ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2022

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) / Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021, 1° edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983
Cutter: An89
Colección Derecho
Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parmo director del anuario. Con notas al pie.
Cátedra Jorge Huneeus Zegers "¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?" por Rosalind Dixon.

Materias:
COVID-19 (Enfermedad). Chile.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Chile. Constitución 1980.
Reformas constitucionales. Chile.
Migrantes.
Derecho internacional. Chile.
Pandemia.
Estallido social. Chile.
Estados de excepción constitucional. Chile.
Prisioneros políticos. Chile.
Ahorro para el retiro.
Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

Primera edición: diciembre de 2021
ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio
Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

13. LA COMUNICACIÓN ILÍCITA DE DATOS DE PARTICIPACIÓN ELECTORAL Y LA (DES)PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SENSIBLES POR EL SERVICIO ELECTORAL

Michelle Bordachar[1]
Pablo Contreras[2]

Resumen

A finales de abril del 2022, el Servicio Electoral expuso a casi 15 millones de personas, al divulgar en su sitio web información que incluía su número de cédula de identidad, género, edad, comuna, afiliación a partido político, calidad de indígena y la circunstancia de haber participado –o no– en las elecciones municipales realizadas en mayo del año 2021. Este trabajo examina el caso y analiza las intervenciones de las autoridades. Para ello, primero se describen los hechos de, posiblemente, la mayor filtración de una base de datos personales y sensibles en la historia del Estado chileno. En la siguiente sección, se analizan críticamente algunas de las declaraciones realizadas por el Servicio Electoral que revelan el desconocimiento de elementos básicos de la legislación de protección de datos personales, incluida la respuesta enviada ante el requerimiento de información efectuado por el Consejo para la Transparencia respecto del incidente. Luego se examina la competencia de este último para realizar este tipo de intervenciones relacionadas con la protección de los datos personales de los ciudadanos. El texto concluye advirtiendo las deficiencias que el caso exhibe en materia de protección de datos personales, los peligros de aceptar las fuentes accesibles al público como una base habilitante para el tratamiento de datos personales, y el problema de la falta de fiscalización y control regulatorio por parte del Estado.

1 Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Investigadora del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile. Correo electrónico: mbordachar@derecho.uchile.cl.

2 Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Profesor asociado de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: pablo.contreras@ucentral.cl.

1. Introducción

El 27 de abril de 2022 el Servicio Electoral ("SERVEL") publicó en su sitio web una base de datos de participación electoral, que incluía datos personales y sensibles[3] de la totalidad de electores del padrón electoral según los registros obtenidos durante las elecciones municipales de mayo del año 2021. La base de datos, que dejó de ser compartida el día 28 de abril, había sido publicada con la finalidad de responder a una solicitud recibida en virtud de la ley de acceso a la información pública. Aunque esta última solo buscaba información estadística, en su respuesta el SERVEL incluyó el número único de identificación de las casi 15 millones de personas que conformaban el referido padrón electoral, además de su género, edad, comuna y afiliación a partido político, así como la circunstancia de pertenecer -o no- a un pueblo originario, y su participación en las elecciones municipales realizadas los días 15 y 16 de mayo del año 2021 (con indicación del día exacto en que ello habría ocurrido)[4]. Se trata de información que, en su conjunto, nunca antes había sido publicada, y que en el caso de la militancia significó, además de una vulneración al derecho fundamental a la autodeterminación informativa[5], la inobservancia de una regla especial de secreto establecida en la Constitución Política de Chile ("Constitución"), que obliga a guardar reserva de la afiliación de una persona a un partido político[6].

Tras tomar conocimiento de la situación, el Consejo para la Transparencia ("CPLT") ofició al SERVEL, solicitando información sobre cumplimiento de la Ley N°19.628, del año 1999, sobre protección de la vida privada ("Ley 19.628"), advirtiendo que la filtración significaba una vulneración de la confidencialidad de los datos y "una grave afectación a los datos personales y sensibles que son tratados por el SERVEL en su calidad de responsable del banco de datos"[7]. En efecto,

3 Ley 19.628 define tratamiento de datos en su artículo 2 letra g) datos sensibles como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

4 Recordemos que, a raíz de la pandemia por el virus Covid, las elecciones municipales de 2022 se realizaron en dos días, específicamente los días 15 y 16 de mayo. Véase el artículo 130, inc. final y la Disposición vigésima octava transitoria de la Constitución.

5 En el artículo 19 número 4 de la Constitución se garantiza la protección del derecho a la protección de los datos personales.

