación legal del artículo 20 de la ley, es necesario efectuar la siguiente precisión. La finalidad del tratamiento de los datos no se identifica automáticamente con la licitud del tratamiento en función de la competencia legal del órgano público. Se trata de dos principios distintos, tanto en el plano conceptual como en el normativo. En consecuencia, de la acreditación de la base de licitud del tratamiento de datos personales no se sigue automáticamente la acreditación de la finalidad del mismo. En otras palabras, si bien la esfera de competencias del órgano público circunscribe o determina las finalidades específicas que puede perseguir dicha entidad con la creación de un banco de datos personales, éstas pueden ser concretizadas y explicitadas, más allá de las referencias genéricas al ámbito de actuación propio del órgano. Este tipo de concretización de la finalidad siempre deberá darse bajo el marco de la competencia legal y, en este sentido, no podrá



excederla, pero nada impide que el órgano delimite finalidades más acotadas para cierto tipo de tratamientos.

- i) Por esta razón, la propia ley N°19.628, luego de habilitar a los organismos públicos para el tratamiento de datos personales en el ámbito de su competencia, les impone la carga de inscribir las bases de datos que obren en su poder, proporcionando al Servicio de Registro Civil e Identificación no sólo antecedentes relativos al fundamento jurídico de su existencia (lo que puede identificarse con el ámbito de competencia de dicho organismo), sino que también sobre su finalidad específica (artículo 22 de la ley). La distinción de los requisitos de licitud –“fundamento jurídico”– y de finalidad, en dicho artículo, es coherente con la autonomía de los principios de protección de datos personales en juego.
- j) En el caso en cuestión, MINEDUC, al momento de recopilar datos personales mediante la Plataforma Web de Postulación al SAE, informó a los titulares de los mismos, a través del Protocolo de Manejo de Datos del Sistema de Admisión Escolar elaborado por el mismo Ministerio, las finalidades específicas que perseguía el tratamiento de la información que era suministrada por los propios apoderados. De esta manera, el adecuado cumplimiento del principio de finalidad hacía necesario ajustar el posterior procesamiento de dichos datos a los objetivos inicialmente declarados e informados, esto es, utilizarlos *“exclusivamente para fines asociados a la postulación y resultados”*. La importancia de esta exigencia radica en que fue en virtud de la finalidad dada a conocer inicialmente por MINEDUC, que los padres y apoderados adoptaron la decisión de revelar o dar a conocer uno o más de sus datos personales y de sus pupilos, bajo la legítima expectativa que el posterior procesamiento de dicha información se ajustaría, siempre y sin excepciones, a los propósitos tenidos en vista y manifestados por el responsable del tratamiento al momento de su recopilación.
- k) En base a lo anterior, el envío de correos electrónicos por parte de MINEDUC con información sobre la tramitación legislativa del proyecto de ley “Admisión Justa”, empleando los datos recopilados por dicho Ministerio a propósito de la gestión del sistema SAE, vulnera la política de privacidad que dicha repartición estableció en el Protocolo de Manejo de Datos del SAE, de lo cual se sigue una clara inobservancia al principio de finalidad en el tratamiento de datos, prescrito en el artículo 9° de la ley N°19.628, expresamente aplicable a los órganos públicos que tratan datos sin consentimiento del titular por aplicación del artículo 20 de la citada ley.

3) LAS COMUNICACIONES DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NO CONSTITUYEN UN EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y OPINIÓN QUE SE ENCUENTRE AMPARADO POR LA DENOMINADA “EXCEPCIÓN PERIODÍSTICA” CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N°19.628.