6 En el artículo 19 número 15 de la Constitución se establece que la nómina de los militantes de los partidos políticos *se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma.*

7 Véase Consejotransparencia.cl, Oficio Nº E7391 Solicita información que indica, sobre cumplimiento de la Ley Nº 19.628, a propósito de filtración masiva de datos personales ocurrida los días 27 y 28 de abril de 2022 en el Servicio Electoral, 2 de mayo de 2022. En https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2022/05/SERVEL.pdf

esta comunicación masiva de información personal y sensible vulnera el derecho fundamental a la protección de los datos personales, reconocido y consagrado desde mediados de 2018 en el artículo 19 número 4° de la Constitución, conforme al cual el tratamiento y protección de estos datos sólo puede efectuarse en la forma y condiciones que determine la ley.

En su respuesta al oficio del CPLT, si bien el SERVEL reconoce la publicación de un archivo con columnas de información personal de todo el padrón electoral, niega que el mismo tuviera el carácter de una base de datos, a la vez que aclara que el incidente no se trataría de una filtración, sino de la publicación de un reporte que desde el año 2012 se pone a disposición de la ciudadanía en general tras cada proceso electoral, al que "deben tarjarse datos como la militancia política, la pertenencia a una etnia indígena, entre otros datos personales"[8].

Finalmente, tras la respuesta del SERVEL el presidente del CPLT, Francisco Leturia, decidió dar por superada la que posiblemente haya sido la comunicación masiva de datos personales más grande de la que se tenga registro en Chile[9]. Más abajo se revisa el contenido de la declaración del CPLT.

2. Ignorancia de la Ley 19.628, tratamiento ilícito de datos personales e incumplimiento de los deberes del responsable

El fragmento de la respuesta del SERVEL transcrita precedentemente da cuenta de al menos tres cuestiones: una preocupante falta de conocimiento de la Ley 19.628; la realización de un tratamiento ilícito de datos personales; y el incumplimiento de los deberes del SERVEL en tanto responsable de la base de datos.

En relación con la calidad del documento compartido, llama profundamente la atención que el SERVEL afirme en la respuesta entregada al CPLT que el archivo publicado no era una base de datos, en circunstancias que la Ley 19.628 define artículo 2, letra m) define registro o banco de datos, como "*el conjunto organizado*

8 En entrevista otorgada al diario La Tercera, el Director del SERVEL, Andrés Tagle, admite que se trata de una base de datos que, a pesar de no contar con mandato legal para ello, elaboran para colaborar con el mundo académico desde el 2012, *en un archivo anónimo donde están los antecedentes de cada elector, pero sin ninguna identificación, ni RUT ni nombre. Y eso le sirve al mundo académico para estudiar los comportamientos de los electores por grupos de edad, por sexo, por partido, etc.* Latercera.com, Andrés Tagle, presidente del consejo directivo del Servicio Electoral, y publicación de registros de votaciones: "Es la vulneración de datos personales más grave de la historia del Servel", 29 de abril de 2022. En https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/andres-tagle-presidente-del-consejo-directivo-del-servel-y-publicacion-de-registros-de-votaciones-es-la-vulneracion-de-datos-personales-mas-grave-de-nuestra-historia/L5EQO6K4JZFODHR2IQWM77TWAY/

9 Véase Consejotransparencia.cl, SERVEL responde oficio tras masiva publicación de datos personales, 26 de mayo de 2022. En https://www.consejotransparencia.cl/servel-responde-a-oficio-del-cplt-tras-masiva-publicacion-de-datos-personales/

de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos" (artículo 1, letra m). Esta disposición es lo suficientemente clara, siendo evidente que el archivo filtrado corresponde esencialmente al objeto de la definición, al tratarse de un conjunto organizado de datos personales que permite relacionar datos entre sí y efectuar su tratamiento. Por lo tanto, negar la calidad de base de datos de un documento que contiene columnas de información personal –como bien reconoce el propio SERVEL– muestra desconocimiento de los elementos más básicos de la normativa que dicho organismo tiene la obligación de cumplir en tanto responsable de la base de datos, esto es, "*la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal*" (artículo 2, letra n) de la Ley 19.628). La incorrecta calificación de la base de datos no permite explicar por qué, en su oficio de respuesta, el SERVEL declara que solicitó su registro ante el Registro Civil, conforme a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 19.628[10].

Por otra parte, la publicación de los datos referidos a la militancia política, la pertenencia a una etnia indígena y su participación en determinadas elecciones, se trata de un tratamiento de datos personales[11] para el cual el SERVEL no se encuentra autorizado expresamente ni por la ley ni por los titulares de los datos. Lo anterior significa que dicha publicación configura un tratamiento ilícito[12], pero además revela el incumplimiento de los deberes de reserva y cuidado a los que el SERVEL está obligado de conformidad con la Ley 19.628, en virtud de su calidad de responsable de la base de datos que contenía dicha información.

10 SERVEL Oficio Ord. No. 1973, 23.05.22, p. 5. Sin embargo, a la fecha de cierre de este artículo se encontraban registradas nueve bases de datos: i) Aportes del gasto electoral, ii) Declaración de ingresos y gastos electorales, iii) Denuncias, iv) Funcionarios del Servicio Electoral, v) Registro electoral, vi) Registro especial de candidaturas, vii) Registro general de afiliados a partidos políticos, viii) Sanciones por gasto electoral y ix) Sistema de atención ciudadana. Datos obtenidos hasta el 22.09.2022 desde el sitio Registro de Banco de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos del Registro Civil, disponible en: https://rbdp.srcei.cl/rbdp/html/Consultas/consultas.html

11 Ley 19.628 define tratamiento de datos en su artículo 2 letra o) como *cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.* En este sentido, la publicación de información es un tipo de tratamiento de datos personales.

12 El artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral N° 18.556, dispone que el padrón electoral es público, pero únicamente en lo referido a los nombres y apellidos del elector, su número de rol único nacional, sexo, domicilio y circunscripción electoral, comuna, provincia y región, así como el número de mesa receptora de sufragio en que le corresponde votar. Por lo tanto, la base de datos que fue divulgada por Internet excede al contenido del padrón electoral.

En cuanto a la licitud del tratamiento, se debe tener presente que el artículo 4° de la Ley 19.628 establece que "*[e]l tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello*". Lo anterior significa que el responsable de una base de datos personales debe contar con una base de legitimidad que le habilite para tratar los datos. En caso contrario, el tratamiento sería ilícito, al mismo tiempo que constituiría una vulneración al derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Esto último, por cuanto la Constitución asegura a todas las personas la protección de sus datos personales, estableciendo que "*[e]l tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley*" (artículo 19 número 4° de la Constitución).

Si bien en el artículo 20 de la Ley 19.628 se establece que *[e]l tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.* Al ser la protección de datos personales un derecho de rango constitucional, esta base de licitud debe ser interpretada en forma restrictiva y, en todo caso, siguiendo las reglas establecidas en la Ley 19.628 para todo tratamiento de datos, entre las cuales encontramos el principio de finalidad, conforme el cual *[l]os 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* (artículo 9 de la Ley 19.628).

Dicho lo anterior, que el SERVEL se encuentre autorizado para recopilar los datos correspondientes a la militancia política de las personas, su pertenencia a una etnia indígena, y la participación en determinadas elecciones, no significa que pueda realizar cualquier clase de tratamiento sobre esta información. De esta manera, el SERVEL sólo podría prescindir del consentimiento del titular en la medida que el uso dado a los datos sea limitado al cumplimiento de las finalidades para las cuales fueron recolectados, entre las cuales no se encuentra su publicación. Esta forma de entender el alcance del artículo 20 de la Ley 19.628 permite mantener una base de licitud general, amparada en la ley, sin crear una *carte blanche* que autoriza ilimitadamente el tratamiento de datos personales por parte de organismos del Estado.

Esta circunstancia es especialmente grave en el caso de la información referida a la afiliación a partidos políticos, respecto de la cual existe norma constitucional expresa que obliga a su reserva. De esta manera, la comunicación de información que nunca antes había sido publicada, significó además de una vulneración a la garantía constitucional a la protección de los datos personales, el quebrantamiento del deber

de secreto consagrado en el artículo 19 número 15 de la Constitución[13], haciendo aún más evidente el incumplimiento de los deberes del SERVEL en tanto responsable de las bases de datos que administra y en su posición de garante del derecho.

Entre estos deberes se encuentran la obligación de cuidar la información que se almacena en registros o bases de datos personales (artículo 11 de la Ley 19.628)[14], y la de guardar secreto sobre los mismos (artículo 7 de la Ley 19.628)[15].

3. La incomprensión del derecho a la autodeterminación informativa y el problema de las fuentes accesibles al público

Otro punto preocupante de este caso es la confusión conceptual entre privacidad y protección de datos personales, la que se desprende de algunas declaraciones realizadas por el presidente del Consejo Directivo del SERVEL, Andrés Tagle en distintos medios nacionales, dónde llegó a afirmar que "el hecho de si alguien votó o no en una elección *no es información privada de acuerdo a la ley*"[16], para luego concluir que no se trataría de "un dato en sí reservado"[17].

Lo anterior, además de revelar una profunda falta de comprensión en cuanto a la forma cómo opera el derecho a la protección de los datos personales, permite

13 El artículo 19 número 15 de la Constitución contempla el derecho de asociarse sin permiso previo, y al mismo tiempo que se establece el deber de registrar la nómina de los militantes de los partidos políticos en el Servel, obliga a este último a guardar reserva de la misma, de manera que la publicación de esta información por parte del referido organismo significa una clara falta a sus deberes, en directa vulneración de los derechos de los afectados.