Acerca de lo afirmado en el Informe en Derecho acompañado por el Ministerio de Educación, mediante Oficio Ord. N°07/3606, de 16 de agosto de 2019, en cuanto a que, las comunicaciones remitidas por la Ministra de Educación constituyen una *“manifestación evidente que posee toda autoridad pública de ejercer su derecho a la libertad de opinión y de información como todo ciudadano en un tema de evidente interés público para el país,*



en especial a los interesados en el Sistema de Admisión Escolar”, en virtud de lo consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, cabe formular lo siguiente:

- a) El problema de conciliar el derecho a emitir opinión e informar y el derecho a la protección de datos de carácter personal no resulta fácil de resolver, dado que ambos derechos fundamentales pueden entrar en tensión. Frente a esta realidad, la respuesta del derecho de la protección de datos personales a nivel comparado ha sido la incorporación de disposiciones que excluyen total o parcialmente de su ámbito de aplicación aquellos tratamientos efectuados con una finalidad periodística, de manera tal que no se inhíba o restrinja la investigación y difusión de información de interés periodístico.

Así, por ejemplo, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD), dispone en su artículo 85 que los Estados miembros de la Unión deberán establecer exenciones o excepciones para el tratamiento con fines periodístico, o con fines de expresión académica, artística o literaria, con el objetivo de “conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información” (RGPD, cons. 153). De este modo, la normativa europea permite que los Estados miembros establezcan excepciones a la aplicación de las reglas sobre protección de datos personales frente a tratamientos realizados con fines exclusivamente periodísticos. Esta figura se conoce tradicionalmente con el nombre de “excepción periodística”.

- b) En el caso chileno, es necesario analizar el artículo 1° de la ley N° 19.628, el cual determina el ámbito de aplicación de la misma, cuyo inciso primero dispone:

“Artículo 1.- El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política.”

Respecto al sentido de esta excepción, la historia de la ley N° 19.628 da cuenta de la intención del legislador de incorporar la figura de la excepción periodística, esto es, excluir del ámbito de aplicación de la ley los bancos de datos de los medios de comunicación social, siempre y cuando éstos sean almacenados con fines exclusivamente periodísticos. Los abusos que pudieren cometerse son materia de otro cuerpo normativo: la Ley N° 19.733, sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Justificar el tratamiento de datos personales efectuado por el MINEDUC en función de la libertad de expresión defraudaría los objetivos tutelares rectores de nuestra legislación de protección de datos personales. En efecto, una interpretación extensiva de la disposición contenida en el artículo 1° de la ley N° 19.628 podría tener como efecto la incorporación dentro de esta excepción de una amplia gama de actividades cuyo ejercicio encuentra, a lo menos en parte, fundamento en la libertad de informar, por ejemplo, el envío de todo tipo de comunicaciones (tanto comerciales como no comerciales) o la propaganda política-electoral. Dicha lectura expansiva socavaría el propio régimen de protección de datos al excepcionar el

cumplimiento de los derechos y obligaciones que establece la ley apelando a usos impropios de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, una interpretación extensiva como la propuesta, pasa por el alto la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa consagrado en la reforma constitucional aprobada en la Ley N°21.096, de junio de 2018, que incorporó dentro del núcleo protectorio del numeral 4° del artículo 19, la protección de datos personales.

- c) En este contexto, cobra especial relevancia la determinación del alcance y extensión del concepto de tratamiento de datos con “fines periodísticos”, que constituye la excepción periodística. Si bien se reconoce que a la luz de la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario interpretar la excepción periodística de manera amplia, sin limitarse a un contexto institucional o profesional estricto, esta exención se supedita siempre al ejercicio exclusivo de dicha actividad.
- d) Por otra parte, no se debe desatender el hecho que argumentar la esfera de actuación de los organismos públicos se debe supeditar siempre al ámbito de sus competencias y bajo los procedimientos que establecen las leyes. Así lo dispone la propia Constitución Política en sus artículos 6° y 7°. Las competencias de MINEDUC que habilitan a informar a la población sobre sus planes y políticas deben, por tanto, someterse al principio de legalidad. En vista a ello, no podría alegarse por parte del Ministerio, y del Informe en Derecho que acompañan, que el envío de los correos en cuestión se encontraba circunscrito al ejercicio amparado por la libertad de informar, en tanto derecho fundamental, a efectos de excepcionar del cumplimiento de los principios y reglas de la ley N°19.628.