Esta es una de las pocas reglas de reserva o secreto específicas establecidas en la Constitución. Al respecto, véase Contreras, Pablo, *Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad de la Nación,* (Santiago, Thomson Reuters), 2014, pp. 52-54.

14 Artículo 11 de la Ley 19.628 establece que *[e]l responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.* Adicionalmente, el artículo 35 de la ley 18.556, orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral, establece que la publicación de las modificaciones a los padrones electorales que realiza el SERVEL, debe ser efectuada con el debido resguardo de los datos personales de quienes figuren en ellos, de conformidad a lo dispuesto en la ley Nº 19.628, sobre protección de la vida privada.

15 El artículo 11 de la Ley 19.628 establece que *[l]as 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.*

16 Véase Latercera.com, Andrés Tagle, presidente del consejo directivo del Servicio Electoral, y publicación de registros de votaciones: 'Es la vulneración de datos personales más grave de la historia del Servel'", 29 de abril de 2022. En https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/andres-tagle-presidente-del-consejo-directivo-del-servel-y-publicacion-de-registros-de-votaciones-es-la-vulneracion-de-datos-personales-mas-grave-de-nuestra-historia/L5EQO6K4JZFODHR2IQWM77TWAY/ (énfasis añadido).

17 Latercera.com, Andrés Tagle, presidente del consejo directivo del Servicio Electoral, y publicación de registros de votaciones: 'Es la vulneración de datos personales más grave de la historia del Servel'", 29 de abril de 2022.

vislumbrar el problema que generan las fuentes accesibles al público cuando la normativa que regula la protección de los datos personales las reconoce como una base de licitud en sí mismas, o las trata como una excepción a las reglas de aplicación general para el tratamiento de datos. Este último es el caso de la actual Ley 19.628, cuestión que es analizada con más detalle al final de este apartado.

En primer término, es necesario aclarar que no se requiere una ley que declare que la información es privada para fundar normativamente el deber de reserva del responsable de tratamientos de datos. En otros términos, no hay que confundir el respeto a la vida privada con la protección de datos[18]. En este caso, no estamos ante el problema de la protección de la vida privada de las personas, sino de su derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa, dónde la *lógica que opera es precisamente la inversa*: la Constitución asegura a todas las personas que sus datos sólo podrán ser tratados en los casos establecidos en la ley y la Ley 19.628 señala que los datos personales sólo pueden tratarse cuando la ley lo autoriza o su titular consiente en ello. Es decir, la regla general es que los datos personales se encuentren protegidos, y la excepción aquellos datos que por ser considerados públicos pueden ser tratados libremente. Esto último pareciera ser confirmado por el deber de reserva establecido en el artículo 7 de la Ley 19.628, que obliga a organismos públicos y privados a guardar secreto sobre los datos personales que tratan.

En segundo lugar, es necesario examinar críticamente la calificación de dato público que el presidente del SERVEL deriva del hecho de que ir a votar sea un acto público. En opinión de la máxima autoridad del SERVEL, el hecho de que los canales de televisión muestran y entrevisten a las personas que van a votar y el que los apoderados de mesa tengan derecho de mantener un listado para verificar la identificación de las personas e ir chequeando contra el padrón copia de la cual tiene quién votó y quién no, fundaría el carácter de "dato público" en cuestión. Al respecto, debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

Esa lógica nos llevaría al absurdo de que todo acto realizado en la vía pública por una persona podría ser registrado y divulgado por terceros, sin autorización del titular, anulando completamente la facultad de autocontrol que brinda el derecho a la autodeterminación informativa. Además de lo anterior, desconoce un aspecto fundamental del derecho: el principio de finalidad. El acceso que determinadas personas tienen a la información referida a la participación efectiva de una

18 Véase Contreras, Pablo, "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena", en Estudios Constitucionales, Vol. 18, No. 2 (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2020, pp. 100-101, con referencias.

persona, en un proceso electoral, es autorizado con una finalidad determinada que debe ser respetada. Por ello, no se trata aquí de información que se encuentre en un registro al que la ley reconozca como fuente accesible al público, como podría ser el caso de los datos del padrón electoral referidos al rol único tributario, nombre completo, domicilio electoral y circunscripción.

Por otra parte, las afirmaciones realizadas por el presidente del SERVEL sirven para ilustrar el problema de darle valor a las fuentes accesibles al público, sin antes definirlas apropiadamente, al punto de facilitar interpretaciones que buscan permitir que los datos provenientes de cualquier archivo puesto a disposición del público puedan ser tratados prescindiendo de una base de licitud y sin respetar el principio de finalidad.

La Ley 19.628 define las fuentes accesibles al público como *los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes* (artículo 2, letra i de la Ley 19.628). Sin embargo, no existe consenso respecto del sentido y alcance de esta definición[19]. A grandes rasgos, para algunos se trataría de una cuestión de derecho, mientras que para otros de una cuestión de hecho. Para los primeros, al tratarse de una excepción a la regla general, sólo tendrían este carácter aquellas bases de datos que hayan sido así declaradas por una ley[20]. Esta última postura se sustenta principalmente en el hecho que las fuentes accesibles al público son una excepción a la regla general de la base habilitante para el tratamiento y del principio de finalidad. Para los últimos, en cambio, serían fuentes accesibles al público todas las bases de datos que pueden ser accedidas por el público en la medida que no exista una ley que declare su reserva[21].

Las palabras del señor Tagle referidas a la calificación de un dato como público o privado, donde incluso llega a afirmar que un determinado dato personal (el hecho de votar en una elección) no es un dato reservado por no tratarse de información privada de acuerdo a la ley, claramente lo acercan más a esta última postura y permiten comprender lo problemática que resulta. Basta imaginar este caso: una autoridad que se encuentra autorizada para recolectar determinados datos con una finalidad entre la cual no se encuentra la de hacer pública dicha información, pero

19 Alvarado, Francisco, "Las fuentes de acceso público a datos personales", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 3(2), (Universidad de Chile), 2014. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2014.33276

20 Cerda, Alberto, *La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

21 Jijena, Renato, "Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2 (2), (Universidad de Chile), 2014, pp. 49-94.

que sin embargo lo hace de todos modos, por considerar que en la medida que no exista una ley que declare expresamente la información es privada, esta escaparía al deber de reserva de la Ley 19.628. Puesta así a disposición del público, bajo la doctrina de quienes entienden las fuentes accesibles al público como una cuestión de hecho, esta pasaría a ser una de ellas, y por tanto, toda la información publicada podría ser tratada en forma lícita, aun cuando no existiera una ley que lo autorizara ni el titular hubiera dado su consentimiento para ello (artículo 4 de la Ley 19.628), ni se respetara la finalidad con que fueron recogidos (artículo 9 de la Ley 19.628) o el deber de guardar reserva (artículo 7 de la Ley 19.628). Aquella lectura simplemente aniquilaría el núcleo de la protección del derecho fundamental.

4. El requerimiento de información del CPLT[22]

En su oficio, el CPLT calificó el hecho como una "filtración masiva de datos personales que tuvo lugar durante los días 27 y 28 de abril de este año"[23] y solicitó al SERVEL una explicación detallada de la afectación de datos personales y sensibles ocasionada a raíz de la filtración. En dicho acto, se requirió informar, entre otras cosas, los efectos que el incidente habría tenido *en los datos personales y sensibles de los electores*; y las *medidas adoptadas o que se contempla tomar para gestionar la filtración y prevenir perjuicios a los derechos de los titulares*; así como para *evitar la circulación subrepticia de la base de datos filtrada; y para precaver incidentes de seguridad y filtraciones en el futuro.* Asimismo, el CPLT solicitó las *políticas de seguridad implementadas por el SERVEL para mantener la disponibilidad, integridad y confidencialidad de los datos personales que trata en calidad de responsable del banco de datos, en conformidad con las obligaciones de confidencialidad y seguridad dispuestas en los artículos 7 y 11 de la Ley 19.628, respectivamente; y, la circunstancia de estar inscritas las bases de datos personales* conforme lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 19.628[24].

22 Véase Consejotransparencia.cl, Oficio Nº E7392 Solicita Información que Indica, sobre cumplimiento de la Ley Nº 19.628, a propósito de filtración masiva de datos personales ocurrida los días 27 y 28 de abril de 2022 en el Servicio Electoral, 2 de mayo de 2022. En https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2022/05/SERVEL.pdf

23 Consejo para la Transparencia, Oficio No. E7392 / 02-05-2022, Solicita información que indica, sobre cumplimiento de la Ley N°19.628, a propósito de filtración masiva de datos personales ocurrida los días 27 y 28 de abril de 2022 en el Servicio Electoral, §1 (en adelante, "Oficio CPLT").

24 Oficio CPLT, §7.

Inicialmente, en su oficio el CPLT advirtió

"la existencia de una grave afectación a los datos personales y sensibles que son tratados por el SERVEL en su calidad de responsable del banco de datos, que habría sido ocasionada por la publicación de una base de datos en un sitio web y que conllevó, en definitiva, a una vulneración de la confidencialidad o reserva de los mismos. Por su parte, es relevante hacer presente que el volumen de la filtración de datos habría sido de gran envergadura al haber afectado al total de electores del padrón electoral señalado, lo cual, conforme se ha informado, ascendería al total de 14.900.189 electores"[25].