En este aspecto, es deber precisar que dicho órgano público carece de titularidad del derecho en cuestión, por lo que mal podría alegar encontrarse amparado por el derecho fundamental del artículo 19 N°12 de la Constitución.

- e) Finalmente, señalar que el tratamiento de datos personales efectuado por el MINEDUC en quebrantamiento del principio legal de finalidad, pueda justificarse en el derecho a la libertad de expresión de una institución o autoridad pública que ejerce la potestad del Estado, puede constituirse en antesala al autoritarismo, la autocracia o la transgresión impune de otras garantías constitucionales y no tiene asidero alguno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ni en ningún otro sistema regulatorio, en particular el Europeo.

4) EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN INFRINGIÓ LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY N°19.628, EN CUANTO PROCEDIÓ A LA INSCRIPCIÓN DE LA BASE DE DATOS DE LAS DIRECCIONES DE CORREOS ELECTRÓNICOS DE MANERA EXTEMPORÁNEA.

- a) En conformidad a lo informado a este Consejo por el Ministerio de Educación, en su Oficio N°118, de 3 de junio de 2019, desde agosto de 2018 dicho Ministerio ha enviado a sostenedores, directores de establecimientos educacionales, profesores



y padres y apoderados un correo electrónico mensual con información de las iniciativas más relevantes en las que están trabajando.

- b) De lo expuesto, se observa que al momento de efectuarse el tratamiento de datos de la base de direcciones de correos electrónicos, dicha base no se encontraba inscrita en el Registro de Bases de Datos que administra el Registro Civil, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley N°19.628. En virtud de lo informado por el propio Ministerio de Educación, la inscripción de las bases de datos en cuestión se produjo sólo con fecha 31 de mayo de 2019, esto es, más de 9 meses después de iniciado el tratamiento de la información contenida en las respectivas bases de datos.
- c) Sobre el particular, se debe señalar que el citado artículo 22 de la Ley N°19.628 dispone expresamente que *“el organismo público responsable del banco de datos proporcionará esos antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando se inicien las actividades del banco, y comunicará cualquier cambio de los elementos indicados en el inciso anterior dentro de los quince días desde que se produzca”*. En consecuencia, el Ministerio de Educación debía haber efectuado la inscripción de las bases de datos de forma previa al inicio de las operaciones de tratamiento.
- d) Por lo tanto, y en virtud de lo señalado por el Oficio N°20.841, de 7 de agosto de 2019 del Contralor General de la República que solicita este Consejo se verifique si en la situación que se denuncia se han cometido infracciones a la ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, es nuestro deber señalar que el Ministerio de Educación infringió lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley N°19.628, al no haber inscrito la respectiva base de datos, con anterioridad al inicio de las actividades de ésta, lo que se produjo sólo 9 meses después de que se produjo la primera comunicación a las respectivas casillas de correo electrónico.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,



ANDREA RUIZ ROSAS
DIRECTORA GENERAL
Consejo para la Transparencia

DISTRIBUCIÓN:

- Sra. Marcela Cubillos Sigall, Ministra de Educación.
- H. Senador Sr. Felipe Harboe Bascuñán.
- H. Senador Sr. Alejandro Navarro Brain y H. Diputados Sr. Hugo Gutiérrez Gálvez, Sr. Daniel Núñez Arancibia y Sra. Alejandra Sepúlveda Ordenes.
- H. Senadora Sra. Yasna Provoste Campillay.



- H. Senador Sr. Juan Ignacio Latorre Riveros.
- Sras. y Sres. Bancada de Diputados del Partido Demócrata Cristiano.
- H. Diputada Sra. Camila Rojas Valderrama.
- H. Diputada Sra. Cristina Girardi Lavín.
- H. Diputada Sra. Camila Vallejo Dowling.
- H. Diputado Sr. Gabriel Ascencio Mansilla.
- H. Diputado Sr. Gonzalo Winter Etcheverry.
- H. Diputado Sr. Juan Santana Castillo.
- H. Diputado Sr. Rodrigo González Torres.
- H. Diputado Sr. Matías Walker Prieto.
- Sr. Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República.
- Archivo.