Este requerimiento de información se enmarca en las atribuciones del CPLT en materia de protección de datos personales. En efecto, el artículo 33, letra m) de la Ley No. 20.285, sobre acceso a la información pública, consagra la atribución expresa del CPLT de "[v]elar por el adecuado cumplimiento de la ley No 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado". Esta es una atribución que ha recibido escasa atención por parte de la doctrina, particularmente en cuanto a su alcance y los medios de que dispone el Consejo[26].

El primer aspecto es el alcance de la atribución en cuanto a los sujetos obligados. Como bien entiende la doctrina, el deber de velar por el cumplimiento de la ley de protección de datos personales sólo se puede ejercer respecto de los órganos de la Administración del Estado[27]. En este caso, debiese examinarse si el CPLT tiene competencia respecto del SERVEL, dado su estatus constitucional actual. Recordemos que, tras la Ley No. 20.860, el SERVEL es un órgano "autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios" y su regulación es objeto de una ley orgánica constitucional (artículo 94 bis de la Constitución). Asimismo, la ley lo define como un "organismo autónomo de rango constitucional" (artículo 58, Ley Orgánica Constitucional Sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio

25 Oficio CPLT, §3.

26 Véase Jijena Leiva, Renato, "Informe Jurídico. Regulación jurídica de los sistemas de tratamiento de datos personales al interior de la Administración del Estado, y su armonización con la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información de los servicios públicos", 2009. https://archives.cplt.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S313.pdf; Jijena Leiva, Renato, "Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología 2(2), (Universidad de Chile), 2013, pp. 49-94.

27 Álvarez Valenzuela, 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?", en Revista de Derecho, 23(1), (Universidad Católica del Norte), 2016, p. 60; Contreras, Pablo, "La reforma del Consejo para la Transparencia y su órgano de gobierno: Entre la transparencia y la protección de datos personales", en Anuario de Derecho Público UDP, (Santiago, Ediciones UDP), 2021, p. 377.

Electoral). Esta decisión tuvo por objeto independizar las funciones de este servicio respecto del Ministerio del Interior y Seguridad Pública[28].

Asimismo, se estableció expresamente que la Contraloría General de la República tiene una competencia de control reducida "únicamente en lo que concierne al examen y juzgamiento de sus cuentas de entradas y gastos" y que sus actos no estarán afectos al trámite de toma de razón. Asimismo, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al SERVEL sólo le serán aplicables las normas de participación ciudadana (del título IV LOCBGAE. Véase el artículo 61 Ley Orgánica Constitucional Sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral).

El diseño de la autonomía constitucional del SERVEL permite preguntarse si el CPLT tiene competencia sobre este órgano. El problema de las autonomías constitucionales y las competencias del CPLT –que tiene autonomía legal– se remontan a los orígenes mismos de la Ley No. 20.285, que creó el Consejo. En efecto, el Tribunal Constitucional, al realizar el control preventivo de constitucionalidad de dicha ley, interpretó que el CPLT carecía de competencias para dictar instrucciones generales respecto de órganos constitucionalmente autónomos[29]. Después de la reforma del 2015, dicho razonamiento debiera ser aplicable, en principio, al SERVEL. Por lo tanto, no es claro que el CPLT pueda ejercer su atribución de protección de datos personales respecto de este órgano. Hay que reconocer, sin embargo, que en la actualidad, el CPLT conoce de los amparos y reclamos por infracciones a la Ley de Transparencia, en contra del SERVEL[30].

Por último, el legislador parece entender que las autonomías constitucionales requieren un tratamiento diferenciado cuando se trata de un órgano fiscalizador de rango legal. Esto se observa en el proyecto de ley que se tramita, actualmente, en el Congreso Nacional y que reforma la Ley 19.628 y crea una Agencia de Protección de Datos Personales[31]. La regla del artículo 55 del proyecto establece expresamente que los órganos constitucionalmente autónomos, ahí individualizados –y

28 Contreras, Pablo & Lovera, Domingo, *La Constitución de Chile,* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2020, p. 286.

29 STC R. 1051. Sobre esta interpretación respecto de la autonomía constitucional y su conexión con el CPLT, véase Vial, Tomás, "La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema General y Regulación del Derecho de Acceso a la Información", en Anuario de Derecho Público, (Ediciones UDP), 2010, pp. 116 y ss.; Contreras, *La reforma*, op. cit., pp. 385-387.

30 Sólo durante el 2022, el CPLT ha fallado más de una decena de amparos en contra del SERVEL, siendo uno de los últimos casos el rol C2887-22, donde se acoge un amparo de acceso a la información respecto de las candidaturas para las elecciones del 21 de noviembre de 2021, específicamente, qué candidatos y de qué partidos, firmaron su declaración jurada en una comuna que no pertenece a la región por la que son candidatos. En dicha decisión, el CPLT ordenó la entrega de la información solicitada.

31 Boletín 11.144-07.

en los que se incluye el SERVEL– "no estarán sujetas a la regulación, fiscalización o supervigilancia de la Agencia". Esta exclusión expresa reforzaría la idea que la competencia del CPLT referida a la protección de datos personales, no alcanzaría a órganos constitucionales autónomos como el SERVEL.

Su alcance, en cuanto a los medios, es objeto de discusión[32]. Sin perjuicio de ello, la Contraloría General de la República ha interpretado lo siguiente:

"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 No 19.628, para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto"[33].

Como hemos analizado en otra parte[34], esta competencia habilitaría al CPLT a efectuar actividades de auditoría y la "instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera", puesto que el Consejo puede "decidir sobre los medios o instrumentos idóneos" para el fin de velar por la reserva de los datos personales de la LPDP, respecto de los órganos de la Administración[35]. En este punto, de admitirse que el CPLT tiene competencia para ejercer su atribución respecto del SERVEL, el requerimiento de información estaría cubierto por el artículo 33, letra m) de la Ley No. 20.285.

5. ¿Caso cerrado?

Conforme a la información disponible tras la falla de seguridad en la confidencialidad de los datos, el SERVEL verificó un total de 116 ingresos al sitio donde se encontraba el enlace o link que permitía la descarga de información y sobre los números de IP se espera que sean proporcionados por la investigación que realice la fiscalía.

Con fecha 29 de abril de 2022, el SERVEL decidió instruir un sumario para investigar la filtración. El procedimiento disciplinario se justificaría por la "publicación en la página web institucional de una base de datos de participación electoral" con el objeto de "investigar y establecer las eventuales responsabilidades administrativas en la que pudieren estar involucrados diversos funcionarios de

32 Véase, en general, Contreras, Pablo et al., "Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile", en Revista de Derecho Administrativo Económico, No. 35, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2022, pp. 35-64.

33 Dictamen No 021167-19 (2019).

34 Contreras, Pablo et al., op. cit., p. 41.

35 Dictamen No 021167-19 (2019).

esta Institución"[36]. Es curioso que en este acto administrativo el SERVEL califique el archivo filtrado como una "base de datos" pero que posteriormente haya negado dicha calidad ante el CPLT. Se trata de una incoherencia institucional en el juicio jurídico respecto del objeto de la filtración. En cualquier caso, habrá que esperar la conclusión del sumario para poder continuar revisando este caso y si el procedimiento termina determinando la eventual responsabilidad administrativa por la filtración.

Además del sumario, la consejera Pamela Figueroa requirió "contar con un informe a la mayor brevedad que pueda dar cuenta de cuantas personas pudieron ver y en concreto bajar la información y que leyes o normativa pudo vulnerarse"[37]. A la fecha, no se conocen los resultados del informe.

En un ámbito totalmente diferente, existe una dimensión penal que se encuentra en curso. El diputado Cuello y la diputada Cariola interpusieron una denuncia ante el Ministerio Público por el delito de "revelación maliciosa de datos contenidos en un sistema de información", tipificado en el artículo 4° de la hoy derogada Ley N° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática. La denuncia se efectuó el 30 de abril de 2022. Con posterioridad, el 04 de mayo del mismo año, el Ministerio Público recibió la denuncia que el propio Servicio Electoral presentó ante el Fiscal Nacional, Jorge Abbott[38]. Si bien se han practicado algunas diligencias y peritajes, la investigación sigue en curso a la fecha de conclusión de este trabajo.

Desde el punto de vista del accionar del CPLT, el resultado es francamente decepcionante. En ninguna de las declaraciones emitidas por el presidente del Consejo Directivo del CPLT en reacción a la respuesta del SERVEL se percibe un análisis sobre los errores de derecho en que incurre la autoridad electoral (revisados en *supra* §3). Por el contrario, el CPLT se limitó a valorar las medidas adoptadas por el SERVEL[39], y su máxima autoridad sostuvo que "[e]l caso específico que generó esta publicación indebida, puede darse, como caso específico,

36 SERVEL, Resolución exenta No. 423, de 29.04.2022.

37 SERVEL, Acta 79ª Sesión extraordinaria del Consejo Directivo del Servicio Electoral de Chile, de 28.04.2022.

38 Disponible en Ciperchile.cl, Los vínculos del Servel con el mundo político que dificultan exigir responsabilidades por la filtración de datos de electores, 17 de junio de 2022. En https://www.ciperchile.cl/2022/06/17/los-vinculos-del-servel-con-el-mundo-politico-que-dificultan-exigir-responsabilidades-por-la-filtracion-de-datos-de-electores/

39 El Oficio Ord. Nº 1973 (23.05.22), de SERVEL, detalla las siguientes medidas adoptadas: i) instrucción de sumario administrativo; ii) denuncia del SERVEL al Ministerio Público; iii) revisión de los procedimientos sobre gestión documental; iv) invitación al CPLT para generar una agenda de trabajo en materia de protección de datos personales; v) y suspensión de entrega de información que no sea obligatoria, de conformidad con la ley, mientras no se revisen los procedimientos.

por superado"[40]. Es más, en un tweet de su autoría, afirma coloquialmente que no debería buscarse una "quinta pata al gato", implicando que no sería necesario ahondar o complejizar el asunto. Además, parece concluir que el mero registro de una base de datos fuera requisito para que se califique una base de datos en cuanto tal (cuando, por el contrario, es una formalidad de publicidad y no un requisito conceptual para su calificación jurídica, cuya intelección se satisface al acreditar los presupuestos del artículo 2, letra m) de la Ley 19.628). Por último, disculpándose en inglés, admite que el CPLT no tiene más facultades que ejercer en este caso[41].

Si bien existen investigaciones penales y administrativas en curso, ninguna de ellas se enfocan directamente al problema especializado de la infracción de las reglas de protección de datos personales. Este caso refuerza las conclusiones que existen en materia de fragmentación del *enforcement* sobre protección de datos personales[42]. Asimismo, es desalentador observar que el proyecto de ley, en curso, tampoco lo resolvería, toda vez que dejaría esta materia al autocontrol de los órganos autónomos constitucionales[43].

6. Algunas conclusiones a partir del caso

La divulgación ilegal de datos personales y sensibles por parte de SERVEL, constituye un gravísimo hecho que deja en evidencia las deficiencias de la protección de datos personales en nuestro país. Es probable que se trate de la filtración masiva de datos de mayor envergadura que se haya conocido en Chile, puesto que es una base de datos organizada con información personal de más de 15 millones de ciudadanos y ciudadanas.

El caso expone los déficits de comprensión de las reglas básicas aplicables a la protección de datos personales, desde su nivel constitucional hasta la aplicación de las normas de la Ley 19.628. Es preocupante el desconocimiento del concepto de base de datos, la diferencia entre protección de la vida privada y

40 Disponible en Consejotransparencia.cl, SERVEL responde oficio tras masiva publicación de datos personales, 26 de mayo de 2022. En https://www.consejotransparencia.cl/servel-responde-a-oficio-del-cplt-tras-masiva-publicacion-de-datos-personales/

41 "Si la publicaron ellos y no un tercero, es correcto hablar de publicación (muy indebida). Si cumplieron la obligación de registro, es porque es base de datos. No le veo la 5 pata al gato. Tampoco el CplT tiene más facultades. Sorry." Disponible en https://twitter.com/FcoLeturia/status/1530578686965075968?s=20&t=RLYiuI0Y84dAP0aNcXgVAg

42 Cerda, Alberto, "Hacia un modelo integrado de regulación y control en la protección de los datos personales", en Derecho y Humanidades, (Vol. 13), (Universidad de Chile), 2007; Contreras, Pablo et al., op.cit.

43 Boletín 11.144-07.

autodeterminación informativa, los límites de las fuentes accesibles al público y la aplicación del principio de finalidad, entre otros elementos nucleares de la protección de datos personales.

Especial mención merece la forma como el Presidente del SERVEL interpreta las reglas del tratamiento de datos personales y los casos en que se encuentra autorizado a publicar información, al ilustrar –de manera pedagógica– el peligro de las fuentes accesibles al público cuando no quedan debidamente definidas y reguladas en la ley. Estas consideraciones son particularmente relevantes en el momento actual, mientras se discute en el Congreso chileno si incluir o no a las fuentes accesibles al público entre las bases que habilitan al tratamiento de datos personales, sobre todo considerando que la definición propuesta en el proyecto no es clara, y lo que es peor aún, pareciera adherir a la doctrina de las fuentes accesibles al público como una cuestión de hecho, al incluir dentro del concepto a todo conjunto de datos personales que pueda ser consultado en forma lícita *siempre que no existan restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización*[44].

Por último, este caso da cuenta de los límites de las facultades del CPLT para "velar" por la protección de datos personales, respecto del tratamiento que efectúan los órganos de la Administración del Estado. La falta de control y *enforcement*, además, revela anticipadamente una de las limitaciones del proyecto de ley de reforma de la Ley 19.628. En efecto, de aprobarse la reforma, los órganos autónomos constitucionales estarían sometidos a un régimen de autocontrol que no genera los incentivos correctos para disuadir y sancionar eficazmente este tipo de hechos.

44 El proyecto de ley de reforma de la Ley 19.628 define fuentes de acceso público como *todas aquellas bases de datos o conjuntos de datos personales, cuyo acceso o consulta puede ser efectuada en forma lícita por cualquier persona, siempre que no existan restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización, tales como listas de colegios profesionales, diario oficial, medios de comunicación o los registros públicos que disponga la ley.*